



"Generation Probezeit" - Über die rechtlichen Tücken der Befristung von Arbeitsverhältnissen

- Rechtsanwalt Dirk Scherzer -

Immer mehr Beschäftigte in Deutschland haben nur einen befristeten Arbeitsvertrag. Laut statistischem Bundesamt stieg der Anteil der befristeten Arbeitsverhältnisse an der betrieblichen Gesamtbeschäftigung im Jahr 2017 auf einen Höchststand von 8,3 Prozent – das sind 3,15 Millionen Menschen. Bei Neueinstellungen war 2017 mit 43,5 Prozent fast jeder zweite neue Job befristet. Die Bedeutung von befristeten Arbeitsverhältnissen nimmt somit immer mehr zu.

Stellt die Befristung zu Beginn eines Arbeitslebens oft eine willkommene Möglichkeit für junge Arbeitnehmer dar, die eigenen Fähigkeiten zu präsentieren und erste praktische Erfahrungen zu sammeln, ohne den Arbeitgeber sogleich mit einer Festanstellung zu "überfordern", führt sie später immer mehr dazu, dass Arbeitnehmer in befristeten Stellen ihre beruflichen und privaten Ansprüche hinten anstellen müssen und kaum für die Zukunft planen können.

Der Gesetzgeber hat die Befristung von Arbeitsverhältnissen im so genannten Teilzeit- und Befristungsgesetz (kurz TzBfG) an strenge Anforderungen geknüpft, da für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Ablauf der Frist bzw. bei Erreichung des Zwecks grundsätzlich **kein Kündigungsschutz** Anwendung findet.

Verstößt ein Arbeitgeber jedoch gegen die gesetzlich Voraussetzungen der Befristung führt dies zumeist dazu, dass nur die Befristung unwirksam ist und der übrige Arbeitsvertrag **unbefristet** gilt. Für Arbeitnehmer und Arbeitgeber lohnt es sich daher gleichermaßen, potentielle Fehlerquellen bei der Befristung zu kennen.

Da die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Thema Befristung sehr umfangreich und für juristische Laien oft unverständlich ist, wollen wir im Folgenden einen kurzen Überblick über „beliebte Stolpersteine“ im Befristungsrecht geben.

1 **Schriftform des befristeten Arbeitsvertrages**

Ein Arbeitsvertrag ist grundsätzlich formlos wirksam. Es genügt etwa die mündliche Abrede, dass der Arbeitnehmer gegen eine Vergütung Dienste in persönlicher Abhängigkeit für den Arbeitgeber erbringen soll. Sogar durch die einverständliche Arbeitsaufnahme kann ein Arbeitsverhältnis, dann ohne Befristung, begründet werden.

Die Befristung des Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit dagegen unbedingt der **Schriftform**. Die schriftliche Befristungsabrede muss dabei den **Termin** oder den zu erreichenden **Zweck** umfassen, nicht hingegen den Befristungsgrund.

Ist die Befristung formunwirksam führt dies in der Regel zu einem **unbefristeten Arbeitsverhältnis**.



Kritisch sind für Arbeitgeber die Fälle, in denen eine einverständliche Arbeitsaufnahme bereits vor der formwirksamen Unterzeichnung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer erfolgt ist.

Beispiel:

Der Monteur Emsig (E) erhält vom künftigen Arbeitgeber Schludrig (S) morgens am Tag der Einstellung den schriftlichen Arbeitsvertrag mit 2jähriger Befristungsklausel ohne Sachgrund zur Unterschrift ausgehändigt. Sofort setzt S den E bereits im geplanten Arbeitsbereich ein, ohne die Unterzeichnung abzuwarten. E übergibt am nächsten Tag den unterzeichneten Arbeitsvertrag an S zurück. Nach Ablauf von 2 Jahren verlangt E aufgrund des Arbeitsvertrages von S die unbefristete Weiterbeschäftigung.

Zu Recht! Aufgrund der einverständlichen Arbeitsaufnahme durch E vor Unterzeichnung des Arbeitsvertrags ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen.

Die nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses durch Unterzeichnung der Befristungsklausel war unwirksam, da eine Befristung ohne Sachgrund nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (vgl. auch Ziffer 3.1).

Die nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses wäre bei Vorliegen eines Befristungsgrundes, den es aber in dem Beispielfall gar nicht gab, zwar zulässig. Es müsste aber in der Vertragsurkunde hinreichend dokumentiert sein, dass die Vertragsparteien ein zunächst unbefristetes Arbeitsverhältnis nachträglich befristen wollen. Daran wird es in der Praxis zumeist scheitern.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber sollte zum Zwecke der wirksamen Befristung,

- dem Arbeitnehmer immer erst dann Arbeiten zuweisen, nachdem ihm der schriftliche Arbeitsvertrag mit Befristungsklausel, unterzeichnet von beiden Vertragsparteien vorliegt oder
- jedenfalls dem Arbeitnehmer vor Arbeitsaufnahme ein vom Arbeitgeber unterzeichnetes schriftliches Vertragsangebot vorlegen, in dem das Zustandekommen des befristeten Arbeitsvertrags zwingend von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch den Arbeitnehmer abhängig gemacht wird. In dem Fall kommt mit der Arbeitsaufnahme ein Arbeitsverhältnis nicht zustande.

Wurden die vorstehenden Punkte nicht beachtet, sollten Sie durch einen auf Arbeitsrecht spezialisierten Rechtsanwalt schnellstmöglich (spätestens vor Ablauf von 6 Monaten ab Vertragsschluss) prüfen lassen, ob eine nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses noch möglich ist.

2 Befristung mit Sachgrund

Grundsätzlich ist die Befristung eines Arbeitsvertrages nur dann zulässig, wenn die Befristung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 1 TzBfG 8 Fälle von anerkannten Sachgründe normiert. Die Aufzählung



ist nicht abschließend gemeint.

Zu den ausdrücklich benannten Sachgründen gehören:

- **Vorübergehender Arbeitskräftebedarf**

Typische Beispiele: Saisonarbeitsverhältnisse, Abwicklungsarbeiten, Projektarbeit

- **Erstanstellung unmittelbar im Anschluss nach Ausbildung oder Studium**

Beachte: Ein zwischenzeitliches Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis schließt einen "Anschluss" aus. Bei Azubis ist daher zu beachten, dass Befristung spätestens am Tage nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses begründet werden muss.

- **Vertretung für einen anderen Arbeitnehmer**

Typische Beispiele: Schwangerschaftsvertretung, Vertretung für freigestellten Betriebsrat

Beachte: Dauervertreter als sog. "Springer" ist unzulässig. Die Vertretung muss nicht die Arbeit des verhinderten Arbeitnehmers erledigen. Es genügt eine sog. Vertretungskette. Dem Arbeitgeber ist freigestellt, ob und wie er anlässlich der befristeten Einstellung die Arbeitsaufgaben umverteilt.

- **Eigenart der Arbeitsleistung**

Typische Beispiele: Sportler- und Trainerverträge, Arbeitsverträge mit Künstlern, wissenschaftliche Mitarbeiter in Parlamentsfraktionen

- **Erprobung des Arbeitnehmers**

Beachte: Befristung muss ausdrücklich und eindeutig vereinbart sein. Vereinbarung einer "Probezeit" führt im Zweifel nur zu verkürzter Kündigungsfrist in einem im Übrigen unbefristeten Arbeitsverhältnis. Vorherige Anstellung mit gleichen Aufgaben steht in der Regel einer Befristung zur Erprobung entgegen, es sei denn eine Erprobung war nicht möglich, z.B. aufgrund Langzeiterkrankung des Arbeitnehmers.

- **Gründe in Person des Arbeitnehmers**

Typische Beispiele: Erreichen der Altersgrenze, Befristung von Arbeitsverträgen mit Studenten, Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen

- **Zweckbindung von Haushaltsmitteln**

Beachte: Der Sachgrund erfordert die Vergütung des Arbeitnehmers aus Haushaltsmitteln, die mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung versehen sind. Die Haushaltsmittel müssen für eine Aufgabe von vorübergehender Dauer vorgesehen sein.

Eine Ausnahme gilt, wenn Haushaltsplangeber und Arbeitgeber in einer



Person zusammen fallen: Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahr 2011 die Haushaltsbefristung von Arbeitnehmern der Bundesagentur für Arbeit als mit dem Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar angesehen und daher für unwirksam erklärt. Die Ungleichbehandlung war darin zu sehen, dass dem öffentlichen Dienst eine Möglichkeit zur Befristung von Arbeitsverhältnissen eingeräumt wird, die der Privatwirtschaft nicht zur Verfügung steht. Wegen ihrer Doppelrolle als Haushaltsplangeber und Arbeitgeber bestand kein sachlicher Grund für eine solche Privilegierung der Bundesagentur.

- **Gerichtlicher Vergleich**

Wichtiges Beispiel: vom Arbeitgeber während eines Kündigungsschutzprozesses freiwillig angebotene vorläufige Weiterbeschäftigung

Praxistipp:

Sofern keine abweichenden tarifvertraglichen Regelungen eingreifen, setzt eine rechtswirksame Zeitbefristung (z.B. für ein Jahr ab Vertragsschluss) nicht voraus, dass der Befristungsgrund dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluss mitgeteilt worden ist. Erst recht muss er nicht in dem schriftlichen Arbeitsvertrag genannt werden.

Lediglich bei Zweckbefristungen ist die Mitteilung des Grundes erforderlich, weil nur durch diese Angabe der Inhalt der Befristungsabrede bestimmt wird. Reine Zweckbefristungen sind dadurch gekennzeichnet, dass deren Dauer nicht kalendarisch, sondern ausschließlich durch das Vorliegen des Sachgrundes bestimmt wird, z.B. Befristung für die Dauer der Vertretung während der Abwesenheit einer Mitarbeiterin in Elternzeit.

Zur Vermeidung von Bindungswirkungen sollte der Arbeitgeber daher bei Zeitbefristungen auf die Angabe des Befristungsgrundes verzichten.

3 **Befristung ohne Sachgrund**

Ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Wie bereits dargelegt, ist eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Für Unternehmen in den ersten 4 Jahren nach ihrer Gründung sieht das Gesetz eine weitere Privilegierung vor.

3.1 **"Zuvor"-Arbeitsverhältnis**

Maßgeblich für das "Zuvor"-Arbeitsverhältnis ist, ob zwischen **demselben Arbeitnehmer** und **demselben Arbeitgeber** bereits einmal ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

3.1.1 **Beispiel - „Zuvor“-Leiharbeiter:**



*Kranführer Huber (H) war als **Leiharbeitnehmer** über das Zeitarbeitsunternehmen Raff GmbH (R) beim Bauunternehmer Schlau (S) beschäftigt. Anschließend übernimmt S den H in ein befristetes Arbeitsverhältnis. Nach Ablauf der Befristung verlangt H die unbefristete Weiterbeschäftigung, da er gehört hat, dass die Befristung unwirksam sei, weil er ja bereits zuvor bei S beschäftigt gewesen sei.*

H irrt. Ein "Zuvor"-Arbeitsverhältnis besteht nicht, wenn der Arbeitnehmer vor seiner Erstanstellung lediglich als **Leiharbeitnehmer** in demselben Betrieb tätig gewesen ist. Unschädlich für die Befristung eines Erstvertrages mit dem Verleiher ist es auch, wenn der Leiharbeitnehmer an seinen vormaligen Arbeitgeber verliehen und auf demselben Arbeitsplatz wie bisher eingesetzt wird.

Ein früheres **Berufsausbildungsverhältnis** ist ebenfalls kein "Zuvor-Arbeitsverhältnis". Unschädlich ist auch die frühere Beschäftigung als **Praktikant** oder **Volontär**, wenn diese nicht in einem Arbeitsverhältnis erfolgte.

Praxistipp:

Besonders Arbeitgeber sollten vor der befristeten Anstellung eines früheren „Praktikanten“ prüfen, ob ein echtes Praktikumsverhältnis oder nicht doch ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

3.1.2 Beispiel - Zeitpunkt der „Zuvor“-Beschäftigung:

Der Taxiunternehmer Planlos (P) beschäftigt in seinem Unternehmen 12 unbefristete Vollzeitkräfte und eine Vielzahl häufig wechselnder Teilzeitkräfte. Bei der Einstellung des Arbeitnehmers Racer (R) im Jahr 2017, in ein halbjährig befristetes Arbeitsverhältnis ohne Befristungsgrund beantwortet R die Frage von P, ob R bereits einmal bei P angestellt gewesen ist, wahrheitswidrig mit NEIN, weil dem R die (inzwischen überholte) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2011 bekannt ist, wonach nach einer nach einer mehr als dreijährigen Unterbrechung stets eine sachgrundlose Befristung erneut zulässig sei. Tatsächlich hat R vor 5 Jahren bereits bei P für 6 Monate gearbeitet. Als die Befristung abgelaufen ist, verlangt R mit Hinweis auf die Voranstellung die unbefristete Weiterbeschäftigung bei P. P ist ratlos. Kann er etwas unternehmen?

Die sachgrundlose Befristung ist unwirksam.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte im Jahr 2011 sehr praxistauglich entschieden, dass nach einer mehr als dreijährigen Unterbrechung stets eine sachgrundlose Befristung erneut zulässig sei.

Dieser Gesetzesauslegung hat im Jahr 2018 das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) widersprochen und stattdessen bestimmt, dass frühere Arbeitsverhältnisse mit Blick auf eine Zuvor-Beschäftigung nur dann unberücksichtigt bleiben dürfen, wenn eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht bestehe und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Dies ist nach Auffassung des BVerfG gegeben, wenn die Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer war. Anderenfalls ist die sachgrundlose Befristung bei „Zuvor“-Beschäftigungen unwirksam.



In Anlehnung an das BVerfG-Urteil und unter Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BAG am 23.01.2019 geurteilt, dass in dem konkreten Fall sogar ein eine achtjährige(!!!) Unterbrechung vor der erneuten Einstellung, nicht für eine sachgrundlose Befristung ausreiche.

Dagegen hat das BAG in einem Urteil vom 22.08.2019 die erneute sachgrundlose Befristung bei einer 22 Jahre zurückliegenden Vorbeschäftigung für zulässig erachtet, weil dort eine sehr lange Unterbrechung gegeben gewesen sei.

Aufgrund dieser Einzelfallrechtsprechung bleibt für jeden Arbeitgeber eine erhebliche Unsicherheit, ob die Befristung im konkreten Fall wirksam ist.

Da laut BVerfG kein Vertrauensschutz in die bisherige verfassungswidrige Rechtsprechung des BAG bestehe, kann sich P auch nicht darauf berufen, dass die Befristung vor dem BVerfG-Urteil erfolgt ist und die Unterbrechung länger als 3 Jahre gedauert habe.

In Betracht kommt aber möglicherweise eine Anfechtung des Arbeitsverhältnisses durch P, da R den P bei Abschluss des Arbeitsvertrages über die Voranstellung getäuscht hat. Da viele Arbeitgeber den notwendigen Überblick über Vorbeschäftigungszeiten verloren haben könnten, wird auch vom BVerfG das Fragerecht und darauf aufbauend das Anfechtungsrecht des Arbeitgebers (§ 123 BGB) betont.

Praxistipp:

Bei sachgrundlos befristeten Neuanstellungen sollte für Arbeitgeber die Frage nach einer befristeten oder unbefristeten Voranstellung - ohne zeitliche Begrenzung der Rückschau - fester Bestandteil des Personalfragebogens sein. Dieser muss aber vor Abschluss des Arbeitsvertrages ausgewertet werden oder die entsprechende Erklärung sollte gleich in den Arbeitsvertrag eingebaut werden. Als Arbeitnehmer sollte spiegelbildlich jede noch so geringe Voranstellung angegeben werden, um dem Arbeitgeber keinen Anfechtungsgrund zu liefern.

3.2 Verlängerung der Befristung

Bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren dürfen bis zu **drei Verlängerungen** eines befristeten Arbeitsvertrags vereinbart werden.

Beispiel:

Unternehmer Ängstlich (Ä) hat den Arbeitnehmer Emsig (E) zunächst befristet für eine halbes Jahr angestellt. Da Ä mit der Arbeit von E zufrieden ist, verlängert er die Befristung um 1 Jahr und erhöht dabei zugleich den Stundenlohn von E um 2,00 EUR. Nach Ablauf der Befristung verlangt Emsig die unbefristete Weiterbeschäftigung.

Zu Recht! Verlängerung bedeutet ausschließlich eine Einigung der Vertragsparteien über einen späteren Beendigungszeitpunkt. Wichtig ist, dass anlässlich der Verlängerung **keinerlei sonstige Anpassungen des Arbeitsvertrages** vorgenommen werden dürfen, auf die der Arbeitnehmer keinen Anspruch hat.

Anderenfalls behandelt das Bundesarbeitsgericht die Verlängerung als



Vertragsneuabschluss unter Befristung ohne Sachgrund, mit der Folge, dass die Befristung ohne Sachgrund unwirksam ist, weil zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Im oben genannten Beispiel wäre es hingegen zulässig gewesen, wenn Ängstlich dem Emsig vor oder nach der Verlängerung eine Lohnerhöhung gewährt hätte.

Praxistipp:

Das Dokument zur Verlängerung der Befristung darf keinerlei weitere Vereinbarungen enthalten. Sollen ab der Befristungsverlängerung geänderte Arbeitsbedingungen gelten, so gehören diese in ein gesondertes Dokument. Die Einhaltung einer „Schamfrist“ von einem Monat zwischen den Dokumenten ist sicherlich hilfreich.

4 Rechtsfolgen der wirksamen Befristung

Die Rechtsfolgen ergeben sich aus § 15 TzBfG:

Ein **kalendermäßig** befristeter Arbeitsvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit.

Ein **zweckbefristeter** Arbeitsvertrag endet mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.

Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es als auf **unbestimmte Zeit verlängert**, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.

Während der Dauer der Befristung ist eine **ordentliche Kündigung** des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich **ausgeschlossen**, es sei denn, sie ist einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag zugelassen. Dabei ist die Vereinbarung der ordentlichen Kündigung **nicht formgebunden**. Durch Auslegung wird bei einer Altersgrenzenbefristung sowie bei einer Probezeitbefristung in der Regel auf den Parteiwillen zur ordentlichen Kündigung zu schließen sein.

Die Möglichkeit zur **außerordentlichen Kündigung** wird von der Befristung nicht berührt.

Der Arbeitgeber ist gesetzlich verpflichtet, befristet beschäftigte Arbeitnehmer über unbefristete Arbeitsplätze zu **informieren**, die besetzt werden sollen. Verstößt der Arbeitgeber schuldhaft gegen diese Verpflichtung, macht er sich unter Umständen schadensersatzpflichtig.

5 Noch Fragen?

Die vorgenannten Hinweise können eine Rechtsberatung durch den Rechtsanwalt im Einzelfall selbstverständlich nicht ersetzen.

Sollten sich Wissenslücken bemerkbar gemacht haben, dann ist eine Beratung



durch den Rechtsanwalt im Vorfeld anstehender Personalentscheidungen zu empfehlen, etwa damit Befristungen später nicht an unnötigen Fehlern leiden.

In allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten steht Ihnen das Team der Kanzlei Dr. Metschkoll gern als kompetenter Partner zur Seite. Unser Spezialist für Arbeitsrecht ist Herr Rechtsanwalt Dirk Scherzer. Gerade im Arbeitgebermandat macht sich dabei der ganzheitliche Beratungsansatz der Kanzlei Dr. Metschkoll mit den Komponenten Rechts- und Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung sowie Lohn- und Finanzbuchhaltung, immer wieder entscheidend positiv bemerkbar.

(Dokument Nr. 210997 vom 23.08.19)