

Kündigungsschutz und Befristungskontrolle: Optionen für eine Flexibilisierung des Arbeits- rechts*

Bernd Waas

Der vorliegende Beitrag skizziert vor dem Hintergrund der aktuellen Bestrebungen zur Auflockerung des Kündigungsschutzes bei gleichzeitiger Beseitigung der Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags die Besonderheiten dieser beiden Bereiche des Individualarbeitsrechts und zeigt zugleich deren Verschränkung auf. Reformvorschläge und mögliche Schranken aus dem deutschen Verfassungsrecht sowie dem Europarecht werden unter Einbeziehung rechtsvergleichender Erkenntnisse dargestellt. Vor allem geht der Verfasser auf die Frage ein, welchem Bereich sich der Gesetzgeber primär zuwenden sollte, um eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts zu erreichen. Dabei kommt er vor dem Hintergrund der verhältnismäßig schwachen Legitimation der sachgrundlosen Befristung zu dem Schluss, dass in der Tat eine Zurücknahme des Kündigungsschutzes gegenüber einer Flexibilisierung des Befristungsrechts vorzuzugswürdig ist. Dementsprechend geht seine Empfehlung dahin, den gesetzlichen Kündigungsschutz zu lockern und dabei ggf. zugleich den Geltungsbereich der entsprechenden Bestimmungen auszudehnen.

Gliederung

- 1 Einleitung
- 2 Das Recht der Kündigung
 - 2.1 Das geltende Kündigungsschutzrecht
 - 2.2 Reformoptionen
- 3 Die Befristung von Arbeitsverhältnissen
 - 3.1 Das Befristungsrecht in Deutschland
 - 3.2 Reformoptionen
- 4 Das Verhältnis von Kündigungsschutz und Befristungsrecht
 - 4.1 Befristung und betriebsbedingte Kündigung im Vergleich
 - 4.2 Bestandsschutz bei Fortbestehen der Beschäftigungsmöglichkeit
- 5 Kündigungsschutz oder Befristungsrecht als primäres Reformobjekt?
- 6 Schlussbetrachtung unter Berücksichtigung der aktuellen Debatte um eine Reform des Kündigungsschutzes

Literatur

* Der Beitrag wurde im August 2006 von der/dem betreuenden Herausgeber/in zur Publikation freigegeben.

1 Einleitung

Die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU/CSU und SPD, die für die Tätigkeit der amtierenden Bundesregierung die Grundlage bildet, sieht die Möglichkeit vor, vertragliche Vereinbarungen zuzulassen, aufgrund derer die Arbeitsvertragsparteien die gesetzliche Wartezeit für das Eingreifen des gesetzlichen Kündigungsschutzes von sechs Monaten auf bis zu 24 Monate verlängern können. Im Gegenzug zu dieser weit gehenden Zurücknahme des gesetzlichen Kündigungsschutzes soll die derzeit bestehende Möglichkeit entfallen, Arbeitsverträge ohne Vorliegen eines Sachgrunds bis zur Dauer von zwei Jahren zu befristen (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG).¹

Diese Überlegungen des Gesetzgebers markieren mit ihren Bezugspunkten Kündigungsschutz und Befristungsrecht das Feld, auf das sich die Bemühungen um eine Flexibilisierung arbeitsrechtlicher Bestimmungen konzentrieren. Betrachtet man diesen Bereich aus einer rechtsvergleichenden Perspektive, so zeigt sich, dass in den zurückliegenden Jahren in vielen Staaten Europas versucht wurde, eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch eine Lockerung der Befristungskontrolle zu erreichen. Ein besonders illustratives Beispiel für diese Vorgehensweise bietet das italienische Arbeitsrecht. Das Gesetz über befristete Arbeitsverhältnisse n. 230 vom 18. 4. 1962 ließ eine Befristung nur in abschließend aufgezählten Fällen zu. Doch hat der italienische Gesetzgeber mit dem Gesetz n. 368 vom 6. 9. 2001 das Befristungsrecht gründlich reformiert. Der Grundsatz abschließender Befristungstatbestände wurde dabei aufgegeben und stattdessen eine allgemeine, „offene Norm“ eingeführt. Dementsprechend bestimmt Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes, dass eine Befristung aus technischen Gründen, aus Gründen der Produktion sowie aus organisatorischen Gründen bzw. zur Ersetzung fehlender Arbeitnehmer zulässig ist. Was das Problem der möglichen Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen anbelangt, so sieht Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vor, dass die einmalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags zulässig ist, wenn die ursprüngliche Befristung drei Jahre nicht übersteigt und die Verlängerung aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Einschließlich der Verlängerung darf die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses drei Jahre nicht überschreiten.² Auch in anderen Ländern haben die zuständigen Gesetzgeber die Neigung gezeigt, eher

Lockerungen des Befristungsrechts vorzunehmen, statt sich an – politisch meist heiklen – Reformen des Kündigungsschutzes zu versuchen. Doch gibt es durchaus auch Beispiele für Flexibilisierungen in diesem Bereich. So hat der französische Gesetzgeber im Jahr 2005 mit dem sog. *contrat de nouvelle embauche* („Neueinstellungsvertrag“) auf Grundlage der *ordonnance* no 2005-893 vom 2. 8. 2005 mit Blick auf kleine und mittlere Betriebe (mit bis zu 20 Beschäftigten) eine zweijährige Wartezeit für das Eingreifen des gesetzlichen Kündigungsschutzes eingeführt. Nach diesem Vorbild sollte nach den Plänen der Regierung auch der Kündigungsschutz für Personen unter 26 Jahren gelockert werden (*contrat de première embauche*, „Ersteinstellungsvertrag“). Dieses Reformvorhaben ist bekanntlich vor kurzem gescheitert.

Diese und andere Reformen im Ausland, aber v. a. auch die aktuelle Debatte in Deutschland, geben Anlass zu einer Reihe grundsätzlicher Fragen: In welchem Verhältnis stehen gesetzlicher Kündigungsschutz und Befristungsrecht zueinander? Und wie verhalten sich evtl. Reformen des Kündigungsschutzes zu denkbaren Reformen des Befristungsrechts? Die entscheidende Frage aber lautet: In welchem der beiden Bereiche sollte der Gesetzgeber aus rechtlicher Sicht vorrangig eine Flexibilisierung bewirken, wenn man, was hier allerdings nicht näher diskutiert werden soll, eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts grundsätzlich für wünschenswert hält?³ Diesen Fragen wird im vorliegenden Beitrag nachgegangen werden. Dabei soll zunächst das geltende Kündigungsschutzrecht in Deutschland skizziert und ein Blick auf Vorschläge zu seiner Flexibilisierung geworfen werden (2). Daran schließt sich eine entsprechende Betrachtung des Befristungsrechts an (3), wobei angesichts der Besonderheiten dieses Gebiets, seiner eigentümlichen Verzahnung mit dem gesetzlichen Kündigungsschutz sowie bedeutsamen jüngeren Entwicklungen in diesem Bereich ein wenig weiter ausgeholt werden muss. Im Anschluss werden Kündigungsschutzrecht und Befristungsrecht einander gegenübergestellt (4). Schließlich ist auf die Frage einzugehen, ob eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts vorrangig im Bereich des Kündigungsschutzes oder im Bereich der Befristungskontrolle bewirkt werden sollte (5). Bei einer abschließenden Schlussbetrachtung soll schließlich auch ein kurzes Wort zur aktuellen Debatte um eine Reform des Kündigungsschutzes gesagt werden (6).

¹ Der Koalitionsvertrag findet sich im Internet z. B. unter <http://www.netzeitung.de/oth/0084/177884.pdf>; vgl. zu der Vereinbarung etwa Hanau (2006).

² Näher zum Ganzen Fuchs (2004: 958 ff.).

³ Vgl. hierzu nur Franz (1994: 445 ff.); Jahn (2002); zuletzt etwa Messina/Vallanti (2006).

2 Das Recht der Kündigung

2.1 Das geltende Kündigungsschutzrecht

Das deutsche Arbeitsrecht ist durch einen sehr weit gehenden gesetzlichen Kündigungsschutz geprägt. Den im KSchG enthaltenen allgemeinen Kündigungsschutz – daneben steht noch der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte, im Mutterschutz befindliche Frauen, Arbeitnehmer in Elternzeit, Arbeitnehmervertreter, Auszubildende sowie Wehr- und Zivildienstleistende – hat die Rechtsprechung zudem im Laufe der Zeit immer mehr ausgebaut.⁴ Nach dem sog. Ultima Ratio-Prinzip ist jede (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung unwirksam, wenn sie nicht als äußerstes Mittel eingesetzt wird. Dies bedeutet, dass eine Kündigung nur in Betracht kommt, wenn keinerlei Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers, etwa auch zu geänderten schlechteren Arbeitsbedingungen, besteht. Die Kündigung muss die unausweichlich letzte Maßnahme darstellen. Hinsichtlich betriebsbedingter Kündigungen hat der Ultima Ratio-Grundsatz seinen Niederschlag darin gefunden, dass die Kündigung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG durch „dringende“ betriebliche Erfordernisse bedingt sein muss.⁵ Darüber hinaus gilt bei allen Kündigungsgründen das sog. Prognoseprinzip. Danach ist eine Kündigung nur dann wirksam, wenn nach einer „nach objektiven Kriterien vorzunehmenden Zukunftsprognose“⁶ im Hinblick auf die eingetretenen Störungen in der Vertragsbeziehung der Beteiligten die Wiederherstellung und Fortführung eines ungestörten Arbeitsverhältnisses nicht erwartet werden kann (personen- und verhaltensbedingte Kündigung) bzw. der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit auch zukünftig gegeben sein wird (betriebsbedingte Kündigung). Hinzu kommt das Prinzip der richterlichen Interessenabwägung, das ebenfalls grundsätzlich bei allen in Betracht kommenden Kündigungsgründen zu beachten ist. Bezogen auf die verhaltensbedingte Kündigung bedeutet dies, dass die Feststellung, ein vertragswidriges Verhalten stelle „an sich“ einen Kündigungsgrund i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG dar, für die Rechtmäßigkeit der Kündigung noch nicht ausreicht. Voraussetzung ist vielmehr stets, dass das Gericht aufgrund einer umfassenden einzelfallbezogenen Interessenabwägung⁷ zu der Feststellung gelangt, dass die berech-

tigten Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber den Interessen des Arbeitnehmers am Erhalt des Arbeitsplatzes überwiegen. Bei der betriebsbedingten Kündigung ist allerdings zu beachten, dass sich die grundsätzlich stets gebotene Abwägung der beiderseitigen Interessen nur in seltenen Ausnahmefällen zu Gunsten des Arbeitnehmers auswirken kann. Immerhin ist nach der neueren Rechtsprechung des BAG dem Arbeitgeber eine (i. d. R. nur vorübergehende) Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers etwa dann zuzumuten, wenn dieser aufgrund schwerwiegender persönlicher Umstände besonders schutzbedürftig ist.⁸

Im Vergleich mit anderen europäischen Rechtsordnungen nimmt der Kündigungsschutz in Deutschland eine Spitzenstellung ein. Dies ergibt sich etwa aus einem entsprechenden Ranking der OECD,⁹ wobei sich tiefer gehenden rechtsvergleichenden Untersuchungen zum Kündigungsschutz Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass der gesetzliche Kündigungsschutz in Deutschland in Wirklichkeit sogar noch stärker ist, als dies die entsprechende Studie der OECD nahelegt.¹⁰

2.2 Reformoptionen

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass in Deutschland schon seit längerer Zeit über eine Lockerung des gesetzlichen Kündigungsschutzes diskutiert wird.¹¹ Die Vorschläge und Forderungen, die von unterschiedlichen Seiten in diese Diskussion eingeführt wurden, sind mittlerweile Legion. Auch die jüngste Novellierung des KSchG hat die Diskussion nicht zum Verstummen gebracht. Die entsprechende Reform wird überwiegend kritisch beurteilt. Die Auswirkungen auf die Praxis sind überschaubar.¹² Insbesondere die Hoffnungen, die mit dem Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung (§ 1a KSchG) verbunden waren, haben sich allem Anschein nach nicht erfüllt.¹³

Am weitesten reicht in der Debatte um Reformen die Forderung nach einer generellen „Entrümpelung“ des Kündigungsschutzrechts.¹⁴ Doch gibt es

⁴ Kritisch hierzu z. B. Fischer (2002: 240).

⁵ Näher hierzu etwa Stahlhacke/Preis/Vossen (2005), Rn. 999 ff.

⁶ So BAG, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) (1981: 298).

⁷ Umstände, auf die es insoweit ankommt, sind z. B. Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, Bedeutung der von ihm verletzten Vertragspflicht, Beeinträchtigung betrieblicher Belange sowie Dauer der Betriebszugehörigkeit und Dauer der störungsfreien Vertragsbeziehung.

⁸ Näher zum Ganzen etwa Stahlhacke/Preis/Vossen (2005), Rn. 922.

⁹ OECD (1994, 1999, 2004).

¹⁰ Vgl. nur Rebhahn (2003: 182).

¹¹ Zu Forderungen einer Verschärfung des Kündigungsschutzes aus Arbeitnehmersicht demgegenüber beispielsweise Wolter (2003).

¹² Vgl. Willemsen/Annuß (2004).

¹³ Vgl. zum Ganzen statt aller Raab (2005).

¹⁴ Vgl. nur Rütters (2003: 548 ff.).

darüber hinaus zahlreiche Vorschläge, die an einzelnen Bestimmungen des Kündigungsschutzrechts ansetzen und auf mehr oder minder weit reichende Änderungen dieser Regelungen gerichtet sind. Besonders intensiv diskutiert wurden zuletzt Vorschläge, die allesamt darauf abzielen, das Ziel eines Bestandsschutzes, welches das deutsche Kündigungsschutzrecht bestimmt (eine rechtlich fehlerhafte Kündigung ist nach § 1 Abs. 1 KSchG „unwirksam“), zu Gunsten einer mehr oder weniger weit reichenden Abfindungslösung aufzugeben.¹⁵ Ein Arbeitnehmer, der erfolgreich gegen eine Kündigung des Arbeitgebers vorgeht, könnte danach nicht länger Weiterbeschäftigung (und Entgeltzahlung) verlangen, sondern wäre auf einen bloßen Abfindungsanspruch verwiesen. Eine Novellierung des deutschen Kündigungsschutzrechts in diesem Sinne stünde im Einklang mit vielen anderen europäischen Rechtsordnungen, die in der Tat entweder ausschließlich oder doch jedenfalls primär Abfindungsansprüche vorsehen,¹⁶ dies allerdings, wie man nicht übersehen sollte, häufig auch für den Fall der Rechtmäßigkeit einer Kündigung.¹⁷ Sie trüge aber v. a. auch der Praxis von Kündigungsschutzprozessen in Deutschland Rechnung, da diese überwiegend mit einer Abfindung und nicht etwa mit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers enden (was dazu führt, dass das KSchG zuweilen als bloßes „Abfindungsgesetz“ qualifiziert wird).¹⁸

Viel diskutiert wird im Streit um eine mögliche Flexibilisierung des gesetzlichen Kündigungsschutzes auch über die Schranken, die sich für den einfachen Gesetzgeber aus dem Verfassungsrecht ergeben. Die Problematik ist hoch kompliziert und die Diskussion noch lange nicht abgeschlossen. Doch wird man bei aller Vorsicht immerhin so viel sagen können, dass viele der diskutierten Reformoptionen innerhalb des Gestaltungsspielraumes liegen dürften, der dem Gesetzgeber aufgrund der verfassungsrechtlichen Bestimmungen (und d.h. insbesondere aufgrund der Grundrechte von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, also der Berufsfreiheit auf der einen und der Unternehmerfreiheit auf der anderen Seite) zukommt. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts nicht nur die Interessen der „Arbeitsplatzbesitzer“ im Auge haben darf, sondern auch die Interessen derjenigen berücksichtigen muss, die keinen Arbeitsplatz haben.¹⁹

Einen weit gehenden Gestaltungsspielraum lässt dem arbeitsrechtlichen Gesetzgeber schließlich auch das Europarecht. Sekundärrechtlich (d.h. aufgrund von Richtlinien) ist der Kündigungsschutz nur an den äußersten Rändern geregelt.²⁰ Zwar besitzt die EU in Art. 137 Abs. 1 Buchst. d EG grundsätzlich eine Kompetenz für den Erlass von Regelungen eines allgemeinen Kündigungsschutzes. Doch hat sie von dieser Kompetenz bislang keinen Gebrauch gemacht. Dementsprechend kann es nicht verwundern, wenn der Kündigungsschutz zuweilen als „Stiefkind europäischer Rechtsanpassung“²¹ bezeichnet wird. Das mag man angesichts des Umstands bedauern, dass unterschiedliche kündigungsschutzrechtliche Schutzniveaus Unternehmen zu Überlegungen darüber einladen mögen, Betriebsstandorte von einem Land in ein anderes zu verlagern.²² Indes ist nicht absehbar, dass sich die EU in naher Zukunft der Aufgabe einer Angleichung der nationalen Kündigungsschutzregelungen annehmen wird.

3 Die Befristung von Arbeitsverhältnissen

§ 15 Abs. 1 TzBfG bestimmt, dass „ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag ... mit Ablauf der vereinbarten Zeit (endet)“. Da eine Kündigung somit zur Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages nicht erforderlich ist, greift insoweit der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG nicht ein. Auch bedarf es keiner Anhörung des Betriebsrats. Zu beachten ist lediglich, dass Tarifverträge für die Beendigung befristeter Arbeitsverträge besondere Regelungen treffen, also beispielsweise die Verpflichtung des Arbeitgebers zu einer Nichtverlängerungsmittelung statuieren können.²³

3.1 Das Befristungsrecht in Deutschland

3.1.1 Die Entwicklung des Befristungsrechts

Dass der Abschluss befristeter Arbeitsverträge grundsätzlich zulässig ist, ergibt sich aus § 15 Abs. 1 TzBfG sowie § 620 Abs. 1 BGB. Allerdings hat die Rechtsprechung schon sehr früh Hürden für die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge errich-

¹⁵ Vgl. insoweit z.B. den Überblick bei Preis (2003: 70ff.); auch Buchner (2002); Buchner (2003: 1516); ablehnend z.B. Dorndorf (2000).

¹⁶ Überblick bei Mozet (1998).

¹⁷ Eingehend hierzu Rebhahn (2002).

¹⁸ Vgl. nur Preis (2003: 69).

¹⁹ Vgl. nur Steiner (2005); vgl. auch Oymann (2005: 42ff.).

²⁰ Ein Beispiel bildet das Verbot einer Kündigung, die aus Anlass eines Betriebsübergangs ausgesprochen wird (Art. 4 der sog. Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG).

²¹ So Tschöpe (2003).

²² Gotthardt (2005: 740).

²³ Vgl. zum Ganzen nur Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 15 TzBfG Rn. 1.

tet. Kerngedanke war dabei die Überlegung, dass die unbegrenzte Zulässigkeit sog. Kettenarbeitsverträge die Regelung des Kündigungsschutzes aushöhlen würde. In der Tat stünde etwa das Erfordernis, dass eine Kündigung sozial gerechtfertigt (also gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG durch „Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse ... bedingt“) sein muss, nur auf dem Papier, wenn es dem Arbeitgeber erlaubt wäre, mit einem Arbeitnehmer beliebig oft befristete Arbeitsverträge abzuschließen. Der Gesetzgeber hatte dieses Problem durchaus gesehen,²⁴ seine Lösung aber bewusst den Gerichten überlassen.²⁵ In einem Beschluss des Großen Senats vom 12. 10. 1960²⁶ befand das BAG, dass die Wirksamkeit befristeter Arbeitsverträge nach den Maßstäben einer sog. „objektiven Gesetzesumgehung“ beurteilt werden müsse, wobei in erster Linie auf den Zweck der unverzichtbaren Bestimmungen des KSchG abzustellen sei. Eine objektive Gesetzesumgehung in diesem Sinne lag nach Auffassung des Gerichts vor, wenn für die Befristung eines Arbeitsvertrags kein verständiger, sachlich rechtfertigender Grund vorlag. Fehlte ein derartiger Grund, war der befristete Vertrag als „objektiv funktionswidrig“ zu beurteilen und somit der Tatbestand der objektiven Umgehung des Gesetzes zu bejahen. Voraussetzung für die Bejahung einer Gesetzesumgehung war allerdings, dass das KSchG im konkreten Fall überhaupt anwendbar war. Die Feststellung einer Umgehung setzte also voraus, dass der Schwellenwert (von seinerzeit fünf Arbeitnehmern) für das Eingreifen des KSchG erreicht war und überdies das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hatte (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 2 KSchG a.F.).

Im Jahr 1985 trat das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG 1985) in Kraft. Mit dieser Regelung verfolgte der Gesetzgeber vor dem Hintergrund einer anhaltenden hohen Arbeitslosigkeit das Ziel, zusätzliche Anreize zur Einstellung von Arbeitnehmern zu setzen²⁷ und Arbeitslosen Brücken in den Arbeitsmarkt zu eröffnen.²⁸ Nach der bis Ende 2000 gültigen Fassung des Gesetzes war es zulässig, befristete Arbeitsverträge bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes abzuschließen. Bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren war auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages zulässig.

Mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), welches das BeschFG im Jahre 2001 ablöste, kehrte der Gesetzgeber zu dem Regel-Ausnahme-Verhältnis, wie es sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG ergab, zurück. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses bedarf somit grundsätzlich eines sachlichen Grundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Einen Arbeitsvertrag auch ohne sachlichen Grund zu befristen, kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, wobei der wichtigste dieser Ausnahmefälle – in Anlehnung an die entsprechende Bestimmung des BeschFG – der Fall darstellt, dass die Befristung nur für höchstens zwei Jahre gelten soll (§ 14 Abs. 2 TzBfG).

Die Regelung des TzBfG steht hinsichtlich der Betonung der Notwendigkeit eines Sachgrunds für die Befristung ganz auf dem Boden der eben skizzierten Rechtsprechung des BAG. Allerdings hat sie sich von dieser in einem zentralen Punkt gelöst. Denn für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge spielt es keine Rolle mehr, ob sich diese als Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes darstellt. Die Befristungskontrolle wurde vom Kündigungsschutz „abgekoppelt“.²⁹ Dies bedeutet, dass eine richterliche Kontrolle befristeter Arbeitsverträge auch in Kleinbetrieben und auch im Hinblick auf Arbeitsverhältnisse eingreift, die weniger als sechs Monate Bestand haben. Dass es für das Eingreifen der Befristungskontrolle weder auf die Betriebsgröße noch auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses ankommt, hat europarechtliche Gründe. Die Notwendigkeit für eine Neuregelung des Befristungsrechts durch den deutschen Gesetzgeber ergab sich aus dem zwischenzeitlichen Inkrafttreten der Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverträge, die an eine entsprechende Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner anknüpft.³⁰ Diese sieht aber keine Bereichsausnahmen für das Eingreifen der Befristungskontrolle vor.³¹ Infolgedessen war es auch dem nationalen Gesetzgeber verwehrt, bei der Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie in das nationale Recht Bereichsausnahmen vorzusehen.

3.1.2 Die geltende Regelung im Teilzeit- und Befristungsgesetz

Wie soeben bereits ausgeführt, beruht die Regelung im TzBfG auf dem Gedanken, dass die Befristung eines Arbeitsvertrags grundsätzlich das Bestehen eines sachlichen Grundes voraussetzt. Ohne das Vorliegen eines derartigen Grundes ist es nur aus-

²⁴ BT-Drucks. 1951, S. 2090.

²⁵ Vgl. Wiedemann/Palenberg (1977).

²⁶ AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 16.

²⁷ Vgl. BR-Drucks. 10/2102, S. 14.

²⁸ Vgl. hierzu Boockmann/Hagen (2006: 91 ff.).

²⁹ Näher hierzu etwa Dörner (2004: 44).

³⁰ Näher hierzu Hanau/Steinmeyer/Wank (2002: 685 ff.).

³¹ Anderer Ansicht Schiefer (2000: 2121).

nahmsweise zulässig, ein Arbeitsverhältnis zu befristen.

In der Literatur wird die Haltung des Gesetzgebers gegenüber dem befristeten Arbeitsverhältnis zuweilen als „zwiespältig“³² bezeichnet. In der Tat ist die gesetzliche Regelung ambivalent. Auf der einen Seite wird der Abschluss befristeter Arbeitsverträge erleichtert, indem in gewissem Umfang auf das grundsätzliche Erfordernis eines Sachgrunds verzichtet wird. Auf der anderen Seite wird der Abschluss derartiger Arbeitsverträge erschwert, z. B. indem der Gesetzgeber dem Betriebsrat in § 99 Abs. 2 Nr. 3, Hs. 2 BetrVG mittelbar die Aufgabe zuweist, beim Arbeitgeber auf die Überführung befristeter Arbeitsverhältnisse in unbefristete Arbeitsverhältnisse hinzuwirken.³³ Durch eine weitgehende Ambivalenz ist übrigens auch die Auslegung der Bestimmungen des Befristungsrechts durch das BAG gekennzeichnet. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es daher zutreffend, wenn Kenner des Befristungsrechts beklagen, dass in diesem Bereich „Flexibilität und Rigorismus“³⁴ unverbunden nebeneinander stehen.

3.1.2.1 Das grundsätzliche Erfordernis eines Sachgrunds (§ 14 Abs. 1 TzBfG)

Die Regel „Keine Befristung ohne Sachgrund“ ist in § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG festgeschrieben. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG enthält darüber hinaus eine Aufzählung von Gründen, die einen „sachlichen Grund“ darstellen. Zwar ist diese Aufzählung, wie sich schon aus dem Wortlaut ergibt, nicht abschließend. Doch besteht in der Literatur Einigkeit, dass die Zahl anderer als der in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG genannten Gründe sehr begrenzt ist.³⁵ In der Rechtswissenschaft hat es immer wieder Versuche gegeben, die möglichen Gründe für die Befristung von Arbeitsverträgen zu ordnen. Bei dem wohl bedeutsamsten dieser Versuche findet sich eine Differenzierung zwischen „Ungewissheits-“, „Ausnahme-“ und „Verschleißtatbeständen“, wobei insoweit noch zwischen personenbezogenen und unternehmensbezogenen Befristungsgründen unterschieden wird.³⁶ Der Gesetzgeber hat diese Typisierungsversuche nicht aufgenommen, sondern unterscheidet in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG verhältnismäßig pragmatisch acht Fälle, die noch dazu auf unterschiedlicher Abstraktionshöhe

angesiedelt sind. Die wichtigsten dieser Fälle bilden: die Befristung wegen nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung (Nr. 1),³⁷ die Befristung wegen der Vertretung eines anderen Arbeitnehmers (Nr. 3),³⁸ die Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung (Nr. 4),³⁹ die Befristung zur Erprobung (Nr. 5), die Befristung wegen in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe (Nr. 6)⁴⁰ sowie die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers, der aus (zweckgebundenen) Haushaltsmitteln vergütet wird (Nr. 7).

3.1.2.2 Begrenzte Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG)

Ausnahmsweise bedarf die wirksame Befristung eines Arbeitsvertrags keines Sachgrunds. Den wichtigsten Fall bildet § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Danach ist die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren⁴¹ möglich; bis zu dieser Dauer ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages zulässig.⁴²

Eine bedeutsame Beschränkung der Möglichkeit zu einer sachgrundlosen Befristung bringt indes § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG. Danach kommt eine Befristung nach Satz 1 nicht in Betracht, „wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat“. Dieses sog. Anschlussverbot wird als absolutes Verbot in dem Sinne verstanden, dass eine sachgrundlose Befristung wegen eines vorangegangenen Arbeitsverhältnisses auch dann ausscheidet, wenn das frühere Arbeitsverhältnis zeitlich weit zurückliegt und/oder die beiden Arbeitsverhältnisse in keinerlei Sachzusammenhang miteinander stehen: Wer als Student, und sei es auch nur für einen einzigen Tag, bei einem bestimmten Arbeitgeber beschäftigt war, kann auch nach dem Universitätsabschluss bei diesem Arbeitgeber nicht (sachgrundlos) befristet beschäftigt

³² So Junker (2006: 250).

³³ Näher zum Ganzen etwa Thüsing, in: Richardi (2006), § 99 BetrVG Rn. 219.

³⁴ Vgl. den Titel des Aufsatzes von Preis (2005a).

³⁵ Vgl. nur Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 14 TzBfG Rn. 28 mit weiteren Nachweisen.

³⁶ Wiedemann (1992).

³⁷ Einen typischen Fall bilden die sog. Saisonarbeitsverhältnisse, bei denen die Beschäftigung z. B. witterungsbedingt nur vorübergehend erfolgt.

³⁸ Man denke an die Vertretung erkrankter oder im Mutterschutz befindlicher Arbeitnehmer.

³⁹ Die Befristung der Verträge mit Trainern findet hierin regelmäßig ihren Grund.

⁴⁰ § 14 Abs. 1 Nr. 6 TzBfG bildet einen äußerst vielfältigen Befristungsgrund, der ganz unterschiedliche Sachverhalte betrifft, wie z. B. die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer, dessen Aufenthaltserlaubnis ausläuft.

⁴¹ Der gesetzliche Rahmen von zwei Jahren braucht also nicht ausgeschöpft werden.

⁴² Dabei kann gem. § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG aufgrund eines Tarifvertrags sowohl die Anzahl der Verlängerungen als auch die Höchstdauer der Befristung abweichend geregelt werden. Allerdings sind Verlängerungen des Zweijahreszeitraums äußerst selten; Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 14 TzBfG Rn. 1.

werden. In der Rechtsliteratur gibt es Stimmen, die bereits *de lege lata* eine Einschränkung des Anschlussverbots fordern.⁴³ Jedenfalls wird aber von vielen eine Neuregelung angeregt und zwar u. a. mit dem Hinweis, dass das Verbot der wiederholten befristeten Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber die Beschäftigungschancen Arbeitssuchender mindere.⁴⁴

3.1.2.3 Befristung und „junge“ Unternehmen

Eine weitere Möglichkeit für sachgrundlose Befristungen enthält § 14 Abs. 2a TzBfG. Dabei handelt es sich um eine Sonderregelung für „junge“ Unternehmen: In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Sachgrund bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer ist auch die mehrfache Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags zulässig (§ 14 Abs. 2a S. 1 TzBfG).

3.1.2.4 Befristung und ältere Arbeitnehmer

Schließlich erlaubt § 14 Abs. 3 TzBfG die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern (58. Lebensjahr), wobei die Bestimmung seit der Neuregelung im Jahr 2002 – befristet bis zum 31. 12. 2006 – mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt. Allerdings ist die Bestimmung vom EuGH vor kurzem für europarechtswidrig erklärt worden.⁴⁵ Dabei sah der EuGH zwar keinen Widerspruch zur Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverträge. Doch nahm das Gericht einen Verstoß gegen das in der Richtlinie 2000/78 enthaltene Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 6 Abs. 1) an,⁴⁶ da die Regelung ältere Arbeitnehmer schlechter stelle als jüngere, ohne dass sich das Vorliegen einer „objektiven und angemessenen“ Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen des Alters i. S. d. Art. 6 Abs. 1 erster Unterabsatz der Richtlinie bejahen lasse. Nach den Feststellungen des EuGH hat der deutsche Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. § 14 Abs. 3 TzBfG gehe über das hinaus, was zur Errei-

chung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich sei, indem sie das Alter des betroffenen Arbeitnehmers „als einziges Kriterium für die Befristung des Arbeitsvertrags festlege, ohne dass nachgewiesen wäre, dass die Festlegung einer Altersgrenze als solche unabhängig von anderen Erwägungen im Zusammenhang mit der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarktes und der persönlichen Situation des Betroffenen zur Erreichung des Zieles der beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer objektiv erforderlich ist“.

Die Entscheidung des EuGH wirft die Frage nach möglichen Reaktionen des deutschen Gesetzgebers auf. Nimmt man den Koalitionsvertrag ernst, so ist eine erste Antwort bereits vorgezeichnet. Denn aus diesem ergibt sich jedenfalls der Wille der Koalitionsparteien, § 14 Abs. 3 TzBfG gewissermaßen „europarechtskonform zu verlängern“.⁴⁷ Das wird nicht ganz einfach. Denn der EuGH hat, wie oben ausgeführt, v. a. daran Anstoß genommen, dass in § 14 Abs. 3 TzBfG das Alter des betroffenen Arbeitnehmers als einziges Kriterium für die Befristung des Arbeitsvertrags festgelegt wird. Mit einer Neuregelung, die wiederum allein auf das Alter abstellte, würde der deutsche Gesetzgeber somit voraussichtlich wiederum Schiffbruch erleiden. Vor diesem Hintergrund wäre eine Neuregelung denkbar, bei der die Zulässigkeit einer Befristung von der zusätzlichen Voraussetzung abhängig gemacht würde, dass der ältere Arbeitnehmer vor Beginn des Arbeitsverhältnisses mindestens sechs Monate arbeitslos gewesen sein muss.⁴⁸ Auch könnte man daran denken, zu einer gewissen Lockerung der Befristungsregelungen in Abhängigkeit von der Dauer der Arbeitslosigkeit zu kommen.⁴⁹ Denkbar wäre aber schließlich auch, die Möglichkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern ganz aufzugeben und stattdessen den gesetzlichen Kündigungsschutz für diese Arbeitnehmer aufzuweichen.⁵⁰

⁴⁷ Wörtlich heißt es unter Ziffer 2.3 der Koalitionsvereinbarung: „Die bis Ende 2006 geltenden erleichterten Befristungsregelungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ab dem 52. Lebensjahr werden entfristet und europarechtskonform gestaltet.“

⁴⁸ Thüsing (2005).

⁴⁹ Körner (2005).

⁵⁰ Wolf (2006); vgl. auch Waas (2006). Am 14. 12. 2006 hat die erste Lesung des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen stattgefunden. Der Entwurf sieht eine Neufassung der Befristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG vor. Nach dem Entwurf ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig mit einem Arbeitnehmer, der bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und der unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig.

⁴³ Vgl. hierzu nur Dörner (2004: 184); Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 14 TzBfG Rn. 77f. jew. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁴ Vgl. zum Problem nur Preis (2005a: 715), der im Übrigen feststellt, dass die wortgetreue Anwendung des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG „irre Ergebnisse“ produziere.

⁴⁵ EuGH v. 22. 11. 2005 – Rs. C-144/04 (Mangold); vgl. hierzu zuletzt auch BAG v. 26. 4. 2006, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) (2006: 1162); vgl. zum Ganzen zuletzt auch etwa Dörner (2007).

⁴⁶ Dieses Verbot ordnet der EuGH zugleich als „allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ ein.

3.2 Reformoptionen

Wer über eine Flexibilisierung des deutschen Arbeitsrechts nachdenkt, der wird auch das Befristungsrecht in seine Überlegungen mit einbeziehen müssen. Im Folgenden sollen grundsätzliche Reformoptionen vorgestellt werden. Doch wird zunächst ein kurzer vergleichender Blick auf andere Rechtsordnungen geworfen. Die rechtsvergleichende Betrachtung ist geeignet, die Wege, die der deutsche Gesetzgeber bei einer Flexibilisierung des Befristungsrechts einschlagen könnte, ein wenig deutlicher zu beleuchten.

3.2.1 Rechtsvergleichende Betrachtung

Bei dieser rechtsvergleichenden Betrachtung wird keine Vollständigkeit angestrebt. Etwas näher untersucht werden soll hier nur das Befristungsrecht von drei europäischen Staaten. Das Beispiel des Vereinigten Königreichs steht dabei für ein besonders „liberales“ Befristungsrecht, das Beispiel Frankreichs für ein eher strenges Befristungsrecht, das Beispiel der Niederlande schließlich für ein Befristungsrecht, das sich zwischen diesen beiden Polen bewegt.

In Großbritannien steht es den Arbeitsvertragsparteien frei, befristete Arbeitsverträge mit beliebiger Dauer abzuschließen. Diese Rechtslage entspricht der Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung in Deutschland (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG) mit dem wichtigen Unterschied, dass die Dauer der Befristung nicht begrenzt ist. Darüber hinaus war es in Großbritannien lange Zeit zulässig, befristete Arbeitsverträge aneinanderzureihen. Insoweit hat das Europarecht, d. h. die Notwendigkeit einer Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG, für eine Änderung der Rechtslage gesorgt: Nach regulation 8 der Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002 No. 2034) lässt die befristete Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen, wenn entweder der ursprüngliche Arbeitsvertrag eine Dauer von mindestens vier Jahren aufwies oder der Arbeitnehmer mindestens im Umfang von vier Jahren auf der Grundlage von Kettenarbeitsverträgen beim Arbeitgeber beschäftigt war. Zu verhindern vermag der Arbeitgeber das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, wenn er auf das Vorliegen eines Sachgrunds (objective ground) verweisen kann. Im Übrigen ist zu beachten, dass es nur dann zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zwischen den Beteiligten kommt, wenn es der Arbeitgeber unterlässt, die Kontinuität der befristeten Arbeitsverträge zu „brechen“. Mit anderen Worten: Knüpft

der Arbeitgeber bei der „letzten Befristung“ nicht an ein bestehendes Arbeitsverhältnis an, sondern unterbricht er die Kette, indem er beispielsweise eine gewisse Zeit verstreichen lässt, bevor er dem Arbeitnehmer den Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses anbietet, so beginnt die Befristungshöchstdauer von vier Jahren von Neuem. Zu beachten ist bei dieser „liberalen“ Regelung immerhin, dass die Regeln über den Kündigungsschutz auch für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses gelten.⁵¹

Auch in den Niederlanden „verwandelt“ sich ein befristeter Arbeitsvertrag unter gewissen Voraussetzungen in einen unbefristeten Arbeitsvertrag, wenn die Arbeitsvertragsparteien bei der „Aneinanderreihung“ befristeter Arbeitsverträge bestimmte Grenzen überschreiten. Nach Art. 7:668a Burgerlijk Wetboek kommt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag über eine Gesamtdauer von 36 Monaten hinaus verlängert wird. Bis zu dieser Gesamtdauer ist, ebenso wie in Deutschland, auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags zulässig. Im Unterschied zu der Rechtslage in Deutschland gilt in den Niederlanden kein absolutes Anschlussverbot: Wird das „Kettenarbeitsverhältnis“ von den Beteiligten für mindestens drei Monate unterbrochen, dann greift die Bestimmung des Art. 7:668a Burgerlijk Wetboek nicht ein. Stattdessen beginnt die Frist von drei Jahren erneut zu laufen. Insoweit ist das niederländische Recht nicht allzu weit vom britischen entfernt. Diesem ist es auch in anderer Hinsicht verwandt. Ebenso wie in Großbritannien bezieht sich nämlich die Kontrolle von befristeten Arbeitsverträgen in den Niederlanden allein auf Kettenarbeitsverträge. Dies bedeutet, dass es den Arbeitsvertragsparteien auch in den Niederlanden freisteht, einen Arbeitsvertrag in beliebigem Umfang zu befristeten. Dabei bedarf es insbesondere auch keines Sachgrunds wie er in Deutschland nach § 14 Abs. 1 TzBfG grundsätzlich erforderlich ist.⁵²

Demgegenüber ist in manchen anderen Rechtsordnungen bereits für die erste Befristung eine Rechtfertigung erforderlich. Ein Beispiel hierfür bildet die Rechtslage in Frankreich, die der Rechtslage in Deutschland vor Inkrafttreten des BeschFG ähnelt. In Frankreich ist der Abschluss befristeter Arbeitsverträge grundsätzlich verboten. Art. L. 121-5 Code du travail bestimmt ausdrücklich: „Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée“.

⁵¹ Nach Section 95(1)(b) Employment Rights Act 1996 gilt die „Nichtverlängerung“ eines befristeten Arbeitsvertrags als Kündigung.

⁵² Näher zum Ganzen Waas (2003a).

Doch bestehen in vom Gesetz abschließend genannten Fällen (*énumération limitative*) Ausnahmen von diesem Verbot. Nach Art. L. 122-1-1 Code du travail ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags zulässig, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht (*accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise*) oder der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird (*remplacement d'un salarié en cas d'absence*). Darüber hinaus sieht Art. L. 122-2 Code du travail vor, dass befristete Arbeitsverträge in bestimmtem Umfang zulässig sind, wenn sie dem Ziel der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit dienen. Im Übrigen statuiert der Code du travail eine maximale Gesamtdauer von 18 Monaten. Bis zu dieser Gesamtdauer kann der befristete Arbeitsvertrag grundsätzlich einmal verlängert werden, sofern die Voraussetzungen für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags in diesem Zeitpunkt noch gegeben sind (Art. L 122-1-2 Code du travail). Eine überaus komplizierte Regelung gilt für Kettenarbeitsverträge (*contrats successifs*). Art. L 122-3-11 Code du travail sieht beispielsweise vor, dass die Arbeitsvertragsparteien einen befristeten Arbeitsvertrag nicht unmittelbar an einen anderen befristeten Arbeitsvertrag anschließen dürfen, wenn die Aufgaben des Arbeitnehmers als solche unverändert bleiben.

3.2.2 Konkrete Ansatzpunkte für eine Flexibilisierung

Eine weit gehende Flexibilisierung des Befristungsrechts in Deutschland würde eintreten, wenn man sich entschließen könnte, es grundsätzlich den Arbeitsvertragsparteien zu überlassen, ob sie einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen wollen und welche Dauer der Arbeitsvertrag haben soll. Eine entsprechende Regelung fände, wie oben dargestellt, z.B. in der niederländischen Rechtsordnung ein Vorbild. Verfassungsrechtliche Bedenken erschienen überwindbar, insbesondere wenn man annimmt, dass Lockerungen des geltenden Kündigungsschutzrechts verfassungsrechtlich durchaus möglich wären. Europarechtliche Bedenken stünden einer derartigen Regelung ebenfalls nicht entgegen. Denn die Richtlinie 1999/70/EG bringt zwar Vorschriften über den „Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge“, wie es in § 5 der zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung heißt. Doch enthält sie keine Beschränkungen für die *erstmalige* Befristung eines Arbeitsvertrags. Dementsprechend wäre es, europarechtlich betrachtet, durchaus möglich, den Arbeitsvertragsparteien den Abschluss befristeter Arbeitsverträge auch ohne Vorliegen eines Sachgrunds zu gestatten und es ihnen zugleich zu ermög-

lichen, frei über die Dauer der Bindung zu entscheiden.

Auch bezüglich der Problematik von Kettenarbeitsverträgen lässt das Europarecht dem nationalen Gesetzgeber durchaus Raum.⁵³ Zwar soll nach § 5 der Rahmenvereinbarung ein Missbrauch dieser Gestaltung vermieden werden. Doch bestimmt § 5 der Rahmenvereinbarung nur, dass der nationale Gesetzgeber entweder „sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge rechtfertigen“ oder „die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinander folgender Arbeitsverträge“ oder „die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge“ bestimmen muss. Die entsprechenden Regelungen stehen also im Verhältnis der Alternativität. Dementsprechend wäre es nach den Maßstäben des Europarechts unbedenklich, wenn der deutsche Gesetzgeber z. B. die Gesamtdauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages auf vier Jahre oder die Höchstzahl für Verlängerungen eines derartigen Arbeitsvertrags auf sechs heraufsetzen würde.

Da der nationale Gesetzgeber insoweit nach der Richtlinie weit gehende Freiheiten genießt, wäre es insbesondere auch unproblematisch, das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ersatzlos zu streichen. In der Tat hatte der Gesetzgeber am 17. 6. 2005 in dritter Lesung das 5. SGB III-ÄnderungsG beschlossen, das eine Lockerung des Anschlussverbots bringen sollte. Doch konnte das Gesetz aufgrund der überraschenden Neuwahlen zum Bundestag nicht mehr in Kraft treten.

4 Das Verhältnis von Kündigungsschutz und Befristungsrecht

4.1 Befristung und betriebsbedingte Kündigung im Vergleich

Will man zu Aussagen über das grundsätzliche Verhältnis von Kündigungsschutz und Befristungsrecht kommen, so kann ein kleines Gedankenexperiment hilfreich sein, das eine gewisse Vergleichbarkeit zwischen Kündigung und Kündigungsschutz auf der einen sowie Befristung und Befristungskontrolle auf der anderen Seite herstellt: Bei der Eröffnung der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund zu befristen, verhält es sich der Sache nach ähnlich wie wenn man es dem Arbeitgeber gestatten würde,

⁵³ Vgl. hierzu zuletzt die Entscheidungen des EuGH v. 18. 11. 2006 – Rs. C 53/04 (Marrosu u. Sardino) u. 2. 9. 2006 – Rs. C 212/04 (Adeneler).

ein (unbefristetes) Arbeitsverhältnis abzuschließen und dieses sogleich (mit aufschiebender Wirkung) zu kündigen.⁵⁴ Im Fall der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitsverhältnisses muss aber der Kündigungsgrund, also der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, grundsätzlich im Zeitpunkt der Kündigung vorliegen. Allerdings wird dem Arbeitgeber nicht abverlangt, mit der betriebsbedingten Kündigung zu warten, bis der Beschäftigungsbedarf für den Arbeitnehmer tatsächlich weggefallen ist. Vielmehr kann eine derartige Kündigung im Einzelfall auch schon vorher ausgesprochen werden. Dabei handelt es sich um Fälle, in denen zwar im Zeitpunkt der Kündigung eine Beschäftigungsmöglichkeit noch besteht, die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen (z. B. über die Stilllegung eines Betriebs) jedoch bereits getroffen sind. Liegen die Dinge so, dann ist eine Kündigung wirksam, wenn sich sagen lässt, dass die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zum Kündigungstermin entbehrlich sein wird. Bejahen lässt sich dies dann – aber auch nur dann –, wenn bei Ausspruch der Kündigung aufgrund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung zu erwarten ist, dass im Zeitpunkt des Kündigungstermins der die Entlassung erforderlich machende betriebliche Grund eingetreten sein wird.⁵⁵ Mit anderen Worten: Zwar ist eine Kündigung ausnahmsweise auch dann zulässig, wenn die Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich noch besteht und erst bei Wirksamwerden der Kündigung, also nach Ablauf der Kündigungsfrist, entfällt. Doch gilt dies nur dann, wenn der alsbaldige Wegfall der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit aufgrund einer seriösen Prognose im Zeitpunkt der Kündigung als gesichert angesehen werden kann.

Noch keine wesentliche Abweichung von diesem „Grundmuster“ bringt die in § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG geschaffene Möglichkeit, wonach ein Arbeitsverhältnis auch dann befristet werden kann, wenn „der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung vorübergehend besteht“. Gedacht ist in diesem Zusammenhang daran, dass entweder die Arbeitsaufgabe ihrem Inhalt nach nur für eine bestimmte Zeit zu erledigen ist (und danach vollständig wegfällt), oder nur für eine bestimmte Zeit ein erhöhter Personalbedarf besteht, oder im Unternehmen (z. B. infolge einer geplanten Rationalisierungsmaß-

nahme) ein Absinken des Arbeitskräftebedarfs vorauszusehen ist.⁵⁶ Auch hier bedarf es somit grundsätzlich einer „exakten und detaillierten“⁵⁷ Prognoseentscheidung auf Seiten des Arbeitgebers. Allerdings bestehen Unterschiede gegenüber der Prognose, die der Arbeitgeber bei der betriebsbedingten Kündigung anstellen muss. Diese ergeben sich daraus, dass dem Arbeitnehmer durch die Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ein auf Dauer angelegter Besitzstand entzogen wird, wohingegen der Arbeitnehmer einen entsprechenden vertraglichen Besitzstand bei einem wirksam befristeten Arbeitsverhältnis von vornherein nicht hat. Um es mit den Worten des BAG auszudrücken: Nur mit dem Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses wird dem Arbeitnehmer eine Rechtsposition eingeräumt, aufgrund derer er „darauf vertrauen darf, dass er ohne seine Zustimmung seinen Arbeitsplatz nur bei Vorliegen eines nach dem Kündigungsschutzgesetz anerkannten Kündigungsgrundes verlieren kann“. Bei einer wirksamen Befristungsabrede sei dies nicht der Fall.⁵⁸ Obwohl also durchaus gewisse Unterschiede bestehen, bleibt es aber dabei, dass auch im Zusammenhang mit dem Befristungsgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG eine seriöse Prognose auf Seiten des Arbeitgebers erforderlich ist. An die Beurteilung des Arbeitgebers, die vom Arbeitsgericht in vollem Umfang nachprüfbar ist, werden in der Rechtsprechung hohe Anforderungen gestellt. So muss der Arbeitgeber im Fall eines Mehrbedarfs an Arbeitskräften das durchschnittliche Arbeitsaufkommen und den zu dessen Bewältigung notwendigen Personalbedarf ebenso darlegen wie den vorübergehend erhöhten Arbeitsbedarf, der sich nicht anders als durch zusätzlich eingestellte Arbeitnehmer befriedigen lässt. Auch hat er konkrete Tatsachen anzugeben, anhand derer nachvollziehbar ist, aus welchen Gründen der Arbeitnehmer nach Ablauf des befristeten Zeitraums nicht weiter beschäftigt werden kann.⁵⁹

Ganz anders liegt es bei § 14 Abs. 2 TzBfG und der darin enthaltenen Möglichkeit, sich vom Arbeitsvertrag ohne Weiteres wieder zu lösen. Diese Bestimmung erlaubt den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags ganz unabhängig von einer Prognose des Arbeitgebers bezüglich der Dauer der Beschäftigungsmöglichkeit. In der Praxis kann dieses Instrument der sachgrundlosen, von einer entsprechenden Prognose unabhängigen Befristung aus unterschied-

⁵⁴ Bei dieser Überlegung wird die Zulässigkeit einer derartigen Bedingung unterstellt; zu der Frage, ob und inwieweit bedingte Kündigungen zulässig sind, statt aller Stahlhacker/Preis/Vossen (2005), Rn. 248 ff.

⁵⁵ Schaub (2006: 1408).

⁵⁶ Vgl. zu diesen Fällen nur Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 14 Rn. 23.

⁵⁷ So BAG v. 29. 9. 1982, AP Nr. 70 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

⁵⁸ BAG AP Nr. 234 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

⁵⁹ Näher zum Ganzen statt aller Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 14 Rn. 26 mit weiteren Nachweisen.

lichen Gründen zum Einsatz kommen. So mag der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer befristet einstellen, obwohl er schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sicher voraussieht, dass die Beschäftigungsmöglichkeit dauerhaft sein wird. Den Arbeitnehmer nur befristet einzustellen, kann trotzdem sinnvoll sein, um Kosten, die mit der Kündigung und einer evtl. Kündigungsschutzklage verbunden sind, sowie entsprechenden Prozessrisiken von vornherein aus dem Weg zu gehen. Selbstverständlich ist es durchaus auch denkbar, dass sich der Arbeitgeber beim Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit einer bestimmten Dauer von der Einschätzung leiten lässt, die Beschäftigungsmöglichkeit werde bei Erreichen des Befristungszeitpunkts entfallen. In einem derartigen Fall ergeben sich dann drei Möglichkeiten. Erweist sich die Einschätzung des Arbeitgebers nachträglich als zutreffend, lässt sich sagen, dass Beschäftigung und Beschäftigungsmöglichkeit gewissermaßen im Einklang stehen. Entfällt die Beschäftigungsmöglichkeit bevor der Befristungszeitpunkt erreicht ist, so kann der Arbeitgeber der Gefahr, trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund des Arbeitsvertrags zur Lohnzahlung verpflichtet zu sein, nur dann entgehen, wenn er sich das Recht zur ordentlichen Kündigung einzelvertraglich vorbehalten hat (oder sich diese Befugnis aus einem anwendbaren Tarifvertrag ergibt).⁶⁰ In diesem Fall greift dann allerdings, sofern die Voraussetzungen im Übrigen gegeben sind, der gesetzliche Kündigungsschutz ein, was der Arbeitgeber regelmäßig durch eine Begrenzung des Befristungszeitraums zu vermeiden suchen wird. Besteht schließlich die Beschäftigungsmöglichkeit entgegen der Prognose des Arbeitgebers bei Erreichen des Befristungszeitpunkts fort (und kommt auch eine Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrags nicht mehr in Betracht), so ergibt sich für den Arbeitgeber eine schwierige Situation, wenn er den Arbeitnehmer gerne „behalten“ würde: Der nochmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit dem Arbeitnehmer kommt nur dann in Betracht, wenn hierfür ein Sachgrund, also z. B. der des § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG, gegeben ist. Demgegenüber scheidet eine Befristung ohne Sachgrund gem. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG aus, da ihr das Anschlussverbot des § 14

Abs. 2 S. 3 TzBfG entgegensteht.⁶¹ Wird das Arbeitsverhältnis von den Beteiligten über den Befristungszeitpunkt hinaus einfach (stillschweigend) fortgesetzt, so gilt es nach § 15 Abs. 5 TzBfG grundsätzlich „als auf unbestimmte Zeit verlängert“.

4.2 Bestandsschutz bei Fortbestehen der Beschäftigungsmöglichkeit

Bei der Bewertung von Befristungskontrolle und Kündigungsschutz sollte man sich von der Einsicht leiten lassen, dass ein Arbeitsverhältnis nach dem deutschen Kündigungsschutzrecht grundsätzlich – und d. h. abgesehen von der verhaltens- oder personenbedingten Kündigung des Arbeitnehmers – so lange Bestand haben soll, wie eine Beschäftigungsmöglichkeit gegeben ist bzw. dem Arbeitgeber, umgekehrt, die Lösung vom Arbeitsverhältnis nur erlaubt ist, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit entfällt. Gerade die strengen Anforderungen, die an Prognoseentscheidungen des Arbeitgebers bei betriebsbedingten Kündigungen gestellt werden, zeigen die Bedeutung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für das Kündigungsrecht. Ihren sichtbaren Ausdruck findet diese Wertung in § 1 Abs. 2 S. 1 u. 2 KSchG. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht „durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist“. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG ist die Kündigung „auch sozial ungerechtfertigt“, wenn „der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann“. Mit dieser Regelung werden zunächst aktuell bestehende Beschäftigungsmöglichkeiten erfasst. Erfasst werden aber auch die Möglichkeiten einer Beschäftigung, die sich dadurch realisieren lassen, dass der Arbeitgeber von der Möglichkeit einer Versetzung des Arbeitnehmers auf einen freien Arbeitsplatz Gebrauch macht. Die im Gesetz angesprochene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit betrifft allerdings nur freie Arbeitsplätze. Ein Arbeitsplatz ist in diesem Sinne frei, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung bereits frei ist oder jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit Sicherheit frei wird. Doch sind als frei auch Arbeitsplätze anzusehen, bei denen im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststeht, dass sie in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden; allerdings muss in einem derartigen Fall dem Arbeitgeber die Überbrückung dieses Zeitraums zu

⁶⁰ Nach § 15 Abs. 3 TzBfG unterliegt ein befristetes Arbeitsverhältnis dann (aber auch nur dann) der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Begründen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis, dann soll allerdings in der Regel während des Laufs der Befristung die ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein; vgl. BAG v. 19. 6. 1980, AP Nr. 55 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Die vorzeitige, ordentliche Kündbarkeit muss daher (als Ausnahme) entweder ausdrücklich verabredet werden oder sich eindeutig aus den Umständen ergeben; vgl. zum Ganzen nur Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 15 Rn. 11 mit weiteren Nachweisen.

⁶¹ Kritisch z. B. auch Bauer/Preis/Schunder (2003: 707).

mutbar sein.⁶² Keinen Anspruch hat der Arbeitnehmer demgegenüber auf die Einrichtung neuer Arbeitsplätze. Auch ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, etwa durch organisatorische Maßnahmen einen freien Arbeitsplatz zu schaffen oder gar einen besetzten Platz „freizukündigen“.⁶³

Hat man sich erst einmal klargemacht, dass eine betriebsbedingte Kündigung ausgeschlossen ist, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht bzw., dass man als Arbeitgeber an einem Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer grundsätzlich so lange festgehalten wird, wie man die Möglichkeit einer Beschäftigung des Arbeitnehmers hat, dann wird sofort deutlich, dass die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung ein sehr starres, um nicht zu sagen außerordentlich plumptes Instrument darstellt: Wenn bei Erreichen des Befristungszeitpunkts die Beschäftigungsmöglichkeit tatsächlich entfällt, dann dürfte es sich regelmäßig eher um einen Zufall handeln. In einer Vielzahl von Fällen wird der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis befristen, obwohl er den Fortbestand der Beschäftigungsmöglichkeit über das Erreichen des Befristungszeitpunkts hinaus bei Abschluss des Arbeitsvertrags bereits sicher vorausieht. In diesem Fall schafft § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG die Befugnis, „sehenden Auges“ von der Voraussetzung des Entfallens der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit abzusehen. Mindestens ebenso häufig dürften die Dinge so liegen, dass der Arbeitgeber beim Abschluss des befristeten Vertrags den Fortbestand der Beschäftigungsmöglichkeit im Zeitpunkt des Erreichens des Befristungszeitpunkts als unsicher ansieht. In diesem Fall kann man die Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG schwerlich anders denn als Ermächtigung des Arbeitgebers zu einer betrieblichen Beschäftigungspolitik im „Blindflug“ bewerten. Ob die Gestaltung des Arbeitsvertrags das Bedürfnis des Arbeitgebers nach der Erbringung der Arbeitsleistung abbildet, ist bei einer derartigen Sachlage jedenfalls alles andere als sicher.

5 Kündigungsschutz oder Befristungsrecht als primäres Reformobjekt?

Vor diesem Hintergrund stellt sich mit Nachdruck die Frage, wie sich die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung eigentlich rechtfertigen lässt. Insofern kommen Überlegungen ins Spiel wie z.B. die, dass man dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnen

müsse, einem mittelfristig unsicheren Arbeitskräftebedarf durch den Abschluss befristeter Verträge Rechnung zu tragen⁶⁴ oder auch die, dass dem Arbeitgeber Gelegenheit gegeben werden müsse, den Arbeitnehmer über längere Zeit zu „beobachten“.

Indes lässt sich die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung auf diesem Wege schwerlich rechtfertigen. Was zunächst den letztgenannten Gesichtspunkt betrifft, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass einerseits § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TzBfG den Befristungsgrund der Erprobung bereits ausdrücklich nennt und andererseits nach allgemeiner Auffassung die Dauer der Probezeit nicht im Belieben des Arbeitgebers stehen kann. Dementsprechend knüpfen die Gerichte im Zusammenhang mit einer Befristung zur Erprobung an die Wartezeitregelung des § 1 Abs. 1 KSchG an und betrachten dementsprechend eine Probezeit von sechs Monaten regelmäßig als ausreichend. Gestaltet sich die Beurteilung eines Mitarbeiters als schwieriger, erkennt das BAG auch weitaus längere Probezeiten an.⁶⁵ Was demgegenüber den Hinweis auf einen mittelfristig evtl. unsicheren Arbeitskräftebedarf betrifft, so kann auch dieser die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung kaum legitimieren. Denn zwar dürften entsprechende Unsicherheiten auf Arbeitgeberseite in der Tat ein starkes Motiv für flexible Gestaltungen von Arbeitsverträgen bilden. Doch hätte es aus Sicht des Gesetzgebers weitaus näher gelegen, den Befristungsgrund des (nur) vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG) aufzulockern, statt die Möglichkeit der Befristung für die Dauer von zwei Jahren insgesamt freizugeben. Konkret: Wäre es bei der Eröffnung der Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung allein darum gegangen, Unsicherheiten bei der Personalplanung Rechnung zu tragen, dann hätte der Gesetzgeber die Anforderungen an die im Rahmen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG anzustellende Prognose absenken können. Wenn er sich darauf nicht beschränkt hat, dann muss dies somit andere Gründe haben.

In der Tat besteht die einzige durchschlagende Rechtfertigung für den partiellen Verzicht auf das Erfordernis eines Sachgrunds für die Befristung darin, dass man den Arbeitgeber mit diesem Schritt in gewissem Umfang von den Unwägbarkeiten und Lasten befreien will, die mit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses einhergehen. Um es noch klarer zu sagen: Mit dem Verzicht auf das Erfordernis

⁶² Ascheid, in: Dieterich/Müller-Glöße/Preis/Schaub (2007), § 1 KSchG Rn. 412.

⁶³ Vgl. nur Ascheid, in: Dieterich/Müller-Glöße/Preis/Schaub (2007), § 1 KSchG Rn. 413.

⁶⁴ Vgl. insoweit z.B. Löwisch (1985: 479).

⁶⁵ Vgl. nur Maschmann, in: Annuß/Thüsing (2006), § 14 TzBfG Rn. 57.

eines Sachgrunds soll Druck aus dem gesetzlichen Kündigungsschutz herausgenommen werden. Liegt aber im Verzicht auf das Erfordernis eines Sachgrunds das stillschweigende Eingeständnis, dass der Kündigungsschutz an mancher Stelle zu weit geht, erscheint eine Flexibilisierung des Befristungsrechts als geradezu „umwegig“. Stattdessen sollte man bei Versuchen einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts beim gesetzlichen Kündigungsschutz selbst ansetzen.⁶⁶

Hierfür spricht überdies, dass es – auch rechtsethisch betrachtet – bedenklich erscheint, dem Arbeitgeber eine Lösung vom Arbeitsverhältnis zu erlauben, obwohl er weiterhin die Möglichkeit einer Beschäftigung des Arbeitnehmers besitzt. Genau darauf läuft aber, wie oben gezeigt wurde, der Verzicht auf das Erfordernis eines Sachgrunds für die Befristung in § 14 Abs. 2 TzBfG hinaus. Auch aus einem anderen Grund erscheint es ratsam, bei Versuchen einer Lockerung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften am Kündigungsschutz, statt beim Befristungsrecht, anzusetzen. Es gibt nämlich eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, dass Reformen zu kontraproduktiven Effekten führen, wenn sie sich darin erschöpfen, „Fluchtrouten“ aus dem Normalarbeitsverhältnis zu eröffnen. So legt beispielsweise eine Untersuchung von Reformen im französischen Befristungsrecht⁶⁷ den Verdacht nahe, dass die Ausweitung der Befristungsmöglichkeiten Negativeffekte eintreten lässt, welche die positiven Effekte überwiegen, die mit der aus Arbeitgebersicht eintretenden Flexibilität einhergehen.⁶⁸ Zu den negativen Auswirkungen einer allein auf das Befristungsrecht zielenden Reform zählen eine „unnötige“ Destabilisierung der Arbeitsverhältnisse, ein Schutz der Insider auf Kosten der Outsider (v. a. jüngerer Personen)⁶⁹ sowie das Setzen von Anreizen zur Schaffung von Arbeitsplätzen, die nur eine geringe Qualifikation voraussetzen und eine geringe Produktivität aufweisen.⁷⁰

Nimmt man all dies zusammen, so wird man eine Reform des Kündigungsschutzes als vorrangiges Ziel einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts betrachten müssen. Auch im Ausland geht die Diskussion vielfach in diese Richtung. Beispielhaft sei wieder Frankreich genannt. Dort wird nämlich u. a. darüber nachgedacht, befristete Arbeitsverträge ganz

abzuschaffen.⁷¹ Im Gegenzug soll der Arbeitgeber nach diesen Vorstellungen eine weit gehende Kündigungsfreiheit erhalten. Allerdings hätte er dem Arbeitnehmer stets eine Abfindung zu zahlen, wobei deren Höhe allein von der Beschäftigungsdauer abhängig sein soll.

6 Schlussbetrachtung unter Berücksichtigung der aktuellen Debatte um eine Reform des Kündigungsschutzes

Betrachtet man die im Koalitionsvertrag angelegte Reform des Kündigungsschutzes im Licht der eben gewonnen Erkenntnisse, so ergibt sich, dass diese grundsätzlich durchaus in die richtige Richtung weist: Sich primär am gesetzlichen Kündigungsschutz zu orientieren und – im Gegenzug – die bestehenden Befristungsmöglichkeiten enger zu fassen, ist durchaus sinnvoll. Dennoch bestehen grundlegende Einwände. So stellte es die Verhältnisse geradezu auf den Kopf, wenn man die Wartezeit bis zum Eingreifen des gesetzlichen Kündigungsschutzes wirklich an der Zweijahresfrist des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG orientieren wollte. Denn diese Frist erscheint angesichts der verhältnismäßig schwachen Legitimation der sachgrundlosen Befristung geradezu zufällig. Auch ist es wenig überzeugend, die zweifelhafte „Abkopplung“ des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses von der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, wie sie die Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG kennzeichnet, auch noch in das Kündigungsschutzrecht zu transferieren.

Zu diesen grundlegenden Bedenken kommt noch, dass diese Reform zu kurz griffe. Neben dem Kündigungsschutz durch das KSchG steht nämlich noch der Schutz, der sich für den gekündigten Arbeitnehmer aus dem Erfordernis der vorherigen Anhörung des Betriebsrats ergibt. Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat⁷² vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. An diesem Schutz des Arbeitnehmers änderte sich nichts, wenn man sich darauf beschränkte, den Arbeitsvertragsparteien eine Verlängerung der Wartezeit zu gestatten. Dieser Umstand wiegt umso schwerer, als in der Diskussion um eine mögliche Flexibilisierung des Kündigungsschutzes Forderungen nach einer Reduzie-

⁶⁶ Ähnlich z. B. Böhm (2004: 828); Buchner (2003: 1512); Preis (2005: 56).

⁶⁷ Blanchard/Landier (2001).

⁶⁸ Ebenso z. B. auch Preis (2005: 56).

⁶⁹ Ebenso übrigens Rebhahn (2003: 179), der insoweit auch auf das Beispiel Spaniens verweist.

⁷⁰ Blanchard/Landier (2001: 40f.).

⁷¹ Vgl. Camdessus (2004) sowie Cahuc/Kramarz (2004).

⁷² Sofern denn ein solcher besteht.

rung der Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrats bei der Kündigung eine besondere Rolle spielen.⁷³ Den Hintergrund für diese Forderungen bildet etwa der Umstand, dass die Rechtsprechung den Eintritt der Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Kündigung nicht nur dann bejaht, wenn der Arbeitgeber die Anhörung des Betriebsrats ganz unterlässt, sondern auch dann, wenn die Anhörung „nur“ fehlerhaft ist (und – dies ist der Inhalt der sog. Sphärentheorie – der Fehler nicht in den Verantwortungsbereich des Betriebsrats fällt).⁷⁴ Da an eine fehlerfreie Anhörung erhebliche Anforderungen gestellt werden, birgt die Verpflichtung zur Anhörung des Betriebsrats insbesondere für kleine und mittlere Arbeitgeber die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass die Kündigung im Kündigungsschutzprozess als fehlerhaft und daher unwirksam bewertet wird.

Zu berücksichtigen ist überdies, dass die Gerichte auch dann einen gewissen Kündigungsschutz gewähren, wenn weder das KSchG noch spezialgesetzliche Regelungen anwendbar sind. Die rechtliche Grundlage für diesen „Kündigungsschutz außerhalb des KSchG“ bilden § 242 BGB (Grundsatz von Treu und Glauben) und § 138 BGB, wonach Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind.⁷⁵ Auf der Grundlage dieser Bestimmungen hat das BAG – parallel zur extensiven Auslegung der Vorschriften des KSchG⁷⁶ – richterrechtlich einen Kündigungsschutz entwickelt, der etwa in Kleinbetrieben, die nach § 23 Abs. 1 S. 2 u. 3 KSchG nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz unterfallen, eine bedeutsame Rolle spielt. Auch in diesen Betrieben hat der Arbeitgeber nach Auffassung des BAG ein durch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) gebotenes „Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme“ zu wahren, wobei sich das entsprechende Gebot nicht allein auf das „Ob“ der Kündigung, sondern gegebenenfalls auch auf die Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers bezieht.⁷⁷ Auch dieser „richterliche Kündigungsschutz“ bliebe

von einer Novellierung des KSchG unberührt. Mehr noch: Liebe der Gesetzgeber Dispositionen über die Wartezeit und damit über das Eingreifen des gesetzlichen Kündigungsschutzes zu, so lässt sich – vorsichtig ausgedrückt – nicht ausschließen, dass das BAG hierauf mit einem Ausbau des „richterlichen Kündigungsschutzes“ reagieren könnte. Für den Arbeitgeber wäre dann nicht viel gewonnen, zumal z.B. auch das Antidiskriminierungsrecht⁷⁸ einen gewissen Schutz vor Kündigungen bietet, der unabhängig vom KSchG besteht.⁷⁹

Macht man sich dies alles klar, so liegt es näher, andere Ansatzpunkte für eine Reform des Kündigungsschutzes zu suchen. Insoweit bieten sich z.B. Lockerungen bei der Sozialauswahl⁸⁰ sowie eine Reduzierung der Intensität der gerichtlichen Nachprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung (z.B. mit Blick auf den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleiteten Vorrang milderer Mittel) an.⁸¹ Diskutabel ist aber v. a. eine (partielle) Neuorientierung des Kündigungsschutzes in Richtung auf eine Abfindungslösung. Eine Verlängerung der Wartezeit für das Eingreifen des gesetzlichen Kündigungsschutzes erscheint demgegenüber ebenso problematisch wie eine ebenfalls denkbare (weitere) Erhöhung des Schwellenwerts für Kleinbetriebe (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG). Ganz im Gegenteil muss man sich, auch unter Akzeptanzgesichtspunkten, die Frage stellen, ob man nicht – entsprechend mancher Vorbilder in anderen Rechtsordnungen – eine Lockerung des gesetzlichen Kündigungsschutzes mit einer Ausweitung des Geltungsbereichs des KSchG kombinieren sollte.

⁷⁸ Zu nennen ist in diesem Zusammenhang v.a. das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das am 18. 8. 2006 in Kraft getreten ist.

⁷⁹ Vgl. hierzu nur Junker (2004: B 57ff.). Zwar bestimmt § 2 Abs. 4 AGG, dass „für Kündigungen ... ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz (gelten)“. Doch ist die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit den Vorgaben des Europarechts, vorsichtig ausgedrückt, höchst zweifelhaft, wobei, ganz unabhängig davon, auch zu bedenken ist, dass schon jetzt § 61a BGB bei geschlechtsdiskriminierenden Kündigungen unabhängig vom KSchG geprüft werden muss; näher zum Ganzen z.B. Bauer/Thüsing/Schunder (2006: 777).

⁸⁰ Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG hat der Arbeitgeber eine sog. Sozialauswahl durchzuführen, wenn er aus dringenden betrieblichen Gründen eine Kündigung ausspricht. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass derjenige seinen Arbeitsplatz behält, den eine derartige Kündigung, verglichen mit anderen Arbeitnehmern, besonders hart treffen würde. Kriterien der Sozialauswahl sind Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten sowie eine evtl. Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. Berücksichtigt der Arbeitgeber diese Kriterien bei seiner Auswahlentscheidung nicht oder nicht ausreichend, ist die Kündigung „sozial ungerechtfertigt“ und d.h. (nach § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG) rechtsunwirksam; vgl. hierzu zuletzt allerdings BAG v. 9. 11. 2006 – 2 AZR 812/05 (zur sog. Domino-Theorie).

⁸¹ Vgl. insoweit z.B. die verbreitete Kritik an der Rspr. des BAG im Zusammenhang mit dem Vorrang einvernehmlicher Verhandlungslösungen; vgl. Stahlhacke/Preis/Vossen (2005), Rn. 1010.

⁷³ Besonders pointiert Schiefer (2002: 771), wonach der Gesetzgeber aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats „ein zweites Kündigungsrecht außerhalb des Kündigungsschutzrechts“ entwickelt habe; vgl. aber etwa auch Bauer (2005: 1050) mit der Forderung nach einer „Neujustierung“ des § 102 BetrVG, vgl. zum Ganzen auch Preis (2003: 73f.).

⁷⁴ Vgl. statt aller Thüsing, in: Richardi (2006), § 102 BetrVG Rn. 119ff.

⁷⁵ Vgl. hierzu zuletzt Bengsch (2005).

⁷⁶ Kritisch insoweit etwa Rütters (2002), der dem BAG in diesem Zusammenhang vorwirft, eine ursprünglich lediglich als allgemeine Willkürkontrolle gedachte Regelung unter Beiseiteschieben des Willens des historischen Gesetzgebers und ohne ausreichende Grundlage im Gesetz zu einem umfassenden Kündigungsschutz ausgebaut zu haben, indem das Gericht „zwei generelle, im Gesetz nicht enthaltene richterrechtlich „erlassene“, auf alle Kündigungen angewendete „oberste“ Grundsätze [das Ultima Ratio-Prinzip und das Prognoseprinzip] aufgestellt“ habe.

⁷⁷ Vgl. nur Stahlhacke/Preis/Vossen (2005), Rn. 303ff.

Literatur

- Annuß, Georg/Thüsing, Gregor* (2006): Teilzeit- und Befristungsgesetz Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt, Recht und Wirtschaft.
- Bauer, Jobst-Hubertus* (2005): Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 1046–1051.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Preis, Ulrich/Schunder, Achim* (2003): Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 18. 6. 2003. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2003, 704–707.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Thüsing, Gregor/Schunder, Achim* (2006): Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2006, 774–778.
- Bengsch, Karen* (2005): Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis – Ein Beitrag zur kündigungrechtlichen Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB. Berlin: Duncker & Humblot.
- Blanchard, Oliver/Landier, Augustin* (2001): The Perverse Effects of Partial Labor Market Reform: Fixed Duration Contracts in France, MIT Working Paper Series.
- Böhm, Wolfgang* (2004): Flucht aus dem Zeitvertrag in die Zeitarbeit – Fehlentwicklungen durch gesetzliche Fehlsteuerung. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2004, 823–828.
- Boockmann, Bernhard/Hagen, Tobias* (2006): Befristete Beschäftigungsverhältnisse – Brücken in den Arbeitsmarkt oder Instrumente der Segmentierung? Baden-Baden, Nomos.
- Boockmann, Bernhard/Hagen, Tobias* (2001): The use of flexible working contracts in West Germany – evidence from an establishment panel. Mannheim: ZEW.
- Buchner, Herbert* (2003): Reform des Arbeitsmarkts – Was brauchen und was können wir? In: *Der Betrieb (DB)* 2003, 1510–1517.
- Buchner, Herbert* (2002): Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2002, 533–536.
- Cahuc, Pierre/Kramarz, Francis* (2004): De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle, Paris: Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale.
- Camdessus, Michel* (2004): Le sursaut – Vers une nouvelle croissance pour la France. Paris: Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.
- Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter* (Hrsg.) (2007): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 7. Aufl. München: C. H. Beck.
- Dörner, Hans-Jürgen* (2007): Neues aus dem Befristungsrecht. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2007, 57–63.
- Dörner, Hans-Jürgen* (2004): Der befristete Arbeitsvertrag, eine systematische Darstellung des Befristungsrechts. München: C. H. Beck.
- Dorndorf, Eberhard* (2000): Abfindung statt Kündigungsschutz? In: *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 1938–1943.
- Fischer, Christian* (2002): Richterliche Rechtsfindung zwischen „Gesetzesgehorsam“ und „ökonomischer Vernunft“. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 2002, 215–247.
- Franz, Wolfgang* (1994): Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 1994, 439–462.
- Fuchs, Maximilian* (2004): Flexibilität à la carte – Die Reform des italienischen Arbeitsrechts. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2004, 956–964.
- Gotthardt, Michael* (2005): Standortvergleich bei Betriebs-schließungen. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 737–740.
- Hanau, Peter* (2006): Das Arbeitsrecht in der Koalitionsvereinbarung vom 11.11.2005. In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2006, 153–160.
- Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf* (2002): Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts. München: C.H. Beck.
- Jahn, Elke J.* (2002): Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes. Volatilität der Arbeitsnachfrage und duale Arbeitsmärkte. Berlin: Duncker & Humblot.
- Junker, Abbo* (2004): Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen – Differenzierung nach Unternehmensgröße? – Familiengerechte Strukturen, Gutachten für den 65. Deutschen Juristentag in Bonn. München.
- Junker, Abbo* (2006) Grundkurs Arbeitsrecht. 5. Aufl. München: C. H. Beck.
- Körner, Marita* (2005): Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 1395–1398.
- Löwisch, Manfred* (1985): Zur Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse durch das Beschäftigungsförderungsgesetz. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 1985, 478–481.
- Messina, Julián/Vallanti, Giovanna* (2006): Job Flow Dynamics and Firing Restrictions: Evidence from Europe, IZA-Discussion-Paper No. 2045. Bonn, IZA.
- Mozet, Peter* (1998): Kündigungsschutz in Arbeitsverhältnissen – Ein Überblick über die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 1998, 128–134.
- OECD* (2004): Employment Outlook. Paris.

- OECD* (1999): *Employment Outlook*. Paris.
- OECD* (1994): *The OECD job study, evidence and explanations, Part I and II*. Paris.
- Oymann, Hans-Wilhelm* (2005): *Arbeitsmarktbezogene Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes – Möglichkeiten und Grenzen*. Baden-Baden: Nomos.
- Preis, Ulrich* (2005): *Das Arbeitsrecht in der Gesetzgebungs- und Krisenphase*. In: Kohte, Wolfhard/Dörner, Hans J./Anzinger, Rudolf (Hrsg.): *Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Helmut Wissmann zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 45–60.
- Preis, Ulrich* (2005a): *Flexibilität und Rigorismus im Befristungsrecht*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 714–718.
- Preis, Ulrich* (2003): *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis*. In: *Recht der Arbeit (RdA)* 2003, 65–81.
- Raab, Thomas* (2005): *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG*. In: *Recht der Arbeit (RdA)* 2005, 1–12.
- Rebhahn, Robert* (2003): *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU*. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 2003, 163–235.
- Rebhahn, Robert* (2002): *Abfindung statt Kündigungsschutz? Rechtsvergleich und Regelungsmodelle*. In: *Recht der Arbeit (RdA)* 2002, 272–291.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.) (2006): *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar*. München: C. H. Beck.
- Rüthers, Bernd* (2003): *Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts*. In: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2003, 546–552.
- Rüthers, Bernd* (2002): *Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts*. In: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2002, 1601–1609.
- Schaub, Günter* (Hrsg.) (2006): *Arbeitsrechts-Handbuch – Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 11. Aufl., München: C. H. Beck.
- Schiefer, Bernd* (2000): *Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen*. In: *Der Betrieb (DB)* 2000, 2118–2123.
- Schiefer, Bernd* (2002): *Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit – Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2002, 770–777.
- Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard* (2005): *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 9. Aufl., München: C. H. Beck.
- Steiner, Udo* (2005): *Beschäftigung und Beschäftigungsförderung aus grundgesetzlicher Sicht*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 657–662.
- Thüsing, Gregor* (2005): *Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?* In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2005, 2149–2151.
- Tschöpe, Ulrich* (2003): *Der allgemeine Kündigungsschutz – Stiefkind europäischer Rechtsanpassung*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport (NZA-RR)* 2003, 393–400.
- Waas, Bernd* (2006): *Die Beschäftigungssituation älterer Arbeitnehmer als Herausforderung des arbeitsrechtlichen Gesetzgebers*. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2006, 118–121.
- Waas, Bernd* (2003): *Modell Holland – Flexibilität und Sicherheit im Arbeitsrecht der Niederlande*. Baden-Baden: Nomos-Verlag.
- Waas, Bernd* (2003a): *„Bausteine“ einer Flexibilisierung des deutschen Arbeitsrechts aus rechtsvergleichender Sicht am Beispiel der Niederlande*. In: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 2003, S. 1–42.
- Wiedemann, Herbert* (1992): *Zur Typologie zulässiger Zeitverträge*. In: Kuchinke, Kurt (Hrsg.): *Festschrift für Heinrich Lange*. München: C. H. Beck, 395–411.
- Wiedemann, Herbert/Palenberg, Hubertus* (1977): *Die Zulässigkeit von Zeitarbeitsverträgen im öffentlichen Dienst, insbesondere im Hochschulbereich*. In: *Recht der Arbeit (RdA)* 1977, 85–95.
- Willemsen, Heinz Josef/Annuß Georg* (2004): *Kündigungsschutz nach der Reform*. In: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, 177–184.
- Wolf, Roland* (2006): *Koalitionsvereinbarungen zu zaghaft! Aus arbeitsrechtlicher Sicht*. In: *Arbeit und Arbeitsrecht (AuA)* 2006, 8–12.
- Wolter, Henner* (2003): *Reformbedarf beim Kündigungsrecht aus Arbeitnehmersicht – Praxiserfahrungen und Schlussfolgerungen*. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2003, 1068–1076.