**VDAA**

**Verband deutscher ArbeitsrechtsAnwälte e. V.**

**DER BEFRISTETE ARBEITSVERTRAG**

ein Artikel von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Stefan Haas, Düsseldorf

**Wozu dient ein befristeter Arbeitsvertrag?**

Diese Frage mag sich zumindest der Arbeitgeber (der Einfachheit halber verwende ich im Folgenden weiterhin die männliche Form) stellen, dessen Arbeitnehmer nicht dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) unterfallen.

Nicht vom KSchG abgedeckt sind Arbeitsverhältnisse bei Arbeitgebern mit in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmern und/oder Arbeitsverhältnisse mit einer Dauer von nicht mehr als sechs Monaten.

Die Antwort ist recht einfach: Jedes Arbeitsverhältnis, das nicht automatisch aufgrund einer Befristung endet, muss gekündigt werden.

Kündigungsbeschränkungen ergeben sich aber nicht nur aus dem KSchG. Es gibt diverse andere Umstände, die eine Kündigung ausschließen oder zumindest erschweren, etwa von der Zustimmung Dritter abhängig machen.

So ist die ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds unzulässig.

Die Kündigung einer Schwangeren bedarf der vorherigen Zustimmung der zuständigen Behörde (in NRW der Be­zirksregierung).

Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes, ...

Zur Vermeidung genau solcher „Umstände“ bietet es sich an, Arbeitsverträge zunächst nur befristet abzuschließen.

Das „Werkzeug“ hierfür möchte ich im Folgenden darstellen.

**Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)**

Das TzBfG ist quasi die „Mutter der Befristung“. Es handelt sich um das Gesetz, auf das die meisten Befristungen gestützt werden.

**1. § 14 TzBfG**

**a) Die sachgrundlose Befristung, § 14 Abs. 2 TzBfG**

Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig.

Unter einer kalendermäßigen Befristung versteht man diejenige, bei der das Enddatum kalendermäßig feststeht. Eine gängige Formulierung würde etwa lauten:

*„Das Arbeitsverhältnis beginnt am ... und endet aufgrund Befristung mit Ablauf des ...“*

Sofort wird klar, mit Ablauf welchen Tages das Arbeitsverhältnis endet.

Obwohl der Wortlaut der Regelung recht eindeutig ist, wonach eine sachgrundlose Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig ist, machen Arbeitgeber selbst hier sehr oft Fehler.

So werden Arbeitsverträge etwa abgeschlossen ,,für die Zeit vom 01.01.2015 bis 01.01.2017“.

Was ist daran falsch?

Der Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 01.01.2017 erfasst nicht zwei Jahre, sondern zwei Jahre und einen Tag. Eine solche Befristung kann nicht auf § 14 Abs. 2 TzBfG gestützt werden. Sie ist unwirksam. Das Arbeitsverhältnis gilt als auf unbestimmte Zeit abgeschlos­sen.

Richtig wäre dem gegenüber die Befristung „vom 01.01.2015 bis zum Ablauf des 31.12.2016“.

Bis zu der Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig.

Auch das klingt auf Anhieb leicht, „bricht aber vielen Arbeitgebern das Genick“.

So treffen die Parteien oftmals im Rahmen der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses Abreden dahingehend, dass der Arbeitnehmer eine andere Position übertragen bekommt, sich die Vergütung ändert, Kündigungsfristen geändert werden oder andere Änderungen eintreten sollen.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist jedoch ganz ausgesprochen streng bei der Frage, was unter einer „Verlängerung“ zu verstehen ist. Eine Verlängerung ist nach dieser Rechtsprechung ausschließlich das zeitliche Hinausschieben des Endes des Arbeitsvertrages. Sobald die Parteien anlässlich der Verlängerung auch andere Vertrags­änderungen vornehmen, handelt es sich nicht mehr um eine bloße Verlängerung.

Der Arbeitgeber kann sich auf § 14 Abs. 2 TzBfG nicht mehr berufen, das Arbeitsverhältnis gilt als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Unter Verlängerung ist überdies nur die einvernehmliche Abänderung des Endtermins zu verstehen. Eine einseitige Ankündigung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis zu verlängern, genügt nicht.

Nicht zuletzt zu Dokumentationszwecken und aufgrund des Schriftformerfordernisses des § 14 Abs. 4 TzBfG ist es zwingend erforderlich, dass die Parteien eine Verlängerungsvereinbarung treffen. Auch hieran fehlt es nicht selten - mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.

Die Verlängerungsvereinbarung muss vor Ablauf der noch laufenden Befristung abgeschlossen werden. Geschieht das nicht, gilt das Arbeitsverhältnis als auf unbefristete Zeit abgeschlossen.

Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist eine Befristung nach Satz 1 nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber be­reits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Derselbe Arbeitgeber in diesem Sinne ist die identische natürliche oder juristische Person. Hier kann es zu Problemen kom­men, wenn etwa eine juristische Person umgewandelt wurde.

Eine solche bspw. von einer GmbH in eine AG umgewandelte Gesellschaft ist „derselbe Arbeitgeber“. Nicht „derselbe Arbeitgeber“ ist aber eine Schwestergesellschaft, selbst eine konzernangehörige Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund ist sehr genau zu prüfen, ob zwischen den Parteien, die die Befristung vereinbaren wollen, schon einmal ein Arbeitsverhält­nis bestanden hat - und sei es auch nur als Werkstudent oder ähnliches.

Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber muss überdies ein „Arbeitsverhältnis“ bestanden haben. Ein Berufsausbildungsverhältnis ist ebenso wenig ein Arbeitsverhältnis wie ein Praktikumsverhältnis oder ein Volontariat.

Auch mit einem Arbeitnehmer, der zuvor als Leiharbeitnehmer in demselben Betrieb tätig war, kann ein befristetes Arbeitsverhältnis wirksam vereinbart werden.

Unerheblich ist - insoweit ist der Wortlaut wieder eindeutig und klar - ob es sich bei dem vorangegangenen Arbeitsverhältnis um ein befristetes oder unbefristetes gehandelt hat. Von der Rechtsprechung bislang nicht beantwortet ist die Frage, wie man die Frage beantwortet, wann ein sogenanntes „Zuvor-Arbeitsverhältnis“ bestanden hat. Die ursprüngliche Rechtsprechung des BAG ging dahin, das Wort „zuvor“ im Sinne eines „jemals zuvor“ absolvierten Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Mit anderen Worten: War der Arbeitnehmer vor 20 Jahren schon einmal als Werksstudent für zwei Wochen bei der XY AG beschäftigt und kehrt er 20 Jahre später als gestandener Ingenieur, Chemiker oder in anderer Funktion dorthin zurück, konnte mit ihm auf der Basis alter Rechtsprechung kein sachgrundlos begründetes Arbeitsverhältnis mehr wirksam vereinbart werden.

Die Rechtsprechung hat sich gewandelt.

Derselbe Senat des BAG vertritt nun die Auffassung, man müsse das Wort „zuvor“ dahingehend einschränken, dass es auf den Zeitraum der letzten drei Jahre vor dem neuen Arbeitsverhältnis ankommt. Jedes länger als drei Jahre zurückliegende Arbeitsverhältnis soll nach der neueren Rechtsprechung des BAG nicht mehr befristungsschädlich sein.

Gegen diese Rechtsprechung hat sich massiver Widerstand gebildet. Es liegen Verfassungsbeschwerden bei dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vor, die damit begründet wurden, das BAG habe seine Auslegungskompetenz überschritten. Das BAG selbst entscheidet dort noch anhängige Verfahren offensichtlich so lange nicht, bis das BVerfG eine Klärung herbeigeführt hat. Arbeitgebern muss deshalb aus Sicherheitsgründen dazu geraten werden, sich nicht auf die neuere Rechtsprechung des BAG zu verlassen, sondern jedes „jemals zuvor“ existierende Arbeitsverhältnis als befristungsschädlich anzusehen.

§ 14 Abs. 2 TzBfG bietet über eine Öffnungsklausel die Möglichkeit, durch Tarifvertrag die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 (zwei Jahre) festzulegen. Obwohl die Formulierung nicht auf eine Beschränkung hindeutet, ist auch diese Regelung nach der Rechtsprechung des BAG nicht schrankenlos und man wird im Einzelfall anhand eines Tarifvertrages zu prüfen haben, ob den Anforderungen der Rechtsprechung noch Genüge getan ist.

Das BAG hat eine tarifvertragliche Regelung, die die Höchstdauer auf 48 Monate und die Anzahl der zulässigen Verlängerungen auf 6 festgelegt hat, für wirksam erachtet.

**b) Die Befristung bei Neugründung, § 14 Abs. 2a TzBfG**

Nach dieser Vorschrift ist in den ersten vier Jahren nach Gründung eines Unternehmens die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages sachgrundlos bis zur Dauer von vier Jahren zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsverhältnisses zulässig.

Das gilt nicht bei Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen oder Konzernen.

Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Die Regelungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG über das „Zuvor-Arbeitsverhältnis“ und die tarifliche Öffnungsklausel gelten entsprechend. § 14 Abs. 2a TzBfG enthält - bei genauer Lektüre - eine doppelte Vierjahresfrist.

„In den ersten vier Jahren“ nach der Gründung ist die Befristung „bis zur Dauer von vier Jahren“ zulässig.

Das „Gründerprivileg“ greift also schon dann ein, wenn am letzten Tag des Vierjahreszeitraums ab Aufnahme der Unternehmenstätigkeit ein bis zu vier Jahre befristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen wird. Die Befristung muss nicht sofort auf vier Jahre abgeschlossen werden. Eine wiederholte Verlängerung ist möglich. Die Anzahl der Verlängerungen (siehe hierzu oben) ist zahlenmäßig nicht begrenzt. Es gilt allerdings das oben erwähnte Anschlussverbot („Zuvor-Arbeitsverhältnis“).

Privilegiert ist das „junge Unternehmen“. Unternehmen, die länger als vier Jahre bestehen, können dieses Privileg auch nicht bei Gründung eines neuen Betriebs in Anspruch nehmen. Umgekehrt ist ein neu gegründetes Unternehmen privilegiert, wenn unternehmenszugehörige Betriebe schon länger als vier Jahre bestehen und etwa übernommen wurden.

**c) Die Befristung mit älteren Arbeitnehmern, § 14 Abs. 3 TzBfG**

Nach dieser Norm ist die sachgrundlose Befristung bis zur Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses (nicht bei Abschluss des Arbeitsvertrages) das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen ist, falls er Kurzarbeitergelt bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig.

Diese Regelung wurde neu geschaffen, nachdem die ursprüngliche Regelung sich als europarechtswidrig herausgestellt hat. Auch hinsichtlich der neuen Regelung gibt es europarechtliche Bedenken. Überwiegend wird die Regelung allerdings für europarechtskonform gehalten. Vorsicht ist meines Erachtens gleichwohl geboten. Die Regelung sollte nur ange­wandt werden, wenn alle anderen Befristungsmöglichkeiten ausscheiden.

Wichtig ist zu erwähnen, dass Beschäftigungslosigkeit nicht Arbeitslosigkeit meint. Beschäftigungslosigkeit kann etwa auch dann schon vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer im vorangegangenen Arbeitsverhältnis unwiderruflich vor Ablauf der Kündigungsfrist von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt wurde.

**d) Die Befristung mit Sachgrund, § 14 Abs. 1 TzBfG**

Nach § 14 Abs. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn einer der in den Nummern 1 bis 8 genannten Umstände vorliegt. Durch die Formulierung „insbesondere“ ist klargestellt, dass der dort genannte Katalog nicht abschließend ist, sondern vergleichbare Gründe ebenfalls als Befristungsgrund akzeptiert werden können.

Wichtig ist, dass für die Sachgrundbefristungen keine zeitlichen Höchstgrenzen gelten. Ein Korrektiv hat die Rechtsprechung hier lediglich über die Prüfung des Rechtsmissbrauchs eingeführt.

Aus der oben dargestellten Konstellation ergibt sich im Übrigen, dass Arbeitgeber tunlichst immer erst mit der „leichteren“ sachgrundlosen Befristung beginnen sollten. Im Anschluss an diese sachgrundlosen Befristungen sind nämlich Befristungen mit Sachgrund möglich. Umgekehrt sind im Anschluss an ein mit Sachgrund befristetes Arbeitsverhältnis aufgrund des Verbots der „Zuvor-Beschäftigung“ sachgrundlose Befristungen nicht mehr möglich.

Die nachfolgend dargestellten Sachgründe können sowohl zum Zwecke einer kalendermäßigen Befristung (also mit feststehendem Endzeitpunkt) wie auch zum Abschluss eines zweckbefristeten Arbeitsvertrags (etwa „bis zum Ablauf der Erkrankung eines Stammarbeitnehmers“) oder zum Abschluss eines Ver­trages mit auflösender Bedingung (etwa „auf das Rentenalter“) herangezogen werden.

**Zu den Sachgründen im Einzelnen:**

**aa) Vorübergehender betrieblicher Bedarf, Nummer 1**

Für diesen Sachgrund muss der Arbeitgeber - nachweisbar - prognostizieren, dass er einen erhöhten Arbeitskräftebedarf nur für einen vorübergehenden Zeitraum hat. Das kann dadurch begründet sein, dass er nur einmalig eine zeitlich beschränkte Sonderaufgabe zu erfüllen hat, die er mit seinem Stammpersonal nicht erledigen kann. Es kann aber auch darin begründet sein, dass der Arbeitgeber - etwa saisonbedingt - Daueraufgaben in gestiegenem Umfang zu erledigen hat und hierfür sein Stammpersonal nicht ausreicht.

Die Abgrenzung ist oftmals schwierig. Ein Bauunternehmer etwa kann nicht Arbeitnehmer befristet nur für das nächste Bauprojekt einstellen, weil die Akquisition von Bauprojekten zur regelmäßigen Aufgabe des Arbeitgebers gehört. Eine allgemeine wirtschaftliche Unsicherheit in Bezug auf die zukünftige Entwicklung der Auftragslage und damit des Unternehmens rechtfertigt eine Befristung nicht. Vielmehr muss aufgrund greifbarer Tatsachen der Wegfall des Mehrbedarfs mit einiger Sicherheit zu erwarten sein.

Wichtig ist, dass es dem Arbeitgeber freisteht, ob und in welchem Umfang er den Mehrbedarf abdecken will. Er ist nicht gezwungen, den gesamten Mehrbedarf überhaupt (durch Befristungen) abzudecken. Vielmehr steht es ihm frei, befristete Arbeitsverhältnisse für einen hinter dem vorübergehenden Bedarf zurückbleibenden Zeitraum abzuschließen. Umgekehrt sollte er dringend vermeiden, Arbeitsverhältnisse mit einer über den prognostizierten Bedarf hinausgehenden Dauer abzuschließen, weil dies im Zweifel seine Prognose zerstört mit der Folge der Unwirksamkeit der Befristung.

**bb) Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium, Nummer 2**

Diese Regelung soll ermöglichen, Absolventen einer Ausbildung oder speziell eines Studiums eine Anschlussbeschäftigung bieten zu können. Vorrangig gedacht hat man an die befristete Anstellung von Hochschul- und Fachhochschulabsolventen, die bereits während ihres Studiums beschäftigt wurden und deshalb nicht mehr sachgrundlos befristet eingestellt werden dürfen.

Eine solche Erstanstellung muss im „Anschluss“ an die Ausbildung begründet werden. Hierdurch ist ein zwischenzeitliches Arbeitsverhältnis oder Beschäftigungsverhältnis ausgeschlossen. Da die Erstanstellung im Anschluss an eine Ausbildung erfolgen muss, kann auf diesen Befristungsgrund nur einmalig zurückgegriffen werden. Ausgeschlossen ist auch eine Verlängerung eines mit diesem Befristungsgrund befristeten Arbeitsvertrags.

**cc) Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, Nummer 3**

Arbeitnehmer können aufgrund bestimmter Umstände längere Zeit ausfallen. Zu denken ist an unbezahlten Urlaub, langandauernde Erkrankung, Schwangerschaften bzw. Mutterschutzzeiten, Elternzeiten o. ä. Hier kann der Arbeitgeber auf die Ver­tretungsbefristung zurückgreifen. Steht fest, wie lange die Vertretung erfolgen muss, kommt eine Zeitbefristung in Betracht. Ist der Endzeitpunkt der Vertretungsnotwendigkeit nicht bestimmbar, kommt eine Zweckbefristung in Betracht. Anerkannt ist auch eine sog. Doppelbefristung (das Arbeitsverhältnis ist befristet bis zur Rückkehr der Arbeitnehmerin XY, längstens aber bis zum...).

Dem eingestellten Vertreter können genau die Aufgaben des ausfallenden Arbeitnehmers zugewiesen werden (sog. unmittelbare Vertretung). Der Arbeit­geber kann aber auch umstrukturieren, die Aufgaben des ausgefallenen Arbeitnehmers neu verteilen und dadurch wiederum freiwerdende Aufgaben dem Vertreter zuweisen (sog. mittelbare Vertretung).

Der Arbeitgeber kann seine Arbeiten aber auch komplett neu verteilen. In einem solchen Fall genügt es, wenn er eine sog. „gedankliche Zuordnung“ vornimmt, anhand derer ersichtlich ist, dass der Arbeitnehmer infolge der Umorganisation benötigt wird. Weitere Voraussetzung ist hier, dass der Arbeitgeber allein aufgrund seines Weisungsrechts dem Vertretenen die Aufgaben des Vertreters zuweisen könnte.

**dd) Eigenart der Arbeitsleistung, Nummer 4**

Dieser Sachgrund betrifft die sog. „Verschleißtatbestände“ und greift insbesondere bei Sportlern, Trainern und Künstlern ein. Das BAG wird hier den Fall eines Mainzer Fußballspielers noch zu überprüfen haben. Ob nämlich allein ein vermeintlicher „Verschleißtatbestand“ eine Befristung zu rechtfertigen vermag, ist heftig umstritten.

**ee) Erprobung, Nummer 5**

Der Wunsch eines Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer zunächst zu erproben, soll für eine solche Befristung genügen. Abzugrenzen ist sie von der Möglichkeit der Vereinbarung einer Probezeit gemäß § 622 BGB - das wird vielfach übersehen. Vereinbaren die Parteien „nur“ eine Probezeit gemäß § 622 BGB, aber keine Befristung, muss das Arbeitsverhältnis einseitig gekündigt werden, mit den eingangs bereits dargestellten möglichen Problemen. Die Erprobungsbefristung orientiert sich zeitlich an der Probezeit gemäß § 622 BGB, darf also sechs Monate nicht überschreiten. Abweichende Laufzeiten können sich aus einschlägigen Tarifverträgen ergeben.

**ff) In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe, Nummer 6**

Möglich ist hier eine Befristung etwa wegen nur beschränkter Aufenthaltserlaubnis, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses prognostiziert werden kann, diese werde nicht verlängert. Möglich ist auch die Befristung zur Aus-, Fort- oder Weiterbildung von Arbeitnehmern, wenn dem Arbeitnehmer keine Daueraufgaben des Arbeitgebers übertragen werden. Die Befristung mit Studenten wurde vom BAG gebilligt, weil die Befristung gerade den Studenten die Möglichkeit gibt, die Erfordernisse ihres Studiums mit denen des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren.

Die Befristung auf das Erreichen der Regelaltersgrenze für den Bezug der Altersrente ist ebenso anerkannt. Seltener ist sicher der Fall des Wunsches des Arbeitnehmers. Hier verlangt die Rechtsprechung, dass ein Arbeitnehmer gerade einen befristeten und keinen unbefristeten Vertrag wünscht. Diese Konstellation ist wohl eher akademischer Natur.

**gg) Haushaltsmittel, Nummer 7**

Dieser Befristungsgrund findet sich praktisch nur im Bereich der öffentlichen Hand und kann vernachlässigt werden.

**hh) Gerichtlicher Vergleich, Nummer 8**

Hier können die Parteien im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses unter Mitwirkung des Gerichts eine wirksame Befristung vereinbaren. Das Gericht muss tatsächlich mitwirken. Ein von den Parteien dem Gericht lediglich mitgeteilter und vom Gericht protokollierter Vergleich erfüllt die Anfor­derungen der Nummer 8 nicht.

**e) Schriftform, § 14 Abs. 4 TzBfG**

Nach dieser Regelung bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Auch hier werden vermeidbare Fehler gemacht. Unter der Schriftform ist diejenige des § 126 BGB zu verstehen. Das bedeutet, beide Vertragsparteien müssen ein Vertragsdokument eigenhändig unterzeichnen. Das gilt nicht nur für die Ursprungsbefristung, sondern auch für jede Verlängerungsvereinbarung. Der Schriftform unterliegt nicht der ganze Vertrag, sondern nur die Befristungsabrede selbst. Nicht zuletzt aus Dokumentations- und Beweiszwecken ist jedoch zu raten, den gesamten Vertrag schriftlich abzufassen und eigenhändig zu unterzeichnen.

Bei kalendermäßigen Befristungen verlangt die Vorschrift nur die Festschreibung der Dauer des Arbeitsverhältnisses, nicht aber die schriftliche Fixierung des Befristungsgrundes. Dieser ist nur bei Zweckbefristungen und auflösenden Bedingungen wesentlicher Vertragsbe­standteil und damit schriftlich zu fixieren. Eine Zweckbefristung liegt anders als bei der kalendermäßigen Befristung vor, wenn das Ende eben nicht zeitlich festgelegt ist, wie etwa bei der „Befristung zum Zweck der Vertretung des erkrankten Arbeitnehmers ... „. Auch für eine auflösende Bedingung (Befristung auf Eintritt des Rentenalters) ist der Befristungsgrund von der Schriftform erfasst.

***Extrem wichtig ist, dass die schriftliche Niederlegung vor Vertragsbeginn erfolgt ist. Geschieht das nicht, entsteht im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme in der Regel zumindest ein faktisches, unbefristetes Arbeitsverhältnis.***

Dieses schließt in der Folge zumindest den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages aus, denn ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis ist nur möglich, wenn nicht zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat.

Auch ein nur einen Tag lang praktiziertes, nicht durch schriftlichen Arbeitsvertrag mit Befristungsabrede abgedecktes Arbeitsverhältnis ist aber ein solches Zuvor-Arbeitsverhältnis, das eine Befristungsvereinbarung zerstören kann.

Es gibt hierzu zwar Ausnahmefälle, die ich aber zur Vermeidung von Unklarheiten gar nicht erst darstellen möchte.

Die Faustformel muss lauten:

***Die Befristung muss schriftlich vereinbart sein, bevor der Arbeitsvertrag beginnt und der Arbeitnehmer zu arbeiten beginnt.***

**2. § 15 TzBfG**

Ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag (Zeitbefristung) 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.

Wenn also ein Arbeitnehmer befristet eingestellt wird zur Vertretung eines erkrankten Arbeitnehmers und dieser Arbeitnehmer in den Betrieb zurückkehrt, endet hierdurch nicht automatisch das befristete Arbeitsverhältnis. Vielmehr muss der Arbeitgeber den Vertreter über die Zweckerreichung unterrichten. Auch das ist eine nicht selten übersehene Stol­perfalle.

Auch während einer Befristung kann sich die Notwendigkeit ergeben, ein Arbeitsverhältnis zu kündigen, etwa wegen plötzlichen Auftragsrückgangs.

Eine solche Kündigungsmöglichkeit muss nach § 15 Abs. 3 TzBfG jedoch ausdrücklich vereinbart sein.

Haben die Parteien eine solche Kündigungsmöglichkeit nicht arbeitsvertraglich vereinbart und ergibt sie sich auch nicht aus einem anwendbaren Tarifvertrag, ist das Recht zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Befristung ausgeschlossen.

Selten - und mir noch nie begegnet - ist der Fall, dass das Arbeitsverhältnis gemäß § 15 Abs. 1 TzBfG für die Lebenszeit einer Person oder für länger als fünf Jahre eingegangen ist. In diesem Fall kann es von dem Arbeitnehmer mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden.

***Wichtig und nicht selten verkannte Stolperfalle ist § 15 Abs. 5 TzBfG***

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

Gerade vor dem Hintergrund dieser Norm greifen Arbeitgeber nicht selten auf die bereits erwähnte Doppelbefristung zurück, wonach das Arbeitsverhältnis zweckbefristet abgeschlossen wird, etwa „bis zur Rückkehr des erkrankten Arbeitnehmers XY, längstens aber bis zum ...“. Für diese Fälle ist anerkannt, dass die Weiterarbeit über die Zwecker­reichung hinaus jedenfalls nicht zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis führt, sondern die Parteien ja gerade dafür die Zeitbefristung quasi als „Höchstbefristungsdauer“ zusätzlich vereinbart haben.

**3. § 16 TzBfG**

Ist eine Befristung unwirksam, gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

**4. § 17 TzBfG**

Die Wirksamkeit der Befristung kann vom Arbeitnehmer gerichtlich überprüft werden. Will er geltend machen, die Befristung sei rechtsunwirksam, muss er dies innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags durch Klage bei dem Arbeitsgericht geltend machen. Versäumt er diese Frist, gilt die Befristung als wirksam. Der Arbeitnehmer muss nicht das Ende der Befristung abwarten. Er kann auch schon vor Ablauf der Befristung eine entsprechende gerichtliche Klärung herbeiführen.

**§ 21 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)**

Nach § 21 BEEG liegt ein die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigender sachlicher Grund vor, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers für die Dauer des Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz, einer Elternzeit ... eingestellt wird. Es handelt sich bei § 21 BEEG um eine Spezialregelung gegenüber dem TzBfG. § 21 Abs. 2 BEEG erlaubt auch über die reine Vertretungszeit hinausgehende Befristungen für notwendige Zeiten einer Einarbeitung.

**§ 41 Satz 3 SGB VI**

Nach dieser Norm können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht. Diese Regelung gilt seit dem 01. Juli 2014. Hier ist vieles noch ungeklärt. Zweck ist es, die arbeitsrechtliche Altersgrenze flexibler zu gestalten. Umstritten ist die Frage, ob die Vorschrift europarechtskonform oder möglicherweise altersdiskriminierend ist, wenn man gerade bei alten Arbeitnehmern den Beendigungszeitpunkt vermeintlich beliebig häufig und beliebig lange immer wieder hinausschieben darf. Erforderlich ist jedenfalls eine Abänderung des bisherigen Arbeitsvertrags, spätestens am letzten Tag des Arbeitsverhältnisses. Ein Sachgrund ist nicht erforderlich, weil ansonsten die Vorschrift überflüssig wäre. Ungeklärt ist noch, ob der neue Beendigungstermin kalendermäßig bestimmt sein muss oder sich auch aus dem Zweck der Verlängerung ergeben kann. Unklar ist auch noch, ob hier die strengen Anforderungen des BAG an die „Verlängerung“ gelten oder im Rahmen des Hinausschiebens des Beendigungszeitpunkts auch andere Änderungen der Arbeitsbedingungen vereinbart werden können. Auch hier gilt aber prozessual, dass die (vermeintliche) Unwirksamkeit der Befristung nach § 17 TzBfG gerichtlich geltend zu machen ist.

**Fazit:**

Aus den eingangs dargestellten Erwägungen ist dem Arbeitgeber dringend zu raten, Arbeitsverhältnisse zu befristen. Die rechtlichen Möglichkeiten hierzu existieren. Sie bergen allerdings eine Vielzahl von Problemen, die aber bei entsprechender Beratung durchaus lösbar sind.

Haas & Partner ist eine mittelständische Kanzlei mit Sitz in Düsseldorf-Pempelfort. Die Kanzlei betreut und berät seit mehreren Jahrzehnten mit acht Anwälten und Fachanwälten Unternehmen in und um Düsseldorf.

Ein Schwerpunkt der Kanzlei ist die arbeitsrechtliche Ausrichtung, die durch die Rechtsanwälte und Fachanwälte für Arbeitsrecht Stefan Schlöffel und Stefan Haas gewährleistet ist.

Der Autor ist Mitglied des VDAA Verband deutscher Arbeitsrechtsanwälte e. V.

Für Rückfragen steht Ihnen der Autor gerne zur Verfügung.

Stefan Haas

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Haas & Partner Rechtsanwälte

Sternstraße 65

40479 Düsseldorf

Tel. 0211/49140-0 Fax 0211/49140-100

E-Mail [s.haas@haas-law.de](mailto:s.haas@haas-law.de) www.haas-law.de