

Osnabrück, den 31.05.2012

Seminararbeit im Arbeitsrecht
bei Prof. Dr. Markus Stoffels

SS 2012

Mehrfachbefristungen und Befristungsketten unter Berücksichtigung der Richtlinie 99/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge

GLIEDERUNG

A. Einleitung	1
B. Die Entwicklung der Mehrfachbefristung in Deutschland.....	2
I. Mehrfachbefristungen in der Rechtsprechung des BAG	2
II. Die Beschäftigungsförderungsgesetze	4
III. Europarechtliche Vorgaben an Mehrfachbefristungen	5
IV. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)	7
C. Die Möglichkeiten und Grenzen der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen.....	7
I. Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit Sachgrund.....	8
1. Zulässigkeit	8
2. Probleme dieser Befristungsmöglichkeit	8
II. Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund.....	9
1. Zulässigkeit dieser Befristungsmöglichkeit	9
2. Probleme dieser Mehrfachbefristungsmöglichkeit	9
III. Zusammenfassung der Möglichkeiten der Mehrfachbefristungen.....	10
D. Der Neuabschluss eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses („Kettenarbeitsverhältnis“) ..	11
I. Die bisherige Rechtsprechung des BAG	11
II. Die vertretenen Ansichten in der Literatur	12
III. Die EuGH-Rechtsprechung zu Adeneler und Angelidaki	13
IV. Die Küçük-Entscheidung des EuGH	13
1. Der Ausgangsfall.....	13
2. Konsequenzen der Entscheidung des EuGH.....	14
a) Ständiger und dauernder Vertretungsbedarf als Befristungsgrund.....	14
b) Streitgegenstand der Entfristungsklage	15
c) Berücksichtigung der Dauer und Anzahl der bisherigen Befristungen	15
aa) Anknüpfung an die frühere Rechtsprechung des BAG.....	16
bb) Beibehalten der bisherigen Rechtsprechung des BAG und Hinzufügen einer Missbrauchskontrolle	16
cc) Abgestufte Missbrauchskontrolle durch das BAG.....	16
dd) Stellungnahme	17
d) Aktuelle Entscheidung zu den Kettenbefristungen.....	19
3. Schutzniveau von Kettenbefristungen in der EU	19
E. Fazit und Ausblick auf die weitere Rechtsprechung	19

A. Einleitung

Eine der grundlegenden Aufgaben des Arbeitsrechts besteht darin, dem Erwerbstätigen seine Existenzgrundlage zu sichern.¹ Der Arbeitnehmer bestreitet mit seiner individuellen Arbeitskraft seinen Lebensunterhalt. Um diesen durch die Arbeit bestreiten zu können, sind verschiedene Aspekte von entscheidender Bedeutung: Zum einen ist der Arbeitnehmer darauf angewiesen, eine seiner Arbeitskraft angemessene Vergütung zu erhalten², zum anderen sollten durch die Arbeit nicht die Integrität und die Gesundheit des Arbeitnehmers geschädigt werden.³ Gerade der Aspekt der Sicherheit bezüglich des Erhalts des Arbeitsplatzes, den ein Arbeitsverhältnis vermitteln soll⁴, wird durch die zunehmende Anzahl von befristeten Arbeitsverträgen infrage gestellt. Diese grundsätzliche Unsicherheit von einmal befristeten Arbeitsverträgen wird bei solchen, die mehrfach befristet werden, verstärkt. Dabei sollte laut der Bundesregierung das befristete Arbeitsverhältnis eine „Brücke zur Dauerbeschäftigung“⁵ darstellen. Belegt wird dies damit, dass ungefähr 50 % der befristeten Arbeitsverhältnisse in befristete übergegangen wären.⁶ Erhält der Arbeitnehmer aber mehrere befristete Arbeitsverträge nacheinander, so werden nachfolgende potentielle Arbeitgeber diese Mehrfachbefristung als Zeichen einer eingeschränkten Produktivität des Arbeitnehmers werten.⁷ Dadurch findet eine Stigmatisierung des Arbeitnehmers durch die Mehrfachbefristungen statt.⁸ Die Gründe für eine solche Mehrfachbefristung werden häufig nicht beim Arbeitgeber, sondern beim Arbeitnehmer gesucht.⁹ Es wird übersehen, dass die Unternehmen eigene Motive haben, einen Arbeitsvertrag zu befristen.¹⁰ Entgegen dem erklärten Ziel der Bundesregierung ist die Konsequenz, dass die betroffenen Arbeitnehmer nur unter erschwerten Bedingungen unbefristete Arbeitsverträge erhalten. Damit wäre die Mehrfachbefristung treffender als „Brücke zur Arbeitslosigkeit“ zu sehen.¹¹ Da aufgrund dieser bedenklichen

¹ Dütth/Thüsing, Arbeitsrecht, § 1, Rn. 1.

² BVerfG v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 177 (Kleinbetriebsklausel I).

³ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 8.

⁴ Dütth/Thüsing, Arbeitsrecht, § 1, Rn. 2.

⁵ Dr. Ursula von der Leyen, Weiße Flecken erkunden, in: Der Spiegel, Ausgabe Nr. 12/2010 v. 22.03.2010, S. 94; Kuchenbuch, Zur Problematik der Mehrfachbefristung, S. 7.

⁶ BT-Drucks, 14/4374, S. 12; Meinel/Hein/Herms, TzBfG, Einl., Rn. 14.

⁷ Kröger, Die Befristung von Arbeitsverträgen, S. 66.

⁸ Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert, Beendigung von Arbeitsverhältnissen, AuR 2003, 81, 89.

⁹ Jahn, Ökonomische Theorie, S. 272.

¹⁰ Von Klitzing, Ordnungsökonomische Analyse, S. 60 und 173.

¹¹ Kuchenbuch, Zur Problematik der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen, S. 7.

Entwicklung das unbefristete Arbeitsverhältnis mehr und mehr zum Normalfall in Deutschland wird (die „Süddeutsche Zeitung“ titelte am 17.03.2010: „Unsichere Arbeitsplätze werden zur Regel“¹²), will diese Seminararbeit die Möglichkeiten der Ketten- und Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG darstellen. Da gerade der Einfluss des Europarechts im Befristungsrecht deutlich zu spüren ist¹³, wird ein wesentliches Augenmerk darauf gelegt, welche Konsequenzen sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur Befristungsrichtlinie für die nationale Rechtsprechung zur Mehrfach- und Kettenbefristung ergeben. Abschließend wird überblicksartig die Behandlung von Mehrfach- und Kettenbefristungen in der EU dargestellt.

B. Die Entwicklung der Mehrfachbefristung in Deutschland

Die Rechtsprechung hat das Befristungsrecht in Deutschland in wesentlichen Teilen geprägt. Gerade dieses Gebiet ist bis heute einem stetigen Wandel unterworfen.

I. Mehrfachbefristungen in der Rechtsprechung des BAG

Aufgrund der fehlenden Einheitlichkeit der Rechtsprechung des BAG¹⁴ bis dahin und der zunehmenden Kritik an dieser Rechtsprechung¹⁵ bedurfte es der Klärung bezüglich der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse durch den Großen Senat des BAG auf Vorlage seines 3. Senats am 12.10.1960.¹⁶ In dem Beschluss wird der mehrfache Abschluss von Arbeitsverhältnissen als grundsätzlich zulässig erklärt. Die Wirksamkeit dieser Mehrfachbefristungen wird nach der objektiven Theorie danach geprüft, ob durch die mehrfache Befristung versucht wird, Kündigungsvorschriften zu umgehen.¹⁷ Der Umgehungstatbestand ist erfüllt, wenn zwingende Kündigungsschutznormen missbräuchlich durch mögliche Gestaltungsmöglichkeiten umgangen werden.¹⁸ Darüber hinaus hält das BAG fest, dass die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Sachgrundes für die Befristung der Arbeitgeber zu tragen hat.¹⁹ Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Sachgrundes müssen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgelegen haben. Nachträglich eintretende Ereignisse können dem Arbeitgeber nicht den Grund nehmen, sich auf die zulässige Be-

¹² Öchsner, Süddeutsche Zeitung v. 17. März 2010, S. 1.

¹³ Henssler/Braun, Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 3.

¹⁴ Kuchenbuch, Zur Problematik der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen, S. 14.

¹⁵ Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 7.

¹⁶ BAG v. 12.10.1960 – Az.: 3 AZR 65/56, BAGE 10, 65, 68.

¹⁷ ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG, Rn. 2; Laux/Schlachter, Einf., Rn. 3.

¹⁸ Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 11.

fristung zu berufen.²⁰ Ist eine getroffene Befristung eines Arbeitsverhältnisses unzulässig, so ist zwar die Befristungsklausel nichtig, das restliche Arbeitsverhältnis aber bleibt bestehen und es gilt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als zwischen den Parteien geschlossen.²¹

Trotz dieser Senatsentscheidung des BAG blieb zwischen den unterschiedlichen Senaten des BAG die Frage uneinheitlich beantwortet, welchen Prüfungsumfang die Befristungskontrolle hat: Der 7. Senat des BAG hielt es für notwendig, dass sämtliche Einzelbefristungen einer Befristungskette auf ihre Zulässigkeit hin überprüft werden müssten. Zeige eine gerichtliche Überprüfung, dass eine dieser einzelnen Befristungen unzulässig sei, so ergebe sich daraus als Rechtsfolge, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehe.²² Demgegenüber vertrat der 2. Senat des BAG seit einer Entscheidung vom 03.08.1961 die Auffassung, dass es gleichgültig sei, ob die Befristung von vornherein vereinbart wurde oder ob sie erst im Laufe eines schon bestehenden Arbeitsverhältnisses hinzukam. Es gelte nur der letztmalig vereinbarte Arbeitsvertrag und es fände keine Kontrolle aller zurückliegenden Arbeitsverträge statt.²³

Daraufhin schloss sich am 08.05.1985 der 7. Senat der Auffassung des 2. Senats an. In diesem Urteil stellte er bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung einer Befristung nur noch auf den letzten abgeschlossenen Arbeitsvertrag ab.²⁴ Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Abschluss eines neuen, befristeten Arbeitsvertrages zeige, dass die Beteiligten nicht davon ausgingen, dass bereits ein wirksames, unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestehe. Selbst wenn die Befristung des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses unwirksam gewesen sei, liege in dem neuen Vertragsschluss zugleich eine Aufhebung des bisherigen Vertrages.²⁵

Nach Meinung des BAG sei aber nicht nur auf das Vorliegen sachlicher Gründe zu achten, sondern auch die Dauer der Befristung spiele eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung einer wirksamen Befristung. Die

¹⁹ ErfK/Müller/Glöge, TzBfG, § 17 Rn. 13.

²⁰ BAG v. 28.11.1963 – Az.: 2 AZR 140/63; BAGE 15, 132, 135.

²¹ BAG v. 12.10.1960 – Az.: 3 AZR 65/56, BAGE 10, 65, 73.

²² BAG v. 07.03.1980 – Az.: 7 AZR 177/78, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

²³ BAG v. 03.08.1961 – Az.: 2 AZR 117/60, BAGE 11, 236, 247.

²⁴ BAG v. 08.05.1985 – Az.: 7 AZR 191/84, BAGE 49, 73, 77; BAG v. 05.06.2002 – Az.: 7 AZR 205/01, AP Nr. 236 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

²⁵ BAG v. 08.05.1985 – Az.: 7 AZR 191/84, BAGE 49, 73, 79; BAG v. 05.06.2002 – Az.: 7 AZR 205/01, AP Nr. 236 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Dauer des Vertrages müsse sich am Sachgrund für die Befristung orientieren und mit ihm im Einklang stehen.²⁶ Mit zunehmendem Fortbestand der Beschäftigung wachse die Abhängigkeit des Arbeitnehmers von der Beschäftigungsstelle, da dieser stetig mehr auf deren Fortbestand vertraue. Deshalb würde mit längerer Betriebszugehörigkeit der Bestandsschutz eines Arbeitsverhältnisses ausgeprägter und die soziale Verantwortung des Arbeitgebers wachse stetig.²⁷ Auf der anderen Seite wachse mit zunehmender Zahl der Befristungen das Interesse des Arbeitnehmers an einem Dauerbestand des Arbeitsverhältnisses.²⁸ Daraus lasse sich die Konsequenz ziehen, dass mit zunehmender Dauer der Befristung strengere Anforderungen an den Sachgrund zu stellen sind.

Diese Grundsätze in der Rechtsprechung des BAG wurden jahrzehntelang von allen Instanzgerichten angewandt. Es gab immer wieder kleinere Korrekturen und Abweichungen hinsichtlich der Frage der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Sachgrundes für die Befristung²⁹, bedingt durch europarechtliche Vorgaben in Form von Richtlinien.

II. Die Beschäftigungsförderungsgesetze

In § 1 BeschFG 1985 wurde erstmalig die Möglichkeit geschaffen, Arbeitsverhältnisse – auch ohne Vorliegen eines Sachgrundes – zu befristen. Hierdurch wurde die Befristung von Arbeitsverhältnissen durch Aufhebung der Sachgrunderfordernis wesentlich erleichtert.³⁰ Die Befristungshöchstdauer betrug 18 Monate. Um Kettenbefristungen zu vermeiden, wurde einschränkend die einmalige Befristung bei Neueinstellungen im Anschluss an eine Berufsausbildung für zulässig erklärt, wobei eine Neueinstellung nur dann vorlag, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht bereits ein unbefristetes oder befristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat und hierbei ein enger sachlicher Zusammenhang vorlag. Ein solcher war gegeben, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag.³¹ Die Möglichkeit der Befristung von Arbeitsverträgen mit sachlichem Grund blieb unberührt. Ziel der Beschäftigungsförderungsgesetze war es, dass zukünftige Kettenarbeitsverträge durch die höchstens zweijährige Befristungsmöglichkeit ausgeschlossen werden.

²⁶ BAG v. 28.11.1963 – Az.: 2 AZR 140/63, BAGE 15, 132, 134.

²⁷ BAG v. 30.11.1977 – Az.: 5 AZR 561/76, AP Nr. 44 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

²⁸ BAG v. 30.09.1981 – Az.: 5 AZR 602/79, AP Nr. 63 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

²⁹ Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 1026.

³⁰ Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 22.

Jedoch bestand die Möglichkeit der Kombination von Befristungen mit und ohne Sachgrund, so dass die Zahl der befristeten Arbeitsverträge in den darauffolgenden Jahren stetig anstieg.³²

III. Europarechtliche Vorgaben an Mehrfachbefristungen

Aufgrund einer starken Deregulierung bezüglich der Rechtsgrundlagen für befristete Arbeitsverhältnisse wurden die Bestimmungen für befristete Arbeitsverhältnisse in vielen Ländern Europas gelockert, jedoch die Schutzbestimmungen für unbefristete Arbeitsverhältnisse größtenteils unverändert gelassen.³³ Deshalb sah sich die EU gezwungen, im Zuge der europäischen Harmonisierung eine Richtlinie für alle EU-Mitgliedstaaten aufzustellen, die auf einer von Sozialpartnern auf europäischer Ebene geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge beruht.³⁴ Die Umsetzung erfolgte am 28.06.1999 durch die Richtlinie 99/70/EG.³⁵ Die zugrundeliegende Rahmenvereinbarung stellt einen Kompromiss zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden dar, so dass es sich um ein Orientierungskonzept, das nicht den Charakter konkreter Anforderungen erfüllt, handelt.³⁶ Es solle laut der Verhandlungspartner voll und ganz auf die Implementierung durch den nationalen Gesetzgeber und die Interpretation der innerstaatlichen Gerichte sowie des EuGH ankommen, um festzustellen, wann diese Vorschriften zur Regulierung befristeter Arbeitsverträge greifen.³⁷

In der Präambel der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse³⁸ wird ausdrücklich festgehalten, dass unbefristete Arbeitsverhältnisse den Regelfall darstellen sollen.³⁹ Die Richtlinie sieht eine Reihe von Mindestbestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor, die dafür sorgen sollen, dass die „Prekarisierung“⁴⁰ der Arbeitnehmer durch eine gehäufte Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen verhindert wird.⁴¹ Deshalb stellt die Richtlinie keine Beschränkungen für eine einmalige Befristung

³¹ BAG v. 11.11.1982 – Az.: 2 AZR 552/81, AP Nr. 36 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

³² Preis, Beschäftigungsförderungsgesetz, NJW 1996, 3369, 3373.

³³ Kuchenbuch, Zur Problematik der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen, S. 34; Finkin, RdA 20002, 333, 337.

³⁴ Lakies, Befristete Arbeitsverträge, Rn. 15.

³⁵ Kröger, Die Befristung von Arbeitsverträgen, S. 92.

³⁶ Kröger, Die Befristung von Arbeitsverträgen, S. 144 und S. 145.

³⁷ Keller, Europäische Arbeits- und Sozialpolitik, S. 153.

³⁸ Im Weiteren mit *RV-B* abgekürzt.

³⁹ EuGH v. 04.07.2007, C-212/04 (Slg. 2006, I-6057), NZA 2006, 909, 911.

⁴⁰ Brose/Sagan, NZA 2012, 308.

⁴¹ EuGH v. 10.03.2011, C-109/09; NZA 2011, 197, 198.

eines Arbeitsverhältnisses auf⁴², da ihr Anwendungsbereich erst ab der zweiten oder häufigeren Befristung eröffnet ist, denn gerade dadurch wird die existenzsichernde Funktion des Arbeitsverhältnisses gefährdet.

Schwerpunkt der Richtlinie bildet § 5 RV-B. Diese verlangt vom nationalen Gesetzgeber, mindestens eines von den drei genannten Instrumentarien zur Begrenzung der Mehrfachbefristung anzuwenden. Laut § 5 Nr. 1a) RV-B handelt es sich um ein Sachgrunderfordernis zur Rechtfertigung befristeter Arbeitsverträge. Gemäß § 5 Nr. 1b) RV-B können die Mitgliedstaaten die maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse einschränken oder nach § 5 Nr. 1c) RV-B die zulässige Anzahl von Verlängerungen solcher Verträge festlegen.

Dieser Paragraph will den Missbrauch der Arbeitskraft durch eine Mehrfachbefristung verhindern. Es findet sich jedoch keine Definition des Begriffs „Missbrauch“ in der Richtlinie, weshalb fraglich ist, ab der wievielten Verlängerung ein Kettenarbeitsverhältnis vorliegen soll.

Eine der größten Lücken der Richtlinie findet sich in § 5 Nr. 1 lit. b) RV-B, da hier eine maximale Begrenzung der befristeten Arbeitsverhältnisse fehlt. Es wird lediglich festgehalten, dass eine maximale Dauer eingeführt werden solle. Wie lang diese ist, lässt die Richtlinie unbeantwortet.

Damit verfolgt die Richtlinie zusammenfassend zwei Ziele: Zum einen dient sie dem Diskriminierungsschutz von Mitarbeitern, die befristet beschäftigt sind, und zum anderen soll sie vor Kettenbefristungen, die eine Bedrohung für die Arbeitssituation der Arbeitnehmer darstellen können, schützen.⁴³ Sie soll aber ganz eindeutig Kettenbefristungen nicht vermeiden, sondern nur gewährleisten, dass diese auf einer klaren rechtlichen Grundlage gründen und nicht zu missbräuchlichen Zwecken eingesetzt werden.

Insgesamt muss festgestellt werden, dass die Rahmenvereinbarung durch unbestimmte Rechtsbegriffe und eine insgesamt wertungsoffene Konzeption so allgemein gehalten wurde, dass es erheblich auf die Umsetzung in den Mitgliedstaaten ankommt, um feststellen zu können, wo die Richtlinie im innerstaatlichen Gefüge ihren Einfluss entfaltet.⁴⁴ Die genaue Ausgestaltung überlässt § 5 Nr. 2 lit. a) RV-B den einzelnen Mitgliedstaaten. Dabei haben diese bei der Umsetzung der Richtlinie den Grundsatz der

⁴² EuGH v. 22.11.2005, C-144/04 (Slg. 2005 I-10013); NZA 2005, 1345, 1348.

⁴³ ErfK/Müller-Glöge, §14 TzBfG, Rn. 3.

⁴⁴ Kröger, Die Befristung von Arbeitsverträgen, S. 150.

„effete utile“ zu beachten.⁴⁵

IV. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)

Der Gesetzgeber musste Mitte des Jahres 2001 tätig werden, denn die Richtlinie 99/70/EG musste bis zum 10. Juli 2001 in nationales Recht umgesetzt worden sein.⁴⁶ Ziel dieses Gesetzes war es, in Übereinstimmung mit der Richtlinie 99/70/EG die Verbesserung der Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse und die Vermeidung des Missbrauchs durch Mehrfachbefristungen zu erreichen.⁴⁷ Daraufhin hat der Bundestag das Teilzeit- und Befristungsgesetz beschlossen, welches am 28. Dezember 2000 verkündet wurde und am 01. Januar 2001 in Kraft trat.⁴⁸

Das TzBfG enthält erstmalig eine Kodifizierung eines – nicht abschließenden – Katalogs von sachlichen Befristungsgründen. Die Befristung ohne Sachgrund wird inhaltlich auf Neueinstellungen und auf eine Dauer von zwei Jahre beschränkt, wobei der Regelfall die Befristung mit Sachgründen, die sachgrundlose Befristung hingegen eine Ausnahme bleiben soll.

C. Die Möglichkeiten und Grenzen der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen

Unter einer „Mehrfachbefristung“ wird die Veränderung einer bestehenden Befristungsabrede in der Gestalt verstanden, dass der Arbeitnehmer über das vorgesehene Ende des befristeten Arbeitsvertrages hinaus weiter beschäftigt wird. Diese Weiterbeschäftigung darf nicht unbefristet sein. Weiterhin muss diese Befristung mit Willen der Parteien stattfinden, es darf keine ungewollte Weiterbeschäftigung stattfinden, die im Ergebnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Folge hätte.⁴⁹ Es werden im weiteren Verlauf die folgenden zwei Fallgestaltungen näher dargestellt, die unter dem Begriff Mehrfachbefristung zusammengefasst werden und deren rechtliche Problematiken diskutiert werden⁵⁰: Zum einen darf auf ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis ein mit Sachgrund befristetes folgen und zum anderen sind mehrfache, auf wechselnde Gründe gestützte Sachgrundbefristungen zulässig.⁵¹

⁴⁵ EuGH v. 10.03.2011, C-109/09, NZA 2011, 397, 399; EuGH v. 07.09.2006, C-53/04 (Slg. 2006, I-7213), NZA 2006, 1265, 1268; EuGH v. 04.07.2006, C-212/04 (Slg. 2006, I-6057), NZA 2006, 909, 912.

⁴⁶ ABl. EG Nr. L 175, S. 43.

⁴⁷ *Junker*, Arbeitsrecht, Rn. 436.

⁴⁸ ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG, Rn. 3.

⁴⁹ *Kuchenbuch*, Zur Problematik der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen, S. 53; *Hundold*, NZA 1997, 741, 743.

⁵⁰ *Hundold*, NZA 1997, 741, 742.

⁵¹ *Laux/Schlachter*, TzBfG, § 14, Rn. 16.

I. Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit Sachgrund

1. Zulässigkeit

In der Praxis ist die Verlängerung eines bestehenden sachgrundbefristeten Arbeitsverhältnisses mittels eines unselbstständigen Annexvertrages möglich.⁵² Nach der Rechtsprechung des BAG liegt ein solcher Annexantrag dann vor, wenn in dem Anschlussvertrag lediglich eine verhältnismäßig geringfügige Korrektur des im früheren Vertrag vereinbarten Endzeitpunkts vorgenommen wird und diese Korrektur am Sachgrund der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit an erst später eintretenden, zum Zeitpunkt des vorangegangenen Vertragsschlusses nicht vorhersehbaren Umständen besteht.⁵³ Die Rechtsfolge eines solchen Antrags ist es, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag einer Befristungskontrolle unterzogen wird und nicht nur die zuletzt vereinbarte Befristung. Ein solcher Annexantrag wird zum einen dann nicht mehr anzunehmen sein, wenn die Hauptpflichten des Vertrages neu festgelegt werden und eine Änderungskündigung ausgesprochen wird⁵⁴ und zum anderen dann, wenn bei gleicher Befristung die Tätigkeit und Vergütung vertraglich abweichend geregelt werden, ohne dass im Ergebnis der sachliche Grund für die Befristung eine Änderung erfährt, also ein Änderungsvertrag geschlossen wird.⁵⁵

2. Probleme dieser Befristungsmöglichkeit

Diese Befristungsmöglichkeiten haben nach ständiger Rechtsprechung des BAG ihre Grenzen gefunden:

Befristungen, die im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgen, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern (§ 14 I 2 Nr. 2 TzBfG), können durch dieses Vertragskonstrukt des Annexantrags nicht verlängert werden. Laut Rechtsprechung des BAG lässt § 14 I 2 Nr. 2 TzBfG nur den einmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nach dem Ende der Ausbildung oder des Studiums zu.⁵⁶

Weiterhin problematisch ist die Befristung zur Erprobung nach § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG. Grundsätzlich bedarf die Dauer der Erprobungszeit keiner eigenständigen Rechtfertigung. Diese muss sich lediglich am Befristungs-

⁵² LAG Hamm, DB 1990, 917.

⁵³ BAG v. 25.08.2004 – Az.: 7 AZR 7/04, BAGE 111, 377, 380; BAG v. 07.11.2007 – Az.: 7 AZR 484/06, AP Nr. 42 zu § 14 TzBfG.

⁵⁴ LAG Hamm, DB 1990, 917.

⁵⁵ BAG NZA 1990, 744, 745.

grund orientieren und mit ihm derart in Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen eines sachlichen Grundes spricht.⁵⁷ Im Regelfall dürfte eine sechsmonatige Dauer durch eine analoge Anwendung der § 622 III BGB, § 1 KSchG angemessen sein. Jedoch sei ein längerer Befristungszeitraum nicht zu beanstanden: unter gewissen Umständen bis zu 18 Monate⁵⁸ bei Vorliegen besonderer Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen (z. B. besondere wissenschaftliche Qualifikation⁵⁹).

Das größte Problem besteht darin, dass offen ist, wann eine Verlängerung durch einen unselbstständigen Annexvertrag nicht mehr als geringfügig und als neuer Arbeitsvertrag anzusehen ist. *Hunold* sieht eine geringe Verlängerung dann nicht mehr als vorliegend, wenn die Laufzeit des infrage stehenden Vertrags um mehr als 25 % der Laufzeit des ursprünglichen Vertrages verlängert wird.⁶⁰

II. Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund

1. Zulässigkeit dieser Befristungsmöglichkeit

Gemäß § 14 II TzBfG ist eine Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne Vorliegen eines Sachgrundes bis zu zwei Jahren möglich. Innerhalb dieses Zeitraums ist eine dreimalige Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zulässig.⁶¹ Kern der Vorschrift ist der Begriff *Verlängerung*. Eine solche liegt nach überwiegender Ansicht dann vor, wenn diese nahtlos erfolgt, also das jeweils nächste befristete Arbeitsverhältnis sich unmittelbar an das Ende des vorangegangenen anschließt.⁶²

2. Probleme dieser Mehrfachbefristungsmöglichkeit

Für eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ist insbesondere die Frage entscheidend, ob diese Verlängerung nur vor dem ursprünglich vorgesehenen Fristablauf vereinbart werden kann oder noch danach. Nach der Gesetzessystematik wird ein Vergleich mit den Fristenbestimmungen des § 180 BGB oder § 224 III ZPO gezogen. Danach ist schon lange anerkannt, dass materiell-rechtliche Pflichten nach deren Ablauf verlängert

⁵⁶ BAG v. 10.10.2007 – Az.: 7 AZR 795/06, BAGE 124, 196, 201.

⁵⁷ BAG v. 23.06.2004 – Az.: 7 AZR 636/03, NZA 2004, 1333, 1335.

⁵⁸ BAG v. 15.03.1978 – Az.: 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

⁵⁹ BAG v. 13.12.1962 – Az.: 2 AZR 38/62, BAGE 14, 11.

⁶⁰ *Hunold*, Mehrfachbefristungen heute, NZA 1997, 741, 742.

⁶¹ ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG, Rn. 86.

⁶² BAG v. 26.07.2000 – Az.: 7 AZR 51/99, BAGE 95, 255, 261; BAG v. 25.10.2000 – Az.: 7 AZR 483/99, AP Nr. 6 zu § 1 BeschFG 1996; BAG v. 18.01.2006 – Az.: 7 AZR 178/05, AP Nr. 22 zu § 14 TzBfG; BAG v. 23.08.2006 – Az.: 7 AZR 12/06, BAGE 119, 212, 215; BAG v. 20.02.2008 – Az.: 7 AZR 786/06, AP Nr. 43 zu § 14 TzBfG.

werden können.⁶³ Dies sei nach den Befürwortern dieser Meinung⁶⁴ auf die Fristbestimmungen im Arbeitsrecht zu übertragen. Danach ist im Arbeitsrecht nach Ablauf der Befristung deren Verlängerung möglich. Aus dem Wortlaut wird noch eine andere Ansicht⁶⁵ abgeleitet. Nach dieser könne bei einer Unterbrechung von zwei oder drei Tagen von einer Verlängerung im Wortsinn gesprochen werden. Diesem zuwider würden hingegen Unterbrechungen von mehreren Wochen laufen. Eine letzte Auffassung⁶⁶ zieht den Zeitraum am engsten und verlangt, dass der Verlängerungszeitraum nahtlos an die vorhergehende Befristung anschließen muss. Die Verlängerung muss danach zwingend vor dem Ablauf des vereinbarten Zeitraums abgeschlossen werden.

Allein aus dem Sprachsinn der Verlängerung heraus kann etwas, das abgelaufen ist, nicht mehr nach seinem ursprünglichen Sinn verlängert werden. Ein schon beendeter Vertrag kann demnach nicht wieder aufgeweckt werden.⁶⁷ Der Vergleich mit den Fristen des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts kann aus dem Grund nicht überzeugen, da keine Fristen „verlängert“ werden, sondern eine neue Frist vertraglich vereinbart wird und zu laufen beginnt.⁶⁸ Darüber hinaus ist gerade der erstgenannte Standpunkt definitiv zu unsicher formuliert, da nicht klar erkennbar ist, welcher Zeitraum letztlich überbrückt werden kann. Deshalb kann im Ergebnis nur der Ansicht gefolgt werden, dass eine Verlängerung vor Ablauf der vorhergehenden Befristung vereinbart werden muss und sich nahtlos an den Verlängerungszeitraum anschließt.

III. Zusammenfassung der Möglichkeiten der Mehrfachbefristungen

Im Ergebnis sind Mehrfachbefristungen unter vielfachen Konstellationen möglich und in gewissen Grenzen gesetzlich gewollt. Jedoch bestehen sehr viele Unklarheiten und Streitigkeiten innerhalb der Rechtsprechung und Literatur, die dem Ziel der Bundesregierung, die Situation der befristet

⁶³ BGHZ 21, 43, 46.

⁶⁴ Heise/Lessenich/Merten, Arbeitgeber 1997, 94.

⁶⁵ Wisskirchen DB 1998, 723; Sowka, DB 1997, 678; ders. DB 2000, 1916; Schiefer/Worzalla, Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz und seine Auswirkungen für die betriebliche Praxis, Rn. 376; Wohlleben RdA 1998, 277, 279; Worzalla FA 2001, 5, 6.

⁶⁶ BAG v. 26.07.2000, 7 AZR 555/98, BAGE 95, 255, 259; BAG v. 25.10.2000, AP Nr. 6 zu § 1 BeschFG 1996; BAG v. 19.10.2005, AP Nr. 19 zu § 14 TzBfG; Preis, NJW 1996, 3369, 3373; Rolfs, NZA 1996, 1134, 1136; v. Hoyningen-Huene/Linck DB 1997, 41, 46; Hunold NZA 1997, 741, 742; Schwedes BB 1996 Beilage 17, 5; Kania DStR 1997, 373, 375; Richardi/Annuß BB 2000, 2201, 2204; Lakies DZWiR 2001, 1, 13; Däubler ZIP 2001, 217, 223; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 462; ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG, Rn. 88; Preis/Greiner RdA 2010, 148, 158.

⁶⁷ Hunold NZA 1997, 741, 742.

beschäftigten Arbeitnehmer zu verbessern, entgegenwirken.

D. Der Neuabschluss eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses („Kettenarbeitsverhältnis“)

Kettenarbeitsverträge liegen vor, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber mehrere, mindestens zwei einzelne, befristete Arbeitsverträge in unmittelbarer Aufeinanderfolge abgeschlossen werden. Anders als im Fall der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses, bei der es stets nur um einen Vertrag geht, liegen beim Kettenarbeitsvertrag oder Kettenarbeitsverhältnis stets mehrere selbstständige Verträge vor.⁶⁹

I. Die bisherige Rechtsprechung des BAG

Grundsätzlich stellt das BAG im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle von Kettenbefristungen ausschließlich auf die Wirksamkeit der Befristung im letzten Arbeitsvertrag ab.⁷⁰ Jedoch verändert sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG der Prüfungsmaßstab aller Gerichte beim Vorliegen von Kettenbefristungen insofern, dass zu prüfen ist, ob beim Abschluss des letzten Arbeitsvertrages eine hinreichende Prognose für den jeweiligen Sachgrund bestanden hat.⁷¹ Je mehr befristete Arbeitsverhältnisse hintereinander abgeschlossen wurden, desto höhere Anforderungen sind an die Prognose zu knüpfen und umso intensiver und umfangreicher fällt deren Prüfung aus.⁷² Höhere Anforderungen stellt das BAG an den Sachgrund der Vertretung aus § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG – der einer der häufigsten Befristungsgründe und Streitgegenstand der aktuellen *Kücük*-Entscheidung des EuGH war. Dabei wird zusätzlich geprüft, ob der Arbeitgeber eine hinreichende Prognose gestellt hat, dass der Vertretungsbedarf in Zukunft wieder entfallen wird.⁷³ Weiterhin muss ein Kausalzusammenhang bestehen, wonach geprüft wird, ob der Bedarf für die Beschäftigung des Vertreters auf die Abwesenheit des zeitweilig ausgefallenen Arbeitnehmers zurückzuführen ist.⁷⁴ Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Sachgrund der Vertretung nicht nur vorgeschoben wird.⁷⁵ Einen Monat vor der Entscheidung des EuGH hatte das BAG einen sehr ähnlich gelagerten Fall zu entschei-

⁶⁸ Hunold, NZA 1997, 741, 742.

⁶⁹ Hunold, NZA 1997, 741, 743.

⁷⁰ BAG, NZA 2001, 264, 265; NZA 2007, 803, 804 = NJW 2007, 2139, 2142; NZA 2011, 366, 369.

⁷¹ BAG NZA 2001, 1380, 1382; NZA 2004, 1055, 1056; NZA 2010, 34, 37; Eisemann, NZA 2009, 1113, 1114.

⁷² Drosdeck/Bitsch NJW 2012, 977, 978.

⁷³ NZA 2008, 467, 469; NZA 2001, 721; NZA 2001, 1380, 1382; NZA 2004, 1055, 1056.

⁷⁴ BAG v. 24.05.2006 – 7 AZR 640/05, BeckRS 2009 67940.

⁷⁵ BAG v. 15.02.2006 – 7 AZR 232/05, BAGE 117, 104, 107; BAG v. 18.04.2007 – 7 AZR 293/06, AP Nr. 33 zu 72 LPVG NW.

den.⁷⁶ Darin wurden von einem Lehrer aufgrund eines Vertretungsbedarfs mehrere befristete Arbeitsverhältnisse abgeschlossen. Das BAG entschied, dass ein ständig vorhandener Vertretungsbedarfs an Lehrkräften in einem Bundesland keinen Missbrauch des eine Befristung des Arbeitsvertrages nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG rechtfertigenden Sachgrundes der Vertretung darstellt, wenn dieses Bundesland durch die befristete Einstellung eines konkret geeigneten Lehrers für die Vertretung einer ausfallenden Stammkraft sorgt.

II. Die vertretenen Ansichten in der Literatur

Von einer Meinung in der Literatur⁷⁷ kam der Vorwurf gegen die Rechtsprechung des BAG, dass gerade diese dazu führe, dass dadurch der Abschluss mehrerer unbefristeter Arbeitsverhältnisse, die nicht dem Kündigungsschutz unterliegen, gefördert werde. Dieses widerspräche den europarechtlichen Zielsetzungen, die das unbefristete Arbeitsverhältnis als den Regelfall annehmen. Diese Auffassung legt es dem BAG nahe, im Rahmen der Befristungskontrolle die vorherigen Arbeitsverträge mit einzubeziehen.⁷⁸ Deren Berücksichtigung wird ebenfalls von anderen Stimmen aus der Literatur gefordert.⁷⁹ Danach sei im Rahmen der Befristungskontrolle eine Gesamtschau aller vorher geschlossenen Arbeitsverträge und des gesamten Arbeitsverhältnisses vorzunehmen. Entgegen dem BAG setze eine wirksame Befristung nicht nur die Wirksamkeit der Befristungsabrede im letzten Arbeitsvertrag, sondern die wirksame Befristung aller vorher abgeschlossenen Arbeitsverträge voraus.

Jedoch gibt es für all diese Kritik keine Stütze in der nationalen oder europäischen Rechtsprechung, die aussagt, dass der Abschluss von mehreren befristeten Arbeitsverträgen grundsätzlich oder aber ab einer bestimmten Anzahl von Verträgen unzulässig wäre.⁸⁰ Daher steht in der Literatur den genannten Bedenken zu Recht die überwiegende Meinung sehr skeptisch gegenüber.⁸¹ Diese⁸² geht mit dem BAG konform und sagt, dass der Abschluss von Kettenbefristungen grundsätzlich zulässig sei und es bei der Überprüfung der Befristung nur auf den letzten der abgeschlossenen Arbeitsverträge ankomme.

⁷⁶ BAG v. 06.10.2010 – 7 ARZ 397/09, NZA 2011, 1155.

⁷⁷ Staudinger/Preis, BGB, § 620, Rn 41; Drosdeck/Bitsch, NJW 2012, 977, 978.

⁷⁸ Greiner, NZA-Beilage, 2011, 117, 118; Persch, NZA 2011, 1068, 1069.

⁷⁹ Bauschke, öAT 2012, 27, 29; Greiner, NZA-Beilage 2011, 117, 118.

⁸⁰ ErfK/Müller-Glöge, TzBfG, § 14 Rn. 9; Bauschke, öAT 2012, 27, 29.

⁸¹ Staudinger/Preis, BGB, § 620 Rn. 41; Sievers, TzBfG, § 14 Rn. 171.

⁸² Boecken/Joussen, TzBfG, § 14 Rn. 169; ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 9; Dorn-

III. Die EuGH-Rechtsprechung zu *Adeneler* und *Angelidaki*

In den Fällen *Adeneler* und *Angelidaki* – in denen es um eine Sachgrundbefristung nach § 14 I Nr. 1 TzBfG ging – hielt es der EuGH für nicht europarechtskonform, wenn eine nationale Regelung die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge erlaube, obwohl der mit ihnen gedeckte Beschäftigungsbedarf faktisch kein zeitweiliger, sondern ein ständiger und dauernder sei.⁸³ In der Rechtsprechung dieser Entscheidungen widersprechen die streitgegenständlichen Normen den Zielen des europäischen Befristungsrechts dadurch, dass sie auf die konkrete Prüfung eines zeitweiligen Beschäftigungsbedarfs im Einzelfall verzichteten. Weiter ist für den EuGH entscheidend, ob wirklich ein individuell bestimmbarer Arbeitnehmer nur vorübergehend abwesend ist. Sollte sich bei dieser Feststellung herausstellen, dass in der Gesamtschau des Unternehmens durchgehend Arbeitskräfte benötigt werden, so kann dadurch kein ständiger und dauernder Beschäftigungsbedarf argumentiert werden.⁸⁴ Der EuGH begründet hier die Anforderung, dass die nationalen Gerichte alle konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen haben. Diese Auffassung findet sich in der Entscheidung *Kücük* wieder.

IV. Die *Kücük*-Entscheidung des EuGH

Nachfolgend werden die Auswirkungen der *Kücük*-Entscheidung des EuGH auf das deutsche Befristungsrecht untersucht.

1. Der Ausgangsfall

Die Klägerin, Frau *Kücük*, war über einen Zeitraum von elf Jahren auf der Grundlage von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen als Justizangestellte beim Land Nordrhein-Westfalen beschäftigt. Die befristeten Verträge wurden stets aus Anlass der vorübergehenden Beurlaubung einer unbefristet eingestellten Justizangestellten geschlossen und waren auf den Sachgrund der Vertretung (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG) gestützt worden. Da der Klägerin eine weitere Verlängerung des Beschäftigungsverhältnisses nicht angeboten wurde und das Arbeitsverhältnis enden sollte, erhob Frau *Kücük* Entfristungsklage nach § 17 S. 1 TzBfG mit dem Ziel, die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses für unwirksam zu erklären. Nachdem die Klage in den ersten Instanzen erfolglos geblieben war⁸⁵, legte das BAG⁸⁶ dem EuGH

busch/Fischermeier/Löwisch-Schüren, FA-Komm. Arb., § 14 TzBfG, Rn. 28.

⁸³ EuGH v. 24.06.2010 - C-98/09 (Slg. 2006, I-6091) = NZA 2006, 909, Rn. 88 – *Adeneler*; EuGH v. 23.04.2009 – C 379/07 (Slg I-2009, I-3071), Rn. 103 – *Angelidaki*.

⁸⁴ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NZA 2012, 135, 137.

⁸⁵ ArbG Köln, Urt. v. 28.05.2008 – Az.: 12 Ca 571/08, BeckRS 2010, 75789; LAG Köln,

folgende Frage im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV vor: Schließt das Unionsrecht den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse aus, wenn beim Arbeitgeber wegen regelmäßigen Ausfalls verschiedener Arbeitnehmer ein dauerhafter Vertretungsbedarf besteht, der mit dem Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge gedeckt werden könnte?

2. Konsequenzen der Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat die Frage wie folgt beantwortet:

a) Ständiger und dauernder Vertretungsbedarf als Befristungsgrund

Das Urteil bestätigt zum einen den unstreitigen Punkt, dass ein Vertretungsbedarf einen Sachgrund für eine Befristung darstellen kann.⁸⁷ Zum anderen sagt es, dass ein ständiger und dauerhafter Vertretungsbedarf zulässig sein kann, selbst wenn die Stelle durch einen unbefristeten Arbeitsvertrag besetzt werden könnte.⁸⁸ Der EuGH legt den Begriff *sachlicher Grund* i. S. d. § 5 Nr. 1a) RV-B so aus, dass genau bezeichnete Umstände darunter zu verstehen sind, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und deshalb den Einsatz aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen. In die aktuelle Bewertung, ob die Befristung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses zulässig gewesen ist, muss die Zahl und Dauer der bisherigen befristeten Arbeitsverträge mit einfließen.⁸⁹ Damit verlangt der EuGH eine Blickrichtung in die Vergangenheit der Beschäftigung des Arbeitnehmers. Betrachtet man nun den konkreten Fall Küçük, so drängt sich der Eindruck auf, dass bei insgesamt 13 hintereinander folgenden Befristungen über elf Jahre kein vorübergehender Vertretungsbedarf, sondern sogar ein dauerhafter Vertretungsbedarf bestand.⁹⁰ Doch der Eindruck, dass in diesem Fall die Befristungen missbräuchlich eingesetzt worden sein könnten, führt nicht zwingend zu der Annahme, dass ein bestehender Vertretungsbedarf nur für eine begrenzte Anzahl oder für eine begrenzte Dauer zum Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags berechtigt.⁹¹ Diese Schlussfolgerung findet weder in der Richtlinie 1999/70/EG noch in den Vorschriften des TzBfG eine Stütze.⁹² Vielmehr stelle die vorübergehende Vertretung eines zeitweilig verhinderten Arbeitnehmers einen sachlichen

Art. v. 15.05.2009 – Az.: 4 Sa 877/08, BeckRS 2009, 68637.

⁸⁶ BAG, NZA 2011, 34.

⁸⁷ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NZA 2012, 135, 137.

⁸⁸ NJW-Spezial, 2012, 115.

⁸⁹ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NJW 2012, 989, 992.

⁹⁰ Brose, NZA 2009, 706, 709.

⁹¹ Marschner, Anm. zu BAG v. 17.11.2011, EzTöD Nr. 35 zu § 30 I TVöD-AT, S. 334.

⁹² Brose, NZA 2009, 706, 709; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch-Schüren, § 14 TzBfG, Rn. 28; Hümmerich/Boecken/Düwell-Studt, § 14 TzBfG Rn. 38.

Grund i. S. d. § 5 Nr. 1a RV-B dar und genau zu diesem Zweck dürfen die Mitgliedstaaten den Abschluss befristeter Arbeitsverträge zulassen. Selbst wenn der Vertretungsbedarf dauerhaft und ständig sei, könne die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages gerechtfertigt sein.⁹³ Die Deckung eines solchen Bedarfs durch den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse sei nur für sich isoliert betrachtet nicht als missbräuchlich anzusehen.⁹⁴

b) Streitgegenstand der Entfristungsklage

Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass im konkreten Einzelfall eine missbräuchliche Verwendung befristeter Arbeitsverträge ausgeschlossen sein müsse.⁹⁵ Entgegen der Ansicht von *Persch*⁹⁶ bleibt die gerichtliche Kontrolle auf den letzten befristeten Arbeitsvertrag beschränkt, d. h., der prozessuale Grundsatz, dass der Streitgegenstand der Befristungskontrolle allein der letzte befristete Arbeitsvertrag ist, bleibt erhalten.⁹⁷ Der Streitgegenstand der gerichtlichen Befristungskontrolle ist die Frage, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten aktuellen Befristungsabrede beendet wurde oder nicht. Deshalb werden zeitlich vorangegangene befristete Arbeitsverhältnisse nicht gerichtlich angegriffen.⁹⁸ Denn sowohl die Befristungsrichtlinie, die Rahmenvereinbarung als auch das Urteil geben dazu keine konkreten Vorgaben vor. Sie verlangen nur, dass eine wirksame gerichtliche Überprüfung gewährleistet wird⁹⁹, die sich aber nur auf die letzte Befristungsabrede beziehen kann. Darüber hinaus ist dieser Ansicht vorzuwerfen, dass sich aus vorangegangenen Vertretungen nichts über die Zulässigkeit der aktuellen Befristung aussagen lässt.¹⁰⁰ Damit besteht keine Veranlassung, von der punktuellen Überprüfung von Befristungsabreden abzusehen.

c) Berücksichtigung der Dauer und Anzahl der bisherigen Befristungen

Weiterhin sei es nach dem Urteil des EuGH notwendig, dass sich die Einzelabwägung auf das Vorliegen, die Zahl und die Dauer aufeinanderfolgender Verträge, die in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber ge-

⁹³ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 36.

⁹⁴ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 37 und 50.

⁹⁵ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NZA 2011, 397 Rn. 57 (Lufthansa); *Morgenstern*, ZESAR 2011, 501, 503.

⁹⁶ *Persch*, NZA 2011, 1068, 1070.

⁹⁷ NZA 2010, 308, 309.

⁹⁸ Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 14 Rn. 20.

⁹⁹ EuGH v. 26.02.2012, C-586/10, NJW 2012, 989, 992

¹⁰⁰ ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG, Rn. 9.

geschlossen wurden, erstreckt.¹⁰¹ Auf welche Weise diesen Kriterien Rechnung getragen werden sollte, wird nicht einheitlich beantwortet.

aa) Anknüpfung an die frühere Rechtsprechung des BAG

Einige Autoren im Schrifttum¹⁰² wollen an die frühere Rechtsprechung des BAG anknüpfen, wonach es darauf an käme, ob der letzte Arbeitsvertrag eine wirksame Befristungsklausel enthält.¹⁰³ Mit jeder weiteren Befristung stiegen die Anforderungen an die Darlegung des vorübergehenden Vertretungsbedarfs.¹⁰⁴ Begründet wird diese Ansicht damit, dass sich die zugrundeliegende Prognose des Arbeitgebers dann als falsch herausstelle, wenn es nach Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages zu einer erneuten Befristung komme. Aufgrund dessen seien an die neue Prognose deutlich höhere Anforderungen zu stellen.¹⁰⁵ Diese Ansicht schließt sich vollumfänglich der Rechtsprechung des BAG an, das auf den letzten Arbeitsvertrag abstellt, aber bei mehreren hintereinander folgenden Befristungen kontinuierlich steigende Anforderungen an die Prognoseentscheidung des Arbeitgebers stellt.

bb) Beibehalten der bisherigen Rechtsprechung des BAG und Hinzufügen einer Missbrauchskontrolle

Eine weitere Möglichkeit für das BAG besteht darin, seine Rechtsprechung wie gehabt beizubehalten, jedoch additiv eine umfassendere Missbrauchskontrolle hinzuzufügen.¹⁰⁶ Dann würde den Umständen des Einzelfalls durch eine umfassende Gesamtabwägung Rechnung getragen werden. Dabei wären dann insbesondere Umstände wie die Gesamtdauer der Beschäftigung, die Anzahl der befristeten Arbeitsverträge, die Kontinuität der ausgeübten Tätigkeit und die Deckung eines dauerhaften Vertretungsbedarfs mit befristeten Arbeitsverträgen zu berücksichtigen.¹⁰⁷

cc) Abgestufte Missbrauchskontrolle durch das BAG

Eine dritte Möglichkeit bestände in einer „abgestuften“ Missbrauchskon-

¹⁰¹ EuGH v. 26.01.2012 - C-586/10, NZA 2012, 135, 138.

¹⁰² APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG, Rn. 58; Boecken/*Joussen-Boecken*, TzBfG, § 14 Rn. 62; Annuß/*Thüsing-Maschmann*, TzBfG, § 14 Rn. 41; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 Rn. 35; Laux/*Schlachter-Schlachter*, TzBfG, § 14 Rn. 16; Henssler/*Willemsen/Kalb-Schmalenberg*, Arb-Komm., § 14 TzBfG, Rn. 27; *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148, 153; *Rose* 2011, 173, 177.

¹⁰³ ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG, Rn. 9.

¹⁰⁴ *Staudinger/Preis*, BGB, § 620 Rn. 41.

¹⁰⁵ BAG v. 10.03.2004 - 7 AZR 402/03, BAGE 110, 38, 40 = NZA 2004, 925, 926.

¹⁰⁶ *Brose*, NZA 2009, 706, 711.

¹⁰⁷ *Brose*, NZA 2009, 706, 711.

trolle, also der Kontrolle auf mehrere aufeinander aufbauende Stufen. Nach § 14 II 1 TzBfG ist bis zu einer Höchstdauer von zwei Jahren ein Sachgrund für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge nicht erforderlich. Bis zu diesem Zeitpunkt kann auf der ersten Stufe auf eine zusätzliche Missbrauchskontrolle verzichtet werden. Weiterhin folgt aus § 14 II 1 TzBfG, dass der Gesetzgeber bei einer sachgrundlosen Befristung davon ausgeht, dass die durchschnittliche Vertragsdauer sechs Monate beträgt. Nach einer Befristung von insgesamt mehr als zwei Jahren ließe sich annehmen, dass ein Missbrauch dann indiziert sei, wenn die einzelnen Arbeitsverhältnisse im Durchschnitt eine Laufzeit von weniger als sechs Monate aufweisen. Der Arbeitgeber, der sich auf die Beendigung des letzten Arbeitsvertrages beruft, müsste diese Hypothese dann widerlegen. Zum einen träfen ihn die Darlegungs- und Beweislast, dass ein Vertretungsbedarf bestand¹⁰⁸, und zum anderen, dass die Aneinanderreihung der vorherigen Verträge nicht missbräuchlich gewesen ist. Auf der abschließenden dritten Stufe der Missbrauchskontrolle sei dann zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die befristete Beschäftigung älterer Menschen, die sozial erwünscht ist¹⁰⁹, nach § 14 II 2 TzBfG auf eine Höchstdauer von fünf Jahren beschränkt hat. Danach wird vom Gesetzgeber eher das Ende der befristeten Beschäftigung präferiert. Daraus lässt sich schließen, dass eine Kettenbefristung auf Grundlage des § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG erst recht bedenklich und in aller Regel missbräuchlich ist, wie es in dem Fall Kücük der Fall gewesen ist.

dd) Stellungnahme

Zu fragen ist, welcher der aufgezeigten Lösungswege für die Rechtsprechung des BAG und die Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben der am besten geeignete ist.

Kritisch an der ersten Möglichkeit, die an die frühere Rechtsprechung des BAG anknüpfen will, ist, dass die Prognoseanforderungen nicht sehr genau zu fassen sein werden. Die Prognoseentscheidung muss von Fall zu Fall getroffen werden und es können nur schwerlich allgemeingültige Kriterien geschaffen werden.¹¹⁰ Dies wiederum ist im Hinblick auf die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Rechtsprechung kritisch zu sehen. Darüber hinaus hat diese Sichtweise ihre Grenzen darin gefunden, wenn sich herausstellt, dass die letzte Befristung auf einer tragfähigen Prognose be-

¹⁰⁸ ErfK/Müller-Glöge, § 17 TzBfG, Rn. 13.

¹⁰⁹ BT-Dr. 16/3793, S. 7.

¹¹⁰ Brose, NZA 2012, 308, 309.

ruht.¹¹¹ Generell ist diese Voraussage auch nur darauf bezogen, ob der Arbeitnehmer an den Arbeitsplatz zurückkommt und nicht, wann dies geschehen wird.¹¹² Fraglich bleibt weiterhin, ob durch die Steigerung der Anforderungen an Befristungsketten die an das BAG gestellten Anforderungen aus dem Urteil zum Fall Küçük ausreichend umgesetzt werden.

Problematisch sowohl an der zweiten als auch an der letzten Lösung ist die zwangsläufig notwendige Definition des Begriffs *Missbrauch*. Damit eine konsequente und transparente Missbrauchskontrolle von den Gerichten durchgeführt werden kann, muss klar definiert oder zumindest abgesteckt sein, worin ein Missbrauch zu sehen ist.¹¹³ Gerade an diesem Punkt darf der Begriff nicht allzu scharf gefasst werden, denn dieser muss auf den einzelnen Fall anzuwenden sein und den verschiedensten Fallkonstellationen Rechnung tragen können. Eine für den Terminus getroffene Definition müsste dann durch entsprechende Indizien, die auf einen solchen Missbrauch deuten bzw. hinweisen können, ergänzt werden.

Explizit gegen die Gesamtabwägung des zweiten Ansatzes muss angeführt werden, dass dies zu einer unüberschaubaren Rechtsunsicherheit führen würde, insbesondere bedingt durch die Tatsache, dass es keine klaren Indizien gäbe, anhand derer die Missbrauchskontrolle stattfinden würde. Es gäbe nur einige – ausfüllungsbedürftige – Umstände, die ein Gesamtbild darstellen.

Die letzte Lösungsmöglichkeit stellt eine Steigerung der zweiten Ansicht dar und differenziert diese deutlich mehr. Insbesondere würde eine solche abgestufte Missbrauchskontrolle dem Einzelfall gerecht werden, zudem gäbe es zuverlässige Kriterien, anhand derer diese zu erfolgen hat.¹¹⁴ Zwar muss die letztendliche Entscheidung, ob die Mehrfachbefristung missbräuchlich war oder nicht, wertend getroffen werden, jedoch würde diese anhand objektiver und nachvollziehbarer Kriterien erfolgen. Dies würde gerade in dem sensiblen Bereich des Arbeitsrechts für Rechtssicherheit und Transparenz auf diesem Gebiet sorgen. Darüber hinaus würde gerade diese Lösung den Anforderungen des EuGH an eine umfassende Befristungskontrolle vollumfänglich gerecht werden.

Das BAG hat somit die Anzahl und Dauer der aufeinanderfolgenden Befristungen dadurch zu berücksichtigen, dass eine abgestufte Befristungs-

¹¹¹ Staudinger/Preis, BGB, § 640 Rn. 54.

¹¹² Brose, NZA 2012, 308, 310.

¹¹³ Brose, NZA 2012, 308, 310.

kontrolle von mehreren Stufen stattzufinden hat, nach denen die Anforderungen an eine wirksame Befristung anhand der Dauer der Befristung ansteigen.

d) Aktuelle Entscheidung zu den Kettenbefristungen

Eine Tendenz für eine mögliche Befristungskontrolle hat das LAG Baden-Württemberg¹¹⁵ in seinem Urteil v. 19.03.2012 anklingen lassen: Dieses hat entschieden, dass sich die vom EuGH geforderte Missbrauchskontrolle bei Kettenbefristungen auf die Prüfung beschränkt, ob der Arbeitgeber aufgrund der Zahl und der Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverhältnisse sowie weiterer Anhaltspunkte trotz eines an sich gegebenen Befristungsgrundes bei dem zuletzt geschlossenen befristeten Arbeitsvertrag missbräuchlich von der Möglichkeit der Befristung Gebrauch gemacht habe. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die unbefristeten Arbeitsverhältnisse die Regel und die befristeten nur eine zu begründende Ausnahme darstellen sollen. Das Gericht zieht also weitere Umstände in die Beurteilung der Kettenbefristung mit ein, wie es die oben dargestellte zweite Lösungsmöglichkeit in Erwägung zieht.

3. Schutzniveau von Kettenbefristungen in der EU

In der EU lassen sich drei Begrenzungen der Befristung ausmachen: Einerseits stellt die einzige Beschränkung der Befristung der darzulegende Sachgrund dar, andererseits wird in Frankreich eine sog. Prekaritätsentschädigung an den befristet beschäftigten Arbeiter ausgezahlt, nachdem dieser für eine gewisse Zeit befristet eingestellt worden ist¹¹⁶ und zum anderen gibt es eine Höchstanzahl von hintereinander abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträgen, nach deren Erreichung mit dem Arbeitnehmer nur noch unbefristete Arbeitsverträge geschlossen werden können.

E. Fazit und Ausblick auf die weitere Rechtsprechung

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass zum einen grundsätzlich der Abschluss von Mehrfach- und Kettenbefristungen weiterhin als zulässig anzusehen sein wird und allein die Tatsache des Vorliegens einer Kettenbefristung nicht zur Unwirksamkeit der Befristung führt.

Weiterhin kann in wesentlichen Teilen der Prüfungsumfang des BAG über Kettenbefristungen beibehalten werden. Schwerpunkt bleibt der letzte geschlossene Arbeitsvertrag. Bei diesem müssen die Voraussetzungen einer

¹¹⁴ Brose, NZA 2012, 308, 310.

¹¹⁵ LAG Baden-Württemberg, 19.03.2012 - 1 Sa 26/11.

¹¹⁶ Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, S. 361 Rn. 28.

wirksamen Befristung vorliegen. Eine Korrektur der Rechtsprechung hat insofern stattzufinden, dass eine Befristungskontrolle mit wachsenden Anforderungen an den Befristungsgrund stattzufinden hat. Die Gerichte haben eine Gesamtschau vorzunehmen, die sowohl die Zulässigkeit der letzten Befristung überprüft als auch die bisherigen Arbeitsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien und die betroffenen befristeten Arbeitsverhältnisse berücksichtigt. Alle anderen Lösungen können nicht überzeugen. Insbesondere eine Höchstgrenze von nacheinander abgeschlossenen befristeten Arbeitsverhältnissen würde nicht zum Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge, sondern die Fortsetzung der befristeten Beschäftigungen mit anderen Arbeitnehmern, führen.¹¹⁷

Es bleibt die Entscheidung des BAG über die Rechtssache Kücük abzuwarten. Der EuGH hat dem BAG eine Richtung vorgegeben, damit die Rechtsprechung des BAG richtlinien- und europarechtskonform bleibt. Der für das Befristungsrecht allein zuständige 7. Senat des BAG müsste diese Möglichkeit nutzen, um objektive und transparente Kriterien für eine wirkungsvolle Missbrauchskontrolle zu entwickeln. Insbesondere muss das unbefristete Arbeitsverhältnis wieder zum Normalfall werden, sodass das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer eine Sicherheit bezüglich des Erhalts des Arbeitsplatzes bieten kann.

¹¹⁷ *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148, 149.