

Professor Dr. iur. Richard Giesen

Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR)
an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU)

Reform des Befristungsrechts – rechtliche und rechtspolitische Aspekte

Rechtsgutachterliche Stellungnahme,
erstellt im Auftrag des Gesamtverbandes der Arbeitgeberverbände
der Metall- und Elektro-Industrie e.V.

Oktober 2018

ÜBERSICHT

I. Das Vorhaben der gesetzlichen Restriktion von Befristungen

1. Ankündigung des Koalitionsvertrages
2. Verbot von mehr als 2,5% sachgrundlosen Befristungen bei mehr als 75 Beschäftigten
 - a. Missbrauchsbekämpfung als Begründung für das Verbot
 - b. Schwellenwert und Förderung von Konzernstrukturen
 - c. Mangelnde Handhabbarkeit
 - d. Kettenbefristungen und Missstände im öffentlichen Dienst
3. Zu den weiteren im Koalitionsvertrag vorgesehenen Beschränkungen des Befristungsrechts
4. Zwischenfazit zur geplanten Restriktion des Befristungsrechts
5. Überblick über die weitere Untersuchung

II. Wirtschaftlich veranlasste Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Betriebsbedingte Kündigung
 - a. Rechtsunsicherheiten bei betriebsbedingten Kündigungen
 - b. Exkurs: Historische Entwicklung der Grundsätze zur Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung
 - c. Betriebsbedingte Kündigungen und Betriebsänderungsverfahren nach §§ 111 f. BetrVG
 - d. Tarifvertrags- und arbeitskampfrechtliche Möglichkeiten der Verhinderung betriebsbedingter Kündigungen
 - e. Massenentlassungsverfahren nach § 17 KSchG
2. Einverständliche Lösungen: Beispiel Freiwilligenprogramme
3. Fazit zu den Möglichkeiten wirtschaftlich veranlasster Beendigung von Arbeitsverhältnissen

III. Flexibilisierung bei Vermeidung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Arbeitszeitflexibilisierung
 - a. Beeinflussung des Arbeitsvolumens und der Arbeitszeitlage
 - b. Arbeitszeitkonten, insbesondere mit Wertguthaben
 - c. Arbeit auf Abruf
 - d. Vereinbarte Arbeitszeitflexibilisierung
2. Vereinbarte Arbeitszeitänderung
3. Kurzarbeitergeld als Flexibilisierungsmittel?
4. Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit)

IV. Sachgrundbefristungen als Mittel wirtschaftlicher Flexibilisierung?

1. Befristung wegen vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG
2. Vertretungsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG
3. Befristung wegen der „Eigenart der Arbeitsleistung“, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG
4. Erprobungsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG
5. Haushaltsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG
6. Zwischenfazit zur Sachgrundbefristung

V. Sozialpolitische Zwecke der Befristungsregulierung

1. Begründungserwägungen zum BeschFG 1985
2. Flexibilisierung versus teilverzögerter Kündigungsschutz im heutigen TzBfG
3. Flexibilisierung versus teilverzögerter Kündigungsschutz in der Analyse des IAB

VI. Zusammenfassung

Vorbemerkung

Im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD sind erhebliche Restriktionen des Rechts vorgesehen, befristet Arbeitsverträge abzuschließen. Die seit 1985 zugelassene sachgrundlose Befristung soll bei Arbeitgebern mit über 75 Beschäftigten nur noch für 2,5% der Beschäftigten erlaubt werden. Hinzu kommen Beschränkungen des Rechts, Sachgrundbefristungen zu vereinbaren. Die vorgesehenen Eingriffe treffen zusammen mit zahlreichen, in den letzten Jahren verschärften gesetzlichen und richterrechtlichen Regeln des Arbeitsrechts. Sie führen zu erheblichen Einschränkungen bei der Arbeitsvertragsgestaltung.

Im hiesigen Gutachten wird das Vorhaben kritisch aufgearbeitet. Dabei geht es zunächst um die rechtspolitische Begründung der neuen Regelungen und ihre rechtstechnische Handhabbarkeit. Weiter gilt es, die im Fall der Realisierung des Gesetzgebungsvorhabens verbleibenden arbeitsrechtlichen Flexibilitätspotentiale zu prüfen. Außerdem wird zu untersuchen sein, ob sich das rechtspolitische Anliegen des Koalitionsvertrags mit den Notwendigkeiten betriebswirtschaftlicher Unternehmensplanung in Übereinstimmung bringen lässt.

I. Das Vorhaben der gesetzlichen Restriktion von Befristungen

1. Ankündigung des Koalitionsvertrages

Der am 7.2.2018 geschlossene Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD sieht erhebliche Beschränkungen des Rechts zum Abschluss befristeter Arbeitsverträge vor:

„Wir wollen den Missbrauch bei den Befristungen abschaffen. Deshalb dürfen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristen. Bei Überschreiten dieser Quote gilt jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen. Die Quote ist jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen.

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist nur noch für die Dauer von 18 statt bislang von 24 Monaten zulässig, bis zu dieser Gesamtdauer ist auch nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich.

Wir wollen nicht länger unendlich lange Ketten von befristeten Arbeitsverhältnissen hinnehmen. Eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist dann nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Wir sind uns darüber einig, dass eine Ausnahmeregelung für den Sachgrund nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Künstler, Fußballer) zu treffen ist.

Auf die Höchstdauer von fünf Jahren wird bzw. werden auch eine oder mehrere vorherige Entleihung(en) des nunmehr befristet eingestellten Arbeitnehmers durch ein oder mehrere Verleihunternehmen angerechnet. Ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber ist erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren möglich.“¹

2. Verbot von mehr als 2,5% sachgrundlosen Befristungen bei mehr als 75 Beschäftigten

a. Missbrauchsbekämpfung als Begründung für das Verbot

Das Vorhaben stützt sich im ersten Satz auf den Gesichtspunkt des „Missbrauchs bei den Befristungen“. Rechtsmissbräuche im Befristungsrecht wurden durch den EuGH und die deutschen Arbeitsgerichte häufig judiziert. Sie betreffen jedoch nicht die sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 2 – Abs. 3 TzBfG), sondern ausnahmslos die Sachgrundbefristung (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Diese wird von der Rechtsprechung einem eigenen Missbrauchstest unterworfen.² Das BAG hat, anknüpfend an die Judikatur des EuGH, mittlerweile ein mathematisches System entwickelt, welches die Feststellung von Missbräuchen erleichtert.³

Ein Zusammenhang mit dem Vorhaben, für Arbeitgeber mit über 75 Beschäftigten mehr als 2,5% sachgrundlose Befristungen zu verbieten, ist mit Blick auf die genannten Missbrauchsfälle nicht ersichtlich. Selbstverständlich muss sich der Gesetzgeber für die Bekämpfung von Missbräuchen nicht der Judikatur anschließen, welche über Missbräuche entscheidet. Er muss die Judikatur auch nicht in irgendeiner Weise normieren. Jedoch ist andererseits offensichtlich, dass unter solchen Umständen eine Missbrauchsbekämpfung die – bisher als solche nicht notorischen – Fälle des zu bekämpfenden Missbrauchs hätte benennen können.

¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018, Rn. 2342 ff. (S. 52), https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (letzter Abruf 17.9.2018).

² EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük), NZA 2012, 135; EuGH 21.9.2016 - C-614/15 (Popescu), NZA 2016, 1323, Rn. 44 ff., 66; EuGH 14.9.2016 - C-16/15 (Pérez López), NZA 2016, 1265, Rn. 31 ff.; EuGH 26.11.2014 - C-22/13 (Mascolo), NZA 2015, 153, Rn. 77 ff.; EuGH 3.7.2014 - C-362/13 (Fiamingo), ZESAR 2015, 236, Rn. 62 ff.; BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 (Kücük), NZA 2012, 1351; *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 9b ff.

Das Gesetzesvorhaben nimmt somit Bezug auf einen Missbrauch, der bisher nur für den Bereich der Sachgrundbefristungen judiziert wird, aber nicht im Bereich der sachgrundlosen Befristungen. Damit bleibt offen, warum Arbeitgebern mit mehr als 75 Beschäftigten sachgrundlose Befristungen weitgehend verboten werden sollen.

b. Schwellenwert und Förderung von Konzernstrukturen

Vor diesem Hintergrund ist unklar, aus welchem Grunde gerade Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten der strengen Beschränkung unterliegen sollen. Eine Norm, die erst ab einer bestimmten Größe eingreift, muss zwar, wenn sie kleinen und mittleren Unternehmen Regulierungsaufwand ersparen will, (irgend-)einen Schwellenwert zugrunde legen. Es existieren aber keine Hinweise, warum diese Belastungsschwelle bei 75 Arbeitnehmern und weniger überschritten sein soll. Gerade bei größeren Belegschaften dürfte der Aufwand, der für eine rechtskonforme und rechtssichere Handhabung des geplanten Rechts betrieben werden muss, eher steigen.⁴

Der Bezug auf den „Arbeitgeber“ als rechtliche Einheit, die am Arbeitsverhältnis beteiligt ist, muss nicht unbedingt der Missbrauchsbekämpfung förderlich sein. Es werden vielmehr Anreize geschaffen, eine möglichst große Anzahl an Tochterunternehmen zu gründen, auf welche die Belegschaft verteilt werden kann, so dass kein Arbeitgeber im Rechtssinne den Schwellenwert überschreitet. Es wird somit die Bildung von Konzernstrukturen bevorzugt, also von Verbänden verschiedener (juristischer) Personen, die möglichst klein sein werden. Die damit einhergehende Förderung intransparenter Verbände und der Aufspaltung von Belegschaften wird nicht in Betracht gezogen.

³ Das System wird in BAG 21.3.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706 jeweils m.w.N. im Einzelnen skizziert. Danach sind zwar grundsätzlich die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen (BAG a.a.O. Rn. 22). Das BAG entwirft aber dann eine präzise gestufte Ordnung der Zuweisung von Darlegungs- und Beweislast an die Beteiligten, wobei das Gericht jeweils auf die Gesamtdauer und auf die Zahl der vereinbarten Befristungen abstellt.

c. **Mangelnde Handhabbarkeit**

Der Personalanteil von „maximal 2,5 Prozent der Belegschaft“ wird jeweils nur relativ kleine Zahlen erfassen, welche für ein unternehmensbezogenes Flexibilisierungskonzept nur von untergeordneter Bedeutung sind. Ohne eine entsprechende Erweiterung der Compliance-Strukturen (juristische Selbstüberwachung des Unternehmens) wird dieser Satz leicht unabsichtlich erreicht. Zudem können bereits Einzelfälle zu komplexen Konflikten führen, weil aus Anlass der Untersuchung einer einzigen Befristungsvereinbarung viele Arbeitsverhältnisse daraufhin geprüft werden müssen, ob bei ihnen wirksame sachgrundlose Befristungen vorliegen.

Das zeigt das Beispiel eines Unternehmens mit 2.000 Arbeitnehmern, in welchem bereits 50 Arbeitnehmer Vereinbarungen über sachgrundlose Befristungen geschlossen haben. Sobald der Arbeitnehmer X zusätzlich eingestellt wird und nach 18 Monaten eine Entfristungsklage erhebt, muss das Gericht retrospektiv jedes der 50 Arbeitsverhältnisse untersuchen. Denn wenn nur ein einziges Arbeitsverhältnis, aus welchen Gründen auch immer, in Wirklichkeit unbefristet besteht, bleibt es bei der Zählung unberücksichtigt. Ist zum Beispiel eines der 50 Arbeitsverhältnisse mit Fristablauf vor der Einstellung des Klägers X wirksam beendet worden, wird die Zahl 50 unterschritten. Ist die betreffende Kündigungserklärung aber etwas zu spät – beispielsweise kurz nach einem Monatswechsel – dem Adressaten zugegangen, bestand das Arbeitsverhältnis beim Abschluss des befristeten Arbeitsverhältnisses noch, und die Zahl 50 wird erreicht. Wenn nun ein anderer Arbeitnehmer 18 Monate zuvor zu einem Zeitpunkt befristet eingestellt wurde, als die Quote bereits erfüllt war, ist bei ihm keine wirksame Befristung zustande gekommen; das hat wiederum zur Folge, dass bei der Einstellung des Klägers X nur 49 wirksam befristete Arbeitsverhältnisse existierten, die 2,5 % also nicht erreicht waren.

Weitere Konfliktherde sind vorstellbar, wenn man beispielsweise daran denkt, dass möglicherweise eine Betriebsteilveräußerung stattgefunden hat und ein

⁴ S. näher sogleich unter c.

dort befristet Beschäftigter später Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses einlegt. Dann steigt die Zahl der befristet Beschäftigten rückwirkend, so dass die 2,5% erreicht sind.

Zudem hat die arbeitsgerichtliche Praxis bereits zu einer Quotenregelung nach dem Muster des Koalitionsvertrages Stellung genommen, welche die Anzahl zulässiger sachgrundloser Befristungen regulieren sollte. Ein Unternehmen des öffentlichen Dienstes hatte mit der Gewerkschaft einen entsprechenden Haustarifvertrag geschlossen, der – großzügiger als im Koalitionsvertrag geplant – eine Höchstquote von 15% vorsah. Die Regelung lautete:

„Die Gesellschaft kann gemäß § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG Arbeitsverträge ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes auf die Dauer von bis zu vier Jahren kalendermäßig befristen; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung von kalendermäßig befristeten Arbeitsverträgen zulässig. Die Gesellschaft wird nicht mehr als 15 % der Mitarbeiter/-innen, deren monatliche Vergütung ganz oder teilweise zu Lasten der Verwaltungsgemeinkosten finanziert wird, aufgrund der Regelung ... befristet beschäftigen. ...“

Das Bundesarbeitsgericht sah diese Quotenregelung als so unpraktikabel an, dass es ihr schlicht den Normcharakter absprach:

„Gegen ein Verständnis ... als normative Regelung spricht zudem, dass die Bestimmung keine Vorgaben zur Ermittlung der Quote enthält. Hätten die Tarifvertragsparteien mit der Quote eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die erweiterte Befristungsmöglichkeit schaffen wollen, hätte es nahegelegen, Regelungen dazu zu treffen, wie die Quote zu errechnen sein soll, und zu welchem Zeitpunkt sie eingehalten sein muss. Ohne derartige Vorgaben würde die Regelung als Rechtsnorm zu erheblichen Rechtsanwendungsproblemen führen und sie wäre kaum praktikabel. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist bereits unklar, ob bei der Ermittlung der Quote auch Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind, mit denen ... befristete Arbeitsverträge abgeschlossen wurden, die die Beklagte aber nicht „beschäftigt“ (etwa wegen Elternzeit oder längerfristiger Arbeitsunfähigkeit). Unklar ist auch, welcher Zeitpunkt für die Feststellung der Quote maßgeblich sein soll. Zwar sind grundsätzlich für die Wirksamkeit einer Befristung die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Dies wäre jedoch für die Einhaltung der Quote nicht sachgerecht. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht ausge-

führt, dass es allein durch eine gehäufte Beendigung unbefristeter Arbeitsverhältnisse, auf die nicht allein die Beklagte Einfluss hat, zu einer unvorhergesehenen kurzfristigen Überschreitung der Quote kommen könnte und dass jeweils aktuell für den Tag des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags die genaue Quote ermittelt werden müsste, was jedenfalls dann schwer handhabbar wäre, wenn Vertragsurkunden zur Unterschriftsleistung an Arbeitnehmer versandt werden müssen, da in diesem Fall der Tag des Vertragsschlusses im Vorhinein nicht exakt feststeht. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien die erweiterte sachgrundlose Befristungsmöglichkeit von einem derart unpraktikablen Tatbestandsmerkmal abhängig gemacht haben.“⁵

Insgesamt laufen die im Koalitionsvertrag projektierten Vorschriften darauf hinaus, dass bereits der präventive Überwachungsaufwand bei den Unternehmen steigen wird, welche die versehentliche Quotenüberschreitung verhindern müssen. Angesichts dessen ist absehbar, dass viele auf Befristungen verzichten werden. Es ergibt sich somit zumindest im Ergebnis ein prohibitiver Charakter des neuen Rechts.

d. Kettenbefristungen und Missstände im öffentlichen Dienst

Neben der Beschränkung sachgrundloser Befristungen für mittlere und größere Unternehmen sieht der Koalitionsvertrag auch die Bekämpfung missbräuchlicher Kettenbefristungen vor: „Wir wollen nicht länger unendlich lange Ketten von befristeten Arbeitsverhältnissen hinnehmen.“ Die Fälle spektakulärmissbräuchlicher Kettenbefristungen spielten sich bisher wohl ausschließlich im öffentlichen Dienst ab.⁶ Das Zitat des Koalitionsvertrages sieht einen Regelungsbedarf bei Kettenbefristungen, der nicht zuletzt durch die besondere – auch richterrechtliche Förderung – von Sachgrundbefristungen im öffentlichen

⁵ BAG 14.6.2017 – 7 AZR 390/15, juris, Rn. 36.

⁶ Alle EuGH-Entscheidungen zu missbräuchlichen Kettenbefristungen betreffen den öffentlichen Dienst, s. im Einzelnen oben Fn. 2. Zudem betreffen alle im wichtigsten Kommentar zum Arbeitsrecht zitierten Urteile, in denen die Kettenbefristung für unzulässig erklärt oder die Sache zumindest an die Vorinstanz zurückverwiesen wurde, den öffentlichen Dienst, *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 9b. Das gilt für EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük), NZA 2012, 135; BAG 19.2.2014 – 7 AZR 260/12, NZA-RR 2014, 408; BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 (Kücük), NZA 2012, 1351; BAG 13.2.2013 – 7 AZR 225/11, NZA 2013, 777; BAG 19.2.2014 - 7 AZR 260/12, NZA-RR 2014, 408.

Dienst begünstigt worden ist.⁷ Hier müsste geklärt werden, warum im Koalitionsvertrag eine Regelung vorgeschlagen wird, welche keinen Bezug zu den entsprechenden Tatbeständen der Beschäftigung im öffentlichen Dienst hat.⁸

Im Ganzen ist festzuhalten, dass Befristungsmissbrauch bisher vor allem im öffentlichen Dienst festgestellt worden ist, und zwar ausschließlich im Bereich der Sachgrundbefristung. Daher trägt der Hinweis auf Missbräuche zumindest nicht die geplante Einschränkung der sachgrundlosen Befristung.

3. Zu den weiteren im Koalitionsvertrag vorgesehenen Beschränkungen des Befristungsrechts

Weitere im Koalitionsvertrag vorgesehene Restriktionen für das Befristungsrecht sind

- die Begrenzung der sachgrundlosen Befristung auf 18 Monate statt bisher 24 Monaten,
- die Zulassung der Verlängerung der sachgrundlosen Befristung auf einmal statt bisher dreimal
- und das Verbot von Befristungen, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben, wobei für die Berechnung dieser Zeitdauer vorangegangene Leiharbeitseinsätze angerechnet werden.

Diese Regelungsvorhaben sollen in den hiesigen Folgekapiteln nicht im Einzelnen aufgearbeitet werden. Auch durch sie werden Flexibilitätspotentiale eingeschränkt. Die Reduzierung der längstmöglichen Dauer sachgrundloser Befristungen von 24 auf 18 Monate zieht eine proportional wirkende Eingrenzung des bisherigen Gestaltungsfreiraums nach sich. Gleiches gilt für die Beschränkung

⁷ S. dazu näher unten IV.

⁸ Der öffentliche Dienst hat die mit Abstand größten Befristungsdauern, s. näher *Hohendanner/Ostmeier/Lobato*, Befristete Beschäftigung im öffentlichen Dienst, IAB-Forschungsbericht 12/2015, S. 99.

der Möglichkeiten, einen befristet abgeschlossenen Arbeitsvertrag wiederum befristet zu verlängern. Dadurch verlängern sich die Intervalle der bestehenden Vertragsbeziehungen. Das Verbot der Befristung, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes Arbeitsverhältnis oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben, wird vor allem im öffentlichen Dienst zur Geltung kommen.

Dennoch wird es auch für die Privatwirtschaft einige Situationen geben, in denen die 5-Jahres-Grenze eingreifen kann. Eine Vielzahl offensichtlich nicht in Betracht gezogener Anwendungsfälle der geplanten Vorschriften hat *Löwisch* zusammengestellt. Hier seien einige von ihnen wörtlich zitiert. Die in Bezug genommenen Nummern sind diejenigen des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG:

„Wer parallel zu seinem fünf Jahre oder länger dauernden Studium bei einem bestimmten Arbeitgeber als Werkstudent beschäftigt war, dem wäre der Weg zu der in Nr. 2 vorgesehenen befristeten Anschlussbeschäftigung verbaut.

Wollte ein Arbeitgeber einem früheren Arbeitnehmer nach dessen Ausscheiden aus einem fünf Jahre oder länger dauernden Arbeitsverhältnis eine befristete Vertretung nach Nr. 3 anbieten, scheiterte das in den als Karenzzeit vorgesehenen ersten drei Jahren.

Beschränkte man die für Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Nr. 4) vorgesehene Ausnahme auf die genannten Fälle der Künstler und Fußballer, könnten andere Tendenzarbeitnehmer, etwa programmgestaltende Mitarbeiter von Rundfunk- und Fernsehanstalten, aber auch die Mitarbeiter von Parlamentsfraktionen, nach Erreichen der Fünfjahresgrenze drei Jahre lang nicht mehr mit einer Beschäftigung rechnen.

Auch eine Befristung zur Erprobung (Nr. 5) eines früheren Arbeitnehmers für eine neue, vielleicht ganz andere Beschäftigung wäre in dieser Zeit nicht möglich. ...

Weitgehend ausgehebelt wäre die auf einem gerichtlichen Vergleich beruhende Befristung (Nr. 8): Steht die Wirksamkeit der Kündigung eines fünf Jahre oder länger dauernden Arbeitsverhältnisses im Streit, könnte der Konflikt nicht mehr dadurch gelöst werden, dass der Arbeitnehmer vergleichsweise noch für eine bestimmte Zeit weiterbeschäftigt wird.

Praktisch kein Anwendungsbereich verbliebe für die in § 14 Abs. 3 TzBfG vorgesehene besondere Befristung beschäftigungsloser Arbeitnehmer, die das 52. Lebensjahr vollendet haben.

Die Einrechnung von Leiharbeitsverhältnissen in die Höchstdauer von fünf Jahren erschwerte den Übergang von Leiharbeitnehmern in reguläre Arbeitsverhältnisse. ...“⁹

<http://doku.iab.de/forschungsbericht/2015/fb1215.pdf> (letzter Abruf 15.10.2018).

⁹ *Löwisch*, Kettenbefristungen: Unausgewogenes im Koalitionsvertrag, Handelsblatt Rechtsboard Online 13.3.2018,

Es bleibt zu ergänzen, dass befristete Arbeitsverhältnisse an privaten Forschungseinrichtungen, die nicht vom WissZeitVG erfasst sind, ebenfalls nicht länger als fünf Jahre betragen können. Das läuft für diese Institutionen faktisch auf ein Verbot der Unterstützung von Promotionen und Habilitationen hinaus. Selbst der Verzicht auf die vorangegangene Beschäftigung studentischer Mitarbeiter kann daran nur wenig ändern.

Insgesamt haben die zusätzlichen Beschränkungen von Befristungen mit und ohne Sachgrund somit erhebliche beschäftigungsbeschränkende Effekte.¹⁰ Da die 75-Arbeitnehmer-Regelung aber für mittlere und größere Unternehmen der Privatwirtschaft ohnehin Befristungen weitgehend ausschließt, werden sie nur teilweise wirken.

4. Zwischenfazit zur geplanten Restriktion des Befristungsrechts

Die Umsetzung des skizzierten Plans zur verschärften Regulierung befristeter Arbeitsverhältnisse dürfte mehrere Konsequenzen haben.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass sich das neue Regelwerk im Bereich des öffentlichen Dienstes sowie bei kleineren Arbeitgebern mit bis zu 75 Arbeitnehmern – wie soeben dargelegt – nur in Teilbereichen niederschlagen wird. Dasselbe gilt für diejenigen größeren Arbeitgeber, die sich zur Bildung vielgliedriger Konzernstrukturen durchringen können. Ihnen wird man allenfalls eine funktionswidrige Nutzung der Schwellenwertvorschriften anlasten sowie möglicherweise unseriöses Geschäftsgebaren. Erfasst vom neuen Recht sind demnach in erster Linie größere Arbeitgeber der Privatwirtschaft, die solche Umstrukturierungen nicht vornehmen werden.

<http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2018/03/13/kettenbefristungen-unausgegorenes-im-koalitionsvertrag/> (letzter Abruf 20.9.2018).

¹⁰ S. etwa die kritische Analyse bei *Hohendanner*, Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag - Reichweite, Risiken und Alternativen, IAB-Kurzbericht 16/2018, <http://doku.iab.de/kurzber/2018/kb1618.pdf> (letzter Abruf 18.9.2018)

Für diese Unternehmen wirkt das neue Recht aufgrund seiner fehlenden Handhabbarkeit praktisch prohibitiv. Der Nutzen des unsicher zu ermittelnden maximal 2,5-prozentigen Belegschaftsanteils mit befristeten Arbeitsverhältnissen ist gering. Er liegt nicht nur weit unter dem betriebswirtschaftlich notwendigen Flexibilisierungsbedarf,¹¹ sondern lässt sich kaum zweifelsfrei ermitteln und aufrecht erhalten. Unternehmen, die aufgrund einer wirtschaftlich unklaren Zukunft Flexibilität benötigen, werden kaum verwaltungsaufwendige Gestaltungen wählen, um einen mit maximal 2,5% geringen Arbeitnehmeranteil befristet zu beschäftigen. Selbst wenn sie es tun, wird ihnen das nur in sehr geringem Maße Flexibilität verschaffen.

Für die übrigen Arbeitgeber, also diejenigen des öffentlichen Dienstes sowie die Inhaber kleinerer Unternehmen, werden die weiteren Pläne zur Änderung des Befristungsrechts andere Folgen haben. Bei ihnen sind Flexibilitätsbeschränkungen zu erwarten, die sich punktuell auswirken, beispielsweise durch die besondere Erschwerung der Übernahme von Leiharbeitnehmern.

5. Überblick über die weitere Untersuchung

Es liegt auf der Hand, dass die weitgehende Verhinderung sachgrundloser Befristungen in mittleren und größeren Unternehmen der Privatwirtschaft deren personalwirtschaftliche Gestaltungsspielräume stark einschränken wird.¹² Dabei werden sich für diese Arbeitgeber in den nächsten Jahren – gerade aufgrund der Digitalisierung in der „Arbeit 4.0“ – die diesbezüglichen Flexibilisierungserfordernisse noch stark erhöhen.¹³ Deshalb stellt sich die Frage, welche Gestaltungswege verbleiben werden, um diesen betriebswirtschaftlich veranlassten Flexibilisierungserfordernissen zu genügen.

¹¹ *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 9 ff.

¹² *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 9 ff.

Diese Frage lässt sich nicht einheitlich beantworten, da die Flexibilisierungsbedarfe von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich sind. Flexibilisierung „nach oben“, also Expansion, ist von jeher rechtlich wenig problematisch, sondern derzeit eher ein Problem des Arbeitsmarktes. Schwierigkeiten bereitet die – auch schon in Zeiten der Expansion zu berücksichtigende¹⁴ – mögliche Flexibilisierung „nach unten“, also ein eventuell notwendiger Schrumpfungsvorgang. Die im Fall der reduzierten Unternehmenstätigkeit notwendige Einschränkung von Arbeitsleistung ist auch und vor allem ein rechtliches Problem. Wenn und soweit die Befristung von Arbeitsverhältnissen als Gestaltungsform nicht mehr zur Verfügung steht und der „Schwund“ durch Fluktuation nicht ausreicht,¹⁵ müssen andere Flexibilisierungspotentiale gehoben werden.

Diese Flexibilisierungspotentiale sollen im folgenden Text untersucht werden. Dabei sind drei Formen der Anpassung des Personalbedarfs an die wirtschaftliche Lage zu bearbeiten. Dies sind erstens Gestaltungen, welche das Arbeitsverhältnis selbst betreffen, also insbesondere die betriebsbedingte Kündigung (dazu sogleich unter II.). Zweitens sind rechtliche Flexibilisierungsmöglichkeiten zu untersuchen, bei denen auf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen verzichtet wird (unten III.). Drittens ist zu prüfen, welche Flexibilisierungsmöglichkeiten die Sachgrundbefristung in ihrer bisherigen Form bieten kann, wenn der Gesetzgeber die sachgrundlose Befristung für mittlere und größere Unternehmen weitgehend beseitigt (unten IV.). Sobald all dies geklärt ist, kann abschließend die sozialpolitische Sinnhaftigkeit der geplanten Einschränkung des Befristungsrechts untersucht werden (unten V.).

¹³ Dazu *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 5; *Giesen/Kersten*, Arbeit 4.0, 2018, S. 29 ff.

¹⁴ Zu diesem Aspekt *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 3.

¹⁵ Dazu *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 13 f.

II. Wirtschaftlich veranlasste Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Betriebsbedingte Kündigung

Die Handhabung betriebsbedingter Kündigungen ist mit einigen rechtlichen Unsicherheiten behaftet.¹⁶

a. Rechtsunsicherheiten bei betriebsbedingten Kündigungen

Im Geltungsbereich des KSchG, also in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern und bei Arbeitsverhältnissen von mehr als sechs Monaten Dauer (§ 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 S. 3, 4 KSchG, vgl. im Übrigen auch § 14 KSchG) ist die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu untersuchen.¹⁷ Die Prüfung der Rechtmäßigkeit und insbesondere der Sozialwidrigkeit ist bei betriebsbedingten Kündigungen (die verhaltens- und personenbedingte Kündigung müssen im hiesigen Kontext nicht näher diskutiert werden) komplex. Neben den genannten Anwendungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes sind unter anderen folgende Punkte zu prüfen: 1. Das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit, 2. „dringende betriebliche Erfordernisse“ in Form des Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit zu den ursprünglichen Arbeitsbedingungen mit Ablauf der Kündigungsfrist,¹⁸ 3. eine diesem Wegfall zugrunde liegende Unternehmerentscheidung, 4. die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer nach sozialen Gesichtspunkten nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 – 5 KSchG, 5. die ordnungsgemäße Anhörung bzw. Zustimmung des Betriebsrats nach § 102, § 103 BetrVG, 6. mögliche gesetzliche Kündigungsverbote bzw. gesetzlich geregelte behördliche Zustimmungserfordernisse (§ 17 MuSchG, § 18 BEEG, § 11 TzBfG, §§ 168 ff. SGB IX; § 15 KSchG, § 5 PflegeZG, § 22 BBiG, vgl. auch §

¹⁶ S. zur generellen Bewertung des deutschen Kündigungsschutzsystems im internationalen Vergleich sowie zu seiner Unbestimmtheit *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 6 ff.

¹⁷ Vgl. allgemein zu den Voraussetzungen des Kündigungsschutzes *Oetker* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 1 KSchG, Rn. 16 ff.

¹⁸ Vgl. *Oetker* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 1 KSchG, Rn. 211 ff.

612a, § 613a Abs. 4 S. 1 BGB), 7. mögliche arbeitsvertragliche oder tarifvertragliche Kündigungsverbote, 8. das Schriftformgebot des § 623 BGB, sowie gegebenenfalls die Vorlage einer Vollmachtsurkunde bei einer Vertreterkündigung, 9. die richtige Kündigungsfrist (geregelt im Gesetz, z.B. § 622 BGB, Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag) sowie 10. ein möglicher Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers wegen späteren Wegfalls von Kündigungsgründen.

An dieser Stelle sollen und können nicht alle die mit diesen Vorgaben verbundenen Rechtsunsicherheiten aufgearbeitet werden. Exemplarisch lassen sich die Schwierigkeiten darlegen, die sich ergeben, wenn die betriebliche Tätigkeit nur teilweise eingestellt werden soll. Bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern, von denen nicht jeder entlassen werden soll, muss eine ordnungsgemäße Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgenommen werden. Das erfordert nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG die Bildung von Gruppen vergleichbarer bzw. austauschbarer Arbeitnehmer und den Vergleich ihrer Sozialdaten. Dabei ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung, weil die Bildung von Arbeitnehmergruppen und die Erfassung sowie die Berücksichtigung der Sozialdaten sowohl hinsichtlich der Tatsachenlage als auch hinsichtlich der diesbezüglichen Rechtslage sehr fehleranfällig ist.¹⁹ Zwar kann es zu (etwas rechtssichereren) Klärungen mittels Auswahlrichtlinien oder – vor allem – durch Bildung von Namenslisten kommen, § 1 Abs. 4, Abs. 5 KSchG.²⁰ Diese sind aber ihrerseits von der Existenz der betreffenden kollektivarbeitsrechtlichen Regelungen abhängig, die häufig nicht zustande kommen.

b. Exkurs: Historische Entwicklung der Grundsätze zur Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung

Die Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des Kündigungsschutzrechts beruhen auf dessen weit ausdifferenzierter Handhabung und eigenständigen Konkretisierung durch die Rechtsprechung. Dieses Phänomen lässt sich an-

¹⁹ Vgl. *Oetker* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 1 KSchG, Rn. 299 ff.

²⁰ Vgl. *Oetker* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 1 KSchG, Rn. 351 ff.

hand der Entwicklung der Grundsätze zur Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung darstellen.

Bei Erlass des Kündigungsschutzgesetzes im Jahre 1951 wurde erstmals in einer allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschrift festgelegt, dass Kündigungen sozial gerechtfertigt sein müssten, und dass einer dieser Gründe so genannte betriebliche Erfordernisse sein könnten. Das war damals und ist bis heute in § 1 Abs. 2 KSchG geregelt. Auch die diesbezügliche Sozialauswahl wurde bereits seinerzeit in § 1 Abs. 3 KSchG normiert:

„Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Das gilt nicht, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen.“²¹

Ziel der Regelung war seinerzeit, Willkür bei der Auswahl der zu kündigenden Personen zu vermeiden und zugleich das unternehmerische Interesse am Erhalt einer leistungsfähigen Belegschaft zu sichern. Die Abwägung dieser beiden Belange betonte die Entwurfsbegründung ausdrücklich – wobei besonderer Wert darauf gelegt wurde, dass der Arbeitgeber den besser qualifizierten Arbeitnehmern nicht vor den weniger qualifizierten Arbeitnehmern kündigen

²¹ BGBl. 1951, I 499. Die Regelung wurde in § 1 Abs. 3 S. 3, 4 ergänzt durch eine Sondervorschrift für Vertriebene und Heimkehrer sowie durch eine Beweisregel: „Bei der Auswahl darf innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren seit Inkrafttreten dieses Gesetzes die kürzere Dauer der Betriebszugehörigkeit eines Vertriebenen oder Heimkehrers zu dessen Nachteil nur insoweit berücksichtigt werden, als es sich um den Vergleich mit einem anderen, länger beschäftigten Vertriebenen oder Heimkehrer handelt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne der Sätze 1 und 3 erscheinen lassen.“

muss.²² Erst die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht entwickelte – wenn auch sehr langsam – aus dem Gebot der Abwägung sozialer und unternehmerischer Belange ein eigenes System, in welchem Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer gebildet und innerhalb dieser Gruppen nach sozialen Gesichtspunkten wie Alter, Unterhaltspflichten und Betriebszugehörigkeit eine Reihenfolge rechtmäßig zu entlassender Arbeitnehmer zu konstruieren war – welche in vielen Fällen weniger leistungsfähige Arbeitnehmer begünstigt.²³ Als das Kündigungsschutzrecht 1969 reformiert wurde, beließ es der Gesetzgeber beim bisherigen Text, und die Materialien ließen die Frage der Sozialauswahl unerwähnt.²⁴ Auch die heutige Fassung des § 1 Abs. 3 KSchG, welche die Kriterien der Betriebszugehörigkeitsdauer, des Lebensalters, der und der Schwerbehinderung ausdrücklich nennt, beruht nicht auf der Motivation, die Rechtsprechung zur Sozialauswahl in den gesetzgeberischen Willen zu transformieren. Ihr Zweck liegt vielmehr darin, ausufernde unsichere Rechtsprechung wieder „einzufangen“, also ein Mindestmaß an Handhabbarkeit herzustellen. Sie ist eine

²² BT-Drucks. 1/2090 vom 27.3.1951, S. 12: „Die Vorschrift des 1 Absatz 3, daß bei der Auswahl der Person des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, galt bereits im früheren Recht. Dabei war auch nicht umstritten, daß der Anspruch des Arbeitnehmers auf Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte seine Grenze in den berechtigten betrieblichen Bedürfnissen findet. Der Satz 2 des Absatzes 3, der diesen Grundsatz ausspricht, entspricht dem Ergebnis der Verhandlungen der Sozialpartner. Sie gingen dabei davon aus, daß es durch die betrieblichen Bedürfnisse gerechtfertigt sei, wenn der Arbeitgeber den Hilfsarbeiter vor dem Facharbeiter, unter den Facharbeitern zunächst denjenigen, der für den Produktionsprozeß am ehesten entbehrlich ist, und bei erheblichen Leistungsunterschieden zunächst den Leistungsschwächsten entläßt.“

²³ Noch im Jahr 1961 ließ das BAG die Kriterien weitgehend dahingestellt und meinte lediglich, dass ein 60jähriger mit 30jähriger Betriebszugehörigkeit von einer Kündigung stärker getroffen sein als ein 30jähriger mit zehnjähriger Betriebszugehörigkeit, BAG 20.1.1961 – 2 AZR 495/59, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951. Damit waren noch keine festen Kriterien entwickelt. Anders die Einschätzung bei *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 23. Konkreter im Sinne einer Abwägung der drei Kriterien Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten wurde aber BAG 26.6.1964 – 2 AZR 373/63, AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1951.

²⁴ BGBl. 1969, I 1317. Die Vorschrift wurde lediglich um das Gebot der Darlegung von Gründen ergänzt: „Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Satz 1 gilt nicht, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.“ Die Gesetzesmaterialien nahmen konsequent nicht zur Konkretisierung der Sozialauswahl Stellung, vgl. BT-Drucks. V/3913 vom 24.2.1969, S. 8; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit (19. Ausschuss), BT-Drucks. V/4376 vom 12.6.1969, S. 1 f.

Reaktion auf die Judikatur des Bundesarbeitsgericht, die als schwer absehbar angesehen wurde, weshalb man die Sozialauswahl mittels bekannter Maßgaben zumindest praktikabel machen wollte.²⁵ Das ist nur zum Teil gelungen; bis heute sind die von der Rechtsprechung ausgearbeiteten Regeln zur Sozialauswahl hochkomplex.²⁶

c. **Betriebsbedingte Kündigungen und Betriebsänderungsverfahren nach §§ 111 f. BetrVG**

Personalabbaumaßnahmen sind, soweit sie größere Umfänge annehmen, Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG²⁷ und führen somit – unter Beachtung von § 112a BetrVG – zur Verpflichtung, einen Interessenausgleich zu verhandeln. Zudem existiert ein mittels Einigungsstellenanrufung erzwingbares Mitbestimmungsrecht für den Abschluss eines Sozialplans. Ist das Verfahren nach §§ 111 ff. BetrVG nicht vor der Betriebsänderung durchgeführt worden, sind

²⁵ Der Wortlaut des heutigen § 1 Abs. 3 KSchG beruht auf dem Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996, BGBl. 1996, I 1476. Die damalige amtliche Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 13/4612 vom 10.5.1996, S. 13, erklärte dies wie folgt: „Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gekündigt worden, so ist nach der bisherigen Fassung des § 1 Abs. 3 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Zu diesen sozialen Gesichtspunkten gehören nach der Rechtsprechung in jedem Fall die Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers. Daneben können aber auch andere soziale Gesichtspunkte in Betracht kommen, z. B. Berufsaussichten auf dem Arbeitsmarkt, Krankheiten und wirtschaftliche Lage insbesondere im Zusammenhang mit Einkünften des Ehegatten. Im Interesse einer besseren Berechenbarkeit der Zulässigkeit der Kündigung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer begrenzt die Neuregelung die Sozialauswahl auf die sozialen Grunddaten Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers.“ Deutlich auch die allgemeine Motivation der Entwurfsbegründung a.a.O. S. 8. Danach „ist nicht zu verkennen, daß sich insbesondere für kleinere Unternehmen Schwierigkeiten bei der Anwendung des komplizierten, teilweise unübersichtlichen und ohne juristischen Rat von Fachleuten schwer handhabbaren Kündigungsrechts ergeben. In diesem Bereich wirken sich die Erhöhung der Beschäftigungskosten durch Kündigungsfristen, Abfindungszahlungen, Weiterbeschäftigungs- und Gerichtskosten negativ auf die Einstellungsbereitschaft der Unternehmen aus. Hierzu trägt auch die lange Dauer der Verfahren vor den Arbeitsgerichten bei, in denen über die Wirksamkeit von Kündigungen entschieden wird. Für den einzelnen Arbeitgeber stellt es ein erhebliches Kostenrisiko dar, wenn er unter Umständen erst nach einem langen gerichtlichen Verfahren zur Nachzahlung des Arbeitsentgelts an den gekündigten und inzwischen aus dem Betrieb ausgeschiedenen Arbeitnehmer verpflichtet ist. Diese Faktoren wirken für die Inhaber kleinerer Betriebe als psychologische Barriere für Neueinstellungen.“ S. näher zur wechsellvollen jüngeren Gesetzgebungsgeschichte *Oetker* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 1 KSchG, Rn. 2.

²⁶ S. nur die Kommentierung bei *Oetker* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 1 KSchG, Rn. 299 - 371.

²⁷ Vgl. *Kania* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 10 ff.

Nachteilsausgleiche gemäß § 113 BetrVG zu leisten – nach Ansicht vieler Landesarbeitsgerichte besteht zudem ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats.²⁸ Die Einigungsstelle, welche im Dissensfall über den Sozialplan entscheidet, ist gemäß § 112 Abs. 4, Abs. 5 BetrVG zumindest in einem weiteren, nicht voll justiziablem Rahmen den Geboten der wirtschaftlichen Vertretbarkeit unterworfen.²⁹

Das gesamte Verfahren bei der Einigungsstelle bis zur rechtskräftigen Klärung der Wirksamkeit ihres Spruchs kann zu erheblichen Verzögerungen führen. Kommt es beispielsweise nicht zur Einigung über die Person des neutralen Vorsitzenden, muss das Arbeitsgericht im aufwendigen Beschlussverfahren diese Personalia entscheiden. Trotz prozessrechtlicher Beschleunigungsanordnungen (vgl. § 100 ArbGG, § 76 Abs. 2 S. 2, 3, Abs. 5 S. 4 BetrVG) dauert es bei entsprechender Verzögerungstaktik manchmal dann noch über ein Jahr, bis eine Entscheidung in der Welt ist.

d. Tarifvertrags- und arbeitskampfrechtliche Möglichkeiten der Verhinderung betriebsbedingter Kündigungen

Zumindest in größeren, teils auch in mittleren Unternehmen hat sich in den letzten Jahrzehnten eine Entwicklung manifestiert, welche die nach § 1 KSchG prinzipiell zulässige – wenn auch in der Durchführung nicht immer rechtssicher handhabbare – betriebsbedingte Kündigung faktisch stark einschränkt.

Diese Einschränkung beruht darauf, dass die Rechtsprechung des BAG neben den soeben diskutierten betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplänen auch tarifvertragliche Regelungen zulässt, in denen die Inhalte von Sozialplanregelungen normiert werden. Das wiederum erlaubt Arbeitskämpfe, die auf den Abschluss solcher Tarifvorschriften gerichtet sind. Bei der rechtlichen Prüfung der

²⁸ Für einen Unterlassungsanspruch etwa LAG Hamm 17.2.2015 – 7 TaBVGa 1/15, NZA-RR 2015, 247 ff.; dagegen etwa LAG Rheinland-Pfalz 27.8.2014 – 4 TaBVGa 4/14, NZA-RR 2015, 197 ff.; s. eingehend und m.w.N. *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 111 BetrVG Rn. 27 f.; *Hohenstatt/Willemsen* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 78 ff. m.w.N.

betreffenden tarifvertraglichen Sozialplanforderungen verzichtet die Rechtsprechung zudem auf eine Angemessenheitsprüfung nach dem Muster des § 112 Abs. 4, Abs. 5 BetrVG, setzt hier im Grundsatz also keine wirtschaftlichen Limits. Damit nimmt sie in Kauf, dass die von der Gewerkschaftsseite erhobenen Forderungen ein Ausmaß annehmen, welches auf das Unmöglichmachen des Personalabbaus hinausläuft.³⁰ Faktisch macht das BAG somit die unternehmerische Entscheidung über den Personalabbau der (verhindernden) Einflussnahme durch Arbeitskampfmaßnahmen zugänglich. Weil und soweit auf Gewerkschaftsseite genügend Möglichkeiten bestehen, im Arbeitskampf zumindest zentrale Schaltstellen des Produktions- oder Leistungsgeschehens lahmzulegen, liegt es in ihrer Macht, betriebsbedingte Kündigungen zu verhindern.

Bei größeren Unternehmen in Deutschland hat sich mittlerweile die Haltung durchgesetzt, dass selbst in wirtschaftlich bedrohlichen Lagen und bei entsprechend einschneidenden Umstrukturierungsmaßnahmen ein Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen bzw. vereinbart werden sollte. Sicherlich ist es nicht nur der aufgrund der zitierten BAG-Judikatur drohende Arbeitskampf um Betriebsänderungen, der zu dieser Situation geführt hat. Dennoch dürfte er dazu beigetragen haben. Festzuhalten ist jedenfalls, dass die betriebsbedingte Kündigung als Instrument der personalwirtschaftlichen Flexibilisierung mittlerweile faktisch entfallen ist.

e. Massentlassungsverfahren nach § 17 KSchG

Bei der gleichzeitigen Beendigung einer bestimmten Anzahl von Arbeitsverhältnissen kommen noch die betriebsverfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verfahren nach § 17 KSchG hinzu. Die auf den ersten Blick unscheinbare Regelung des § 17 KSchG, welche bei so genannten Massentlassungen

²⁹ Vgl. *Hohenstatt/Willemsen* in Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 8. Aufl. 2018, § 112 BetrVG, Rn. 58 ff. m.w.N.

ein betriebsverfassungsrechtliches und ein verwaltungsrechtliches Konsultationsverfahren bei der Bundesagentur für Arbeit vorsieht, ist in den letzten zehn Jahren zum Betätigungsfeld des EuGH,³¹ des BVerfG³² und nicht zuletzt des BAG geworden.³³ Dabei ergab sich aus der Sicht des deutschen Rechtsanwenders oftmals die Situation, dass die Gerichte Rechtsansichten äußerten, die bis dahin in keinem einschlägigen Kommentar oder sonst in der bekannteren Literatur vertreten worden waren. So entschied der EuGH, dass der Begriff der „Entlassung“ im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie nicht demjenigen Verständnis entspreche, welches der deutsche Gesetzgeber vom Begriff der „Entlassung“ im Sinne des KSchG habe. Während als „Entlassung“ i.S.d. §§ 17 f. KSchG bis dahin als die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses angesehen wurde, welche insbesondere auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist fiel, meinte der EuGH, „Entlassung“ sei die Kündigungserklärung selbst.³⁴ Das BVerfG wandelte dies später in der Weise ab, dass für die Kündigung von Eltern, die nach dem BEEG geschützt werden, von Verfassungs wegen doch besser nicht auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung, sondern auf den Zeitpunkt des Zustimmungsantrags nach BEEG abzustellen sei.³⁵ Später meinte der EuGH zur Überraschung wieder der deutschen Rechtspraxis, zur Belegschaft im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie seien auch GmbH-Geschäftsführer zu rechnen.³⁶

³⁰ Das BAG erklärte, eine Übermaßkontrolle von Streikzielen sei nicht geboten: „Der Umfang einer Streikforderung ist keine rechtlich bedeutsame Größe. ... Sie hat die Funktion, die jeweiligen Mitglieder zu motivieren und Tarifverhandlungen zunächst einmal in Gang zu bringen.“ Eine Rechtskontrolle sei „mit der Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren und widerspräche dem Grundgedanken der Tarifautonomie.“ Eine Grenze sei erst erreicht, wenn „die Streikforderung gezielt auf die wirtschaftliche Existenzvernichtung des Gegners gerichtet“ sei, BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987, Rn. 100.

³¹ EuGH 27.1.2005, Rs. C-188/03 (Junk), NZA 2005, 213; EuGH 9.7.2015, C-229/14 (Balkaya), NZA 2015, 861; EuGH 15.2.2007 – C-270/05 (Athinaiki Chartopoiia), Slg. 2007, I-1499; EuGH 30.4.2015 – C-80/14 (USDAAW und Wilson), NZA 2015, 601; EuGH 12.10.2004 – C-55/02 (Kommission/Portugal), NZA 2004, 1265.

³² BVerfG 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939, dazu nachgehend BAG 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577.

³³ BAG 23.3.2006 - 2 AZR 343/05, BAGE 117, 281; BAG 13.12.2012 - 6 AZR 348/11, BAGE 144, 125; BAG 18.12.2012 - 6 AZR 41/11, NZA 2013, 1007; BAG 19.3.2015 - 8 AZR 119/14, ZlInsO 2015, 2601; BAG 20.1.2016 - 6 AZR 601/14, BAGE 154, 53; BAG 22.9.2016 - 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175; BAG 21.3.2013 - 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366.

³⁴ EuGH 27.1.2005, Rs. C-188/03 (Junk), NZA 2005, 213.

³⁵ BVerfG 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13, NZA 2016, 939, dazu nachgehend BAG 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, NZA 2017, 577.

³⁶ EuGH 9.7.2015, C-229/14 (Balkaya), NZA 2015, 861.

Das Außergewöhnliche an dieser Judikatur ist der Charakter der „Dauer-Überraschung“. Rechtssicherheit hat dabei nicht existiert, obwohl es lediglich um zwei Verfahren geht, welche die Aufnahme einer Vielzahl Arbeitsloser in die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsförderung unterstützen sollen. Das Ergebnis sind immer wieder neue Wellen relativ chaotischer Zustände, welche die Rechtswidrigkeit von Kündigungen praktisch unabsehbar machen. In einer aktuellen Zwischenbilanz bezeichnet die zuständige Vorsitzende Richterin am BAG, *Karin Spelge*, das Massenentlassungsverfahren nach § 17 KSchG deshalb als „exemplarisches Beispiel dafür, wie eine Regelungsmaterie durch die Rechtsprechung des EuGH und die daran anknüpfende nationale Rechtsprechung ungeachtet eines unveränderten Gesetzeswortlauts eine völlige Neuausrichtung erfahren kann.“ Die Regelung mache es „den Beteiligten nahezu unmöglich, zu erkennen, welche Anforderungen an sie gestellt werden und wie diese einzuhalten sind.“ Es sei ein „Labyrinth, in dem sich die Beteiligten verirren können.“³⁷ Dem ist zuzustimmen.

2. Einverständliche Lösungen: Beispiel Freiwilligenprogramme

Flexibilisierung ist prinzipiell mittels der freiwilligen Lösung des Arbeitsverhältnisses möglich, also im Einverständnis mit den jeweilig betroffenen Arbeitnehmern.³⁸ So werden beim Arbeitsplatzabbau in den letzten Jahren zunehmend so genannte „Freiwilligenprogramme“ aufgelegt, bei denen der Arbeitgeber keine Kündigungen ausspricht, sondern einer größeren Anzahl der Arbeitnehmer Aufhebungsverträge anbietet. Die diesbezüglichen Angebote umfassen Abfindungszahlungen sowie oft noch weitere Leistungen wie beispielsweise Umschulungsmaßnahmen und Umzugsbeihilfen. Teilweise wird dies mit Sozialplänen nach §§ 111 f. BetrVG verbunden.

³⁷ *Spelge* NZA-Beil. 2017, 108, 113.

³⁸ Dazu *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 14.

Bei alledem sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen. Erstens sind solche Programme mit erheblichen finanziellen Lasten verbunden; sie werden in der Praxis nur von Unternehmen mit hinreichenden Geldmitteln aufgelegt. Die dabei aufgewendeten Abfindungsbeträge liegen regelmäßig weit über den Summen, die beispielsweise in § 1a KSchG festgelegt sind bzw. von Arbeitsgerichten bei umstrittenen Kündigungen vorgeschlagen werden; meist dürften sie auch diejenigen Aufwendungen übertreffen, die Einigungsstellen in Sozialplänen festsetzen.³⁹ Zweitens ergibt sich ein strukturelles Problem daraus, dass es meist Arbeitnehmer mit hohen Beschäftigungschancen sind, welche sich auf eine Abfindungsleistung einlassen, da ihnen der Zugang zu einem neuen Arbeitsplatz am leichtesten fällt. Daraus folgen Schwierigkeiten, dringend benötigte Beschäftigte im Unternehmen zu halten und ihrem möglichen Unmut über hohe Zahlungen vorzubeugen, die an Kollegen geleistet werden, welche das Unternehmen verlassen. Drittens werden von vielen Betriebsräten selbst bei reinen Freiwilligkeitsregelungen Mitbestimmungsrechte nach § 17 KSchG und §§ 111 f. BetrVG in Anspruch genommen. Oft führen Unternehmen daher entsprechende Beteiligungsverfahren durch, nicht zuletzt mit Blick auf möglicherweise drohende arbeitsgerichtliche Unterlassungsanordnungen.⁴⁰ Es ergeben sich somit nicht nur aus wirtschaftlichen, sondern auch aus kollektivarbeitsrechtlich bedingten Gründen erhebliche Hemmnisse für die Nutzung dieses Mittels zur personalwirtschaftlichen Flexibilisierung.

³⁹ S. dazu oben II 1.

⁴⁰ S. näher *Kliemt*, Freiwilligenprogramme – Chancen und Risiken bei Restrukturierungen, Festschrift Willemsen, 2018, S. 235 (240 ff.); zur Massenentlassungsanzeige bei Freiwilligenprogrammen *Kliemt* a.a.O.; *Seidel/Wagner* BB 2018, 692 (696 f.); zur Betriebsratsbeteiligung LAG Hannover 27.6.2016 – 11 Sa 1010/15, juris, m. Anm. *Löbig*, Juris PR-ArbR 2018/2 Nr. 5. Vgl. auch *o. Verf.*, Streit um Sanierung Opel-Betriebsrat blockiert Abfindungsprogramm, Spiegel Online 27.4.2018, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/opel-betriebsrat-blockiert-freiwilliges-abfindungsprogramm-a-1205179.html> (letzter Abruf 15.9.2018).

3. Fazit zu den Möglichkeiten wirtschaftlich veranlasster Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Es hat sich gezeigt, dass sich nach neuerer gesetzlicher und richterrechtlicher Rechtslage praktisch keine Möglichkeiten ergeben, Arbeitsverhältnisse aufgrund wirtschaftlich veranlasster Notwendigkeiten zu beenden. Das gilt im Hinblick auf die hier zuletzt diskutierten freiwilligen Lösungen nicht nur deshalb, weil sie in wirtschaftlichen Notlagen aus finanziellen Gründen nicht zustande kommen können; für sie bestehen auch prozedurale Widrigkeiten, die schwer handzuhaben sind. Vor allem gilt es aber auch für das herkömmliche Mittel des wirtschaftlich erzwungenen Personalabbaus, die betriebsbedingte Kündigung. Sie ist jedenfalls bei größeren, aber auch bei vielen mittleren Unternehmen in Deutschland als Instrument personalwirtschaftlicher Flexibilisierung faktisch entfallen. Dazu tragen viele gesetzliche und richterrechtliche Faktoren bei, die im hiesigen Text dargestellt worden sind: Dies sind die Rechtsunsicherheiten bei Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen betriebsbedingter Kündigungen insbesondere bei der Sozialauswahl, die Verzögerungen und Kosten der oft zusätzlich einschlägigen Betriebsänderungsverfahren nach §§ 111 f. BetrVG, die Unklarheiten der Massenentlassungsprozeduren nach § 17 KSchG und die vom Bundesarbeitsgericht eröffneten Möglichkeiten, durch Arbeitskämpfe um „Tarifsozialpläne“ Betriebsänderungen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund hat sich bei größeren und mittleren Unternehmen die Haltung durchgesetzt, dass selbst in wirtschaftlich bedrohlichen Lagen und bei entsprechend einschneidenden Umstrukturierungsmaßnahmen ein Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen oder vereinbart wird.

III. Flexibilisierung bei Vermeidung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Angesichts der beschriebenen Lasten und sozialen Härten, die mit dem Arbeitsplatzabbau verbunden sind, liegt es auf der Hand, dass man Instrumente sucht, mittels derer hierauf verzichtet werden kann. Je eher sich Flexibilisierungspotentiale unter Vermeidung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen ergeben, desto stärker versucht man sie zu nutzen, und zwar möglichst schon im Vorfeld wirtschaftlicher Schwierigkeiten.

1. Arbeitszeitflexibilisierung

Ein Mittel zur personalwirtschaftlichen Flexibilisierung liegt in der Möglichkeit, Arbeitszeiten zu variieren. Das betrifft sowohl die Beeinflussung des Arbeitsvolumens als auch der Beeinflussung der Arbeitszeitlage. Vor allem ein flexibles Arbeitsvolumen kann in Phasen hoher wirtschaftlicher Auslastung als auch in Phasen der Krise mit geringem Leistungsbedarf erhebliche Vorteile bringen. Im ersteren Fall kann sie dazu beitragen, mit erfahrenen Belegschaftsmitgliedern zügig auf erhöhte Nachfrage zu reagieren, und im letzteren Fall können sich Unternehmen zügig an neue Situationen anpassen, ohne Arbeitsverhältnisse zu beenden. Bei alledem gilt, dass die Überbrückung gerade mittlerer und längerer Phasen der ein oder der anderen Art im Ergebnis die größten betriebswirtschaftlichen Vorteile bringt und zugleich dem nachhaltigen Arbeitsplatzertand am ehesten dient. Es besteht also eine Korrelation von Anpassungsoptionen „nach oben“ und „nach unten“.

a. Beeinflussung des Arbeitsvolumens und der Arbeitszeitlage

Dennoch steht die Rechtsprechung solchen Anpassungsmöglichkeiten zurückhaltend gegenüber. Bedarfsorientierung als wesentliche Form der Flexibilisierung wird seitens der Rechtsprechung grundsätzlich wegen damit einhergehender Umgehung des Kündigungsschutzes abgelehnt. Das BAG hat insbesonde-

re klargestellt, dass Vereinbarungen über flexible kapazitätsabhängige Arbeitszeitdeputate mit entsprechender Entgeltflexibilisierung unzulässig sind.⁴¹ Die rechtlichen Hemmnisse für flexibilisierte Arbeitszeiten lassen sich anhand der wichtigsten Gestaltungsmittel skizzieren. Dies sind Arbeitszeitkonten, insbesondere mit Wertguthaben, Arbeit auf Abruf sowie die vereinbarte Arbeitszeitflexibilisierung.

b. Arbeitszeitkonten, insbesondere mit Wertguthaben

Bei der Anlage von Arbeitszeitkonten werden in der Regel Jahresarbeitszeitmodelle vereinbart, welche eine festgesetzte, gleichmäßig zu verteilende (Monats-)Vergütung zugrunde legen, die bedarfsabhängig asymmetrisch abgerufen werden kann. Die dabei entstehenden Risiken einer unausgewogenen oder missbräuchlichen Belastung des Arbeitnehmers, insbesondere im Fall seiner Vorausleistung, werden meist mittels Insolvenzschutzpflichten und mittels Beteiligungsrechten des Betriebsrats bewältigt.⁴² Über das Jahresarbeitszeitmodell hinaus reichen Arbeitszeitkonten mit so genannten Wertguthaben i.S.d. §§ 7b ff. SGB IV. Hier treffen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer sich einen Teil seines Einkommens nicht direkt vom Arbeitgeber auszahlen lässt, sondern es eine Zeit lang (in der so genannten Ansparphase) auf einem Arbeitszeitkonto ansammelt, um sich dieses Entgelt zu einer späteren Zeit (Auszahlungsphase) in festen monatlichen Beträgen ausschütten zu lassen. Das Wertguthaben (teils auch als Langzeitarbeitskonto, Langzeitkonto oder Zeitwertkonto bezeichnet) hat somit meist die Funktion, längerfristige Freistellungen des Arbeitnehmers, insbesondere im Vorruhestand, aber auch zwecks Sabbatical, Erziehung oder Pflege von Angehörigen,

⁴¹ Deutlich der Leitsatz der diesbezüglich grundlegenden Entscheidung BAG 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321: „Eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den Arbeitgeber berechtigen soll, die zunächst festgelegte Arbeitszeit später einseitig nach Bedarf zu reduzieren ..., stellt eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts (§ 2 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG, § 622 Abs. 1 und Abs. 5 BGB) dar und ist daher nach § 134 BGB nichtig“; vgl. dazu *Schüren* in Kiel u.a., Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 44 Rn. 2, 5 ff.

⁴² Vgl. *Rolfs/Witschen/Veit/Hoff*, Recht und Praxis der Arbeitszeitkonten, 3. Aufl. 2017, S. 12 ff., 18 ff., 28 ff.; *Ricken* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 7b SGB IV, Rn. 33 ff.

zu ermöglichen. Hierfür wird eine Wertguthabenvereinbarung nach § 7b SGB IV geschlossen, die oft kollektivarbeitsrechtlich durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung fundiert wird und eines Insolvenzschutzes nach § 7e SGB IV bedarf. Damit ist das Wertguthaben darauf ausgerichtet, persönlichen Interessen des Arbeitnehmers zu dienen. Bei der betriebswirtschaftlich erforderlichen Flexibilisierung von Arbeitseinsätzen ist es kaum geeignet, flankierende Wirkung zu entfalten.⁴³

c. Arbeit auf Abruf

Nach § 12 Abs. 1 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Diese Möglichkeit wird im Interesse des Arbeitnehmers gesetzlich eingeschränkt.⁴⁴ Sowohl die fehlende Freigabe des Arbeitszeitvolumens als auch die damit korrelierend relativ lange Ankündigungsfrist von vier Tagen macht § 12 TzBfG zu einem nur selten eingesetzten Flexibilisierungsmittel. Es dient vor allem im Dienstleistungssektor zur Unterstützung kurzfristiger Auslastungsschwankungen, hat aber für die Produktion praktisch keine Bedeutung.

d. Vereinbarte Arbeitszeitflexibilisierung

Das BAG hat sich darüber hinaus mit der Frage zu befassen gehabt, ob und inwieweit jenseits der Arbeit auf Abruf das Arbeitsvolumen nach oben oder nach unten durch die Arbeitsvertragsparteien beeinflusst werden darf. Dabei galt es insbesondere, die oben a. zitierte Rechtsprechung zu beachten, nach welcher eine arbeitgeberseitig völlig freie Abrufvereinbarung den (Änderungs-

⁴³ Vgl. *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 13, sowie *Schüren* in Kiel u.a., Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 44 Rn. 16, der anmerkt, dass Wertguthaben in der Praxis eher selten sind.

⁴⁴ Es muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt werden, so dass nicht das (wöchentliche) Arbeitsvolumen, sondern lediglich die Arbeitszeitlage flexibilisiert werden kann. Hierbei hat der Arbeitgeber gemäß § 12 Abs. 2 TzBfG die Lage der Arbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus mitzuteilen. Abweichungen davon sind lediglich durch Tarifvertrag zugelassen, § 12 Abs. 3 TzBfG, vgl. *Schüren* in Kiel u.a., Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 44 Rn. 30 ff.

)Kündigungsschutz umgehen würde. Andererseits existieren auch keine ausdrücklichen Regelungen, die eine teilweise flexible Handhabung verbieten. Vor diesem Hintergrund haben die Richter ein bestimmtes Maß an Flexibilisierungsmöglichkeit eröffnet: „Die bei einer Vereinbarung von Arbeit auf Abruf einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25% der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.“⁴⁵ Auch hier gilt aber, dass die damit eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten eher kurzfristig wirken können, also eher im Dienstleistungs- als im Produktionsbereich zum Tragen kommen. Zudem werden sie in der Regel tarifvertraglich stark eingengt.

Insgesamt zeigt sich somit, dass aufgrund restriktiver gesetzlicher Regelungen, aber auch aufgrund prinzipieller Vorbehalte der Rechtsprechung, die Potentiale der betriebswirtschaftlich indizierten Flexibilisierung des Arbeitsvolumens und der Arbeitszeitlage gering sind. Das betrifft insbesondere die – arbeitnehmernützig ausgerichteten – Arbeitszeitkonten, etwa mit Wertguthaben, die (in der Produktion praktisch bedeutungslose) Arbeit auf Abruf und auch die Möglichkeiten der vereinbarten Arbeitszeitflexibilisierung.

⁴⁵ BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423, 2. Leitsatz; s. dort auch Rn. 44: „Das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Dauer der Arbeitszeit und der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung sind angemessen zum Ausgleich zu bringen. ... Bei der Prüfung der Angemessenheit einer Vereinbarung über Arbeit auf Abruf geht es ... um den Umfang der im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Arbeitspflicht. Das schließt einen über 25 % hinausgehenden Anteil abrufbarer Arbeitsleistung aus. Die vom Arbeitgeber abrufbare über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Bei einer Vereinbarung über die Verringerung der vereinbarten Arbeitszeit beträgt demzufolge das Volumen 20 % der Arbeitszeit.“ Vgl. dazu *Richardi/Fischinger* in Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2016 (aktualisiert 2018), § 611 BGB, Rn. 1059; *Schüren* in Kiel u.a., Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 45 Rn. 4. Die vom BAG entwickelte Regel soll offenbar gesetzlich normiert werden, so zumindest der Koalitionsvertrag (oben Fn. 1), S. 52: „Arbeit auf Abruf nimmt zu. Wir wollen jedoch sicherstellen, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausreichend Planungs- und Einkommenssicherheit in dieser Arbeitsform haben. Deshalb werden wir gesetzlich festschreiben, dass der Anteil abzurufender und zu vergütender Zusatzarbeit die vereinbarte Mindestarbeitszeit um höchstens 20 Prozent unterschreiten und 25 Prozent überschreiten darf. Fehlt eine Vereinbarung zur wöchentlichen Arbeitszeit gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden“.

2. Vereinbarte Arbeitszeitänderung

Des Weiteren ist es den Arbeitsvertragsparteien möglich, durch die Neufestsetzung der arbeitsvertraglich festgelegten Arbeitszeiten auf wechselnde betriebswirtschaftliche Anforderungen zu reagieren. Der Abschluss der betreffenden Änderungsverträge lässt sich in der Regel nur schwer bewerkstelligen, da sich der Arbeitnehmer nicht ohne zusätzliche Leistungen dazu bereitfinden wird, seine persönliche Lebensplanung umzustellen. Und für den Arbeitgeber ergeben sich Probleme, solche Umstellungen zu administrieren, ohne dabei wegen Ungleichbehandlungen zwischen den Belegschaftsmitgliedern neue Schwierigkeiten hervorzurufen. Entsprechende Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind am ehesten möglich, wenn ein breites Spektrum an möglichen Arbeitszeiten existiert: Nur dort, wo zunächst relativ lange Wochenarbeitszeiten erlaubt sind, existiert ein hinreichendes Änderungspotential, um bei wirtschaftlichen Engpässen durch Verkürzungsvereinbarungen Flexibilität zu schaffen.

Allerdings werden solche privatautonomen Lösungen häufig durch tarifvertragliche Arbeitszeitvereinbarungen verhindert bzw. „gedeckelt“. Hintergrund ist die gewerkschaftliche Forderung nach der regelmäßigen 35-Stunden-Woche in der Metallindustrie, die in den 1980er Jahren zu den bis dahin härtesten Tarifkonflikten der Bundesrepublik Deutschland führten. Die IG Metall vertrat damals die Ansicht, es ließe sich mittels einer Gesamtmengensteuerung der Arbeitszeit ein Mehr an Arbeitsplätzen schaffen. Man meinte, es gebe nur eine bestimmte Menge an Arbeit, und wenn diese „gerecht“ verteilt würde, sei genug für alle da.⁴⁶ Diese Annahme war schon damals unzutreffend. Ein hohes Maß an Beschäftigung stimuliert sowohl nach dem angebots- als auch nach dem nachfrage-theoretischen Modell die generelle Wirtschaftskraft und führt tendenziell zu einer weiteren Vermehrung der Nachfrage von Arbeit, also einer Arbeitsplatzzunahme.

⁴⁶ Vgl. zur damaligen Diskussion *Waltermann* NZA 1991, 754 ff.

Am Ende des Konflikts stand der so genannte Leber-Rüthers-Kompromiss,⁴⁷ nach welchem die Überschreitung der 35-Stunden-Woche nur für bestimmte Prozentsätze der Belegschaften zugelassen war. In der Folge wurde befürchtet, dass Arbeitnehmer, die nicht Gewerkschaftsmitglieder waren (so genannte Außenseiter), mangels Bindung an die betreffenden Tarifvorschriften wirksam Vereinbarungen über längere Arbeitszeiten – mit entsprechend höherer Entlohnung – vereinbaren könnten. Das ließ sich verhindern, wenn man die betreffenden Arbeitszeit- und Quotenvorschriften nach § 3 Abs. 2 TVG als betriebsverfassungsrechtliche oder betriebliche Tarifnormen einordnete. Bei diesen Regelungen nimmt die Rechtsprechung eine normative Geltung auch für Außenseiter an. Voraussetzung für das Vorliegen solcher Tarifnormen ist laut BAG, dass die betreffenden Vorschriften nicht Inhalt eines Individualarbeitsvertrags sein können, wobei aber das Nichtkönnen nicht im Sinne einer naturwissenschaftlichen Unmöglichkeit zu verstehen ist. Es reicht aus, dass "eine individualvertragliche Regelung wegen evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit" ausscheidet.⁴⁸ Das BAG hat in den genannten Tarifvorschriften der Metallindustrie, welche die individuelle Arbeitszeit belegschaftsweit einheitlich vorschreiben und prozentuale Vorgaben für ihre teilweise Überschreitung machen, dann in der Tat betriebliche Tarifnormen gesehen. Damit verhinderten die Richter, dass Arbeitgeber in Verträgen mit Außenseiterarbeitnehmern längere Ar-

⁴⁷ Der Tarifkonflikt um die 35-Stunden-Woche in der Metallindustrie, war mit dem so genannten Leber-Rüthers-Kompromiss 1984 beigelegt worden. Dieser sah vor, dass Belegschaftsmitglieder in bestimmten Prozentsätzen einverständlich über mehr als die tariflich festgesetzte Stundenzahl wöchentlich beschäftigt werden konnten, vgl. dazu *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung im Betrieb, 2002, S. 277 ff.; *Reiß*, Tarifautonomie im Spannungsverhältnis zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag am Beispiel der Tarifverträge der Metallindustrie, 1984, S. 29 ff.; *F. Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 318 ff.

⁴⁸ BAG 21.1.1987 – 4 AZR 486/86, AP Nr. 46 zu Art. 9 GG; BAG 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG; BAG 7.11.1995 – 3 AZR 676/94, NZA 1996, 1214; BAG 17.6.1997 – 1 ABR 3/97, NZA 1998, 213; BAG 1.8.2001 – 4 AZR 388/99, BAGE 98, 303; kritisch dazu etwa *Dieterich* in *Klebe/Wedde/Wolmerath*, Festschrift Däubler, 1999, S. 451 ff.; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 449 ff. M.E. sollten als betriebliche Tarifnormen nur solche Regelungen angesehen werden, die ihrem Gegenstand nach den erzwingbaren Mitbestimmungsrechten des BetrVG unterliegen.

beitszeiten jenseits des Quotensystems vereinbaren⁴⁹ – und sorgten so dafür, dass der Leber-Rüthers-Kompromiss nicht gefährdet wurde.

Danach ist es einzelnen Arbeitnehmern, die bei entsprechend tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind, nicht möglich, längere Arbeitszeiten zu vereinbaren. Das führt dazu, dass auch das Flexibilisierungspotential, welches von längeren Arbeitszeitregelungen ausgeht, nicht genutzt werden kann.⁵⁰ Das zeigt sich beispielsweise in einer Situation, in der über eine bestimmte Phase die Auslastung eines Unternehmens um ein Viertel zurückgeht ist: Ein Arbeitnehmer, der über mehrere Jahre 40 Stunden wöchentlich gearbeitet hat, ist eher in der Lage, diese Zahl zwei Jahre lang auf 30 Stunden zu reduzieren, als ein Arbeitnehmer, der seit Jahren 28 Stunden wöchentlich tätig ist. Letzterer muss, um die Reduzierung um ein Viertel zu erreichen, auf 21 Stunden verkürzen. Das bedeutet für ihn nicht nur weniger Einkommen als dasjenige des 30-Stunden-Beschäftigten. Viel schwerer wiegt, dass er mangels vollzeitiger Vorbeschäftigung keine Ressourcen bilden konnte.

Mittlerweile sind diese Einschränkungen privatautonomer Arbeitszeitfestlegung teilweise gelockert worden. Insbesondere die jüngsten Tarifvertragsschlüsse in der Metallindustrie haben den diesbezüglichen Gestaltungsrahmen erweitert.⁵¹ Prinzipiell bleibt es aber dabei, dass – auf der Grundlage der besonderen Auslegung von § 3 Abs. 2 TVG durch das BAG – in vielen industriell geprägten mittleren und größeren Unternehmen Tarifregelungen existieren, welche die Flexibilisierung der Arbeitszeit sogar gegen den Willen des einzelnen Arbeitnehmers verhindern.

⁴⁹ BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86 BAGE 56, 18 ff.; BAG 17.6.1997 – 1 ABR 3/97, NZA 1998, 213; vgl. zur Kritik *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 360 ff. In der erstgenannten Entscheidung hatte das BAG „betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen“ angenommen; dies wurde in der zweitgenannten Entscheidung korrigiert und durch die Annahme ersetzt, dass „betriebliche Tarifnormen“ vorliegen.

⁵⁰ Vgl. *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 12 f.

3. Kurzarbeitergeld als Flexibilisierungsmittel?

Kurzarbeitergeld dient dazu, in Zeiten vorübergehender Unternehmenskrisen betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden und stattdessen mittels beitragsfinanzierter Unterstützung Entgeltausfälle teilweise und zeitweise aufzufangen. Obwohl es sich somit um ein sozialrechtliches Instrument mit der Funktion sozialer Vorsorge für die Beschäftigten handelt, kann Kurzarbeitergeld der Sache nach mittelbar auch unternehmerische Flexibilität bei wirtschaftlich bedingten Auslastungsschwächen unterstützen.⁵² Die Leistungen setzen nach §§ 95 ff. SGB II unter anderem⁵³ voraus, dass im Unternehmen „ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt“ (§ 95 S. 1 Nr. 1 SGB III). Der Arbeitsausfall ist gemäß § 96 Abs. 1 SGB III dann erheblich, wenn „1. er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, 2. er vorübergehend ist, 3. er nicht vermeidbar ist und 4. im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist ...“.

Das bedeutet allerdings nicht, dass Kurzarbeitergeld ein geeignetes Mittel wäre, unternehmerische Flexibilität beim Personaleinsatz zu fördern. Entsprechend der Zielsetzung der Vorschrift muss es sich um die besondere Situation unab-

⁵¹ *Gesammetall*, Tarifabschluss 2018 in der Metall- und Elektroindustrie, Berlin 2018, S. 6 ff., 12 f., https://www.gesammetall.de/sites/default/files/downloads/gm_broschuere_tarifabschluss2018_f inal.pdf (letzter Abruf 15.9.2018); *Gesammetall*, Ergebnisse der Tarifrunde 2018, <https://www.gesammetall.de/tarifpolitik/tarifrunden/ergebnisse-der-tarifrunde-2018> (letzter Abruf 15.9.2018).

⁵² Vgl. zur Unternehmensnützigkeit von Arbeitsförderungsleistungen, insbesondere von Kurzarbeitergeld, *Schnitzler* in Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur, 2013, S. 15 ff.; *Hase*, daselbst, S. 37 ff., insbesondere S. 45 ff.; *Giesen* daselbst, S. 95 ff., insbesondere S. 100 ff.

⁵³ Die weiteren betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen sowie das Erfordernis der Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Agentur für Arbeit müssen hier nicht näher diskutiert werden, vgl. dazu die Kommentierung der §§ 95 ff. SGB II von *Bieback* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, Beck OK, Stand 2018.

wendbarer strukturell wirkender Einflüsse handeln. Das wird in der Definition der „wirtschaftlichen Gründe“ und des „unabwendbaren Ereignisses“ deutlich, die in § 96 Abs. 2 und Abs. 3 SGB III geliefert wird. Die „wirtschaftlichen Gründe“ setzen voraus, dass der Arbeitsausfall „durch eine Veränderung der betrieblichen Strukturen verursacht wird, die durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingt ist“, und ein „unabwendbares Ereignis“ ist insbesondere dann gegeben, „wenn ein Arbeitsausfall auf ungewöhnlichen, von dem üblichen Witterungsverlauf abweichenden Witterungsverhältnissen beruht...“.

Aus den beiden Definitionen ergibt sich, dass es zum einen einer generellen extern verursachten Krisensituation bedarf und zum anderen außergewöhnlicher, unerwarteter Vorkommnisse, die sich im betrieblichen Geschehen besonders schädlich auswirken. Ein Beispiel für ersteres ist die so genannte Lehman-Krise gewesen, infolge derer vor zehn Jahren für kurze Zeit beispielsweise die Nachfrage von Kraftfahrzeugen der Oberklasse einbrach – und in der sich die Kurzarbeitergeldleistung durchaus bewährt hat.⁵⁴ Beispiele für unabwendbare Ereignisse sind dagegen etwa Hochwasser, welches Arbeiten im Freien (Werften, Bau-, Land- und Forstwirtschaft) verhindert, oder auch außergewöhnlich starke Regenfälle, die in der Bauwirtschaft außerhalb des Schlechtwetterzeitraums (in dieser Zeit greift möglicherweise die Sonderregelung des Saison-Kurzarbeitergeldes, § 101 SGB III) die Tätigkeit nachhaltig beeinträchtigen.⁵⁵ Hinzu kommt, dass der jeweilige Arbeitsausfall nach näherer Maßgabe von § 96 Abs. 4 SGB III unvermeidbar sein muss, was ebenfalls die Reichweite der Kurzarbeitergeldleistungen verringert.

⁵⁴ Zur Lehman-Krise *Obermeier/Kühl*, Arbeitsmarktpolitische Reaktionen auf die Krise: Deutschland und Europa, Dossier der Bundeszentrale für politische Bildung, 11.11.2016, <http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/arbeitsmarktpolitik/187861/arbeitsmarktpolitische-reaktionen-auf-die-krise?p=all> (letzter Abruf 22.9.2018); s. zum Begriff der „wirtschaftlichen Gründe“ *Bieback* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck OK, Stand 2018, § 96 SGB III Rn. 3. Er unterscheidet bei den „wirtschaftlichen Gründen“ insbesondere „konjunkturell bedingte Auftrags-/Nachfragerückgänge und Mängel an liquiden Mitteln“, „strukturelle Ursachen“ wie etwa Branchenumbrüche bei Produktionsverlagerungen, „grundlegende und allgemeine Änderungen in der technischen und organisatorischen Produktionsweise“ sowie etwa „Störungen in der arbeitsteiligen Organisation der Wirtschaft sowie der wirtschaftlichen Infrastruktur“.

⁵⁵ *Bieback* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck OK, Stand 2018, § 96 SGB III Rn. 10.

Unabhängig von diesen strengen Voraussetzungen ist zu beachten, dass Kurzarbeit stets mit hohem zusätzlichem unternehmerischem Aufwand verbunden ist, den so genannten „Remanenzkosten“. Diese liegen nicht nur darin, dass häufig die tarifvertragliche Verpflichtung besteht, das Kurzarbeitergeld aus Unternehmensmitteln „aufzustocken“, um Entgelteinbußen bei Arbeitnehmern auszugleichen. Es besteht zusätzlich aufgrund des Abstimmungsbedarfs mit der Arbeitsverwaltung und gegebenenfalls mit der Betriebsvertretung oder der Gewerkschaftsseite zusätzlicher Aufwand.

Nach alledem zeigt sich also, dass das Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III eher als außergewöhnliches Hilfsmittel zur Bewältigung von Krisensituationen dienen kann, aber kein generell verfügbares Mittel zur Flexibilisierung des Wirtschaftens ist. Das ist auch durchaus nachvollziehbar, da es nicht die Aufgabe beitragsfinanzierter Sozialleistungen ist, universelle Hilfe bei Auslastungsschwankungen zu liefern.⁵⁶ Hinzu kommen verfahrenstechnische Zwänge und zusätzliche Kosten für die unveränderte Vorhaltung von Arbeitsplätzen (Remanenzkosten), welche die betriebswirtschaftliche Eignung der Kurzarbeit als Flexibilisierungsinstrument weiter reduzieren. Insgesamt ergibt sich daraus, dass das Kurzarbeitergeld nicht dazu beiträgt, jenseits außergewöhnlicher Krisenlagen arbeitsrechtlich verloren gegangene Flexibilität sozialrechtlich wiederherzustellen.

4. Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit)

Bei der Arbeitnehmerüberlassung (bedeutungsgleich: Zeitarbeit oder Leiharbeit) überlässt ein Verleiher, der zugleich Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist, diesen an den Entleiher, der für die Dauer der Überlassung befugt ist, das Direktionsrecht auszuüben. Der Gesetzgeber billigt die Aufspaltung der Arbeitgeberrolle, da er sowohl die Flexibilisierungschancen anerkennt, welche damit verbunden sind, als auch die Möglichkeiten für nur schwer zu vermittelnde Ar-

⁵⁶ *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 13.

beitnehmer, auf diese Weise dauerhaft in den Arbeitsmarkt integriert zu werden.

Seit den Hartz-Reformen hat die Arbeitnehmerüberlassung diese Flexibilisierungs- und Förderzwecke teilweise erfüllt.⁵⁷ Die Möglichkeiten der Arbeitnehmerüberlassung sind in den letzten Jahren im Zuge der vermehrten Reregulierung des Sektors aber wieder stetig zurückgefahren worden, vor allem bei der jüngsten Überarbeitung des AÜG. Mit Wirkung zum 1.4.2017 wurde eine Höchstüberlassungsdauer von grundsätzlich 18 Monaten eingeführt. Von dieser Regelung kann nur durch Tarifvertrag bis zum Erreichen von 24 Monaten abgewichen werden; entsprechende Regeln sind insbesondere im so genannten TV LeiZ vereinbart worden.⁵⁸ Zudem wurde bei der Neufassung des AÜG die Frist, bis zu welcher die Gleichbehandlung mit der Stammbesellschaft ausgesetzt ist, auf bis zu 9 Monate reduziert. Des Weiteren hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Stammbesellschaften und ihrer gewerkschaftlichen sowie betrieblichen Vertreter verstärkt, über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern und über die Frage ihres Einsatzes zu bestimmen.⁵⁹ Außerdem wurde der verwaltungstechnische Aufwand der Durchführung von Leiharbeit erhöht, insbesondere durch Einführung neuartiger Bezeichnungspflichten gemäß § 1 Abs. 1 S. 5, 6 AÜG und beim so genannten Festhaltensverfahren nach § 9 Abs. 2, 3 AÜG.⁶⁰

Insgesamt ergibt sich daraus, dass vor allem im Zuge der Überarbeitungen des AÜG in den letzten Jahren zunehmende Restriktionen des Leiharbeitseinsatzes vorgenommen worden sind. Das gilt insbesondere für die zum 1.4.2017 in Kraft getretene AÜG-Novellierung, welche aufgrund ihres zeitlichen Nachlaufs derzeit zu spürbaren Einstellungshemmnissen führt. Viele bisher bestehende Möglich-

⁵⁷ Vgl. die unterschiedlichen Bewertungen bei der Anhörung im BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)761, S. 6 ff., <https://www.bundestag.de/blob/475452/2ceae822b773640e6669bf63a40b367a/materialzusammensetzung-data.pdf> (letzter Abruf 22.9.2018); *Wank* RdA 2017, 100 ff.; *Giesen*, ZRP 2016, 130 ff.; s. auch den Rückblick auf die Regulierungsgeschichte bei *Lembke/Ludwig*, NJW 2014, 1329.

⁵⁸ S. dazu etwa die diesbezügliche Mitteilung „Zeitarbeit“ von Gesamtmetall, <https://www.gesamtmetall.de/tarifpolitik/tarifvertraege/weiterbildung> (letzter Abruf 15.10.2018).

⁵⁹ S. insbesondere § 1 Abs. 1b S. 3 – 8 AÜG und § 8 Abs. 2 – Abs. 4 AÜG, dazu näher *Wank* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 1 AÜG Rn. 70 ff., § 8 AÜG Rn. 14 ff., 23 ff.

keiten der Inanspruchnahme von Leiharbeit zwecks betriebswirtschaftlicher Flexibilisierung sind damit verloren gegangen.⁶¹

IV. Sachgrundbefristungen als Mittel wirtschaftlicher Flexibilisierung?

Sollte, wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 – Abs. 3 TzBfG eingeschränkt bzw. für bestimmte Unternehmen überwiegend verboten werden, stellt sich verstärkt die Frage nach einer befristungsrechtlichen Alternative. Eine solche Alternative könnte möglicherweise die Sachgrundbefristung bieten. Deren materiell-rechtliche Zulässigkeit richtet sich nach § 14 Abs. 1 TzBfG.⁶²

§ 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG erlaubt die Sachgrundbefristung als solche, und § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG enthält eine konkretisierende Aufzählung, welche acht Befristungsgründe nennt. Dies sind 1. der vorübergehende betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung, 2. die Befristung zwecks Berufseinstiegserleichterung nach Anschluss von Ausbildung oder Studium, 3. die Vertretungsbefristung, 4. die Befristung aufgrund der „Eigenart der Arbeitsleistung“, 5. die Erprobungsbefristung, 6. die Befristung aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen, 7. die Befristung aufgrund zeitlich nur begrenzt verfügbaren Haushaltsmitteln sowie 8. die auf einem gerichtlichen Vergleich beruhende Befristung.

⁶⁰ Vgl. zur Reform *Wank RdA 2017*, 100 ff.

⁶¹ *Britta Beeger*, Erste Zeitarbeiter verlieren ihre Stelle, FAZ Online 18.6.2018, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/mehr-wirtschaft/staatliche-regulierung-erste-zeitarbeiter-verlieren-ihre-stelle-15644850.html?premium> (letzter Abruf 21.9.2018); *Britta Beeger*, Kleine Zeitarbeitsunternehmen fürchten um ihre Existenz, FAZ 20.9.2018, Nr. 219, S. 18.

Im hiesigen Kontext der betriebswirtschaftlich erforderlichen Flexibilisierung sind vor allem § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 7 TzBfG von Interesse, also der vorübergehende betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung, die Vertretungsbefristung, die Befristung wegen der „Eigenart der Arbeitsleistung“, die Erprobungsbefristung sowie die Haushaltsbefristung. Sie sollen im folgenden Text auf ihr Flexibilisierungspotential hin untersucht werden.

1. Befristung wegen vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig, wenn „der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht“.

Auf den ersten Blick erscheint diese Regelung in der Tat geeignet, die Befristung von Arbeitsverhältnissen bei vorläufiger Unklarheit über die weitere Einsetzbarkeit des jeweils eingestellten Beschäftigten zu ermöglichen. Und in diesem Sinne lässt sich auch die amtliche Entwurfsbegründung verstehen:

„Nach Nummer 1 kann die Befristung eines Arbeitsvertrages dadurch gerechtfertigt sein, dass der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Hierbei handelt es sich um einen Sachverhalt, der den meisten Fällen der befristeten Beschäftigung zugrunde liegt. Der vorübergehende betriebliche Bedarf kann in Form eines vorübergehend erhöhten Arbeitskräftebedarfs (z. B. während der Erntesaison) oder eines künftig wegfallenden Arbeitskräftebedarfs (z. B. aufgrund der Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage, Abwicklungsarbeiten bis zur Betriebsschließung) auftreten. Die Anerkennung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs als Befristungsgrund setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Tatsachen mit hinreichender Sicherheit annehmen kann, dass der Arbeitskräftebedarf in Zukunft wegfallen wird

⁶² Die weiteren Voraussetzungen der Sachgrundbefristung wie z.B. das Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG müssen hier nicht behandelt werden. Dasselbe gilt für die Sondertatbestände der Befristung nach dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz – WissZeitVG) und dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄArbVtrG), s. dazu *Wank* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 104, Rn. 2 ff., 8 ff.

(Prognose). Von einem von vornherein feststehenden nur vorübergehenden Arbeitskräftebedarf als sachlich rechtfertigenden Befristungsgrund zu unterscheiden ist die jeder wirtschaftlichen Tätigkeit innewohnende Unsicherheit über die künftige Entwicklung und der dadurch hervorgerufene wechselnde Bedarf an Arbeitskräften.“⁶³

Die Rechtsprechung ist diesen Vorgaben nicht gefolgt. Sie blendet die Vorgaben des Begründungstextes aus, sofern dieser durch die Vorschrift die „meisten Fällen der befristeten Beschäftigung“ erfasst sieht, und fordert stattdessen die – im zitierten Text nicht verlangte – zweifelsfrei sichere und lückenlos zu dokumentierende Feststellung des nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitskraft:

„Die sachliche Rechtfertigung einer Befristungsabrede wegen eines nur zeitweiligen Bedarfs verlangt ..., dass bei Abschluss des Zeitvertrags aufgrund konkreter Tatsachen mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers über das vorgesehene Vertragsende hinaus kein Bedarf besteht. Hierzu muss der Arbeitgeber eine Prognose erstellen. Deren Grundlagen hat er im Prozess darzulegen, damit der Arbeitnehmer seinerseits die Möglichkeit erhält, die Richtigkeit der Prognose zum Zeitpunkt des Vertragschlusses zu überprüfen“.⁶⁴

Zudem muss laut BAG der betreffende spätere Wegfall zweifelsfrei feststehen;⁶⁵ eine diesbezügliche Unsicherheit geht zulasten des Arbeitgebers. All dies führt zur fehlenden Handhabbarkeit der Regelung, weshalb sie relativ selten zur Anwendung kommt.⁶⁶ Die meisten Anwendungsfälle, in welchen die Rechtsprechung die genannten Voraussetzungen bejaht hat, fallen in den Be-

⁶³ BT-Drucks. 14/4374 vom 24.10.2000, S. 18 f.

⁶⁴ BAG 22.3.2000 - 7 AZR 758/98, NZA 2000, 881, Rn. 16; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 23 ff.; beide Zitate m.w.N. zur Rechtsprechung.

⁶⁵ BAG 25.8.2004 – 7 AZR 7/04, NZA 2005, 357, I 3 a. Dort heißt es m.w.N. auf die bisherige Rechtsprechung, die Befristung setze voraus, „dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass für die Beschäftigung des Arbeitnehmers über das vereinbarte Vertragsende hinaus kein Bedarf besteht. Hierzu muss der Arbeitgeber eine Prognose erstellen, der konkrete Anhaltspunkte zu Grunde liegen“. Vgl. dementsprechend die strenge Prognoseprüfung in BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08. NZA 2010, 633 Rn. 14 ff., 18; vgl. zu alledem *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 23 ff.

reich der Tätigkeit von Unternehmen des öffentlichen Dienstes oder solcher Unternehmen, die Aufträge aus dem öffentlichen Bereich erhielten, bei deren sicherer Nichtverlängerung eine feste Prognose des Wegfalls der Betätigungsmöglichkeiten angenommen wurde. Außerhalb dessen, also in der Privatwirtschaft, ist die Erfüllung der von der Judikatur statuierten Anforderungen an § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG praktisch ausgeschlossen.

Das illustriert eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2002, deren Sachverhalt sich allerdings ebenfalls im Bereich eines im öffentlichen Auftrag tätigen Unternehmens abgespielt hat:

Die beklagte Arbeitgeberin befasste sich mit der Erforschung und Durchführung so genannter Tieflagerung, also u.a. der Unterbringung von Materialien in Bergbauschächten. Hier war sie unter anderem auch für das Bundesministerium für Umwelt tätig gewesen. Für die Durchführung eines etwa zweieinhalb Jahre dauernden Projekts war der klagende Arbeitnehmer als wissenschaftlicher Mitarbeiter eingestellt worden. Anschließend schloss die Arbeitgeberin mit ihm eine zweite Befristungsabrede mit vier Jahren Laufzeit, in der es hieß: „Die Vertragsverlängerung erfolgt für Aufgaben von begrenzter Dauer im Projekt 'Abfalluntersuchungsmethoden (Projekt Nr. 77033)'." Diesem Projekt lag ein Forschungs- und Entwicklungsvertrag zwischen der Beklagten und der Bundesrepublik Deutschland vom September 1996 zugrunde, der bis zum 31. Juli 1999 auszuführen war. Eine weitere Beauftragung war nicht abzusehen und aufgrund des Rückgangs der Kernenergienutzung wenig wahrscheinlich.

Obwohl all diese Fakten unbestritten waren, erklärte das BAG die Befristung für unzulässig. Die Arbeitgeberin, so das Gericht, hätte „konkrete Tatsachen dafür vorzutragen (gehabt), die die Prognose rechtfertigen, es seien keine Anschlußprojekte zu erwarten, die eine Weiterbeschäftigung des Klägers ermöglichen könnten.“ Die Behauptung, im Betätigungsbereich des Klägers habe nicht mit

⁶⁶ BAG 22.3.2000 - 7 AZR 758/98, NZA 2000, 881, II 3 a.; BAG 4.12.2013 - 7 AZR 277/12, NZA 2014, 480 Rn. 17; *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 23 a; *Wank* in *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, 2018, § 104, Rn. 2 ff.; *Wank* in *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, 2018, § 103, Rn. 37, 39.

Anschlußaufträgen gerechnet werden können, reiche nicht aus, ebenfalls nicht, dass der Arbeitgeberin seinerzeit keine Folgeprojekte bekannt gewesen waren. Sie hätte auch nicht vorgetragen, sie habe sich schon seinerzeit „entschlossen, in den Arbeitsbereichen des Klägers künftig nicht mehr tätig zu werden.“⁶⁷

Spätestens mit dieser Entscheidung hatte das BAG klargestellt, dass § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG für die Privatwirtschaft praktisch keine Bedeutung hat. Der Beweis einer negativen Tatsache, also des sicheren Entfallens der Einsatzmöglichkeit, ist in aller Regel ausgeschlossen. Allenfalls bei gesicherten Betriebs-schließungen und entsprechenden Abschlussarbeiten ist die Anwendung der Vorschrift denkbar, oder bei feststehenden Totalumstellungen des Leistungs- oder Produktionsprofils. Aber selbst diese Fälle lassen sich häufig nicht sicher genug belegen, um zur Grundlage der Vorschrift zu dienen. In sämtlichen Situationen wirtschaftlicher Schwankungen, für die Unternehmen eine Flexibilitätsreserve benötigen, ist die Vorschrift also unbrauchbar.

2. Vertretungsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG

Auch die Norm zur Vertretungsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG, hat nur eine geringe Reichweite, da sie ausschließlich der Reaktion auf den absehbar zeitlich begrenzten Ausfall eines Kollegen dient.⁶⁸ Soweit Arbeitnehmer umgesetzt werden, weil eine ausgefallene Person vorübergehend von einem unbefristet Tätigen ersetzt und dieser wiederum durch eine befristet eingestellte Person vertreten werden soll (so genannte mittelbare Vertretung), verlangt die Rechtsprechung vom Arbeitgeber eine „besondere Darlegung des Kausalzusammenhangs“.⁶⁹ Eine nachträgliche arbeitgeberseitige Änderung der Vertretungskette lässt das BAG nicht zu: „Der Arbeitgeber hat sich durch die gedankliche Zuordnung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegt und kann folg-

⁶⁷ BAG 5.6.2002 – 7 AZR 241/01, NZA 2003, 149.

⁶⁸ *Wank* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 54. Vgl. auch die Sonderregelung des § 21 BEEG.

lich den Ausfall der Stammkraft nicht mehr zur Begründung einer unmittelbaren oder mittelbaren Vertretung durch einen anderen Arbeitnehmer heranziehen“.⁷⁰

Auffällig ist hier die besondere Toleranz der Rechtsprechung für Vertretungen im öffentlichen Dienst; der Schulbereich, so das BAG, „zeugt von der Notwendigkeit besonderer Flexibilität, die den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge objektiv rechtfertigen kann“.⁷¹ Warum außerhalb des Schulbereichs keine besonderen Flexibilitätsbedürfnisse bestehen, bleibt ungeklärt.

3. Befristung wegen der „Eigenart der Arbeitsleistung“, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG

Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG ist trotz ihres relativ weit gefassten Wortlauts nur in Teilbereichen geeignet, Flexibilität in der Personalplanung herzustellen. Eine Befristung wegen der „Eigenart der Arbeitsleistung“ lässt die Judikatur nur für mittlerweile gefestigte Fallgruppen zu, welche hier lediglich kurz aufgezählt werden sollen. Erstens existiert im Bereich der Berichterstattung, der Unterhaltung und der Kunst, etwa beim Einsatz von Redakteuren und Schauspielern, ein laut Rechtsprechung legitimes Abwechslungsbedürfnis.⁷² Gleiches gilt zweitens im Profisport, etwa bei Trainern und Fußballern.⁷³ Drittens wird auch für den Bereich der kirchlichen und parlamentari-

⁶⁹ BAG 11.2.205 – 7 AZR 113/13, NZA 2015, 617, Rn. 19 ff.; BAG 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, Rn. 20; *Wank* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 55.

⁷⁰ BAG 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, Rn. 22.

⁷¹ BAG 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, Rn. 20; *Wank* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 55.

⁷² S. zuletzt etwa BAG 13.12.2017 - 7 AZR 369/16, NZA 2018, 656 (betreffend eine Maskenbildnerin der Bayerischen Staatsoper); *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 45 ff.; *Wank* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 60, 62 m.w.N.

⁷³ BAG 16.1.2018 - 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 ff.; *Wank* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 65; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 44; *Giesen* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 168, Rn. 40 ff.

schen Arbeit teilweise ein Befristungsbedürfnis anerkannt.⁷⁴ Viertens und letztens sind dort, wo nicht das WissZeitVG zur Anwendung kommt, im Lehr- und Wissenschaftsbereich Befristungen erlaubt.⁷⁵

Betrachtet man diese Aufzählung, fällt abermals die Affinität der Rechtsprechung zum öffentlichen Dienst auf. Mit Ausnahme der kirchlichen Einrichtungen und des Sports bezieht sich keine der Fallgruppen auf Bereiche der überwiegend privaten Produktion oder Dienstleistung. Für sie ist § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG weitgehend unanwendbar.

4. Erprobungsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG

Auch die Regelung über Befristungen zur Erprobung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG, leistet keinen signifikanten Beitrag zur personalwirtschaftlichen Flexibilisierung. Die Dauer einer notwendigen Erprobung wird von der Rechtsprechung grundsätzlich auf sechs Monate begrenzt. Die Gerichte sind der Ansicht, dass es für die Beurteilung von Eignung und Leistungsvermögen eines Arbeitnehmers in der Regel keines längeren Zeitraumes bedarf. Damit werden Bedürfnisse der Praxis, beispielsweise in komplexen Einsatzgebieten der IT oder in Bereichen personeller Leitungsverantwortung längere Erprobungszeiten zu vereinbaren, außen vor gehalten. Das BAG akzeptiert länger als sechs Monate dauernde Erprobungszeiten nur, wenn sie aufgrund der Einbeziehung „persönlicher Besonderheiten des Arbeitnehmers“ angezeigt sind.⁷⁶ Im Übrigen zeigt sich das Gericht sehr zurückhaltend in der Zulassung längerer Erprobungsfristen. Ein solcher Sonderfall war die befristete Tätigkeit des Konzertmeisters des

⁷⁴ Müller-Glöge in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 48; Wank in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 63 f.

⁷⁵ Vgl. BAG 12.9.1996 – 7 AZR 64/96, NZA 1997, 378. Dieser Gesichtspunkt gilt bis heute; soweit das WissZeitVG zur Anwendung kommt, greift es als *lex specialis*, s. näher Wank in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2018, § 103, Rn. 58, 66.

⁷⁶ Beispiel ist eine nachträglich bekannt gewordene psychische Behinderung, welche die schnellere zuverlässige Beurteilung erschwert, BAG 2.6.2010 – 7 AZR 85/09, NZA 2010, 1293, Rn. 19 ff.; Müller-Glöge in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 49a.

WDR-Sinfonieorchesters,⁷⁷ welche man heute wohl eher mit der allgemeinen Befristungsmöglichkeit im künstlerischen Bereich (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG) rechtfertigen würde.⁷⁸

Da das allgemeine Kündigungsschutzrecht nach § 1 Abs. 1 KSchG ohnehin erst nach sechs Monaten Unternehmens- oder Betriebszugehörigkeit eingreift, ist die Gestaltungsmöglichkeit nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG aufgrund der referierten Judikatur in der Praxis mittlerweile bedeutungslos.

5. Haushaltsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG

In § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG ist ein besonderes befristungsrechtliches Privileg normiert worden, welches nur im öffentlichen Dienst eingreift: Gemäß dieser Regelung ist ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages dann gegeben, wenn „der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird“. Aufgrund dessen ermöglicht die Rechtsprechung dem öffentlichen Dienst weitreichende kalendermäßige Befristungen über sehr lange Zeiträume. Dies beruht darauf, dass es das BAG für die Anwendung der Vorschrift genügen lässt, wenn ein Einsatz entsprechend der Zwecksetzung der befristet bereit gestellten Haushaltsmittel erfolgt: In sachlicher Hinsicht reicht

⁷⁷ BAG 12.9.1996 - 7 AZR 31/96, NZA 1997, 841.

⁷⁸ S. oben bei Fn. 72.

es, dass die Haushaltsmittel „auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung“ befristet wurden - was sich leicht begründen lässt.⁷⁹

Eine solche Befristungsmöglichkeit, welche die eigene Haushaltsplanung zur Rechtsgrundlage der Befristung erklärt, wird privatwirtschaftlichen Unternehmen vorenthalten.

6. Zwischenfazit zur Sachgrundbefristung

Insgesamt zeigt sich, dass die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG in der Form, wie sie von der Rechtsprechung ausgestaltet worden ist, nicht geeignet ist, den ökonomisch bedingten Flexibilisierungsanforderungen der Privatwirtschaft zu entsprechen.⁸⁰ Die hier behandelten Tatbestände der § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 7 TzBfG mögen diesen Eindruck zwar auf den ersten Blick erwecken. Jedoch kommen sie in der Form, wie sie von der Arbeitsgerichtsbarkeit gehandhabt wird, vor allem im öffentlichen Dienst zum Tragen: Die Norm über den vorübergehenden Arbeitsbedarf, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG, ist in der Privatwirtschaft praktisch ohne Anwendungsbereich. Entgegen den Vorgaben der Entwurfsbegründung hat das BAG hier Anforderungen an die Sicherheit der Wegfallensprognose für den Arbeitsplatz gestellt,

⁷⁹ BAG 22.4.2009 – 7 AZR 743/07, NZA 2009, 1143 Rn. 17. Das BAG lässt dieses Erfordernis teilweise aber auch gänzlich unbenannt. Nach BAG 28.9.2016 – 549/14, NZA 2017, 249 Rn. 40, genügt es für die Anwendung von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG, dass „bei Vertragsschluss keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der künftige Haushaltsplan erneut ausreichende Haushaltsmittel für die befristete Beschäftigung des Arbeitnehmers bereitstellen wird“. S. zu alledem zusammenfassend *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 71 ff. Der EuGH toleriert diese weite Handhabung des Befristungsrechts und verlangt lediglich die sachliche Nachvollziehbarkeit der Befristung, s. im Einzelnen EuGH 23.4.2009 – C-378/07 (*Angelidaki*), Slg. 2009, I-3071 (reiner Finanzbedarf als Befristungsgrund im öffentlichen Dienst nicht ausreichender Sachgrund); EuGH 4.7.2006 – C-212/04 (*Adeneler*), NZA 2006, 909, Rn. 58 ff. (Unzulässigkeit staatlicher Befristungsregelungen ohne Klärung der Frage nach dem Sachgrund).

⁸⁰ Dass zumindest die den Zeitrahmen des § 14 Abs. 2 TzBfG übersteigende Sachgrundbefristung in der Privatwirtschaft keine Rolle spielt, ist statistisch belegt. Im Jahr 2009 (publizierte jüngere Zahlen sind nicht ersichtlich) lagen in der Privatwirtschaft die Befristungen mit einer Dauer von bis zu 6 Monaten bei 36,5%, von 7 – 12 Monaten bei 44,9% und von 12 – 24 Monaten bei 16%. Befristungen, die über 24 Monate hinausgingen, waren nur zu 2,6% gegeben. Dies dürften Fälle des § 14 Abs. 2a, Abs. 3 TzBfG sein. Zahlen nach *Hohendanner/Ostmeier/Lobato*, Befristete Beschäftigung im öffentlichen Dienst, IAB-Forschungsbericht 12/2015, S. 103, <http://doku.iab.de/forschungsbericht/2015/fb1215.pdf> (letzter Abruf 15.10.2018).

die sich kaum erfüllen lassen. Die Regelung zur Vertretungsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG, ist schon nach ihrem Wortlaut sehr eng gefasst, so dass sie nur in wenigen Fällen zur Anwendung kommt. Die zusätzlichen Anforderungen der Judikatur an die Konstruktion mittelbarer Vertretungen beschränken den Anwendungsbereich der Vorschrift noch weiter. Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG könnte mit den hier erlaubten Befristungen wegen der „Eigenart der Arbeitsleistung“ erhebliche Flexibilisierungspotentiale eröffnen. Sie wird aber von der Judikatur fallgruppenbezogen so eng gefasst (insbesondere durch die Fokussierung auf die Felder der Kunst, der Unterhaltung, der Berichterstattung und des Sports), dass sie in der Privatwirtschaft kaum eine Rolle spielt. Auch die Erprobungsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG ändert nichts an diesem Befund, da sie in der Regel nur Befristungen bis zu sechs Monaten zulässt. Die Haushaltsbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG greift nur im öffentlichen Dienst.

Nach alledem hält also die Sachgrundbefristung kein adäquates Flexibilisierungspotential für den Fall des (teilweisen) Verbots sachgrundloser Befristungen bereit. Diese Bewertung gilt bereits für das geltende Recht, so dass es hier keiner weiteren Prüfung der Frage bedarf, welche zusätzlichen Auswirkungen die Pläne für die Einschränkung von Sachgrundbefristungen haben werden.⁸¹

V. Sozialpolitische Zwecke der Befristungsregulierung

Eine Besonderheit des im Koalitionsvertrag enthaltenen Vorschlags zur Einschränkung sachgrundloser Befristungsmöglichkeiten ist der Hinweis auf vermeintliche Missbräuche dieses Instruments. Bereits oben ist dargelegt worden, dass es nicht die sachgrundlose Befristung ist, welche in der Vergangenheit immer wieder missbraucht wurde, sondern die Sachgrundbefristung. Warum

⁸¹ S. dazu oben I 3.

die sachgrundlose Befristung weitgehend beschränkt werden soll, bleibt ungeklärt. Die Argumentation des Koalitionsvertrags läuft in diesem Punkt leer.⁸²

Wenn also der Text des Koalitionsvertrags keine nachvollziehbaren Argumente für die Beschränkung sachgrundloser Befristungen nennt, bedeutet das aber nicht, dass solche Argumente nicht existierten. Eine Analyse des Vorschlags muss deshalb die Argumente selbst nachliefern. Die Gründe für und wider die sachgrundlose Befristung können an dieser Stelle mit Hilfe der Materialien zu ihrer gesetzlichen Zulassung dargelegt werden:

1. Begründungserwägungen zum BeschFG 1985

Die Möglichkeit, sachgrundlose Befristungen zu vereinbaren, wurde erstmals 1985 gesetzlich verankert. Mit dem „Beschäftigungsförderungsgesetz 1985“ (BeschFG 1985) beabsichtigte der damalige Gesetzgeber, die Situation auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern. Die Rechtsprechung ließ seinerzeit zwar Sachgrundbefristungen zu, sachgrundlose Befristungen erlaubte sie aber nur für bis zu sechs Monate, da ansonsten der nach Ablauf dieser Zeit einsetzende Kündigungsschutz des § 1 KSchG ausgehebelt worden wäre.⁸³

Die Begründung zum BeschFG 1985 versprach sich dagegen von der Zulassung längerer sachgrundloser Befristungen ein erweitertes vertragliches Gestaltungsspektrum, welches die Arbeitgeber motivieren würde, auch bei unklarer betriebswirtschaftlicher Perspektive Einstellungen vorzunehmen, somit unter erleichterten Bedingungen zu expandieren und zugleich den Arbeitsmarkt zu stimulieren. Es war klar, dass im Fall erweiterter Befristungsmöglichkeiten die Gewährleistung des Kündigungsschutzes für die Dauer der Befristung teils ausgesetzt würde. Schließlich musste der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis im Fall der Befristung nicht zum Ende dieses Zeitraums kündigen, weil es vertrag-

⁸² S. oben I 2 a., d.

⁸³ BAG 12.9.1996 – 7 AZR 790/95, AP Nr. 182 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter II 2; *Feuerborn*, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, 2003, S. 489 f.; grundlegend zum befristeten Arbeitsvertrag BAG GS 12.10.1960 – GS 1/59, BAGE 10, 65 (70 ff.).

lich von vornherein zeitlich begrenzt war. Das war durchaus gewollt, nachdem die Rechtsprechung die Handhabung des Kündigungsschutzes immer weniger vorhersehbar gestaltet hatte. Diese Situation hat sich bis heute, unter Geltung von § 14 Abs. 2 - Abs. 3 TzBfG, prinzipiell erhalten: Das Arbeitsverhältnis kann, ohne dass es auf zusätzliche besondere Sachgründe ankommt, befristet werden, und soweit mehrere Befristungen hintereinandergeschaltet werden können, lässt es sich heute, sofern der Arbeitnehmer einverstanden ist, befristet bis zum Erreichen von 24 Monaten verlängern.⁸⁴

Der damalige Begründungstext sah dieses Problem des teilweisen Abweichens von den Vorgaben des Kündigungsschutzes durchaus, beließ es aber bei einem allgemeinen Bekenntnis zum Kündigungsschutzgesetz:

„Der unbefristete Arbeitsvertrag mit seinem gesetzlichen Kündigungsschutz ist und bleibt die sozialpolitisch wünschenswerte Regelung. Er hat sich bewährt und entspricht dem Zweck unseres Arbeitsrechts, dem Arbeitnehmer, der zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf die Einkünfte aus dem Arbeitsverhältnis angewiesen ist, einen Dauerarbeitsplatz zu schaffen und ihn im Rahmen des wirtschaftlich Möglichen vor dem Verlust des Arbeitsplatzes zu schützen“.⁸⁵

Dennoch ließ man das Interesse an einer vorrangigen Stärkung der Einstellungsmotivation für den Arbeitgeber und die Stärkung der Beschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer bewusst überwiegen. Laut Begründungstext sollte die neue Befristungsregel

„die Arbeitgeber zum Angebot befristeter Arbeitsverträge an zurzeit arbeitslose Arbeitnehmer auch in solchen Fällen veranlassen, in denen sie heute Überstunden vereinbaren oder sonstige Maßnahmen treffen, die keine zusätzlichen Arbeitsplätze schaffen. ... Für den Arbeitssuchenden ist eine — wenn auch zunächst nur befristete — Arbeit besser als gar keine Arbeit. Für ihn besteht zudem die Chance, dass der befristete Arbeitsvertrag in einen unbefristeten Arbeitsvertrag mündet, wenn sich die konjunkturelle Erholung fortsetzt.“⁸⁶

⁸⁴ Zudem kann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer des Befristungszeitraums zusätzlich vereinbart werden, § 15 Abs. 3 TzBfG. Für sie gelten aber die allgemeinen Vorgaben des Kündigungsschutzrechts.

⁸⁵ BT-Drucks. 10/2102 vom 11.10.1984, S. 16.

⁸⁶ BT-Drucks. 10/2102 vom 11.10.1984, S. 15 f.

Am Ende stand im Jahr 1985 die gesetzliche Möglichkeit nach § 1 Abs. 1 S. 1 BeschFG 1985, bei Neueinstellungen und im Anschluss an die Berufsausbildung eine 18monatige Befristung zu vereinbaren. Gemäß § 1 Abs. 2 BeschFG 1985 konnten Arbeitgeber mit bis zu 20 Arbeitnehmern sowie bestimmte Arbeitgeber der Land- und Forstwirtschaft Befristungen von bis zu zwei Jahren vereinbaren. Diese Möglichkeiten waren zunächst bis zum 1.1.1990 befristet.⁸⁷ In den Folgejahren wurde das Recht zur Vereinbarung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge immer wieder und in unterschiedlichen Formen fortgeschrieben, und heute ist es in den ausdifferenzierten Regelungen der § 14 Abs. 2 - Abs. 3 TzBfG normiert.⁸⁸

2. Flexibilisierung versus teilverzögerter Kündigungsschutz im heutigen TzBfG

Damit besteht – wie in den zitierten Gesetzesmaterialien von 1985 ausgeführt – bis heute der Vorteil der sachgrundlosen Befristung darin, dass die unternehmerische Personalplanung über den Sechsmonatszeitraum des § 1 Abs. 1 KSchG hinaus flexibel gehalten werden kann. So lassen sich absehbare und unabsehbare wirtschaftliche Auslastungsschwankungen sowie Krisen eher bewältigen, was positive Impulse für das expandierende und schrumpfende Wirtschaften und die diesbezüglich notwendigen unternehmerischen Anpassungen mit sich bringt. Umgekehrt ergibt sich für den Arbeitnehmer der erhebliche Nachteil, dass er, wenn er einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag geschlossen hat, anstelle von sechs Monaten (§ 1 Abs. 1 KSchG) bis zu zwei

⁸⁷ BeschFG 1985, BGBl. I 1985, 710. Die Neueinstellung wurde in § 1 Abs. 1 S. 2, 3 BeschFG 1985 näher definiert: So war insbesondere gemäß der Vermutung des § 1 Abs. 1 S. 3 BeschFG 1985 nach einer Beschäftigungspause von vier Monaten von einer Neueinstellung auszugehen. Die Definition der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe richtete sich nach § 138 AO.

⁸⁸ Vgl. zur damaligen Diskussion und zur weiteren Entwicklung bis zum heutigen § 14 TzBfG *Buschmann*, *ArbuR* 2017, Nr. 8/9, G 17 ff.; *Dörner*, *Der befristete Arbeitsvertrag*, 2. Aufl. 2011, Rn. 1 ff.; *Laux/Schlachter*, *Kommentar zum TzBfG*, 2. Aufl. 2011, Einführung Rn. 1 ff.; zum BeschFG 1985 *Büchtemann*, *Befristete Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 (BeschFG 1985)*, *Forschungsbericht 183 des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung*, hrsg. vom BMAS, 1989, S. 1 ff.; vgl. zur verfassungsrechtlichen Diskussion um das BeschFG 1985 *Friauf* *NZA* 1985, 513; *Kempen* *ArbuR* 1985, 374; *Löwisch* *NZA* 1985, 478; *Peiseler* *NZA* 1985, 238; *Schanze* *RdA* 1986, 30.

bzw. vier oder fünf Jahre (§ 14 Abs. 2 bzw. Abs. 2a oder Abs. 3 TzBfG⁸⁹) warten muss, bis sich die dauerhafte Aussicht auf ein kündigungsschutzrechtlich gesichertes Arbeitsverhältnis realisiert.

Für den Arbeitnehmer folgt daraus zwar ein möglicherweise erleichterter Zugang zum Arbeitsplatz, weil das Gesetz dem Arbeitgeber ein höheres Maß an Flexibilität zugesteht – der somit erlangte Arbeitsplatz ist aber, gewissermaßen im Gegenzug, weniger sicher. Die regelmäßig nach spätestens zwei Jahren hergestellte Arbeitsplatzsicherheit bewirkt hierbei, dass die Lasten der befristungsrechtlichen Flexibilität den weniger lang Beschäftigten auferlegt werden, während die länger Beschäftigten nicht betroffen sind. Sie stehen vielmehr – bei Anwendbarkeit des KSchG – unter vollem Kündigungsschutz. Die auf diese Weise durch den Gesetzgeber vorgenommene zeitabhängige Zuweisung von Risiken ist nach sozialen Gesichtspunkten insgesamt nachvollziehbar und vernünftig: Sie sichert ein ausgewogenes Verhältnis notwendiger unternehmerischer Flexibilität bei möglichst weitgreifendem Arbeitsplatzschutz für den einzelnen Beschäftigten.

3. Flexibilisierung versus teilverzögerter Kündigungsschutz in der Analyse des IAB

Dieser Grundsachverhalt ist in der jüngsten Studie des IAB zur derzeitigen Beschäftigungslage und zu den Beschäftigungsaussichten bei befristeter Beschäftigung bestätigt worden:

Im Jahr 2017 hatten mit rund 3,15 Millionen Beschäftigten (8,3 Prozent der Gesamtbeschäftigtenzahl) so viele Menschen wie nie zuvor einen befristeten Arbeitsvertrag. Knapp 1,6 Millionen der Befristungen waren sachgrundlos, wobei davon auszugehen ist, dass ein erheblicher Anteil hiervon auf den öffentlichen

⁸⁹ Die Regelungen der § 14 Abs. 2a, Abs. 3 TzBfG spielen in der Praxis kaum eine Rolle, was sich daran erkennen lässt, dass in der Privatwirtschaft nur 2,6% aller Befristungen länger als 24 Monate laufen, vgl. dazu näher Fn. 80.

Dienst entfiel.⁹⁰ Zugleich hatten jedoch die Chancen auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ebenfalls zugenommen. Im ersten Halbjahr 2017 wurden gut 42 Prozent der befristeten Verträge entfristet, 33 Prozent der auslaufenden Befristungen wurden verlängert und lediglich 25 Prozent beendet. Das IAB geht bei alledem davon aus, dass die Übernahmen in eine unbefristete Beschäftigung bei sachgrundlosen Befristungen überwiegen.⁹¹

Von einer gesetzlichen Beschränkung der sachgrundlosen Befristung unter Zugrundelegung der 75-Personen-Schwelle des Koalitionsvertrages wären gemäß den Daten des IAB-Betriebspanels etwa 360.000 Befristungen betroffen. In der genannten IAB-Studie heißt es hierzu: „Die Begrenzung der sachgrundlosen Befristung bei fortbestehender Rechtsunsicherheit bei Befristungen mit Sachgrund könnte dazu führen, dass Arbeitgeber verstärkt auf andere Beschäftigungsformen wie Zeitarbeit oder Werk- und Dienstverträge ausweichen oder sich mit Einstellungen zurückhalten“. Das Fazit ist deutlich: Dies „könnte das Risiko bergen, dass Arbeitnehmerinteressen nicht gestärkt, sondern verletzt werden. Im ungünstigsten Fall hätten einige der betroffenen Arbeitnehmer statt eines befristeten Vertrags keinen Arbeitsvertrag mehr.“⁹²

⁹⁰ Eine statistische Evidenz hierzu fehlt allerdings. Der Befund lässt sich allenfalls rekonstruieren, s. insbesondere die Untersuchung von *Hohendanner/Ostmeier/Lobato*, Befristete Beschäftigung im öffentlichen Dienst, IAB-Forschungsbericht 12/2015, S. 71 ff., 80 f., 86 ff., <http://doku.iab.de/forschungsbericht/2015/fb1215.pdf> (letzter Abruf 15.10.2018).

⁹¹ *Hohendanner*, Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag - Reichweite, Risiken und Alternativen, IAB-Kurzbericht 16/2018, S. 15, <http://doku.iab.de/kurzber/2018/kb1618.pdf> (letzter Abruf 18.9.2018); *Ch. Grund*, Befristete Beschäftigung als Flexibilisierungsinstrument von Unternehmen, Gutachten 2018, S. 10.

⁹² *Hohendanner*, Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag - Reichweite, Risiken und Alternativen, IAB-Kurzbericht 16/2018, S. 15, <http://doku.iab.de/kurzber/2018/kb1618.pdf> (letzter Abruf 18.9.2018); s. dazu auch o. *Verf.*, So viele befristete Arbeitsverträge wie noch nie, FAZ Online 3.7.2018, <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/beruf/3-15-millionen-arbeitsvertraege-waren-2017-befristet-15672365.html?service=printPreview> (letzter Abruf 18.9.2018). Vgl. auch die statistischen Daten zur Korrelation von Befristung und Betriebsgröße in *Hohendan-*

VI. Zusammenfassung

Der Koalitionsvertrag der CDU/CSU und der SPD vom 7.2.2018 sieht erhebliche Beschränkungen des Rechts zum Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse vor.⁹³ Besonders schwerwiegend wird sich die Regelung auswirken, nach welcher Arbeitgebern mit über 75 Beschäftigten mehr als 2,5% sachgrundlose Befristungen verboten werden. Auffällig ist hier zunächst, dass sich der Koalitionsvertrag zu ihrer Begründung auf „den Missbrauch bei den Befristungen“ beruft. Dieser Missbrauch ist bisher vor allem im öffentlichen Dienst festgestellt worden, und zwar ausschließlich im Bereich der Sachgrundbefristung. Daher trägt der Hinweis auf Missbräuche zumindest nicht die beabsichtigte Regulierung der sachgrundlosen Befristung.⁹⁴

Für größere und mittlere Unternehmen wirkt die genannte 75-Beschäftigten-Regelung weitgehend verbotsgleich. Die Handhabung der 2,5-Prozent-Ausnahme ist mit so großen Rechtsunsicherheiten verbunden, dass ihre volle Nutzung kaum in Betracht kommen wird.⁹⁵ Auch die weiteren Restriktionen, welche für das Befristungsrecht geplant sind, erweisen sich als wenig zielführend. Sie werden in Teilbereichen besonders nachteilig wirken, beispielsweise durch die Erschwerung der Übernahme von Leiharbeitnehmern auf Stammarbeitsplätze.⁹⁶

In den nächsten Jahren wird die Notwendigkeit betriebswirtschaftlicher Flexibilisierung im Zuge der Digitalisierung in der „Arbeit 4.0“ erheblich zunehmen. Es hat sich erwiesen, dass die dafür benötigten rechtlichen Instrumente nicht in hinreichendem Maße existieren. Das gilt sowohl für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere durch betriebsbedingte Kündigung, als auch für Gestaltungen, welche unter Verzicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dessen Flexibilisierung gewährleisten könnten:

ner/Ostmeier/Lobato, Befristete Beschäftigung im öffentlichen Dienst, IAB-Forschungsbericht 12/2015, S. 92, <http://doku.iab.de/forschungsbericht/2015/fb1215.pdf> (letzter Abruf 15.10.2018).

⁹³ S. oben I.

⁹⁴ S. oben I 2 a., d.

⁹⁵ S. oben I 2 a. - c.

Die betriebsbedingte Kündigung ist mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und in der Regel auch hohen Kosten verbunden. Zudem bewirkt unter anderem die Rechtsprechung des BAG zur arbeitskampfrechtlichen Erstreitbarkeit so genannter Sozialplantarifverträge, dass betriebsbedingte Kündigungen zumindest bei größeren Unternehmen mittlerweile faktisch ausgeschlossen werden, und zwar selbst in wirtschaftlich bedrohlichen Lagen.⁹⁷ Einverständliche Lösungen wie beispielsweise Freiwilligenprogramme lassen sich nicht zuletzt wegen der außergewöhnlichen Kosten, die mit ihnen verbunden sind, aber auch wegen der Schwierigkeiten in der kollektivarbeitsrechtlichen Handhabung, allenfalls unter wirtschaftlich günstigen Bedingungen durchführen.⁹⁸

Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, welche unter Verzicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dessen Flexibilisierung fördern könnten, bestehen bereits nach derzeitigem Recht kaum. Sie sind in den letzten Jahren weiter zurückgedrängt worden, obwohl die Praxis dringend Möglichkeiten benötigt, entsprechende Potentiale zwecks Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen zu nutzen. Das betrifft insbesondere die Arbeitszeitflexibilisierung⁹⁹ und die vereinbarte Arbeitszeitänderung,¹⁰⁰ aber auch das Kurzarbeitergeld¹⁰¹ und die Arbeitnehmerüberlassung.¹⁰²

Die weitgehende Beseitigung der sachgrundlosen Befristung kann zudem nicht mit den Mitteln der Sachgrundbefristung aufgefangen werden. Das gilt selbst dann, wenn die im Koalitionsvertrag geplanten Restriktionen der Sachgrundbefristung unberücksichtigt bleiben. Insbesondere die – hier auf den ersten Blick in Betracht kommenden – Tatbestände der § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 7 TzBfG kommen im Bereich der Privatwirtschaft nicht zum Tragen. Insbesondere § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG, der nach seiner ursprüngli-

⁹⁶ S. oben I 3.

⁹⁷ S. oben II 1.

⁹⁸ S. oben II 2.

⁹⁹ S. oben III 1.

¹⁰⁰ S. oben III 2.

¹⁰¹ S. oben III 3.

chen Konzeption betriebswirtschaftlich veranlasste Befristungen ermöglichen sollte, ist mittlerweile richterrechtlich in der Weise modifiziert worden, dass seine Anwendung in der Privatwirtschaft praktisch ausgeschlossen ist. Flexibilisierungspotentiale für eine betriebswirtschaftlich ausgerichtete Personalwirtschaft ergeben sich somit aus keinem der Tatbestände des § 14 Abs. 1 TzBfG.¹⁰³

Insgesamt zeigt sich somit, dass der geplante weitgehende Wegfall des Rechts der sachgrundlosen Befristung den Unternehmen notwendige Potentiale betriebswirtschaftlich notwendiger Flexibilisierung entzieht. Das bisher angestrebte System einer ausgewogenen Sicherstellung unternehmerischer Flexibilität einerseits und möglichst weitgreifenden Arbeitsplatzschutzes andererseits wird aufgegeben.¹⁰⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die geplanten Restriktionen des Befristungsrechts führen zu erheblichen Einbußen dringend erforderlicher wirtschaftlicher Flexibilität. Das gilt nicht zuletzt aufgrund der in den letzten Jahren zunehmenden gesetzlichen und richterrechtlichen Beschränkungen arbeitsvertraglicher Gestaltungsfreiheit.

¹⁰² S. oben III 4.

¹⁰³ S. oben IV.

¹⁰⁴ S. oben V.