

Vielfalt oder Chaos – Aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Herausgegeben von
KATHARINA UFFMANN
und KATHARINA DAHM

Mohr Siebeck

Vielfalt oder Chaos



Vielfalt oder Chaos – aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und europäischen Arbeitsrecht

2. Assistententagung
im Arbeitsrecht 2012 in Mainz

herausgegeben von
Katharina Uffmann und
Katharina Dahm

Mohr Siebeck

Katharina Uffmann, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth; juristisches Referendariat OLG Bamberg; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Steuer- und Sozialrecht der Universität Bayreuth (Prof. Dr. Karl-Georg Loritz); Promotion; derzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am o.g. Lehrstuhl.

Katharina Dahm, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität; juristisches Referendariat OLG Koblenz; wissenschaftliche Mitarbeiterin Lehrstuhl Prof. Dr. Kaiser (Johannes Gutenberg-Universität Mainz); Promotion; akademische Rätin auf Zeit (Johannes Gutenberg-Universität Mainz).

ISBN 978-3-16-152449-3 / eISBN 978-3-16-163170-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Goethe hat einmal gesagt, dass „wenn man alle Gesetze studieren sollte, man keine Zeit mehr hätte, sie zu übertreten.“ Dies ist mal ein anderer, sicherlich nicht ernsthaft zu verfolgender Ansatz des Präventionsprinzips, das sich gerade im Zivilrecht als Argumentationsfigur zunehmender Beliebtheit erfreut.

Wie passt dieses Zitat nun zur zweiten Assistententagung im Arbeitsrecht, die am 27. und 28. Juli 2012 an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz stattfand? Mit Blick auf unser heutiges Arbeitsrecht, das seinen Ausgang noch zu Lebzeiten *Goethes* nahm, wäre sein Urteil wohl noch mitleidiger ausgefallen: Zum einen angesichts der inhaltlichen Breite des Arbeitsrechts – widerspiegelt durch die in diesem Band veröffentlichten Tagungsreferate, die neben den nationalen Gesetzen, das Unionsrecht und das Richterrecht umfassen. Zum anderen vor dem Hintergrund zahlreicher, nicht abgestimmter Einzelgesetze statt eines vereinheitlichten, kodifizierten Arbeitsvertragsrechts. So charakterisiert der 59. Deutsche Juristentag das Arbeitsrecht insgesamt als kunstvoll geordnetes Chaos und als Irrgarten des Rechts, während etwa *Richardi* gar meint, eine kunstvolle Ordnung kaum mehr erkennen zu können, sondern nur noch Chaos. Mag diese Kritik im Kern auch berechtigt sein, vollumfänglich teilen möchten wir sie nicht. Das Wort Chaos sollte besser durch Vielfalt ersetzt werden. Eine Vielfalt an Fragestellungen und Themen, wie sie der komplexen Arbeitswelt geschuldet ist und deren kritische Begleitung und Systematisierung die reizvolle Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft und -praxis ist.

Diese Aufgabe haben die Teilnehmer der zweiten Assistententagung im Arbeitsrecht mit großer Diskussionsfreude angenommen. Auch wenn es sich um eine noch junge Veranstaltung handelt, die ihren erfolgreichen Auftakt erst 2011 in Osnabrück nahm, hat sich die Idee etabliert, für den arbeitsrechtlichen Nachwuchs jährlich eine Plattform zum fachlichen und persönlichen Austausch zu schaffen. So kamen in Mainz mehr als 50 Nachwuchswissenschaftler zusammen und am Ende der Veranstaltung konnte der „Staffelstab“ für die dritte Assistententagung im Arbeitsrecht an die Mitarbeiter des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) in München übergeben werden.

Verwirklichen ließ sich das Nachwuchstreffen nur durch die tatkräftige sowie finanzielle Unterstützung von mehreren Seiten. Deswegen gilt an

dieser Stelle ausdrücklicher Dank unseren großzügigen Sponsoren: dem C.H. Beck Verlag, der Firma Bosch, der Rechtsanwaltskanzlei Greenfort, der Nomos Verlagsgesellschaft, sowie der Gesellschaft für Arbeitsrecht in der Unternehmung. Danken möchten wir auch den Referenten aus Wissenschaft und Praxis für ihre interessanten Beiträge sowie den zahlreichen, fleißigen Helfern, ohne die die Organisation der Tagung kaum zu bewältigen gewesen wäre.

Ebenfalls im Sinne einer schönen Kontinuität erscheint der Tagungsband erneut im Hause Mohr Siebeck. Hierfür möchten wir uns herzlich bei Herrn Dr. Franz-Peter Gillig bedanken.

Es war uns persönlich eine große Freude, diese Veranstaltung gemeinsam organisieren und ausrichten zu können.

Mainz/Bayreuth, im Oktober 2012

Katharina Dahm und
Katharina Uffmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Sudabeh Kamanabrou</i>	
Die Kettenbefristung zur Vertretung – rechtsvergleichend betrachtet	1
<i>Bernhard Ulrici</i>	
Internationale Zuständigkeit nach der Brüssel I-VO im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren – Eine Untersuchung am Beispiel betriebsverfassungsrechtlicher Angelegenheiten (§ 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG)	19
<i>Stefan Greif</i>	
Der Anwendungsvorrang unionaler Grundrechte als neues Sanktionsmittel in Fällen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung arbeitsrechtlicher EU-Richtlinien in der Rechtsprechung des EuGH	43
<i>Clemens Latzel</i>	
Arbeiten nach Wunsch	75
<i>Gerrit Forst</i>	
Der neue Beschäftigtendatenschutz – Einwilligung und Datenfluss in der Unternehmensgruppe im Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission	119
<i>Christian Klostermann-Schneider</i>	
§ 174 BGB – Aus den Augen, aus dem Sinn?	145
Autorenverzeichnis	167

Die Kettenbefristung zur Vertretung – rechtsvergleichend betrachtet*

Sudabeh Kamanabrou

I. Der rechtliche Rahmen der Kettenbefristung zur Vertretung	3
1. Europäisches Recht	3
2. Nationales Recht	4
II. Die Rechtssache Küçük und ihre Konsequenzen für die Kettenbefristung zur Vertretung	4
1. Fragen des BAG – Antworten des EuGH	4
2. Mit Kettenbefristungen darf kein ständiger und dauerhafter Bedarf gedeckt werden	5
3. Vorübergehender Bedarf an der Vertretungskraft trotz ständigen Vertretungsbedarfs	7
4. Bedeutung vorangegangener Verträge bei der Vertretungsbefristung .	8
5. Zwischenergebnis	10
III. Kettenbefristungen zur Vertretung in anderen Mitgliedstaaten der EU . .	10
IV. Änderungen im deutschen Recht?	13
1. Prekaritätsentschädigung	14
2. Höchstbefristungsdauer	15
3. Kombination aus Höchstbefristungsdauer und Wiedereinstellungs- anspruch	16
V. Fazit	17

Das Befristungsrecht hat in den vergangenen Jahren viel Diskussionsstoff geboten. Eines der Problemfelder, das nicht nur national, sondern auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten umstritten ist, ist der Bereich der Kettenbefristungen zur Vertretung. Dabei geht es um folgende Konstellationen: Ein Arbeitgeber hat permanent Vertretungsbedarf, weil es immer wieder zu Ausfällen in seiner Stammebelegschaft kommt. Diese Ausfälle sind auch für die Zukunft in gewissem Umfang absehbar. Dennoch stellt der Arbeitgeber nicht weitere Arbeitnehmer unbefristet ein, sondern deckt die Ausfälle durch wiederholte Befristungen zur Vertretung.

* Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Begründung zum Urteil des BAG vom 18.7.2012, 7 AZR 443/09, mit dem der Siebte Senat die Klage *Kücüks* an das LAG Köln zurückverwies, lag bei Manuskriptabgabe noch nicht vor.

So lag z.B. der Fall, der der Rechtssache *Kücük* zugrunde lag.¹ Eine Justizangestellte des Landes NRW war aufgrund von dreizehn befristeten Arbeitsverträgen mehr als elf Jahre durchgehend im Geschäftsstellenbereich des AG Köln beschäftigt. Als Sachgrund für die Befristung war jeweils die Vertretung einer beurlaubten Kollegin angegeben. Auch außerhalb des öffentlichen Dienstes treten solche Befristungsketten auf. Das LAG Hessen hatte über die wiederholte befristete Beschäftigung eines Briefzustellers zu entscheiden, der über mehrere Jahre durchgängig als Vertreter für erkrankte oder beurlaubte fest angestellte Briefzusteller eingesetzt wurde.² Ob im öffentlichen Dienst oder außerhalb: Es geht um große Einheiten, in denen zum einen viele Arbeitnehmer dieselbe Tätigkeit ausüben, so dass ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer jahrelang in Vertretung verschiedener Stammarbeitnehmer dieselbe Arbeit verrichten kann, und in denen zum anderen nicht nur vereinzelt Vertretungsbedarf auftritt, sondern dauerhaft wechselnde Ausfälle zu überbrücken sind.

Bei der Vertretungsbefristung prüft das BAG – und ihm folgend ein Teil der Literatur – nur den aktuellen Vertretungsbedarf.³ Demgegenüber möchte ein Teil der Literatur es dem Arbeitgeber versagen, dauerhaften Vertretungsbedarf durch befristete Arbeitsverhältnisse zu decken.⁴ Unbehagen hatte sich mit der Zeit auch beim BAG eingestellt, der Siebte Senat legte dem EuGH im November 2010 zwei Fragen zur Kettenbefristung zur Vertretung vor,⁵ die der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache *Kücük* am 26. 1. 2012 beantwortet hat.

In meinem Vortrag werde ich zwei Fragen nachgehen: Welche Grenzen sind der Kettenbefristung zur Vertretung gesetzt? Sollten wir diese Grenzen auf nationaler Ebene verändern?

Um diese Fragen zu beantworten gliedert sich mein Vortrag im Folgenden in vier Teile:

¹ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 (*Kücük*).

² LAG Hessen, 3. 2. 2009 – 12 Sa 416/08, juris, Rn. 17.

³ BAG 25. 3. 2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 Rn. 12; BAG 18. 4. 2007 – 7 AZR 255/06, AP TzBfG § 14 Vertretung Nr. 2 Rn. 18; BAG 2. 7. 2003 – 7 AZR 529/02, NZA 2004, 1055, 1056; BAG 23. 1. 2002 – 7 AZR 440/00, NZA 2002, 665; BAG 27. 6. 2001 – 7 AZR 326/00, ZTR 2002, 137; BAG 21. 2. 2001 – 7 AZR 200/00, NZA 2001, 1382; BAG 6. 12. 2000 – 7 AZR 262/99, NZA 2001, 721, 723. S. aus der Literatur APS/*Backhaus*, 4. Aufl. 2012, § 14 TzBfG Rn. 333 f.; BeckOK/*Bayreuther*, Ed. 22, Rn. 44; *Maschmann*, in: *Annuß/Thüsing*, TzBfG, 2. Aufl. 2006, § 14 Rn. 41 ff.; *MüArbR/Wank*, 3. Aufl. 2009, § 95 Rn. 63 ff.; *MüKo/Henssler*, 5. Aufl. 2009, § 14 TzBfG Rn. 32.

⁴ *Stiebert*, Anm. zu BAG 17.11.201, ZESAR 2011, 70, 72 unter der Bedingung, dass der unbefristete Dauervertreter geeignet ist, die jeweiligen Tätigkeiten auszuüben. Wohl auch *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148, 151.

⁵ BAG 17. 11. 2010 – 7 AZR 443/09 (A), NZA 2011, 34.

Für die erste Frage, die Grenzen der Kettenbefristung zur Vertretung, kommt es zunächst auf den rechtlichen Rahmen der Kettenbefristung zur Vertretung auf europäischer und nationaler Ebene an. Vor diesem Hintergrund gehe ich dann auf das Urteil *Kücük* und die Konsequenzen aus dieser Entscheidung für Kettenbefristungen zur Vertretung ein.

Für die zweite Frage, der nach der Veränderung bestehender Grenzen, gebe ich einen kurzen Einblick in das Recht der Kettenbefristung zur Vertretung in einigen anderen Mitgliedstaaten der EU. Auf dieser Grundlage werde ich dann abschließend erörtern, ob eine Änderung des Rechts der Kettenbefristung zur Vertretung in Deutschland sinnvoll ist.

I. Der rechtliche Rahmen der Kettenbefristung zur Vertretung

1. *Europäisches Recht*

Die europäischen Sozialpartner haben 1999 eine Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge geschlossen. Diese Rahmenvereinbarung wurde noch im selben Jahr durchgeführt durch die sog. Befristungsrichtlinie, 1999/70/EG. Das entsprechende Verfahren ist inzwischen in Art. 155 Abs. 2 AEUV geregelt. Ich werde im Folgenden die Begriffe Rahmenvereinbarung und Befristungsrichtlinie terminologisch gleichberechtigt verwenden. Die Rahmenvereinbarung enthält die eigentlichen befristungsrechtlichen Regelungen, die Richtlinie ordnet nur ihre Durchführung an. Trotzdem ist es üblich, von den Regelungen der Befristungsrichtlinie zu sprechen. Der Ursprung dieser Regelungen – die Vereinbarung der Sozialpartner – wird später noch eine Rolle spielen.

In der Präambel und im 6. Punkt der allgemeinen Erwägungen zur Rahmenvereinbarung erkennen die europäischen Sozialpartner unbefristete Verträge als übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses an. Die Rahmenvereinbarung verfolgt im Wesentlichen zwei Anliegen: Den Diskriminierungsschutz befristet Beschäftigter und den Schutz vor missbräuchlichen Kettenbefristungen. Soweit sie Vorgaben für die Befristung von Arbeitsverhältnissen macht, erfasst sie nur Kettenbefristungen, die Erstbefristung fällt nicht in den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung. Außerdem geht es nicht um eine umfassende Regulierung der Kettenbefristung.

Konkret sollen die Mitgliedstaaten Missbrauch durch eine oder mehrere von drei genannten Maßnahmen verhindern, die in § 5 RV aufgeführt sind: Sie können die Verlängerung befristeter Verträge an das Vorliegen eines sachlichen Grundes knüpfen. Sie können die insgesamt zulässige

Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge begrenzen. Und sie können die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge festsetzen. § 5 RV sieht ausdrücklich vor, dass diese Maßnahme kumulativ oder alternativ ergriffen werden können.

2. Nationales Recht

Im nationalen Recht ist das Befristungsrecht vor allem im TzBfG geregelt. Wesentlich ist für die Zulässigkeit der Befristung in erster Linie die Unterscheidung zwischen Sachgrundbefristung und sachgrundloser Befristung. Bei der in § 14 I TzBfG geregelten Sachgrundbefristung ist das Sachgrund-erfordernis die einzige vorgesehene Beschränkung. Eine Sachgrundbefristung kommt z.B. bei vorübergehend erhöhtem Beschäftigungsbedarf oder bei Vertretungsbedarf in Betracht. Bei der sachgrundlosen Befristung bedarf es – wie der Name sagt – keines sachlichen Grundes für die Befristung, sie ist aber – zumindest nach der Grundregel des § 14 II TzBfG – nur für die Dauer von zwei Jahren zulässig. Für die Kettenbefristung zur Vertretung kommt es allein auf die Möglichkeit der Sachgrundbefristung an. Denn aufgrund der zeitlichen Beschränkung der sachgrundlosen Befristung kann man nur mit einer wiederholten Sachgrundbefristung auf Befristungskarrieren von elf Jahren oder länger kommen.

II. Die Rechtssache Küçük und ihre Konsequenzen für die Kettenbefristung zur Vertretung

1. Fragen des BAG – Antworten des EuGH

Bislang hielt das BAG Kettenbefristungen zur Vertretung für zulässig, wenn jeweils bei Vertragsschluss Vertretungsbedarf bestand. Geprüft wird dabei nach Auffassung des BAG nur der letzte Vertrag.⁶ Irrelevant sind nach dieser Rechtsprechung die Zahl aufeinanderfolgender Verträge und die Gesamtdauer der Vertragsbeziehung. Mit seinen Vorlagefragen an den EuGH wollte der Siebte Senat Folgendes geklärt wissen:⁷ Besteht ein sachlicher Grund auch bei ständigem Vertretungsbedarf, obwohl dieser Vertretungsbedarf durch unbefristete Einstellung gedeckt werden könnte? Sind bei der Missbrauchskontrolle bei der Vertretungsbefristung Zahl und

⁶ BAG 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 Rn. 9. S. auch BAG 14.2.2007 – 7 AZR 95/06, NZA 2007, 803 Rn. 15; BAG 13.10.2004 – 7 AZR 654/03, NZA 2005, 469, 470.

⁷ BAG 17.11.2010 – 7 AZR 443/09 (A), NZA 2011, 34.

Dauer der bisher von den Parteien befristet geschlossenen Verträge zu berücksichtigen?

Der EuGH hat auf diese Fragen wie folgt geantwortet: Zunächst stellt er fest, dass die Vertretung ein Sachgrund ist.⁸ Weiter führt der EuGH aus, der Arbeitgeber dürfe mit Kettenbefristungen nicht ständigen und dauerhaften Bedarf decken. Ein solches Vorgehen ließe sich nicht mit der Grundaussage der Rahmenvereinbarung vereinbaren, nach der unbefristete Arbeitsverhältnisse die übliche Beschäftigungsform sind.⁹ Allerdings hat ein Arbeitgeber, der ständigen Bedarf an Vertretungskräften hat, nach zutreffender Auffassung des EuGH im einzelnen Vertretungsfall trotzdem nur vorübergehenden Bedarf.¹⁰ Der Vertreter deckt zwar insoweit einen ständigen Bedarf des Arbeitgebers, als er Tätigkeiten ausübt, die zu den gewöhnlichen Tätigkeiten des Unternehmens gehören. Für diese Tätigkeit hat der Arbeitgeber aber schon einen Arbeitnehmer, von dessen Rückkehr auszugehen ist. Deshalb ist der Bedarf an der Vertretungskraft nur vorübergehend. Der EuGH stellt ausdrücklich und deutlich fest: Ein ständiger oder dauerhafter Vertretungsbedarf schließt den sachlichen Grund nicht aus.¹¹ Wer wiederholt befristete Vertretungskräfte einsetzt, handele nicht missbräuchlich, weil er unbefristete Verträge schließen könnte, das gelte auch bei dauerhaftem Vertretungsbedarf. Laut EuGH ist bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ein Missbrauch grundsätzlich nicht gegeben. Eine Ausnahme gelte nur, wenn die Umstände zeigen, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung nicht nur vorübergehend ist. Ferner meint der EuGH, dass Zahl und Dauer der vorangegangenen befristeten Verträge Aufschluss darüber geben, ob die Kettenbefristung zeitweiligen Bedarf abdeckt oder ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarf.¹²

Während die Aussage, dass Vertretungsbedarf ein Sachgrund für eine Befristung ist, unproblematisch ist, verdienen die übrigen Aussagen des EuGH eine nähere Betrachtung.

2. Mit Kettenbefristungen darf kein ständiger und dauerhafter Bedarf gedeckt werden

Laut EuGH darf der Arbeitgeber mit Kettenbefristungen keinen ständigen und dauerhaften Bedarf decken.¹³ Diese Auffassung ist unzutreffend, sie

⁸ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 30f. (Kücük).

⁹ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 34, 36. f (Kücük).

¹⁰ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 38 (Kücük).

¹¹ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 56 (Kücük).

¹² EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 40 (Kücük).

¹³ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 34, 36. f (Kücük).

lässt sich nicht auf die Rahmenvereinbarung zurückführen. Der EuGH stützt sich bei dieser Aussage auch nicht auf die Rahmenvereinbarung, sondern auf ein vorangegangenes Urteil, die Entscheidung in der Rechtssache *Angelidaki*.¹⁴ In diesem Verfahren ging es um eine Norm, die eine Befristung gestattete, um vorübergehenden, außergewöhnlichen Bedarf zu decken. Eine entsprechende Norm enthält mit § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG auch das deutsche Recht. Diese Norm rechtfertigt z.B. die Befristung eines Arbeitsverhältnisses, um saisonbedingten zusätzlichen Arbeitskräftebedarf abzudecken oder eine Auftragsspitze mit zusätzlichen Kräften zu überbrücken. Die Frage, die das vorlegende griechische Gericht in der Rechtssache *Angelidaki* stellte, ging dahin, ob es für die Befristung ausreichend ist, wenn der Arbeitgeber sich auf diese Norm stützt, oder ob auch die Voraussetzungen der Norm gegeben sein müssen, damit die Befristung im Einzelfall gerechtfertigt ist.¹⁵ Die wenig überraschende Antwort lautete: Die Befristung ist nur nach dieser Norm gerechtfertigt, wenn auch ihre Voraussetzungen vorliegen. Der EuGH hat in der Rechtssache *Angelidaki* also folgende Aussage getroffen: Wenn eine Norm Befristungen bei vorübergehendem, außergewöhnlichem Bedarf gestattet, muss ein vorübergehender, außergewöhnlicher Bedarf der Einstellung zugrunde liegen.¹⁶ Das ist eine ganz andere Aussage, als die folgende: Immer wenn der AG einen befristeten Vertrag schließen möchte, muss ein vorübergehender, außergewöhnlicher Bedarf der Einstellung zugrunde liegen. Eine Verallgemeinerung der Aussage aus dem Urteil *Angelidaki* ist weder geboten noch sinnvoll. Das zeigt das Beispiel der Schauspieler und Sportler. Die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Schauspielern und Sportlern ist verbreitet und anerkannt. Befristungsgrund ist in diesen Fällen nicht etwa ein vorübergehender Bedarf an Arbeitskräften. Der Bedarf ist in der Regel dauerhaft, weil das Stadttheater und der Fußballverein auch in den folgenden Spielzeiten aktiv sein wollen. Nicht dauerhaft ist nur der Bedarf an den konkreten Personen, mit denen zur Zeit gearbeitet wird. Wenn und soweit eine Befristung in solchen Fällen gerechtfertigt ist, liegt ihr das Abwechslungsbedürfnis des Publikums bzw. der Verschleiß des betroffenen Arbeitnehmers zugrunde – oder sollte ein Fußballverein seine Spieler wirklich bis zum Erreichen des Rentenalters beschäftigen müssen? Folgt man dem

¹⁴ EuGH 26.1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 36, 39 (Küçük) unter Verweis auf EuGH 23.4. 2009 – Rs. C-378/07 u.a., AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 6 Rn. 103, 106 (*Angelidaki*).

¹⁵ EuGH 23.4. 2009 – Rs. C-378/07 u.a., AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 6 Rn. 88 (*Angelidaki*).

¹⁶ EuGH 23.4. 2009 – Rs. C-378/07 u.a., AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 6 Rn. 106 (*Angelidaki*).

EuGH, wäre in solchen Fällen eine wiederholte Befristung mangels vorübergehendem Arbeitskräftebedarf nicht als Sachgrundbefristung möglich. Im Ergebnis ist dieser Punkt in der Rechtssache *Kücük* kein Problem, weil der EuGH bei dauerhaftem Vertretungsbedarf von vorübergehendem Arbeitskräftebedarf ausgeht. Der EuGH unterliegt hinsichtlich des Kriteriums „vorübergehender Arbeitskräftebedarf“ aber einer grundlegenden Fehlvorstellung, die sich an späterer Stelle noch bemerkbar macht.

3. Vorübergehender Bedarf an der Vertretungskraft trotz ständigen Vertretungsbedarfs

Der EuGH¹⁷ ordnet den Bedarf im einzelnen Vertretungsfall zu Recht auch dann als vorübergehend ein, wenn der Arbeitgeber ständigen Vertretungsbedarf hat. Ein Beispiel mag das verdeutlichen: Wenn ein Arbeitgeber für eine Tätigkeit zehn Arbeitnehmer benötigt und dementsprechend zehn Arbeitnehmer beschäftigt, hat er genau die Zahl an Arbeitskräften, die er dauerhaft benötigt. Wenn von diesen zehn Arbeitnehmern immer wieder einer ausfällt, hat der Arbeitgeber weiterhin keinen dauerhaften Bedarf an zusätzlichen Arbeitskräften. Die Ersatzkraft braucht er nur vorübergehend, auch wenn das immer wieder der Fall ist. Anders läge der Fall, wenn der Arbeitgeber z. B. dauerhaft ein höheres Auftragsvolumen hat, so dass zehn Arbeitnehmer für die Tätigkeit nicht mehr ausreichen.

Dass der Vertretungsbedarf vorübergehend ist, ist nicht streitig.¹⁸ Die Kritik an der Kettenbefristung zur Vertretung setzt – wie bereits erwähnt – an einem anderen Punkt an. Nach Ansicht der Kritiker ist der Bedarf des Arbeitgebers an Ersatzkräften nicht nur für den Einzelfall, sondern über die Zeit zu betrachten. Auf Dauer absehbaren Vertretungsbedarf soll der Arbeitgeber nicht mit befristeten Arbeitsverhältnissen decken können. Dieser Auffassung erteilt der EuGH eine klare Absage: Ständiger und dauerhafter Vertretungsbedarf schließt den sachlichen Grund nicht aus.¹⁹ Der EuGH stützt sich dabei auf die Rahmenvereinbarung, indem er ausführt, weitergehende Grenzen für die Befristung gingen über die Ziele der Rahmenvereinbarung hinaus, die den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume gewährt.²⁰

¹⁷ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 38 (*Kücük*).

¹⁸ Davon zu unterscheiden sind die Fragen, welche Anforderungen an eine Prognose zu stellen sind und wie man Fälle wiederholter Kurzbefristungen bei längerem Vertretungsbedarf einordnet, dazu *Kamanabrou*, EuZA 2012, 441, 443 f., 461.

¹⁹ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 56 (*Kücük*).

²⁰ EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 46 ff., 54 (*Kücük*).

Die Auffassung des EuGH ist angesichts des begrenzten Schutzes durch die Befristungsrichtlinie konsequent. Zwar ist eine Regelung denkbar, die die Kettenbefristung zur Vertretung bei ständigem Vertretungsbedarf ausschließt. Das ist aber derzeit durch europäisches Recht nicht vorgegeben. Insbesondere verlangt die Richtlinie nicht, dass der Arbeitgeber Kettenbefristungen vermeidet und sie nur einsetzt, wenn das unbedingt erforderlich ist. Die Sozialpartner haben das unbefristete Arbeitsverhältnis als übliche Beschäftigungsform anerkannt, Kettenbefristungen aber weder völlig ausgeschlossen noch streng begrenzt. Die Mitgliedstaaten können unter verschiedenen Maßnahmen wählen und diese frei ausgestalten. Es gibt kein Erforderlichkeitskriterium,²¹ keine konkreten Vorgaben, etwa zeitlicher Art. So ist z.B. als eine Möglichkeit der Missbrauchsbekämpfung die Begrenzung der Gesamtdauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge vorgesehen – ohne dass auch nur ein Rahmen für die zulässige Gesamtdauer genannt ist. Die Rahmenvereinbarung enthält zur Kettenbefristung eine weiche Regelung. Wenn engere Grenzen gewollt sind, muss die Befristungsrichtlinie inhaltlich verschärft werden. Die nach derzeitiger Rechtslage vorhandenen Spielräume darf die Rechtsprechung den Mitgliedstaaten nicht nehmen. Hier wird auch der Hintergrund der Befristungsrichtlinie relevant: Sie setzt eine Rahmenvereinbarung um, die ein Kompromiss der Sozialpartner ist. Wer mehr oder weniger Schutz gewährt, als diesem Kompromiss zu entnehmen ist, missachtet die Interessen einer Seite.

4. Bedeutung vorangegangener Verträge bei der Vertretungsbefristung

Während die bisherigen Aussagen des EuGH für die praktisch uneingeschränkte Zulässigkeit von Kettenbefristungen zur Vertretung sprechen, scheint seine letzte Aussage begrenzend zu wirken. Der EuGH will bei der Missbrauchskontrolle Zahl und Dauer vorangegangener befristeter Verträge mit dem Arbeitnehmer berücksichtigen.²² Dieser Ansatz ist m.E. bei der Vertretungsbefristung unzutreffend, jedenfalls aber unergiebig. Zunächst ist zu klären, wie diese Formulierung des EuGH zu verstehen ist. Sie ist nicht im Sinne einer Billigkeitskontrolle im Einzelfall gemeint. Es geht nicht darum, eine an sich zulässige wiederholte Befristung zur Vertretung im konkreten Fall für unzulässig zu erklären, weil nun doch einmal zu viele Verträge für eine zu lange Zeit aneinandergereiht wurden. Vielmehr geht es dem EuGH darum, aus Zahl und Dauer der vorangegan-

²¹ S. dazu Kamanabrou, EuZA 2012, 441, 457 f.

²² EuGH 26. 1. 2012 – Rs. C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 40 (Küçük).

genen befristeten Verträge abzuleiten, ob die Kettenbefristung ständigen und dauerhaften Bedarf abdeckt, was nach Auffassung des EuGH unzulässig ist. Der Blick in die Vergangenheit soll also Aufschluss darüber geben, ob es wirklich nur um vorübergehenden Bedarf geht.

Richtig ist, dass vorangegangene Verträge zeigen können, dass der Bedarf des Arbeitgebers ständig und dauerhaft ist, weil der Arbeitgeber dauerhaft zusätzliche Aufgaben wahrnimmt oder sich das bisherige Auftragsvolumen nicht nur vorübergehend erhöht hat. Der Blick in die Vergangenheit ist bei der Beurteilung einer aktuellen Befristung sinnvoll und sogar nötig, wenn es um einen Befristungstatbestand geht, der auf vorübergehenden, außergewöhnlichen Bedarf abstellt. Bei einem solchen Befristungstatbestand kann der Sachgrund nur bejaht werden, wenn man den aktuellen Bedarf mit dem in der Vergangenheit vergleicht und zu dem Ergebnis kommt, dass vorübergehend mehr zu tun ist als üblicherweise, z. B. weil der Arbeitgeber einen ungewöhnlichen, zusätzlichen Auftrag erhalten hat. Dementsprechend berücksichtigt auch das BAG den Vergangenheitsbezug des Befristungsgrundes „vorübergehender Bedarf“, indem es prüft, ob gegenüber dem regelmäßigen Arbeitspensum zusätzliche Arbeiten für vorübergehenden Bedarf sorgen.²³ Wenn der Arbeitgeber unter Berufung auf einen solchen Befristungstatbestand dieselbe Tätigkeit mehrfach aufeinanderfolgend durch befristet beschäftigte Arbeitnehmer ausüben lässt, ist das ein Indiz dafür, dass der Bedarf am Einsatz zusätzlicher Kräfte nicht nur vorübergehend und nicht oder zumindest nicht mehr außergewöhnlich ist.

Wie bereits ausgeführt, ist aber vorübergehender Bedarf in dem Sinne, dass vorübergehend zusätzliche Arbeit anfällt, kein allgemeines Zulässigkeitskriterium für die Sachgrundbefristung. Bei der Vertretungsbefristung ist die erledigte Aufgabe dauerhaft. Der Vertretungsbedarf ist dennoch vorübergehend, da der Arbeitgeber für diese Tätigkeit bereits einen Arbeitnehmer beschäftigt, der nach zeitweiliger Verhinderung wieder arbeiten wird (oder der zumindest einen Anspruch auf Rückkehr in den Betrieb hat). Unter diesen Umständen spielen Zahl und Gesamtdauer vorangegangener Verträge bei der Vertretungsbefristung keine Rolle. Eine vorangegangene Befristung zur Vertretung sagt nichts darüber aus, ob aktuell ein Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung verhindert ist und aufgrund dieser Verhinderung vorübergehender Arbeitskräftebedarf besteht.

²³ BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 Rn. 15 ff.

5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis zur Entscheidung in der Rechtssache *Kücük* und zugleich als Antwort auf die Frage nach den Grenzen für die Kettenbefristung zur Vertretung lässt sich Folgendes festhalten: Wenn nationales Recht die Vertretungsbefristung als Sachgrundbefristung ausgestaltet, begrenzt europäisches Recht die wiederholte Befristung nur insofern, als der Sachgrund gegeben sein muss, also ein Vertretungsfall vorliegen muss. Daher ist unter europarechtlichen Gesichtspunkten die Kettenbefristung zur Vertretung zulässig, selbst wenn ständiger Vertretungsbedarf absehbar ist. Die Befristungsrichtlinie steht einer auf Vertretungsbedarf beruhenden dreizehnfachen Befristung in elf Jahren nicht entgegen.

III. Kettenbefristungen zur Vertretung in anderen Mitgliedstaaten der EU

Nachdem die Grenzen für Kettenbefristungen zur Vertretung abgesteckt sind, lautet meine zweite Frage, ob die Kettenbefristung zur Vertretung im nationalen Recht stärker eingeschränkt werden sollte. Ebenso gut könnte man darüber nachdenken, ob das einschlägige europäische Recht – also die Befristungsrichtlinie – verschärft werden sollte. Da das eine Verschärfung der Rahmenvereinbarung voraussetzt und nicht davon auszugehen ist, dass die Sozialpartner an ihrem Kompromiss rühren werden, erscheint es sinnvoller, das nationale Recht in den Blick zu nehmen.

Die Befristungsrichtlinie lässt den Mitgliedstaaten, wie aufgezeigt, bei der Kettenbefristung nicht unerhebliche Umsetzungsspielräume. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie andere Mitgliedstaaten die Kettenbefristung zur Vertretung regeln. Aus diesen Erkenntnissen ergibt sich zwar nicht unmittelbar eine Lösung der Kettenbefristungsproblematik im eigenen Recht. Wenn man aber eine Verschärfung anstrebt, kann ein Blick auf den europäischen Kontext Aufschluss darüber geben, ob die eigene Rechtsordnung in diesem Rahmen eher als strikt oder locker einzuordnen ist. Außerdem kann das ausländische Recht Anregungen für strengere Regeln zur Kettenbefristung geben.

Untersucht wurden dreizehn weitere Mitgliedstaaten der EU.²⁴ Der Fokus lag dabei auf der Kettenbefristung zur Vertretung. Es wurde aber auch

²⁴ Untersucht wurde die Kettenbefristung in Finnland, Schweden und Dänemark, im UK, den Niederlanden, Belgien, Frankreich, Italien, Spanien, Österreich, Polen, Tschechien und Ungarn.