

Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, möglich sein im Wege der einstweiligen Verfügung ein Beschäftigungsverbot zu erreichen<sup>73</sup>.

c) Vor der klageweisen Geltendmachung eines Wettbewerbsverstoßes kommt auch eine entsprechende Abmahnung des Verletzers durch den Verletzten in Betracht. Die *Abmahnung* weist den Verletzer auf den Rechtsverstoß hin und gibt ihm die Möglichkeit, den rechtswidrigen Zustand und eine Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Dies geschieht dadurch, dass dieser eine Erklärung abgibt, ein bestimmtes Verhalten in Zukunft zu unterlassen. Der Grund für die Vorschaltung einer Abmahnung liegt hauptsächlich in der Vermeidung der Kostentragungspflicht gem. § 93 ZPO trotz Obsiegens in der Sache in einem späteren Prozess. Eine Abmahnung besteht in der Praxis aus verschiedenen Bestandteilen, insbesondere dem Abmahnschreiben als solchem, in dem der Sachverhalt dargestellt wird und einer Unterlassungserklärung in der eine Vertragsstrafe vereinbart wird<sup>74</sup>.

### III. Abwerbungsschutz

Der gesetzliche Schutz des von einer Abwerbung seiner Arbeitskräfte bedrohten Arbeitgebers ist auf rechtswidrige oder sittenwidrige Abwerbung beschränkt. Gegen eine rechtmäßige Abwerbung gibt es keine Rechtsbehelfe. Es bleibt die Möglichkeit sich durch vertragliche Abreden zu schützen. Dies kann beispielsweise die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen für beide Seiten, der Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotsvertrags (§§ 74 ff. HGB), die Gewährung besonderer Leistungen zu bestimmten Stichtagen oder Anlässen nur an die Arbeitnehmer, die zu dem betreffenden Zeitpunkt in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen u. ä. sein. Weiterhin kann der Arbeitgeber unter Androhung einer Vertragsstrafe im Arbeitsvertrag ausdrücklich untersagen, andere Mitarbeiter des Arbeitgebers abzuwerben. Im Bereich der nachvertraglich wirkenden Abwerbungsverbote aber nur in Verbindung mit einer Karenzenschädigung<sup>75</sup>. Gegenüber einem anderen Arbeitgeber kann sich ein Arbeitgeber durch Vertragsstrafeabreden nicht wirksam schützen. Absprachen zwischen Arbeitgebern, durch die sich der eine gegenüber dem anderen verpflichtet, einen kaufmännischen Angestellten, der bei diesem im Dienst steht oder gestanden hat, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu beschäftigen, sind vor Gericht nicht durchsetzbar<sup>76</sup>. Dies gilt entsprechend für Abreden bezüglich anderer Arbeitnehmer<sup>77</sup>.

### IV. Fazit

Headhunting wird vor dem Hintergrund eines mittlerweile herrschenden Mangels an Arbeitskräften, insbesondere von Führungskräften und spezialisierten Fachkräften wohl eher noch an Bedeutung gewinnen. Die Rechtsposition des Arbeitgebers, der mit Abwerbungshandlungen konfrontiert wird, ist unsicher und wenig durchsetzungskräftig. Lediglich in den Fällen sittenwidriger Schädigung oder einer Verleitung zum Vertragsbruch bestehen wettbewerbs-, schadensersatz- sowie gegebenenfalls arbeitsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten. Die Situation kann zu Gunsten der Arbeitgeber jedoch durch entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarungen verbessert werden.

Andererseits bietet Headhunting einem Unternehmen, das qualifizierte Mitarbeiter sucht, eine Möglichkeit, motivierte und geeignete Mitarbeiter für das eigene Unternehmen zu gewinnen. Der rechtliche Rahmen, in dem die Beteiligten sich hierbei jedoch bewegen sollten, wurde vorstehend aufgezeigt.

Insgesamt sollte darauf geachtet werden, sich nur rechtlich zulässiger Mittel und gegebenenfalls seriöser Personalberater zu bedienen<sup>78</sup>. Dies gilt sowohl für ein Unternehmen, das auf der

Suche nach einem qualifizierten Mitarbeiter ist wie auch für den Mitarbeiter selbst, der von einem Headhunter angesprochen wird.

73) Vgl. Spiegelhalter, o. FuBn. 10.

74) Vgl. dazu z. B. Lehr, WettbewerbsR., 2001, Rdnrn. 568 ff.

75) Busch/Dendorfer, BB 2002, 301 (303, 306).

76) Spiegelhalter, o. FuBn. 10.

77) BGH, DB 1984, 111.

78) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Grundsätze des BDU (Bundes Deutscher Unternehmensberater) z. B. unter [www.bdu.de](http://www.bdu.de).

## Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverhältnissen nach § 14 II TzBfG

Von Rechtsanwalt Dr. Stephan Osnabrügge, Bonn

Zum 1. 1. 2001 löste das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) im Anwendungsbereich der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) ab. Unter der Geltung des § 1 BeschFG war eine sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren auch dann möglich, wenn der Arbeitnehmer bereits vorher befristet oder unbefristet bei demselben Arbeitgeber gearbeitet hatte. Zur Vermeidung einer Umgehung des Kündigungsschutzes durfte aber nach § 1 III BeschFG zu einem vorhergehenden befristeten oder unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber kein enger sachlicher Zusammenhang bestehen. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang war insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag. Auch nach dem TzBfG, dessen Befristungsregeln auch für Kleinbetriebe und ab dem ersten Tag der Beschäftigung gelten, ist eine sachgrundlose Befristung grundsätzlich möglich. Allerdings gilt es, im praktischen Umgang einige Fallstricke zu vermeiden. Denn als Konsequenz fehlerhafter Rechtsanwendung droht die Folge des § 16 TzBfG: Ein rechtsunwirksam befristeter Arbeitsvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit eingegangen.

### I. Allgemeine Befristungsvoraussetzungen

Eine Befristung, der kein Sachgrund nach § 14 I TzBfG zu Grunde liegt, ist nur zulässig, wenn das Arbeitsverhältnis *kalendermäßig* befristet ist. Dies ist nach der Legaldefinition des § 3 I TzBfG dann der Fall, wenn bei Vertragsschluss das Ende des Vertrages kalendermäßig bestimmt ist („bis 31. 3. 2003“) oder, wie zu ergänzen ist, sich das Ende zumindest kalendermäßig bestimmen lässt<sup>1</sup>. Bestimmbar ist das Ende beim Bezug auf eine berechenbare Laufzeit („vom 1. 1. 2002 für sechs Monate“) sowie auf ein feststehendes Ereignis („für die Dauer des Schuljahres“). Der kalendermäßigen Befristung stehen die Zweckbefristung (§ 3 I TzBfG) sowie die auflösende Bedingung (§ 21 TzBfG) gegenüber. Knüpfen die Parteien das Ende des Arbeitsverhältnisses an das Erreichen eines bestimmten Arbeitsziels, so liegt keine kalendermäßige Befristung, sondern eine Zweckbefristung

1) *Annuß/Thüsing/Thüsing*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002, § 8 TzBfG, Rdnr. 3. Das BAG, Urt. v. 27. 6. 2001 (NZA 2002, 351) Orientierungssätze = NJOZ 2002, 651) unterscheidet zwischen „Zeitbefristung“ („kalenderbestimmt“) und „Zweckbefristung“ („zweckbestimmt“). Auch der kalendermäßig lediglich bestimmbarer Endtermin ist „kalenderbestimmt“.

vor. Knüpfen die Parteien das Ende des Vertrages an den Eintritt eines an sich noch ungewissen Ereignisses, z. B. an das Bestehen einer bestimmten Prüfung (typischerweise im medizinischen BAT-Bereich das Bestehen einer Facharzt-Prüfung), so liegt keine Befristung, sondern eine auflösende Bedingung vor. Auf beide ist § 14 II TzBfG bereits vom Wortlaut her nicht anwendbar, was sich für die auflösende Bedingung auch daraus ergibt, dass in § 21 TzBfG ausdrücklich nicht auf § 14 II TzBfG verwiesen wird. Für die Zweckbefristung hat der Ausschluss aus § 14 II TzBfG faktisch keine Auswirkung: Aus der nach § 14 IV TzBfG notwendigen Angabe des Zwecks resultiert gleichzeitig der Sachgrund. Existiert jedoch im Falle der auflösenden Bedingung kein Sachgrund, so hat dies zwingend die Konsequenz, dass der Vertrag nach § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.

Nach § 14 IV TzBfG bedarf die Befristung, also auch die sachgrundlose, zu ihrer Wirksamkeit der *Schriftform*. Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes bezieht sich das Schriftformerfordernis des § 14 IV TzBfG nicht auf den Sachgrund als solchen, sondern nur auf die Befristungsabrede. Während nämlich im Referentenentwurf noch die Zitierung des Sachgrundes<sup>2</sup> und im Regierungsentwurf eine Ausdehnung der Schriftform auf den gesamten Arbeitsvertrag<sup>3</sup> vorgesehen war, verzichtete der Gesetzgeber in der endgültigen Gesetzesfassung schließlich hierauf. Im Ergebnis muss nach zutreffender Ansicht lediglich die Tatsache der Befristung schriftlich fixiert sein, nicht der Sachgrund<sup>4</sup>. Zu beachten sind die Sonderregelungen des § 57 b V HRG sowie SR 2y BAT, wonach in Abweichung zu § 14 II TzBfG der Sachgrund zu zitieren ist. Eine Ausnahme gilt auch für Zweckbefristungen. Da die Befristung ohne Angabe des Zwecks inhaltsleer würde, unterliegt der Zweck der Schriftform<sup>5</sup>. Weiterhin wird bei Probearbeitsverhältnissen allgemein die Schriftform auch auf den Sachgrund „Erprobung“ erstreckt<sup>6</sup>. Dies überzeugt in der Begründung nicht. Das Schriftformerfordernis soll sich daraus ergeben, dass das BAG eine ausdrückliche und eindeutige Befristung für die Dauer der Probezeit fordert<sup>7</sup>. Indes ging das BAG für die Befristungsabrede nach § 623 BGB a. F. ausdrücklich davon aus, dass die Vereinbarung über den Erprobungszweck auch mündlich getroffen werden kann<sup>8</sup>. Der eindeutigen Vereinbarung der Dauer der Befristung für die Dauer der Probezeit ist durch Angabe des kalendermäßigen Enddatums Rechnung getragen. Nach § 14 IV TzBfG muss (zu Nachweiszwecken) lediglich das Ende des Arbeitsvertrages ersichtlich sein. Dem ist auch dann hinreichend Rechnung getragen, wenn sich der Befristungszweck „Erprobung“ nicht aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Ob für die Praxis die ausdrückliche Aufnahme des Befristungszwecks „Erprobung“ zu empfehlen ist, ist Fallfrage. Da z. B. die Rechtsprechung eine Erprobung über sechs Monate hinaus nur in Ausnahmefällen zulässt, kann das Auslassen des Befristungszwecks durchaus dazu führen, dass der Vertrag im Ergebnis Bestand hat. Andererseits zeigt die Praxis, dass nicht vertraglich fixierte Erprobungszwecke dem Richter nur schwer glaubhaft zu machen sind.

In zeitlicher Hinsicht ist die sachgrundlose Befristung auf zwei Jahre beschränkt, genauer: Es darf die *Gesamtdauer von zwei Jahren* nicht überschritten werden. Maßgeblich sind für die Fristberechnung §§ 187, 188 BGB. Entgegen der allgemeinen praktischen Handhabung dürfte also eine Befristung vom 15. 1. 2002 (erster Arbeitstag) bis zum 15. 1. 2004 (letzter Arbeitstag) nicht zulässig sein. Für den Beginn der Frist ist nämlich das Datum als solches maßgeblich, so dass nach § 187 II BGB der 15. 1. 2002 bei der Berechnung der Frist mitgerechnet wird und die Zweijahresfrist gem. § 188 II Alt. 2 BGB mit dem Ablauf des 14. 1. 2004

endet. Am 15. 1. 2004 um 00.01 Uhr ist die Frist von zwei Jahren also überschritten! Wer dies als zu theoretisch abtun möchte, sei an das Urteil des BAG zur zulässigen Bindungsfrist bei Rückzahlungsklauseln<sup>9</sup> „bis zum 31. 3.“ erinnert.

Innerhalb des Zweijahreszeitraums darf der befristete Vertrag maximal *dreimal verlängert* werden. Insgesamt sind also vier Befristungen zulässig, Erstbefristung und drei Verlängerungen. Für jede Verlängerung gilt wieder die Schriftform. Sowohl die Anzahl der Verlängerungen als auch der maximale Befristungszeitraum sind tarifdispositiv, und zwar sowohl hinsichtlich einer Verkürzung als auch hinsichtlich einer Verlängerung. Durch Betriebsvereinbarung ist eine Abweichung dagegen nicht zulässig.

Es ist schließlich darauf zu achten, dass nicht aus der gewollten „Verlängerung“ ein ungewollter „Neuabschluss“ wird. Denn nach der jüngsten Rechtsprechung des BAG liegt eine Verlängerung nur dann vor, wenn noch während der Laufzeit des Vertrages der vereinbarte Endtermin bei im Übrigen unveränderten Vertragsbedingungen hinausgeschoben wird<sup>10</sup>. Bei dieser Gelegenheit vorgenommene Änderungen des Vertrages in materieller Hinsicht (Arbeitszeit, Vergütung oder sonstiges) sind genauso schädlich wie „Verlängerungen“ nach Auslaufen des zu verlängernden Vertrages<sup>11</sup>. Im Zweifel riskiert der Arbeitgeber, dass die gewollte Verlängerung als Neuabschluss bewertet wird, der wegen der Regelung des § 14 II 2 TzBfG dann nach § 16 TzBfG zu einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis führt.

In diesem Zusammenhang ist auf ein Urteil des LAG Düsseldorf<sup>12</sup> hinzuweisen. In dem zu Grunde liegenden Sachverhalt war ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag am letzten Tag der Laufzeit mündlich verlängert worden. Am darauffolgenden Tag, also nach Ablauf der ursprünglichen Befristung, wurde dann ein schriftlicher Arbeitsvertrag „nachgeschoben“. Das LAG sieht in der mündlichen Vereinbarung eine wirksame Verlängerung der ursprünglichen Befristung. Das Schriftformerfordernis des § 14 IV TzBfG stehe dem nicht entgegen. Der Vorschrift komme nämlich nur Beweisfunktion darüber zu, ob überhaupt eine Verlängerung vereinbart wurde; sie diene also der Wahrung der Rechtssicherheit. Bei einem zeitlichen Abstand von nur einem Tage bestehe aber keine Rechtsunsicherheit. Die Vorschrift des § 14 IV sei deshalb teleologisch zu reduzieren. Dem kann nicht zugestimmt werden. Nach dem eindeutigen Wortlaut bedarf die Befristung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Ein ohne Wahrung dieser Form ge-

2) BT-Dr 14/4374, S. 20 unter Bezugnahme auf § 57 b V HRG; ebenso *Viethen*, veröffentlicht unter: [http://www.bma.bund.de/doc/doc\\_request.cfm?53DE7B1B745B45D1BDABE176E8FA0C99](http://www.bma.bund.de/doc/doc_request.cfm?53DE7B1B745B45D1BDABE176E8FA0C99).

3) BT-Dr 14/4374, 11, 24.

4) *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. Fußn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 84; *Meinel/Heym/Herms*, § 14 TzBfG, Rdnr. 105; *Ring*, § 14 TzBfG, Rdnr. 39. A. a. soweit ersichtlich nur *Straub*, NZA 2001, 919 (926).

5) *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. Fußn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 87; *Meinel/Heym/Herms*, § 14 TzBfG, Rdnr. 112; *Ring*, § 14 TzBfG, Rdnr. 153; *Däubler*, ZIP 2001, 217 (224).

6) *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. Fußn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 87; *Meinel/Heym/Herms*, § 14 TzBfG, Rdnr. 44.

7) BAG, AP Nr. 21 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, BAG (31. 8. 1994), AP Nr. 163 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = NZA 1995, 1212 L.

8) BAG, AP Nr. 163 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

9) BAG, NZA 1993, 935; ebenso: LAG Düsseldorf, NZA-RR 1997, 457.

10) BAG, NZA 2001, 532; *Ring*, § 14 TzBfG, Rdnr. 104; *Hunold*, NZA 1997, 741; a. A.: *Wank*, in: Münchener Hdb. zum ArbeitsR. ErgBd. § 116 Rdnr. 185.

11) *Ring*, § 14 TzBfG, Rdnr. 104; *Kliemt*, NZA 2001, 296 (299). Demgegenüber schlägt *Wisskirchen*, DB 1998, 722, vor, eine rückwirkende Verlängerungsvereinbarung gelten zu lassen, was vom BAG aber nicht aufgegriffen wurde.

12) LAG Düsseldorf, AuR 2002, 270.

schlossenes Rechtsgeschäft ist nach § 145 BGB nichtig. Eine Vorschrift, nach der dieser Mangel durch Erfüllung geheilt werden könnte wie dies z. B. in § 518 BGB oder § 15 IV GmbHG geregelt ist, existiert im TzBfG nicht. Maßgeblicher Ansatzpunkt ist daher nicht etwa eine teleologische Reduktion, sondern vielmehr die Frage einer Analogie etwa zu § 15 IV GmbHG. Es darf bereits bezweifelt werden, ob eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Letztlich kann dies aber dahinstehen. Denn selbst wenn man eine Analogie annähme, wirkte die Heilung nur *ex nunc*<sup>13</sup>. Sie könnte den befristeten Arbeitsvertrag also nicht rückwirkend gültig machen, sondern erst mit Wirkung vom Vertragsschluss an. In der Konsequenz handelt es sich also entgegen dem *LAG Düsseldorf* in jedem Fall nicht mehr um eine Verlängerung, sondern um eine Neubegründung.

## II. Die Grenze des § 14 II 2 TzBfG

Mit der Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Neuabschluss und Verlängerung ist der Blick auf die gleichermaßen wichtige wie tückische Norm des § 14 II 2 TzBfG gelenkt. Denn hiernach ist eine sachgrundlose Befristung dann gänzlich unzulässig, wenn „mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand“. Wie die Erfahrungen mit dem TzBfG zeigen, ist diese Einschränkung durchaus praxisrelevant.

### 1. Der Begriff des „Arbeitgebers“ in § 14 II TzBfG

Mit demselben Arbeitgeber bestand dann ein Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitsvertrag von dem Arbeitnehmer mit derselben juristischen oder natürlichen Person abgeschlossen wurde<sup>14</sup>. Das TzBfG weist dem Begriff des Arbeitgebers die arbeitsrechtlichen Begriffe des „Betriebs“ sowie des „Unternehmens“ zu. So ist der Bezugspunkt in § 3 II TzBfG der Betrieb des Arbeitgebers, im Übrigen lediglich der Arbeitgeber, also dessen gesamtes Unternehmen. In § 18 TzBfG ordnet das Gesetz die Pflicht zur Information dem Arbeitgeber sowohl bezogen auf den Betrieb als auch auf das Unternehmen zu. Hinsichtlich einer Vorbeschäftigung ist deshalb jede Vorbeschäftigung im Unternehmen desselben Arbeitgebers und nicht etwa nur in demselben Betrieb befristungsfeindlich<sup>15</sup>. Da das TzBfG auf eine Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber abstellt, ist auch eine Vorbeschäftigung in einem von diesem Arbeitgeber später verkauften oder durch ihn stillgelegten Betrieb befristungsfeindlich.

Zu beachten ist, dass das BAG mehrere Arbeitgeber, die einen *gemeinsamen Betrieb* führen, nicht als denselben Arbeitgeber ansieht<sup>16</sup>. Deshalb kann selbst eine Vorbeschäftigung in demselben Betrieb unschädlich sein, solange sie nur bei einem anderen Arbeitgeber erfolgte. Eine Vorbeschäftigung bei einem anderen Unternehmen desselben Konzerns ist nicht befristungsfeindlich<sup>17</sup>. Der Gegenansicht<sup>18</sup> kann nicht zugestimmt werden. Der Konzern ist in § 18 AktG nämlich gerade nicht durch die rechtliche Identität, sondern vielmehr durch die rechtliche Diversität bei gleichzeitiger tatsächlicher oder vertraglich begründeter Abhängigkeit definiert. Arbeitgeber auch im Sinne des TzBfG ist jede natürliche oder juristische Person, die selber Arbeitnehmer beschäftigt, und damit der jeweilige einzelne Rechtsträger ungeachtet der Tatsache, dass er sich in einem Konzernverbund befindet<sup>19</sup>. Infolge der rechtlichen Trennung der juristischen Personen muss dies auch dann gelten, wenn Arbeitnehmer auf Grund von Konzernversetzungsklauseln tatsächlich versetzt werden und ein Rückkehrrecht eingeräumt wird<sup>20</sup>. Alleine auf Grund existenter konzernhorizontaler rechtlicher Absprachen wird die bestehende rechtliche Trennung nicht durchbrochen. Ansonsten müsste man

auch rechtliche Verflechtungen wie Ergebnisabführungsverträge ausreichen lassen oder auch tatsächliche Verflechtungen wie zentrale Personalentscheidungen.

Auch Vorbeschäftigungszeiten in einem Betrieb, der mit den Folgen des § 613 a BGB übernommen wurde, sollen als Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 II 2 TzBfG gelten<sup>21</sup>. Dem ist nicht zuzustimmen. Nach § 613 a BGB sind entgegen *Wank* der alte Arbeitgeber und der Übernehmer nicht undifferenziert als Einheit zu behandeln. Vielmehr ordnet § 613 a I 1 BGB nur an, dass der neue Arbeitgeber in alle Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Keine Konsequenzen hat der Betriebsübergang daher im Hinblick auf bereits endgültig beendete Arbeitsverhältnisse<sup>22</sup>, also auch nicht auf die bereits beendete Vorbeschäftigung. Die bei dem alten Arbeitgeber als dem Veräußerer liegende Verpflichtung, denselben Arbeitgeber nicht erneut sachgrundlos befristet einzustellen, ist auch keine „Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis“ i. S. § 613 a I 1 BGB. Das Gebot des § 14 II 2 TzBfG begründet kein Forderungsrecht eines Anderen auf Unterlassung einer entsprechenden Einstellung. Vielmehr liegt die Befolgung des Gebots im alleinigen Interesse des Arbeitgebers, da er bei Nichtbefolgung die Konsequenzen des § 16 TzBfG zu vergegenwärtigen hat. Es handelt sich daher nicht um eine Pflicht, sondern um eine Obliegenheit<sup>23</sup> des alten Arbeitgebers. Dass aber neben Rechten und Pflichten aus Arbeitsverhältnissen auch sich aus bereits beendeten Arbeitsverhältnissen resultierende Obliegenheiten auf den neuen Arbeitgeber übergehen sollen, entspricht nicht der Anordnung des § 613 a I BGB. Eine Vorbeschäftigung bei einem übernommenen Rechtsträger ist im Falle der sachgrundlos befristeten Neueinstellung beim Übernehmer somit unschädlich im Sinne des § 14 II 2 TzBfG<sup>24</sup>. Entsprechendes gilt für die *Verschmelzung nach § 20 UmwG*, denn auch hier gehen die übertragenden Rechtsträger unter, so dass die nach der Verschmelzung erfolgende Einstellung nicht bei „demselben“ Arbeitgeber erfolgt<sup>25</sup>.

### 2. Auslegung des Merkmals „zuvor“

Die Frage, ob die Passage „bereits zuvor“ im Sinne von „zu irgendeinem Zeitpunkt in aller Vergangenheit“ zu lesen ist, ist in der Literatur streitig<sup>26</sup>. Dass der Gesetzgeber den Begriff (wohl) in diesem Sinne verstanden wissen, also zum Rechtszustand des BeschFG 1985 zurückkehren wollte, da-

13) Vgl. z. B. *Palandt/Heinrichs*, 62. Aufl., § 125 BGB, Rdnr. 11; *Baumbach/Hueck*, § 15 GmbHG, Rdnr. 35.

14) *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG § 14, Rdnr. 82.

15) *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. FuBn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 75; *Wank* (o. FuBn. 10), § 116 Rdnr. 195.

16) BAG, NZA 2001, 1384 = AP § 1 BeschFG 1996 Nr. 10 = ZIP 2001, 1511 (1512).

17) *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. FuBn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 75; *Meinel/Heyn/Herms*, § 14 TzBfG, Rdnr. 83; *Bauer*, BB 2001, 2473 (2474).

18) *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 14 TzBfG, Rdnr. 157; *Straub*, NZA 2001, 919 (927).

19) *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG, § 14, Rdnr. 83; *Wank* (o. FuBn. 10), § 116 Rdnr. 195; *Bauer*, BB 2001, 2473 (2475).

20) A. A.: *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. FuBn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 75.

21) *Wank* (o. FuBn. 10), § 116 Rdnr. 196; *Ermann/Hanau*, BGB, § 620 Rdnr. 18.

22) *ErK/Preis*, § 613 a BGB, Rdnr. 69; *Palandt/Putzo*, 62. Aufl., § 613 a BGB, Rdnr. 18, 22; *Schliemann*, Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl., § 613 a BGB, Rdnr. 12.

23) Vgl. *Palandt/Heinrichs* (o. FuBn. 22), Einl. v. § 241, Rdnr. 11.

24) So auch *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. FuBn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 76; *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG § 14 Rdnr. 84; *Bauer*, BB 2001, 2473 (2476).

25) *Bauer*, BB 2001, 2473 (2476).

26) Vgl. *Wank* (o. FuBn. 10), § 116 Rdnr. 179 ff.; *Löwisch*, BB 2001, 254; *Hromádka*, BB 2001, 621; *Kliemt*, NZA 2001, 296; *Schmalenberg*, NZA 2001, 938; *Hopfner*, BB 2001, 200.

rauf deutende entsprechende Veröffentlichungen hin. So gibt das Bundesministerium für Arbeit den Gesetzeswortlaut in einer Stellungnahme eines Referatsleiters zum TzBfG unrichtig mit „irgendwann zuvor“ wieder<sup>27</sup>. In einer weiteren Veröffentlichung heißt es ausdrücklich:

„Dabei ist es unerheblich, wann und für welchen Zeitraum die frühere Beschäftigung vorgelegen hat. Auch nach einer kurzzeitigen Aushilfstätigkeit hat bereits einmal ein Arbeitsverhältnis bestanden.“<sup>28</sup>

Auch der Umstand, dass bereits während des Gesetzgebungsverfahrens Kritik an den Konsequenzen eines umfassend verstandenen Anschlussverbots geübt wurde, deutet auf eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung<sup>29</sup>, gleichfalls die Begründung des Regierungsentwurfes<sup>30</sup>. Die Judikatur scheint ebenfalls in diese Richtung zu tendieren. Es liegen mittlerweile drei Urteile vor, nach denen der Wortlaut des Gesetzes gerade im Sinne von „zu irgendeinem Zeitpunkt zuvor“ zu verstehen ist<sup>31</sup>. Argumentiert wird diesbezüglich insbesondere mit der Gesetzesbegründung sowie damit, dass im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf die bestehende Unsicherheit hingewiesen wurde, dies jedoch nicht zum Anlass genommen wurde, den Wortlaut des § 14 II 2 TzBfG zu korrigieren. Die Gesetzesbegründung verweise den Arbeitgeber auf ein Fragezeichen, ob der Arbeitnehmer bereits früher bei ihm beschäftigt war<sup>32</sup>. Dem Gesetzgeber sei offensichtlich daran gelegen gewesen, durch diese radikale Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit einen Streit über eine Vorbeschäftigung unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten auszuschließen<sup>33</sup>. Schließlich findet dieses Verständnis des Begriffes auch in der Literatur breiten Anhang, überwiegend jedoch ohne dass weitergehende Argumente vorgebracht würden<sup>34</sup>. Dass dagegen „zuvor“ nicht „in aller Vergangenheit“ bzw. „lebenslanglich“<sup>35</sup> bedeute, wird mit beachtlichen Argumenten von Löwisch<sup>36</sup> vertreten. Löwisch knüpft an den Gesetzeszweck an. Dieser sei es, Kettenarbeitsverhältnisse zu verhindern. Diesem Zweck folgend, sei es nicht notwendig, Befristungen zu versagen, wenn zu dem vorherigen Arbeitsverhältnis kein sachlicher Zusammenhang bestehe, etwa wenn ein Arbeitnehmer als Student wenige Tage oder Wochen bei seinem späteren Arbeitgeber gearbeitet habe. Löwisch führt verfassungsrechtliche Bedenken an. Es bedeute einen nicht durch einen vernünftigen Grund<sup>37</sup> gerechtfertigten Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, einen Arbeitnehmer von einem befristeten Arbeitsverhältnis bereits wegen einer lange zurückliegenden, marginal langen Vorbeschäftigung auszuschließen. Weiterhin werde Art. 3 I GG verletzt. Es bedürfe deshalb einer teleologischen Reduktion des § 14 II 2 TzBfG dahingehend, dass eine weitere Befristung nur dann ausgeschlossen sei, wenn zwischen dem alten und dem neuen – befristeten – Arbeitsverhältnis ein relevanter Zusammenhang bestehe. Dieser sei in sachlicher (Art der Beschäftigung) sowie in zeitlicher Hinsicht zu bestimmen. Hier schlägt Löwisch eine Übertragung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Verjährungsfrist von zwei (jetzt drei) Jahren ab Ende des Jahres, in dem das vorherige Arbeitsverhältnis geendet hat, vor. Den Gedanken der teleologischen Reduktion verfolgt auch Wank insbesondere für die Fälle, die vom Sinn des Gesetzes offensichtlich nicht erfasst werden. Angeführt werden insoweit insbesondere vorübergehende Aushilfstätigkeiten sowie die Tätigkeit von Werkstudenten<sup>38</sup>.

Löwischs und Wanks Versuche sind in der Begründung sowie insbesondere in der Zielrichtung zu Recht auf positive Resonanz gestoßen<sup>39</sup>. Der vielzitierte „Wille des Gesetzgebers“ ist außerhalb der offiziellen Gesetzesbegrün-

dung kaum objektivierbar. Aus der Begründung des Gesetzes ergibt sich jedoch keinesfalls eine zwingende Auslegung. Einziges Indiz ist der Verweis auf das Fragerecht des Arbeitgebers; doch hätte dies auch bei einer einschränkenden Auslegung durchaus Sinn, insbesondere in Unternehmen mit größeren Personalabteilungen und wechselnden Sachbearbeitern. Demgegenüber steht der Eingriff in die Grundrechte der vertragschließenden Parteien. Die Möglichkeit, andere Gestaltungsformen zu wählen, hindert nicht den Eingriff in den Schutzbereich<sup>40</sup>. Soweit das Recht reicht, muss sich der Grundrechtsträger nämlich nicht auf Alternativen verweisen lassen. Dieser Eingriff ist auch nicht wie behauptet<sup>41</sup> durch berechnete Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Dem steht die Grenze der Erforderlichkeit entgegen: Der dem Gesetz beigelegte Sinn, die Verhinderung von Kettenarbeitsverhältnissen und damit die Stärkung des Kündigungsschutzes, erfordert keine zeitlich-extensive Auslegung des Begriffs „zuvor“. Der drohenden Umgehung des Kündigungsschutzes kann auch durch eine angemessene Reduktion auf Fälle eines engen sachlichen Zusammenhanges zwischen den Arbeitsverhältnissen etwa nach Maßgabe des § 14 III TzBfG Rechnung getragen werden. Demgemäß greift eine zeitlich unbegrenzt in die Vergangenheit reichender Voraussetzung für den zulässigen Abschluss eines befristeten Vertrages in unzulässiger, weil gemessen am Gesetzeszweck sachlich nicht mehr gerechtfertigter Weise in die Privatrechtsautonomie des Arbeitgebers und damit in dessen Rechte aus Art. 14 I, 12 I, 2 I GG ein.

Befristungsfeindlich ist nach § 14 II 2 TzBfG auch ein vorheriges, zulässigerweise etwa nach § 1 BeschFG befristetes Arbeitsverhältnis. Dies gilt freilich nur bei Neueinstellungen nach einem vorher beendeten, zuvor befristeten Vertrag. Ist – was theoretisch noch bis zum Ablauf des 30. 12. 2002 denkbar war – ein noch unter der Geltung des § 1 BeschFG geschlossener befristeter Vertrag unter Geltung des TzBfG verlängert worden, so ist dies im Hinblick auf § 14 II 2 TzBfG selbst dann unschädlich, wenn vor der

27) Viethen, veröffentlicht unter: [http://www.bma.bund.de/doc/doc\\_request.cfm?53DE7B1B745B45D1BDABE176E8FA0C99](http://www.bma.bund.de/doc/doc_request.cfm?53DE7B1B745B45D1BDABE176E8FA0C99).

28) [http://www.bma.bund.de/doc/doc\\_request.cfm?01B7F588872E461689FC31EB6F4F4712](http://www.bma.bund.de/doc/doc_request.cfm?01B7F588872E461689FC31EB6F4F4712).

29) *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG, Rdnr. 71.

30) BT-Dr 14/4374, 19.

31) *LAG Düsseldorf*, LAGE § 14 TzBfG Nr. 2; *LAG Rheinland-Pfalz*, NZA 2002, 1037 (1038); *ArbG Stuttgart*, Urt. v. 13. 12. 2001 – 28 Ca 6007/01.

32) BT-Dr 14/4374, 19.

33) *LAG Düsseldorf*, LAGE § 14 TzBfG Nr. 2 unter II 3 a; *Wank* (o. FuBn. 10), § 116 Rdnr. 191.

34) Vgl. *Annuß/Thüsing/Maschmann*, § 14 TzBfG, Rdnr. 71; *Meinel/Heyn/Herns*, TzBfG § 14, Rdnr. 76; *Hümmerich*, *ArbeitsR* (2002), § 1, Rdnr. 105; *Däubler*, ZIP 2001, 217 (223); *Hromádka*, NJW 2001, 400 (404); *ders.*, BB 2001, 621 (627); *Kliemt*, NZA 2001, 296 (300); *Preis/Gothardt*, DB 2000, 2665 (2072); *Richard/Annuß*, BB 2000, 2201 (2204); *Schmalenberg*, NZA 2001, 938.

35) *Worzalla/Will/Mailänder/Worch/Heise*, *Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse*, S. 62.

36) *Löwisch*, BB 2001, 254; ihm folgend *Palandt/Putzo* (o. FuBn. 22), § 620 BGB, Rdnr. 31; *Coester*, SAE 2001, 222 (225); *Hergenröder*, SAE 2001, 230 (233).

37) Vgl. dazu *BVerfGE* 7, 377 = NJW 1958, 1035; *BVerfGE* 65, 196 (210) = NJW 1984, 476; *BVerfGE* 82, 242 (254).

38) *Wank* (o. FuBn. 10), § 116 Rdnr. 191.

39) Z. B. *Kliemt*, NZA 2001, 296 (300); *Palandt/Putzo* (o. FuBn. 22), § 620 BGB, Rdnr. 31; *Coester*, SAE 2001, 222 (225); *Hergenröder*, SAE 2001, 230 (233); *Straub*, NZA 2001, 919 (926); *Bauer*, BB 2001, 2473 (2475) und insb. *Schmalenberg*, NZA 2001, 938, der die Fragestellung aufwirft, ob jede unsinnige Norm durch einschränkende Auslegung korrigiert werden kann.

40) So aber *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. FuBn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 71.

41) So aber *Annuß/Thüsing/Maschmann* (o. FuBn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 71.

letzten Befristung der Arbeitnehmer bereits bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war, solange die Erstbefristung nach § 1 III BeschFG wirksam war<sup>42</sup>. Entscheidend sind die (Rechts-)Verhältnisse zum Zeitpunkt der Begründung des Arbeitsverhältnisses. § 14 II TzBfG bezieht sich nämlich nur auf die Neubegründung, nicht aber die Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses.

### 3. Begriff des Arbeitsverhältnisses in § 14 II 2 TzBfG

Die Befristungsfeindlichkeit einer Vorbeschäftigung ist schließlich davon abhängig, dass mit demselben Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis bestand. Hinsichtlich der Frage, welches Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis i. S. § 14 II 2 TzBfG aufzufassen ist, ist zu differenzieren.

Das Gesetz stellt nur auf den Begriff des Arbeitsverhältnisses ab. Dies bedeutet, dass dem Grundsatz nach jedes Arbeitsverhältnis ungeachtet seiner Art und Dauer befristungsfeindlich ist, also etwa auch das zweiwöchige Aushilfsarbeitsverhältnis mit dem Schüler im Lagereinsatz während der Schulferien dann, wenn dieser nach seinem Studium als hochqualifizierter Ingenieur zunächst befristet eingestellt werden soll. *Werkstudenten*, also Studenten, die zur Erzielung einer Entlohnung und ohne Ausbildungsnotwendigkeit arbeiten, sind Arbeitnehmer. Ihre Beschäftigung ist demnach, wenn auch nur von kurzer Dauer und ohne sachlichen Bezug zur späteren Beschäftigung, befristungsfeindlich<sup>43</sup>.

Da zwischen dem Entleiher und dem *Leiharbeiter* unter normalen Umständen kein Arbeitsverhältnis zustande kommt, schadet es jedenfalls nicht, wenn der Arbeitnehmer zuvor als Leiharbeiter im Unternehmen gearbeitet hat<sup>44</sup>. Nach der Gesetzesbegründung und nach der allgemeinen Auslegung des Begriffs kann als sicher angenommen werden, dass *Berufsausbildungsverhältnisse* nicht zu den Arbeitsverhältnissen i. S. § 14 II TzBfG zählen<sup>45</sup>. Ebenso wird man *berufsbezogene Praktika*, also Tätigkeiten, die nicht der wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern der beruflichen Ausbildung dienen, ausnehmen müssen, selbst wenn hierfür eine Entschädigung gezahlt wurde<sup>46</sup>. Beschäftigte auf Grund eines *Eingliederungsvertrages* nach §§ 229 ff. SGB III sind bereits nach dem Wortlaut des § 229 SGB III keine Arbeitnehmer<sup>47</sup>. Zudem regelt § 231 II 1 SGB III, dass die Bestimmungen des SGB III, soweit einschlägig, den Vorschriften und Grundsätzen des Arbeitsrechts vorgehen. § 232 I SGB III enthält spezielle Regelungen für die Befristung, so dass die Anwendbarkeit des TzBfG entgegen der Ansicht *Hümmerichs*<sup>48</sup> gesperrt ist. Eine solche Beschäftigung im Vorfeld der Begründung eines Arbeitsvertrages ist folglich nicht befristungsfeindlich. Ebenso zählen Zeiten, die im Rahmen eines befristeten Eingliederungsvertrages nach §§ 229 ff. SGB III im Betrieb verbracht wurden, nicht auf die nach § 14 II 1 höchst zulässige Befristungszeit von zwei Jahren. Unschädlich sind schließlich *berufsvorbereitende Vertragsverhältnisse* nach § 19 BBiG („soweit nicht ein Arbeitsverhältnis vereinbart ist“) sowie eine selbständige Tätigkeit als *Werkunternehmer*<sup>49</sup> oder als *freier Mitarbeiter*.

### 4. Fragerecht/Zusicherung

Bereits die Gesetzesbegründung sieht für den Arbeitgeber den Ausweg vor, bei der Einstellung nach eventueller Vorbeschäftigung zu fragen<sup>50</sup>. Ein solches Fragerecht wird allgemein befürwortet<sup>51</sup>. Die gleiche Wirkung hat eine entsprechende Zusicherung des Arbeitnehmers. Zur Milderung des erheblichen Risikos, das der Arbeitgeber bei Annahme einer endlos zurück reichenden Vorbeschäftigungskontrolle läuft, muss die Frage jedoch arbeitsrechtliche Konsequenzen haben. Im Falle einer Falschbeantwortung

durch den Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber daher entweder die Möglichkeit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder zumindest wegen Fehlens einer wesentlichen Eigenschaft möglich sein. Da eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stets auch eine vorsätzliche Handlung voraussetzt, machte es das Fragerecht unsinnig, wollte man die Vorbeschäftigung nicht als verkehrswesentliche Eigenschaft bezeichnen<sup>52</sup>. Da es gerade Konsequenz der entsprechenden Auffassung ist, dass die Vorbeschäftigung dem Arbeitnehmer ein Leben lang anhaftet und eine sachgrundlose Befristung hindert, spricht nichts dagegen, ein Anfechtungsrecht des Arbeitgebers auch nach § 119 II BGB anzunehmen. Jedenfalls ist es dem Arbeitnehmer aber nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Befristung zu berufen, wenn er zuvor wahrheitswidrige Angaben gemacht hat<sup>53</sup>.

## III. Ergebnis

Die drohende Konsequenz des unbefristeten Vertrages legt es nahe, darauf zu achten, dass der sachgrundlos befristete Vertrag in Schriftform abgeschlossen wird, keine längere Befristung als zwei Jahre vorsieht und nicht öfters als dreimal verlängert wird. Zwar sprechen gute Gründe dafür, „zuvor“ in § 14 II TzBfG nicht im Sinne von „zu irgendeinem Zeitpunkt in aller Vergangenheit“ auszulegen, oder zumindest in der Anwendung teleologisch zu reduzieren. Im Hinblick auf die drohende Folge des § 16 TzBfG kann es sich in der derzeitigen Situation, in der eine höchrichterliche Klärung aussteht, die Instanzen aber eindeutig Stellung bezogen haben, für die Praxis allerdings als riskant erweisen, einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer abzuschließen, der zu irgendeinem Zeitpunkt vorher bei demselben Arbeitgeber als Arbeitnehmer beschäftigt war.

Befristungsfeindlich sind nur frühere Arbeitsverhältnisse mit demselben Arbeitgeber. Hier ist nach Betrieb/Unternehmen einerseits und Konzern andererseits zu differenzieren. Vorbeschäftigungen in anderen Unternehmen desselben Konzerns sind nicht befristungsfeindlich. Vorbeschäftigungen bei übernommenen Betrieben anderer Arbeitgeber sind, ungeachtet der Rechtsform der Umwandlung, unschädlich.

42) BAG, Urt. v. 15. 1. 2003 – 7 AZR 346/02 unveröff. und Parallelentscheidungen; LAG Düsseldorf, LAGE § 14 TzBfG Nr. 2; LAG Düsseldorf, NZA-RR 2002, 512; LAG Niedersachsen, BB 2002, 2448; LAG Hamm, LAGReport 2002, 386; LAG Rheinland-Pfalz, NZA 2002, 1037; ebenso Hopfner, BB 2001, 200 (201); A. A. ausdrücklich das BMGS, vgl. [http://www.bma.bund.de/doc/doc\\_request.cfm?01B7F588872E461689FC31EB6F4F712](http://www.bma.bund.de/doc/doc_request.cfm?01B7F588872E461689FC31EB6F4F712), Seite 2.

43) Bejahend: Hromadka, BB 2001, 621 (627); Kliemt, NZA 2001, 296 (300); Wank (o. Fußn. 10), § 116 Rdnr. 186, der aber insbesondere für Werkstudenten eine teleologische Reduktion der Norm vertritt.

44) Annuß/Thüsing/Maschmann (o. Fußn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 77.

45) BT-Dr 14/4374, S. 20; Meinel/Heyn/Herms, § 14 TzBfG, Rdnr. 79; Ring, § 14 TzBfG, Rdnr. 116. A. A.: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchr., § 14 TzBfG, Rdnr. 160.

46) So auch Wank (o. Fußn. 10), § 116 Rdnr. 193; Meinel/Heyn/Herms, § 14 TzBfG, Rdnr. 81.

47) So ausdrücklich auch BAG, (17. 5. 2001), BAGE 98, 19 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 14 = ARB 2001, 39; Ring, § 14 TzBfG, Rdnr. 116.

48) Hümmerich, ArbeitsR (2002), § 1, Rdnr. 111, wonach im Rahmen von Eingliederungsmaßnahmen Beschäftigte unter § 14 II 2 TzBfG fallen sollen.

49) So auch Wank (o. Fußn. 10), § 116 Rdnr. 193.

50) BT-Dr 14/4374, 19.

51) Annuß/Thüsing/Maschmann (o. Fußn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 79; Ring, § 14 TzBfG, Rdnr. 122; Bauer, BB 2001, 2473 (2476); Kliemt, NZA 2001, 296 (300).

52) So Annuß/Thüsing/Maschmann (o. Fußn. 1), § 14 TzBfG, Rdnr. 79; Bauer, BB 2001, 2473 (2477).

53) Ring, § 14 TzBfG, Rdnr. 124.

Im Konzernverbund kann es sich empfehlen, Einstellungen von Schülern oder Werkstudenten sowie von sonstigen Aushilfen, die nicht sachlich befristet eingestellt werden können, durch eine eigene Gesellschaft vornehmen zu lassen, bei der eine spätere Anstellung ausgeschlossen ist. Im Wege der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung, die zudem durch die im Zuge der so genannten Hartz-Gesetze in Kraft getretenen Änderungen des AÜG<sup>54</sup> erleichtert werden, kann dann ein Einsatz in allen Unternehmen des Konzerns ermöglicht werden<sup>55</sup>.

Sind mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit dem Arbeitgeber geplant, so empfiehlt es sich, zunächst sachgrundlos zu befristen und hieran dann eine sachlich begründete Befristung anzuschließen. Denn diese Reihenfolge ist im Gegensatz zu der umgekehrten nicht befristungsfeindlich.

Für jede Neueinstellung muss geraten werden, die ausdrückliche Frage nach einer Vorbeschäftigung zu irgendeinem Zeitpunkt vor Abschluss des Vertrages zu stellen, bzw. in den Einstellungsfragebogen aufzunehmen. Stellt sich nach der befristeten Einstellung dann heraus, dass es eine Vorbeschäftigung gab, so kann der Arbeitgeber den Vertrag je nach Gestaltung nach § 119 II BGB oder nach § 123 BGB anfechten.

54) Vgl. hierzu *Pauly/Osnabrügge*, Das neue Arbeits- und SozialR., § 18 R.dnr. 33.

55) *Bauer*, BB 2001, 2473 (2475).

## Teilzeitarbeit bei einem fremden Arbeitgeber während der Elternzeit

Von Wiss. Assistent Dr. Jacob Joussen, Münster

Die Reform des Bundeserziehungsgeldgesetzes hat u. a. einen (neuen) Teilzeitananspruch bei einem anderen Arbeitgeber kodifiziert. Gerade diese Neuregelung wirft eingedenk der „Parallelvorschrift“ zu § 8 TzBfG betreffend der entgegenstehenden dringenden „betrieblichen Gründe“ eine Reihe von Fragen auf.

### I. Einleitung

Unlängst feierte die jüngste große Reform des Bundeserziehungsgeldgesetzes seinen zweiten Geburtstag. Der Gesetzgeber hatte das Gesetz zum 1. 1. 2001 umfassend novelliert<sup>1</sup> und in diesem Zusammenhang insbesondere das Institut der seitdem sog. „Elternzeit“<sup>2</sup> einer nachhaltigen Reform unterzogen. Ganz unabhängig von der Frage, ob das große gesellschaftspolitische Ziel, das die damalige Reform verfolgte, tatsächlich erreicht wurde, nämlich die Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch eine Besserstellung erziehender Eltern gegenüber der bis dato geltenden Rechtslage<sup>3</sup> zu stärken und insbesondere auch die Väter der Kinder stärker zur Übernahme von Erziehungsverantwortung zu motivieren<sup>4</sup>, haben die neuen Bestimmungen eine Reihe von Fragen aufgeworfen. Nicht überraschend ist dabei, dass gerade auch das politisch stark umstrittene Thema des erweiterten Teilzeitanpruchs, der nunmehr beiden Eltern zusteht und von neunzehn auf bis zu dreißig Stunden erweitert wurde<sup>5</sup>, auch zu rechtlichen Unsicherheiten und Nachfragen Anlass gibt. Dies gilt in besonderem Maße für die Bestimmung des § 15 IV BErzGG, der denjenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die Elternzeit beanspruchen oder sich in Elternzeit befinden, die Möglichkeit einräumt, auch bei

einem fremden Arbeitgeber in Teilzeit zu arbeiten. Zwar gab es auch schon vor dem 1. 1. 2001 diese Möglichkeit<sup>6</sup>, doch haben sich die diesbezüglichen Voraussetzungen geändert. Zudem liegen für den Teilzeitananspruch während der Elternzeit insgesamt bislang so gut wie keine zugänglichen gerichtlichen Entscheidungen oder Kommentierungen vor, so dass es sich anbietet, dieser Problematik eigens nachzugehen<sup>7</sup>.

### II. Die gesetzliche Regelung in § 15 IV BErzGG

Nach der vor dem 1. 1. 2001 geltenden Fassung der hier einschlägigen Bestimmung des § 15 IV BErzGG war eine Erwerbstätigkeit während des Erziehungsurlaubs zulässig, wenn die wöchentliche Arbeitszeit 19 Stunden nicht überstieg. Teilerwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber war erlaubt, soweit der eigene Arbeitgeber dem zugestimmt hatte. Die Ablehnung der Zustimmung konnte der Arbeitgeber dabei nur mit „entgegenstehenden betrieblichen Interessen“ innerhalb einer Frist von vier Wochen schriftlich begründen<sup>8</sup>. Die Novelle des Gesetzes hat in diesem Zusammenhang jedoch einige Veränderungen mit sich gebracht. So gilt nunmehr (nach wie vor gemäß § 15 IV BErzGG, jetzt aber neuer Fassung), dass eine Erwerbstätigkeit während der Elternzeit zulässig ist, wenn die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit für jeden Elternteil, der eine Elternzeit nimmt, nicht dreißig Stunden überschreitet. Absatz 4 ist hinsichtlich der 30 Stunden-Grenze für die zulässige wöchentliche Erwerbstätigkeit eines Elternteils im Erziehungsurlaub im Ergebnis zugleich auch eine Folgeänderung in Hinblick auf § 2 I BErzGG. Für die Eltern im gemeinsamen Erziehungsurlaub beträgt die neue Obergrenze der zulässigen Tätigkeit zusammen 60 Wochenstunden (das heißt 30 + 30, nicht aber z. B. 35 + 25). Für die Praxis unpraktikabel wäre eine gesetzliche gemeinsame Obergrenze für beide Elternteile zusammen, weil diese regelmäßig verschiedene Arbeitgeber ohne Möglichkeit der Abstimmung haben<sup>9</sup>. Gleich geblieben ist bei der Neufassung dieses Absatzes das Zustimmungserfordernis für den Fall, dass eine Teilzeitarbeit bei einem anderen Arbeitgeber (oder als Selbständiger) aufgenommen werden soll. Doch nunmehr – und dies ist zumindest vom Gesetzeswortlaut her neu und eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht – darf der Arbeitgeber eine Zustimmung nur noch „aus dringenden betrieblichen Gründen“ ablehnen. Fraglich ist jedoch, was unter diesem Begriff, der auch im Zusammenhang mit dem Anspruch auf eine Teilzeitarbeit sowohl im TzBfG als auch im § 15 VII BErzGG verwandt wird, zu verstehen ist.

1) Drittes Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, BGBl I 2000, 1426.

2) Zuvor noch Erziehungsurlaub genannt – hier handelt es sich um ein Paradebeispiel dafür, wie durch Terminologie Politikvorstellungen auch in Gesetzen transportiert werden sollen.

3) *Lindemann/Simon*, NJW 2001, 258.

4) S. im Einzelnen die Gesetzesbegründung in BT-Dr 14/3553; dieses Ziel stand in der vergangenen Legislaturperiode im Zentrum zahlreicher Gesetzesvorhaben, etwa auch der Änderung des Mutterschutzgesetzes, dazu *Joussen*, NZA 2002, 702.

5) Zu den Änderungen des Gesetzes s. etwa *Eckert*, DStR 2000, 1523; *Gaul/Wisskirchen*, BB 2000, 2466; *Sowka*, NZA 2000, 1185; *Koch/Leßmann*, AuA 2001, 66.

6) Anders als noch zur Geltungszeit des BErzGG aus dem Jahr 1986, das diese Möglichkeit grundsätzlich ausgeschlossen hatte.

7) *Reiser/Penner*, BB 2002, 1962 ff., befassen sich allein mit der Frage der Teilzeitarbeit beim eigenen, nicht hingegen bei einem fremden Arbeitgeber, also ausschließlich mit der Vorschrift des § 15 VII BErzGG.

8) Zu der alten Gesetzeslage s. *ErfK/Dörner*, 2. Aufl. (2001), § 15 BErzGG R.dnr. 17.

9) So die Begr. des Entw., vgl. BT-Dr 14/3553, S. 21.