durch die Änderungskündigungen wegen der unterschiedlichen und zT recht langen Kündigungsfristen der Arbeitnehmer nicht gewährleistet, dass die Kurzarbeit zeitnah und einheitlich eingeführt werden kann (hierzu bereits *Beck*, ZTR 1998, 159, 161).

Weiterhin zeigt sich das BAG äußerst zurückhaltend, wenn es darum geht, eine Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung zu bewirken (vgl BAG, NZA 2010, 333; NZA 2008, 1182; NZA 1990, 607; dazu auch Grobys, NJW-Spezial 2004, 81, ferner Lehmann, BB 2010, 2821, 2826). Insbesondere sei dem Arbeitnehmer bei nur vorübergehenden Verlustphasen mit absehbarem Ende die Hinnahme einer Entgeltreduzierung billigerweise nicht zuzumuten (vgl BAG, NZA 1999, 255); das wirtschaftliche Risiko darf nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Zudem muss der Arbeitgeber prüfen, ob ggf eine Massenentlassungsanzeige erforderlich wird, da auch die Änderungskündigung von § 17 KSchG erfasst wird. Denn insofern kommt es nur auf den Zugang der Kündigungserklärung und nicht auf das nachfolgende Verhalten der Arbeitnehmer an (vgl EuGH, NZA 2005, 213).

V. Fazit

Die Einführung von Kurzarbeit im öffentlichen Dienst bedarf einer Rechtsgrundlage. Grundsätzlich kommt zunächst eine gesetzliche Rechtsgrundlage in Betracht. Das BPersVG sieht eine solche Bestimmung jedoch nicht vor. Zudem unterliegt die Einführung von Kurzarbeit auch nicht der Mitbestimmung des Personalrates gemäß § 75 III Nr. 1 BPersVG. Wegen § 73 I BPersVG ist der Abschluss einer Dienstvereinbarung jenseits des Katalogs der Mitbestimmungstatbestände unzulässig. Der Arbeitgeber ist deshalb auf eine rechtswirksame Bestimmung im Tarifvertrag angewiesen, die nicht nur ihn einseitig berechtigt, unter Verstoß gegen den Kündigungsschutz die tarifliche Arbeitszeit zu verkürzen. Daher ist den Arbeitgebern im öffentlichen Dienst dringend zu empfehlen, dahingehend auf die Verhandlungsführer einzuwirken.

Besteht eine landesgesetzliche Regelung, die die Einführung von Kurzarbeit mittels einer Dienstvereinbarung zulässt, dürfen tarifvertragliche Regelungen diese Vorgehensweise und insbesondere das Recht des Personalrates auf Mitbestimmung nicht beeinträchtigen. Die Dienstvereinbarung dient dann als Rechtsgrundlage zur Einführung von Kurzarbeit.

Sind weder (landes-)gesetzliche noch tarifvertragliche Bestimmungen vorhanden, verbleibt dem Arbeitgeber nur der Weg über einzelvertragliche Lösungen. Dabei fehlt es dem Bündnis für Arbeit jedoch an einer wirksamen rechtlichen Einkleidung. Einvernehmliche Regelungen sind möglicherweise schwer zu erzielen, jedenfalls aber nicht einheitlich und flächendeckend. Letztlich kann grundsätzlich auf das Instrument der Änderungskündigung zurückgegriffen werden. Allerdings sind dabei sehr hohe Hürden zu überwinden. Individualmaßnahmen bieten daher in der Regel keine praxisgerechte Option, sodass einer rechtswirksamen Klausel im Tarifvertrag noch entscheidendere Bedeutung zukommt.

Aktuelle Entscheidungen zum Befristungsrecht – verfassungs- und europarechtliche Einflüsse auf § 14 TzBfG

RA Dr. Christoph T. Thies, Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Das deutsche Befristungsrecht ist in der jüngsten Vergangenheit von einigen bemerkenswerten Entscheidungen zum Teil erheblich verändert, zum Teil in entscheidenden Bereichen in Frage gestellt worden. Dabei sind es vor allem verfassungs- und europarechtliche Fragestellungen, mit denen sich die Gerichte auseinandersetzen. Der vorliegende Beitrag stellt die aktuellen Entscheidungen in ihrer Konsequenz für den Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes dar und gibt Hinweise für die zukünftige Gestaltung befristeter Arbeitsverträge.

I. Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbots

§ 14 TzBfG kennt die durch einen Sachgrund gerechtfertigte Befristung nach § 14 I TzBfG und die ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässige kalendermäßige Befristung des Arbeitsverhältnisses nach § 14 II TzBfG. In letzterem Fall darf die Befristung grundsätzlich die Gesamtdauer von zwei Jahren nicht überschreiten, und innerhalb dieser zwei Jahre ist eine

bis zu dreimalige Verlängerung der Vertragslaufzeit zulässig. Nach § 14 II 2 TzBfG ist eine solche sachgrundlose Befristung allerdings nicht zulässig, wenn "mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat."

1. Bisherige Rechtsprechung des BAG

Dieses sogenannte Vorbeschäftigungsverbot wird bislang eng am Wortlaut orientiert ausgelegt. "Derselbe Arbeitgeber" wird verstanden als dieselbe natürliche oder juristische Person auf Arbeitgeberseite (BAG, NZA 2008, 1347), so dass eine mehrfache sachgrundlose Befristung innerhalb desselben Konzerns unproblematisch zulässig sein kann (vgl BAG, NZA 2001, 1384). Auch der Begriff des Arbeitsverhältnisses wird im rechtlichen Sinne verstanden, so dass etwa Berufsausbildungsverhältnisse, Praktika oder Volontariate der sachgrundlosen Befristung nicht entgegenstehen (ErfK/Müller-Glöge, 11. Aufl. 2011, § 14 TzBfG Rn. 94f.).

"Zuvor" im Sinne des § 14 II 2 TzBfG wurde bislang ebenfalls schlicht wortlautgetreu verstanden. Jedes zu irgendeiner Zeit einmal bestehende Arbeitsverhältnis schloss, unabhängig von der zwischenzeitlich vergangenen Zeitspanne, eine sachgrundlose Befristung aus. Dabei spielte es auch keine Rolle, ob die Tätigkeit in dem früheren Arbeitsverhältnis mit der jetzt in Frage stehenden vergleichbar war, oder ob es tatsächlich um völlig unterschiedliche Arbeiten ging (BAG, NZA 2005, 218).

Die Kritik an dieser Ausgestaltung des Vorbeschäftigungsverbots richtete sich vor dem Hintergrund der klaren Regelung in erster Linie gegen die gesetzliche Regelung selbst, und nur vereinzelt gegen ihre Auslegung durch das BAG.

2. Kehrtwende des BAG

Mit seinem Urteil vom 06.04.2011 (7 AZR 716/09, BeckRS 2011, 74789) hat das BAG nun eine bemerkenswerte Kehrtwende vollzogen. Die Entscheidung enthält im Kern die Aussage, eine Zuvor-Beschäftigung im Sinne des § 14 II 2 TzBfG liege nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege. Dies ergebe sich aus einer am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierten, verfassungskonformen Auslegung. Dabei argumentiert das Gericht folgendermaßen: Die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung solle Arbeitgebern ermöglichen, flexibel auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen zu reagieren. Zugleich solle sie aber auch für Arbeitnehmer eine Brücke zur unbefristeten Beschäftigung schaffen. Das Vorbeschäftigungsverbot solle vermeiden, dass durch Befristungsketten und missbräuchliche Befristungen insbesondere das Ziel der Dauerbeschäftigung unterlaufen wird. Diesem Zweck laufe das Vorbeschäftigungsverbot aber dann zuwider, wenn es zu einem Einstellungshindernis werde. Die Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots sei daher nur insoweit gerechtfertigt, wie dies zur Verhinderung von Befristungsketten erforderlich sei. Dies sei typischerweise nicht mehr der Fall, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege. Dieser Zeitraum entspreche auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährung zum Ausdruck komme.

Praxishinweise:

Die Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbots ist im Ergebnis zu begrüßen, auch wenn man auf die dogmatische Begründung des BAG für die Drei-Jahres-Grenze gespannt sein darf. Der Verweis auf die allgemeine zivilrechtliche Verjährungsfrist erscheint nicht überzeugend. Für die Praxis folgt aus der Entscheidung zunächst, dass Bewerber, die bereits früher bei demselben Arbeitgeber angestellt waren, deren Arbeitsverhältnis aber mindestens drei Jahre zurückliegt, sachgrundlos befristet eingestellt werden dürfen. Vorsorglich sollte die Frist hier allerdings großzügig bemessen und entsprechend der Regeln im Verjährungsrecht nach § 199 I BGB – erst ab Jahresschluss gerechnet werden.

Bewerber- und Einstellungsfragebögen ebenso wie Arbeitsvertragsmuster, die wegen § 14 II 2 TzBfG die Frage nach einem früheren Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber enthalten, sollten zeitnah angepasst werden.

II. Sachgrundbefristung bei ständigem Vertretungsbedarf

Nach § 14 I Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt werden soll. Grundlage der Befristung ist hier die Prognose des Arbeitgebers, der Vertretungsbedarf werde künftig wieder wegfallen. Das BAG hat nun die Frage aufgeworfen, ob seine bisherige Rechtsprechung in den Fällen, in welchen in einem Betrieb oder einer Dienststelle aufgrund deren Größe durchgehend ein bestimmter Bedarf an Vertretungskräften gegeben ist, etwa zur Mutterschutz- und Elternzeitvertretung und zur Überbrückung von Sonderurlauben und Langzeiterkrankungen, mit dem europarechtlichen Befristungsrecht vereinbar ist.

1. Bisherige Rechtsprechung des BAG

Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG steht eine wiederholte Befristung aufeinanderfolgender Arbeitsverträge wegen einer mehrfachen Verhinderung der Stammkraft der Prognose des zukünftigen Wegfalls des Vertretungsbedarfs nicht entgegen. Erst wenn der Arbeitgeber erhebliche Zweifel daran haben muss, dass die Stammkraft überhaupt wiederkommt, kann dies dafür sprechen, dass der Sachgrund der Vertretung nur vorgeschoben ist. Dagegen steht es der Wirksamkeit einer Befristung nicht entgegen, wenn bereits bei Abschluss des befristeten Vertrages absehbar ist, dass über das Ende des Vertrages hinaus ein weiterer Vertretungsbedarf vorhanden sein wird (BAG, NZA 2010, 34). Nach bisheriger Überzeugung des BAG liegt es in der freien Entscheidung des Arbeitgebers, ob er bei einem weiteren Vertretungsbedarf erneut den bisherigen Vertreter oder einen anderen Arbeitnehmer mit der Vertretung betraut oder ob er sich in sonstiger Weise behilft. Eine zur Unwirksamkeit der Befristung führende "Dauervertretung" liegt danach allenfalls dann vor, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht zur Vertretung eines bestimmten, vorübergehend an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmers eingestellt wird, sondern bereits bei Vertragsschluss beabsichtigt ist, ihn für eine noch nicht absehbare Vielzahl von Vertretungsfällen auf Dauer zu beschäftigen (BAG, NZA 2010, 34). Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Befristung ist nach Ansicht des BAG zudem unbeachtlich, ob und wie lange der Arbeitnehmer bereits zuvor im Rahmen befristeter Arbeitsverträge für den Arbeitgeber tätig war und wie viele befristete Verträge dem zugrunde lagen (BAG, NZA 2010, 34).

2. Vorlagebeschluss vom 17.11.2010

Mit Vorlagebeschluss vom 17.11.2010 (BAG, NZA 2011, 34) hat das BAG nun die Frage aufgeworfen, ob

es unionsrechtlich uneingeschränkt an dieser bisherigen Auslegung und Anwendung des § 14 I Nr. 3 TzBfG festhalten kann, oder ob dem möglicherweise § 5 Nr. 1 der europäischen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge entgegensteht. Dabei nimmt das BAG Bezug auf eine Entscheidung des EuGH, nach welcher nationale Regelungen, die eine Befristung zur Vertretung rechtfertigen, so ausgelegt werden müssen, dass sie nicht tatsächlich genutzt werden, um einen "ständigen und dauernden Bedarf" zu decken (EuGH, BeckRS 2009, 70428 - Angelidaki). Danach solle durch die Richtlinie die missbräuchliche Aneinanderreihung von befristeten Verträgen vermieden werden, wenn der damit gedeckte Bedarf faktisch kein zeitweiliger, sondern ein "ständiger und dauernder" wäre. Ferner habe der EuGH entschieden, dass jedenfalls hinsichtlich bestimmter befristungsrechtlicher Fragen die Zahl der aufeinanderfolgenden Verträge zu berücksichtigen sei, die mit derselben Person bereits geschlossen wurden.

Das BAG fragt, ob und inwieweit nach dem Verständnis des EuGH ein "ständiger und dauernder Bedarf" in diesem Sinne auch im Falle eines "ständigen Vertretungsbedarfs" vorliegt, der sich daraus ergibt, dass aufgrund der Größe des Betriebs oder der Dienststelle sowie der Häufigkeit der dort auftretenden Abwesenheitszeiten Stammarbeitnehmer ständig durch Vertretungskräfte ersetzt werden müssen. Der Bedarf könnte hier auch durch Schaffen einer Personalreserve auf Grundlage unbefristeter Arbeitsverträge gedeckt werden. Dabei schränkt das BAG ein: Bei der Beurteilung des "ständigen Vertretungsbedarfs" können nicht alle Arbeitnehmer des Betriebs oder der Dienststelle einheitlich betrachtet werden. Vielmehr muss die Betrachtung auch die unterschiedlichen Qualifikationen und Anforderungsprofile zu berücksichtigen haben. Denn nicht jede Springerkraft innerhalb einer Personalreserve kann zur Vertretung jedes Mitarbeiters eingesetzt werden. Im öffentlichen Dienst ist ein Einsatz zudem regelmäßig nur innerhalb derselben Entgeltgruppe möglich (BAG, NZA 2005, 986). Von einem "ständigen Vertretungsbedarf" wird daher überhaupt nur dann zu sprechen sein, wenn sich innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmern der gleichen Entgeltgruppe und zumindest vergleichbarer Qualifikation dauerhaft ein Vertretungsbedarf ermitteln lässt.

Sollte der EuGH die bisherige Rechtsprechung des BAG für europarechtswidrig halten, bittet das BAG um Prüfung, ob sich für die Vertretungsbefristung bei Elternzeit nach § 21 I BEEG aufgrund der besonderen sozialpolitischen Zielsetzung der Vorschrift etwas anderes ergibt.

Praxishinweise:

Bis zu einer Entscheidung des EuGH muss vor dem Abschluss befristeter Arbeitsverträge zur Vertretung zumindest dort gewarnt werden, wo aufgrund der Größe des Betriebs oder der Dienststelle durchgehend mit einer bestimmten Anzahl von Vertretungsfällen zu rechnen ist. Jedenfalls für Arbeitsverträge, die nach der Vorlage beim EuGH geschlossen wurden, wird sich der Arbeitgeber auch nicht mehr auf Vertrauensschutz im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des BAG berufen können. Hier sollte, sofern möglich, auf die Möglichkeit sachgrundloser Befristungen nach § 14 II TzBfG oder auf andere Sachgründe zurückgegriffen werden.

III. Haushaltsbefristung

Nach § 14 I Nr. 7 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses auch zulässig, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. Hiermit begründet das Gesetz einen Befristungsgrund, der ausschließlich den Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes zur Verfügung steht.

1. Entscheidung des BAG vom 09.03.2011

Mit Urteil vom 09.03.2011 (7 AZR 728/09) hat das BAG entschieden, dass die Bundesagentur für Arbeit die Befristung von Arbeitsverhältnissen nicht damit rechtfertigen kann, dass ein von ihr aufgestellter Haushaltsplan Haushaltsmittel für befristete Arbeitsverträge vorsieht. Dies gebiete eine verfassungskonforme Auslegung von § 14 I Nr. 7 TzBfG. Dass dieses Befristungsrecht nur dem öffentlichen, nicht aber dem privaten Arbeitgeber zustehe, stelle eine Ungleichbehandlung dar und sei mit den Grundrechten aus Art. 12 I GG und Art. 3 I GG zumindest dann nicht vereinbar, "wenn das den Haushaltsplan aufstellende Organ und der Arbeitgeber identisch sind und es an einer unmittelbaren demokratischen Legitimation des Haushaltsplangebers fehlt." Nach Ansicht des BAG erfordert § 14 I Nr. 7 TzBfG zum einen ein förmliches Haushaltsgesetz, welches durch einen demokratisch legitimierten Haushaltsplangeber verabschiedet wurde und dem Haushalt damit selbst eine demokratische Legitimation verschafft. Zum anderen dürfe der Haushaltsplangeber nicht in einer Doppelrolle zugleich als Arbeitgeber auftreten. Da die Bundesagentur als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung ihren Haushaltsplan ohne demokratische Legitimation selbst aufstelle, könne sie sich den Sachgrund für die Befristung quasi selbst schaffen. Für eine solche Privilegierung der Bundesagentur für Arbeit gebe es keine hinreichende sachliche Rechtfertigung.

2. Vorlageverfahren beim EuGH

Darüber hinaus war in jüngerer Vergangenheit die Vereinbarkeit der Haushaltsbefristung mit der europäischen Rahmenvereinbarung über befristete Verträge mehrfach in Zweifel gezogen worden (BAG, NZA-RR 2011, 272; LAG Köln, BeckRS 2010, 69707; siehe dazu auch Thies, öAT 2010, 231 und Thies, öAT 2010, 142). Dabei waren die Frage der Zulässigkeit eines ausschließlich dem öffentlichen Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Befristungsrechts ebenso aufgeworfen worden

wie die Frage, inwieweit bei der Beurteilung einer Befristung grundsätzlich Anzahl und Dauer vorheriger Befristungen zu berücksichtigen sind. Nachdem sich mehrere Verfahren durch Vergleich erledigt haben, ist derzeit beim EuGH nur noch eines (C-313/10) anhängig.

Praxishinweise:

Während die Entscheidung des BAG zur Haushaltsbefristung zunächst unmittelbar nur rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung betrifft, verlangt die wiederholte Vorlage zum EuGH insgesamt einen zurückhaltenden Umgang mit diesem Instrument. Sollte der EuGH hier grundsätzlich eine Unvereinbarkeit der Privilegierung des öffentlichen Arbeitgebers mit der Befristungsrichtlinie feststellen, wird auch hier ein Vertrauensschutz mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gewährt werden. Es empfiehlt sich daher, auch auf die Haushaltsbefristung vorerst so weit wie möglich zu ver-

IV. Fazit

Beiträge

Das deutsche Befristungsrecht ist in Bewegung. Neben den dargestellten Folgen für die Praxis ist die an verschiedener Stelle aufgeworfene Frage an den EuGH, ob und inwieweit Anzahl und Dauer vorangegangener Befristungen bei der Beurteilung eines befristeten Vertrages zu berücksichtigen sind, von erheblicher Bedeutung. Sollte der EuGH hier die Einbeziehung früherer Befristungen verlangen, die im Ergebnis wohl nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung erfolgen könnte, würde dies zu einer grundlegenden Veränderung des gesamten Befristungsrechts führen. Eine rechtssichere Befristung wäre dann mit Arbeitnehmern, die bereits mehrere befristete Verträge beim gleichen Arbeitgeber erfüllt haben, auf absehbare Zeit kaum noch möglich.

Anwendungsraum für das Leistungsentgelt nach den Sonderregelungen des TV-L für den Hochschul- und Forschungsbereich

Carsten Müller, Georg-August-Universität Göttingen, Personaladministration und Personalentwicklung

Auch nach Streichung der Regelungen zum Leistungsentgelt in § 18 TV-L (Allgemeiner Teil) verbleiben im TV-L noch Bereiche, in denen leistungsorientierte Entgeltbestandteile an die Beschäftigten ausgezahlt werden können. Neben den Sonderregelungen für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken in § 41 TV-L bieten vor allem die Sonderregelungen für Hochschulen und Forschungseinrichtungen des § 40 TV-L vielfältige Möglichkeiten, um an die dort tariflich Beschäftigten Leistungsentgelt auszukehren. Im Folgenden sollen die Möglichkeiten der auf diese Weise für die Wissenschaft erheblich erhöhten Entgeltflexibilität näher erläutert werden.

I. Besonderer Bedarf an flexiblen Entgeltbestandteilen

Die Finanzierung der Hochschulen und Forschungseinrichtungen wird nicht nur von deren Unterhaltsträgern selbst gedeckt. In erheblichem Maße wird sie ergänzt durch Drittmittel. Die Arbeit in der Wissenschaft ist geprägt durch zahlreiche von dritter Seite finanzierte Projekte. Gerade die durch projektbezogenes Arbeiten gekennzeichneten Besonderheiten erfordern ein flexibles, auf die individuellen Bedürfnisse ausgerichtetes Anreizsystem. Die Tarifvertragsparteien sind insoweit den Forderungen aus der Wissenschaft nach besonderen tariflichen Leistungsentgeltkomponenten gefolgt.

II. Elemente des Leistungsentgelts

§ 40 Nr. 6 TV-L zu § 18 TV-L eröffnet folgende Möglichkeiten des Leistungsentgelts:

- Sonderzahlung im Drittmittelbereich (Abs. 1)
- Leistungszulage (Abs. 2)
- einmalige Leistungsprämie (Abs. 3)

Die in den einzelnen Absätzen normierten Möglichkeiten stehen in einem abgestuften Verhältnis in Bezug auf die tariflichen Anforderungen, wobei die Leistungsprämie (Abs. 3) die geringsten Einschränkungen aufweist. Die Arbeitgeber sind bei der Auskehrung von Leistungsentgelt an den tariflichen Rahmen gebunden. Eine pauschale Auszahlung nach dem "Gießkannenprinzip" ist nicht möglich.

1. Sonderzahlung im Drittmittelbereich

Nach § 18 I TV-L idF des § 40 Nr. 6 TV-L können eine Sonderzahlung erhalten:

- Beschäftigte im Drittmittelbereich
- aus Mitteln privater Dritter
- für besondere Leistungen bei Einwerbung der Drittmittel oder bei der Erstellung der hierfür zu erbringenden Leistung
- soweit nach Abzug aller Einzel- und Gemeinkosten ausreichend Erträge für die Sonderzahlung verbleiben.

Zu den Beschäftigten im Drittmittelbereich zählen keinesfalls nur die wissenschaftlich/künstlerisch Beschäftigten. Auch Personal in Technik oder gar Verwaltung, das speziell in einem Drittmittelprojekt tätig ist, kann beispielsweise von der Sonderzahlung profi-