



## **Rechtsgutachten**

zur Verfassungsmäßigkeit der im Koalitionsvertrag vom 7. Februar  
2018 vorgesehenen - an einen Schwellenwert von mehr als 75 Be-  
schäftigten anknüpfenden - quotalen Begrenzung der sachgrundlosen  
Befristung

erstattet von Professor Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

# Inhaltsübersicht

<b>A. Die im Koalitionsvertrag vorgesehene Höchstquote für sachgrundlose Befristungen von 2,5 %</b>	<b>4</b>
<b>B. Rechtsunsicherheit, mangelnde Praktikabilität und sonstige Auswirkungen einer Höchstquote von 2,5 % für sachgrundlose Befristungen</b>	<b>6</b>
I. Zu erwartende Rechtsunsicherheit für die Betroffenen	6
II. Praktische Schwierigkeiten der Handhabung	7
III. Zu erwartende Auswirkungen der Einführung einer 2,5 %-Quote für sachgrundlose Befristungen	9
<b>C. Verfassungsmäßigkeit der Bindung der Höchstquote an einen Schwellenwert von 75 Beschäftigten</b>	<b>11</b>
<b>I. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)</b>	<b>11</b>
1. Verhältnis zu Freiheitsgrundrechten	11
2. Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	13
a) Ungleichbehandlung	13
b) Vergleichbarkeit der Sachverhalte	13
c) Benachteiligung	14
3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	14
a) Bestimmung der Prüfungsintensität	14
b) Stärkung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelfall	18
c) Enge persönliche Zusammenarbeit	19
d) Schutz vor Überforderung durch Beendigungsrechtsstreitigkeiten	20
e) Bedürfnis nach personalwirtschaftlicher Flexibilität, Entlastung	21
(1) Systemwidrigkeit als Indiz für Gleichheitsverstoß	23
(2) Mangelnde empirische Plausibilität	28
f) Alles oder Nichts-Prinzip als unverhältnismäßiges Regelungsprinzip	29
g) Fazit	30
<b>II. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG)</b>	<b>32</b>
1. Schutzbereich der Berufsfreiheit	32
2. Eingriff in die Berufsfreiheit	33
a) Potentielle Bewerber	33
(1) Berufsausübungs- oder Berufswahlfreiheit	33
(2) Strukturell einstellungshemmende Wirkung	34
b) Arbeitnehmer, die bereits in einem sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis stehen	35
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	35
a) Legitime Zwecksetzung	36
b) Geeignetheit	36
c) Erforderlichkeit	37

d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	38
<b>III. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1 GG)</b>	<b>40</b>
1. Schutzbereich	40
2. Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit	40
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	41
<b>D. Folgen der Verfassungswidrigkeit</b>	<b>43</b>
I. Nichtigkeits- oder Unvereinbarkeitserklärung	43
II. Erstreckung der Unvereinbarkeit auf die Gesamtregelung	44
<b>E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	<b>45</b>
<b>F. Literaturverzeichnis</b>	<b>47</b>

Der Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V. – Gesamtmetall, vertreten durch den Hauptgeschäftsführer, Herrn Oliver Zander, hat mich ersucht, zu einer Frage gutachterlich Stellung zu nehmen, die der Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und der SPD vom 7. Februar 2018 aufwirft. Erörtert werden soll, ob der im Koalitionsvertrag vorgesehene Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten für das Eingreifen einer die sachgrundlose Befristung limitierenden Höchstquote von 2,5 % verfassungsgemäß wäre.

#### **A. Die im Koalitionsvertrag vorgesehene Höchstquote für sachgrundlose Befristungen von 2,5 %**

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018 hat sich zum Ziel gesetzt, Möglichkeiten der befristeten Beschäftigung zu reduzieren. Wörtlich heißt es: „Sachgrundlose Befristungen werden wieder zur Ausnahme, das unbefristete Arbeitsverhältnis soll wieder zur Regel werden in Deutschland.“<sup>1</sup> Zu diesem Zweck werden gleich mehrere begrenzende Regelungen angekündigt. Vor allem die seit langem rechtspolitisch außerordentlich umstrittene sachgrundlose Befristung soll in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt werden. Zum einen soll künftig die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nur noch für die Dauer von 18 statt bislang von 24 Monaten zulässig sein; bis zu dieser Gesamtdauer soll auch nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich sein. Neben diese verschärften zeitlichen Schranken soll eine quotale Begrenzung der sachgrundlosen Befristung treten, die an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpft. Der Koalitionsvertrag beschreibt dieses Vorhaben wörtlich wie folgt:<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag vom 7.2.2018, S. 12 Zeilen 378-381 (abrufbar u.a. unter <https://www.bundesregierung.de>).

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag vom 7.2.2018, S. 52 Zeilen 2341-2345.

„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 Quote ist einschneidend und wird jedenfalls im Bereich der mittelgroßen und großen Unternehmen zu einem spürbaren Rückgang sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge führen. Unternehmen mit 76 Beschäftigten dürfen demnach maximal einen Arbeitnehmer auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags beschäftigen.

## **B. Rechtsunsicherheit, mangelnde Praktikabilität und sonstige Auswirkungen einer Höchstquote von 2,5 % für sachgrundlose Befristungen**

Insbesondere die geplante quotale Begrenzung der sachgrundlosen Befristung hat in weiten Teilen der Wirtschaft, aber auch im arbeitsrechtlichen Schrifttum erhebliche Kritik auf sich gezogen.<sup>3</sup> Bevor unter C. den vorgebrachten verfassungsrechtlichen Zweifeln nachgegangen wird, soll vorab eine eher rechtspolitische, an der Praktikabilität und den Auswirkungen orientierte Bewertung abgegeben werden.

### **I. Zu erwartende Rechtsunsicherheit für die Betroffenen**

Die geplante Einführung der an einen Schwellenwert von 2,5 % gebundenen Höchstquote wird die betroffenen Arbeitsvertragsparteien aller Voraussicht nach über Jahre hinweg mit ungeklärten Rechtsfragen der Anwendung der Neuregelung belasten. Ferner mutet sie den betroffenen Arbeitgebern einen erheblichen bürokratischen Mehraufwand zu.

Gegenüber der Ankündigung im Koalitionsvertrag müsste die Gesetzesfassung noch diverse Punkte klarstellen, die für die Anwendung in der Praxis von großer Bedeutung sind. Diese seien hier nur kurz angedeutet: Welches soll die maßgebliche Einheit für die Ermittlung des Schwellenwertes sein – der Betrieb oder das Unternehmen? Der Koalitionsvertrag spricht von „Arbeitgebern“. Das deutet auf das Unternehmen als maßgebliche Einheit hin. Insofern wäre auch ein Gleichlauf zu § 23 Abs. 1 KSchG hergestellt. Sodann müsste näher geklärt werden, wie sich der Kreis der Beschäftigten zusammensetzt. Sollen beispielsweise auch Leiharbeitnehmer mitgezählt werden? Wie soll mit kurzfristigen und zufälligen Schwankungen der Beschäftigtenzahl umgegangen werden? Werden Teilzeitbeschäftigte in vollem Umfang – also pro Kopf – mitgezählt oder sollen sie - wie bei § 23 KSchG - nur prozentual hinzugerechnet werden? Wie soll mit Mitarbeitern in Teil-, Eltern- und Altersteilzeit verfahren werden? All diese Fragen betreffen zunächst nur den Schwellenwert und seine Bestimmung.

---

<sup>3</sup> Klein, DB 2018, 1018, 1019 ff.; Fink, DB 2018, M 26-27; Möller, ArbRAktuell 2018, 167 f.; Arnold/Romero, NZA 2018, 329 ff.

Ganz ähnliche Fragen stellen sich dann aber auch noch bei der Ermittlung der Befristungsquote von 2,5 %. Und selbst wenn der Gesetzgeber hier eine ausführliche, auf die soeben angesprochenen Punkte eingehende Regelung schaffen würde, blieben weitere Anwendungsfragen offen, die im Schrifttum schon jetzt erörtert werden. So erhebt sich die Frage, wie im Rahmen der Ermittlung der Höchstquote Arbeitsverhältnisse zu bewerten sind, die auf einem unwirksam befristeten Arbeitsvertrag beruhen, etwa weil der Arbeitgeber das Vorbeschäftigungsverbot nicht beachtet hat oder eine Verlängerung der Laufzeit entgegen der Rechtsprechung mit inhaltlichen Veränderungen verbunden wurde. Als Folge sieht § 16 S. 1 TzBfG ja ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor. Und wie sind Arbeitsverhältnisse zu bewerten, die laut Arbeitsvertrag mit Sachgrund befristet worden sind, bei näherer Begutachtung hingegen nur nach § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt werden können? Auch die Folge einer Überschreitung wirft Fragen auf, deren Beantwortung durch den Gesetzgeber man realistischerweise kaum erwarten darf. Wie ist z.B. der nicht fernliegende Fall zu beurteilen, dass die Quote erst durch den Abschluss mehrerer befristeter Arbeitsverträge an einem Tag gemeinsam überschritten wird? Klärungsbedürftig wäre im Übrigen auch, wie der jeweilige Arbeitnehmer eigentlich überprüfen können soll, ob sein Arbeitsvertrag wegen der Überschreitung der Quote als unbefristeter Arbeitsvertrag gilt. Kann man ihm einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber zuerkennen? Ganz am Ende steht dann noch die Frage, ob die vorgesehene Quote tarifdispositiv ausgestaltet werden soll. Der Koalitionsvertrag enthält hierzu keine Aussage.

Schon dieser kurze Aufriss zeigt das rechtliche Problempotential, dem der Gesetzgeber kaum Rechnung tragen können. Entsprechende Rechtsunsicherheiten für die betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind mithin vorprogrammiert.

## **II. Praktische Schwierigkeiten der Handhabung**

Anwendungsschwierigkeiten werden sich indes nicht nur infolge offen gelassener Rechtsfragen auf der Tatbestands- und der Rechtsfolgenseite ergeben. Auch die

Regelung als solche würde einen kaum zu überschätzenden bürokratischen Verwaltungs- und Überwachungsaufwand verursachen.<sup>4</sup> Man stelle sich vor allem größere Unternehmen vor, die in mehrere Betriebe zerfallen, die also täglich mit dem Abschluss befristeter Verträge, mit Verlängerungen, Aufhebungsverträgen, Kündigungen usw. konfrontiert werden. Teils stehen diese Vorgänge außerhalb der Einflussphäre des Arbeitgebers, so etwa bei Eigenkündigung des Arbeitnehmers oder beim Zugang des vom Arbeitnehmer unterschriebenen (sachgrundlos befristeten) Arbeitsvertrags. Nicht nur die Höchstquote von 2,5 %, sondern auch die Anzahl der Beschäftigten müsste exakt und tagesaktuell nachgehalten und beim Abschluss weiterer befristeter Verträge stets berücksichtigt werden. Der hiermit einhergehende Aufwand ist derart immens, dass im Schrifttum nicht zu Unrecht gesagt wurde, dies komme einer (partiellen – soweit über dem Schwellenwert liegenden) Abschaffung der sachgrundlosen Befristung gleich.<sup>5</sup>

Bestätigt wird diese Einschätzung durch ein aktuelles Urteil des BAG,<sup>6</sup> das zu einer tarifvertraglich vereinbarten quotalen Begrenzung der sachgrundlosen Befristung ergangen ist. Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung:

„Das LAG hat zu Recht ausgeführt, 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.**“

---

<sup>4</sup> Die mangelnde Praktikabilität kritisieren u.a. *Fink*, DB 2018, M26-27; *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 330.

<sup>5</sup> So z.B. *Bonanni*, ArbRB 2018, 112, 113.

<sup>6</sup> BAG 14.06.2017 - 7 AZR 390/15, BeckRS 2017, 129004.



Schon dieser Befund sollte dem Gesetzgeber zu denken geben.

### **III. Zu erwartende Auswirkungen der Einführung einer 2,5 %-Quote für sachgrundlose Befristungen**

Vor der Einführung einer an einen Schwellenwert geknüpften, quotalen Limitierung der sachgrundlosen Befristung müssten im Übrigen die zu erwartenden Folgen in den Blick genommen werden. Hierzu ist zweierlei anzumerken:

Von der Einführung der Quote wird sicherlich ein spürbarer Rückgang der sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisse ausgehen. Wie die Unternehmen im Übrigen mehrheitlich reagieren werden, bleibt abzuwarten. Teils werden die betroffenen Arbeitgeber am Abschluss befristeter Arbeitsverträge festhalten wollen und in die Sachgrundbefristung (§ 14 Abs. 1 TzBfG) streben. Da die Anforderungen der Rechtsprechung hier aber überaus streng sind,<sup>7</sup> dürfte das eher eine überschaubare Ausweichbestrebung sein. Wahrscheinlicher dürfte es demgegenüber sein, dass nicht wenige Arbeitgeber von einer Festanstellung gänzlich absehen bzw. befristete Verträge nicht verlängern werden,<sup>8</sup> wenn die Grenze für sachgrundlose Befristungen erreicht ist, und stattdessen auf andere Flexibilisierungsinstrumente zurückgreifen.<sup>9</sup> Das können interne (z.B. Überstunden), aber auch externe Mittel des Personaleinsatzes (Arbeitnehmerüberlassung, freie Mitarbeiter, Werkverträge etc.) sein. Vor allem steht zu erwarten, dass die bekannten Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes, also allen voran die Leiharbeit, an Attraktivität gewinnen werden,<sup>10</sup> ein von den Parteien des Koalitionsvertrags sicherlich nicht erwünschter Effekt.

---

<sup>7</sup> So zu Recht die Einschätzung von *Neumann*, GWR 2018, 66.

<sup>8</sup> *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2018, 424, 425.

<sup>9</sup> *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 330. Auch das IAB weist in mehreren Veröffentlichungen auf diese denkbaren Effekte hin: *Gürtzgen/Kubis*, Reform des Befristungsrechts – mögliche Auswirkungen des Koalitionsvertrags auf Betriebe und Beschäftigte, 3.7.2018, S. 5 f. (<https://www.iab-forum.de/reform-des-befristungsrechts-moegliche-auswirkungen-des-koalitionsvertrags-auf-betriebe-und-beschaefigte/>); *Hohendanner*, Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag, vom 12.2.2018, S. 2 f. (<https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im-koalitionsvertrag/>).

<sup>10</sup> *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 330.

Im Übrigen werden sich zahlreiche Arbeitgeber mit der Frage befassen müssen, ob und wenn ja welche Arbeitsverhältnisse in ein unbefristetes umgewandelt werden sollen. Hier müssen mithin Auswahlentscheidungen getroffen werden. Erste Veröffentlichungen weisen auf die hiermit verbundenen Rechtsprobleme hin.<sup>11</sup> Wie frei ist der Arbeitgeber bei dieser Entscheidung? Muss er ggf. auch sozialen Aspekten Rechnung tragen? Welche Rolle spielt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz? Die Diskussion ist hier erst am Anfang; Rechtsunsicherheit mithin allerorten.

---

<sup>11</sup> *Reufels/Heite*, ArbRB 2018, 206.

## **C. Verfassungsmäßigkeit der Bindung der Höchstquote an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten**

All diese Anfragen und kritischen Überlegungen stellen indes noch nicht die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Neuregelung in Frage. Sie sind eher rechtspolitischer Natur. Einzig der Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten löst verfassungsrechtliche Bedenken aus. Ihnen soll nachfolgend näher nachgegangen werden.

Nicht in die Betrachtung einbezogen werden (zusätzliche) verfassungsrechtliche Bedenken, die sich aus einer sofortigen Einführung der 2,5 %-Quote unter Verzicht auf eine Übergangsregelung ergeben würden. Auch wenn der Koalitionsvertrag sich hierzu nicht verhält, erscheint es doch durchaus naheliegend, dass flankierende Übergangsvorschriften erlassen werden.

### **I. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)**

Die Grenze von mehr als 75 Beschäftigten für das Eingreifen der Höchstquote von 2,5 % für sachgrundlose Befristungen müsste zunächst mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sein. Es ist also zu fragen, ob das vom Überschreiten des Schwellenwerts abhängige Eingreifen der Höchstquote von 2,5 % für sachgrundlose Befristungen eine Ungleichbehandlung verschiedener Situationen bzw. Personen darstellt und – so man dies bejaht – die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

#### **1. Verhältnis zu Freiheitsgrundrechten**

Neben dem allgemeinen Gleichheitssatz kommt als Prüfungsmaßstab auch die Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1 GG) in Betracht. In dem grundlegenden Urteil zur Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG a.F. hat das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Regelung sowohl

an Art. 12 Abs. 1 GG als auch an Art. 3 Abs. 1 GG gemessen.<sup>12</sup> Häufig verwendet das Bundesverfassungsgericht die Formel, dass in Überschneidungsfällen darauf abzustellen sei, welches Grundrecht nach seinem Sinngehalt die stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt besitze.<sup>13</sup> Hat keines der Grundrechte einen deutlichen stärkeren Bezug, wird allgemein Idealkonkurrenz angenommen.<sup>14</sup> Schwellenwertregelungen grenzen Sachverhalte voneinander ab und unterwerfen sie unterschiedlichen Regelungen, was von vornherein eine sachliche Beziehung zum Sinngehalt des allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) impliziert. Auch in der Literatur wird der Verfassungsmäßigkeit von Schwellenwerten unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes große Beachtung geschenkt.<sup>15</sup> Gleichwohl erscheint es nicht gerechtfertigt, das einschlägige Freiheitsgrundrecht (Art. 12 Abs. 1 GG) als verdrängt zu betrachten, da der Schwellenwert auch eine nicht zu vernachlässigende freiheitsbeschränkende Wirkung aufweist.<sup>16</sup>

Vor diesem Hintergrund wird im Rahmen dieses Gutachtens von einem Nebeneinander beider Grundrechtsverbürgungen ausgegangen. Wichtiger ist demgegenüber ohnehin die Erkenntnis, dass die spezifischen Gehalte des Freiheitsgrundrechts auch im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes zur Geltung gebracht werden müssen, was sich regelmäßig in erhöhten Rechtfertigungsanforderungen niederschlägt.

---

<sup>12</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470. Die am selben Tag ergangene Entscheidung zur Ermittlung der Beschäftigtenzahl für die Anwendung der Kleinbetriebsklausel misst hingegen die Regelung vorrangig an Art. 3 Abs. 1 GG, BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, NZA 1998, 469.

<sup>13</sup> Vgl. z.B. BVerfG 4.10.1983 - 1 BvL 2/81, NJW 1984, 603; BVerfG 20.5.1987 - 1 BvR 762/85, NJW 1988, 757.

<sup>14</sup> Jarass/Pieroth, Art. 3 GG Rn. 6; für ein grundsätzliches Nebeneinander von Freiheits- und Gleichheitsgrundrecht BeckOK/Kischel, Art. 3 GG Rn. 4; für einen Vorrang der Berufsfreiheit gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG hingegen Maunz/Dürig/P. Kirchhoff, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 204.

<sup>15</sup> Allgemein Endres, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, S. 32 ff.; Junker, NZA 2003, 1057; und speziell im Hinblick auf den hier interessierenden Schwellenwert Klein, DB 2018, 1018, 1019, der die geplante Regelung allein am allgemeinen Gleichheitssatz messen will.

<sup>16</sup> Der Ausschluss der sachgrundlosen Befristung infolge des Eingreifens des sog. Vorbeschäftigungsverbots wird vom Bundesverfassungsgericht als Beeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 GG sowohl aufseiten derjenigen, die Arbeit suchen, als auch aufseiten derjenigen, die als Arbeitgeber tätig sind, gesehen, vgl. BVerfG 6.6.2018, NZA 2018, 774 Rn. 38. LAG Köln 18.1.2002 – 4 Sa 1066/01, NZA-RR 2002, 511 prüft die Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel des § 8 Abs. 7 TzBfG sowohl anhand Art. 3 Abs. 1 als auch an Art. 12 Abs. 1 GG.

## **2. Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte**

Eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) setzt zunächst eine Ungleichbehandlung, also eine unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte voraus.<sup>17</sup>

### **a) Ungleichbehandlung**

Schwellenwertregelungen ist wesensimmanent, dass sie eine Grenzziehung vornehmen, also eine bestimmte Gruppe von Sachverhalten dem Anwendungsbereich einer Norm unterwerfen und umgekehrt andere Sachverhaltsgruppen für nicht erfasst erklären.<sup>18</sup> Konkret auf die im Koalitionsvertrag vorgesehene 2,5 %-Höchstquote bezogen bedeutet dies, dass eine Zweiteilung bewirkt wird: auf der einen Seite Fallgestaltungen, bei denen der Schwellenwert nicht überschritten wird und damit keine quotal Begrenzung der sachgrundlosen Befristung zu beachten ist, und andererseits solche Konstellationen, bei denen infolge des Überschreitens der Grenze von 75 Beschäftigten die Quote eingreift. Man könnte dies auch personalisieren und die unterschiedliche rechtliche Betroffenheit der Grundrechtsträger, nämlich der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer hervorheben, die vor dem Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags stehen. Das Differenzierungsmerkmal der Schwellenwertregelung liegt mithin im personellen Zuschnitt des Unternehmens, gemessen an der Anzahl der Beschäftigten.

### **b) Vergleichbarkeit der Sachverhalte**

Eine Ungleichbehandlung setzt des Weiteren voraus, dass die Sachverhalte vergleichbar sind. Die Vergleichbarkeit wird indes nur verneint, wenn die Sachverhalte unterschiedlichen „rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen systematischen und sozialgeschichtlichen Zusammenhängen stehen.“<sup>19</sup> Vorliegend

---

<sup>17</sup> Dreier/*Heun*, Art. 3 GG Rn. 24; von Münch/*Boysen*, Art. 3 GG Rn. 62.

<sup>18</sup> *Endres*, Schwellenwerte im Arbeitsrecht, S. 33.

<sup>19</sup> BVerfG 18.6.1975 - 1 BvL 4/74, NJW 1975, 1691, 1693; ähnlich auch BAG 3.12.1997 - 10 AZR 563/96, NZA 1998, 438, 439; *Jarass/Pieroth*, Art. 3 GG Rn. 11.

handelt es sich eine homogene Gruppe von Arbeitgebern, die mehr oder weniger viele Arbeitnehmer beschäftigen, jedoch ersichtlich keinen unterschiedlichen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und durch den Schwellenwert von 75 „künstlich“ aufgespalten werden. Von der Vergleichbarkeit ist daher ohne weiteres auszugehen.

### **c) Benachteiligung**

Soweit für eine Beeinträchtigung des Art. 3 Abs. 1 GG eine Benachteiligung der Betroffenen gefordert wird,<sup>20</sup> wäre auch dieses Merkmal erfüllt. Den vom Schwellenwert betroffenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern wird eine ihnen ansonsten offenstehende Gestaltungsoption genommen, ihr grundrechtlich gewährleisteter Freiheitsbereich mithin eingeschränkt. Diese Interessenbeeinträchtigung stellt auch keineswegs eine bloße, gar unbeabsichtigte Nebenfolge der Regelung dar, sondern ist notwendig und eng mit ihr verbunden.

## **3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung**

Im nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob die konstatierte Ungleichbehandlung, die von einem Schwellenwert von 75 Beschäftigten für das Eingreifen der Höchstquote von 2,5 % für sachgrundlose Befristungen ausgehen würde, verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte.

### **a) Bestimmung der Prüfungsintensität**

Die für die Prüfung im Einzelfall weichenstellende Vorfrage, die es vorrangig zu beantworten gilt, betrifft die Anforderungen an die Rechtfertigung. Ist der Gesetzgeber lediglich dem bloßen Willkürverbot unterworfen oder besteht eine strenge Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse? Das Bundesverfassungsgericht spricht sich

---

<sup>20</sup> BVerfG 8.5.2012 – 1 BvR 1065/03, 1 BvR 1082/03, NZA 2012, 905 Rn. 48; *Jarass/Pieroth*, Art. 3 GG Rn. 14; *Sachs/Nussberger*, Art. 3 GG 84 m.w.N.

seit einiger Zeit für einen gleitenden, nicht an Stufen gebundenen Maßstab aus. Differenzierungen bedürfen nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets „der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.“<sup>21</sup> Sodann hebt das Bundesverfassungsgericht hervor: „Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können.“<sup>22</sup>

Von der Rechtsprechung<sup>23</sup> werden dabei zwei wichtige Faktoren, von denen die Prüfungsintensität in besonderem Maße abhängt, besonders herausgestellt, nämlich die Anknüpfung an personengebundene Merkmale und die Betroffenheit in Freiheitsgrundrechten. Die hieraus resultierende unterschiedliche Bindung des Gesetzgebers wirkt sich entsprechend auf die ihm zustehende Einschätzungsprärogative und auf die verfassungsrechtliche Kontrolldichte aus und legt daher die Kriterien für eine verfassungsgerichtliche Überprüfung fest.<sup>24</sup>

Im Hinblick auf den hier zu beurteilenden Schwellenwert von 75 Beschäftigten im Zusammenhang mit der Höchstquote für sachgrundlose Befristungen müsste also zunächst geklärt werden, ob eine Anknüpfung an personengebundene Merkmale oder an Sachverhalte vorliegt. Hier wird man zunächst konstatieren müssen, dass der Zuschnitt der Unternehmensgröße als Unterscheidungskriterium gemessen an der Beschäftigtenzahl kein personengebundenes Merkmal ist.<sup>25</sup> Bei einer – wie hier

---

<sup>21</sup> So zuletzt zusammenfassend BVerfG 23.6.2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11, NJW 2015, 3221 Rn. 70.

<sup>22</sup> BVerfG 23.6.2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11, NJW 2015, 3221 Rn. 71.

<sup>23</sup> BVerfG 2.3.1999 – 1 BvL 2/91, NZA 1999, 435, 437; BVerfG 30.7.2008 - 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, NJW 2008, 2409 Rn. 150; BAG 8.6.1999 – 1 AZR 831/98, NZA 1999, 1168, 1170.

<sup>24</sup> BAG 8.6.1999 – 1 AZR 831/98, NZA 1999, 1168, 1170.

<sup>25</sup> Näher zur Personenbezogenheit *Jarass*, NJW 1997, 2545, 2547.

- an Sachverhalten orientierten Ungleichbehandlung kommt es entscheidend darauf an, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Differenzierungsmerkmale zu beeinflussen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht<sup>26</sup> zum Schwellenwert des § 111 BetrVG festgestellt und weiter ausgeführt, es sei insoweit ein strengerer Maßstab geboten. Die Ungleichbehandlung orientiere sich nämlich an einem Differenzierungsmerkmal, auf das die betroffenen Arbeitnehmer nicht mit ihrem Verhalten Einfluss nehmen können; der Zuschnitt der Betriebsgröße hänge allein von der Entscheidung des Arbeitgebers ab. Diese Überlegung gilt in gleicher Weise für den hier zu beurteilenden Schwellenwert, der ebenfalls auf den Zuschnitt der Unternehmensgröße abstellt.

Für eine strengere Bindung könnte vorliegend auch die Betroffenheit grundrechtlich geschützter Freiheitspositionen sprechen. Insoweit kommt der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Vorbeschäftigungsverbot<sup>27</sup> bei der sachgrundlosen Befristung besondere Bedeutung zu. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Beschränkung der sachgrundlosen Befristung auf die erstmalige Beschäftigung beim jeweiligen Vertragsarbeitgeber eine Beschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit, die unter Art. 12 Abs. 1 GG subsumiert wird. Der Gesetzgeber wolle mit der Norm des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber steuern und beschränke so im Fall der Vorbeschäftigung die freie Entscheidung für einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zwischen denselben Parteien.<sup>28</sup> An anderer Stelle in dieser Entscheidung spricht das Bundesverfassungsgericht von einer schwer wiegenden Beeinträchtigung, da den Schutzinteressen derjenigen die Erwerbsarbeit suchen, ein hoher Stellenwert zukomme.<sup>29</sup> Auch das Bundesarbeitsgericht hatte – gleichgerichtete - grundrechtliche Erwägungen für die von ihm befürwortete Restriktion des Vorbeschäftigungsverbots angeführt.<sup>30</sup> Nicht anders liegt der Fall hier: Mit dem Schwellenwert würde der Gesetzgeber direkten Einfluss auf das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber nehmen; die freie Entscheidung für einen

---

<sup>26</sup> BAG 8. 6. 1999 - 1 AZR 831/98, NZA 1999, 1168, 1170.

<sup>27</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774.

<sup>28</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 40.

<sup>29</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 56.

<sup>30</sup> BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 Rn. 27 ff. und BAG 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255 Rn. 28 ff.



sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag wäre bei Überschreiten des Grenzwertes empfindlich beschnitten.

Das alles spricht für die Annahme gesteigerter Anforderungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.<sup>31</sup> Bestätigt wird die Einschätzung, dass vorliegend eine strengere Prüfung angezeigt ist, durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts zur Ausklammerung von Kleinbetrieben (Schwellenwert: 20 Arbeitnehmer) von der Mitbestimmung bei Betriebsänderungen (§ 111 S. 1 BetrVG). In dieser Entscheidung führt das Bundesarbeitsgericht<sup>32</sup> aus:

„Danach ist hier ein strengerer Maßstab geboten. § 111 BetrVG benachteiligt Arbeitnehmer in Kleinbetrieben im Vergleich zu Arbeitnehmern in größeren Betrieben. Die Ungleichbehandlung orientiert sich an einem Differenzierungsmerkmal, auf das die betroffenen Arbeitnehmer nicht mit ihrem Verhalten Einfluss nehmen können; der Zuschnitt der Betriebsgröße hängt allein von der Entscheidung des Arbeitgebers ab. Außerdem hat die Regelung Auswirkungen auf die durch Art. 12 GG geschützte Freiheit der beruflichen Tätigkeit.“

Ein strengerer Prüfungsmaßstab bedeutet konkret, dass die Ungleichbehandlung geeignet und erforderlich sein muss, gerade den verfolgten Zweck zu erreichen. Auch darf sie nicht weiter reichen als dieser Zweck. Die Differenzierung muss von einem hinreichenden Sachgrund getragen sein, der in einem Sachzusammenhang mit der Verschiedenheit der ungleich behandelten Sachverhalte steht.<sup>33</sup>

Prägnant beschreibt den insoweit geltenden Prüfungsmaßstab die Richterin des Bundesverfassungsgerichts, *Britz*.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Ebenso im Ergebnis *Klein*, DB 2018, 1018, 1019.

<sup>32</sup> BAG 8.6.1999 – 1 AZR 831/98, NZA 1999, 1168, 1170.

<sup>33</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 531.

<sup>34</sup> *Britz*, NJW 2014, 346, 350 f.

„Während bei wenig strenger Prüfung genügt, dass die Differenzierung nicht evident unsachlich ist, werden Plausibilität des Differenzierungsgrunds, Eignung und Erforderlichkeit bei strengerer Prüfung regelmäßig genauer untersucht. Mit zunehmender Strenge sinken zum einen die dem Gesetzgeber belassenen materiellen Gestaltungs- und Bewertungsspielräume; dies kann vor allem bei der Frage nach der Legitimität des Differenzierungsgrunds eine Rolle spielen. Zum anderen sinkt die dem Gesetzgeber bei der tatsächlichen Beurteilung der Ausgangslage und der möglichen Auswirkungen der von ihm getroffenen Regelung überlassene Einschätzungsprärogative (...) Die steigende Kontrolldichte macht sich auch in einer sinkenden „Typisierungstoleranz“ bemerkbar: Wird die Eignung einer Differenzierung strenger kontrolliert, werden höhere Anforderungen an die Treffsicherheit der Differenzierungskriterien gestellt.“

## **b) Stärkung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelfall**

Die Suche nach einem hinreichend tragfähigen Grund muss zunächst am Koalitionsvertrag selbst ansetzen. Dieser ist hingegen wenig ergiebig. Von der Einführung einer 2,5 %-Höchstquote für sachgrundlose Befristungen versprechen sich die Koalitionsparteien ganz allgemein, dass die sachgrundlose Befristung wieder zur Ausnahme und das unbefristete Arbeitsverhältnis wieder zur Regel werden soll.<sup>35</sup> Diese grundsätzliche Bewertung mag man teilen oder nicht; sie hält sich jedoch unzweifelhaft im Rahmen des dem Gesetzgeber zustehenden Entscheidungsspielraums.

Für eine Rechtfertigung des hier in Rede stehenden Schwellenwerts von 75 Beschäftigten taugt das mitgeteilte – und durchaus als legitim anzusehende – Anliegen der Koalitionspartner allerdings nicht. Es genügt nämlich „nicht, dass das Gesetz an sich einem hinreichend gewichtigen Zweck dient, vielmehr muss gerade die Differenzierung von einem hinreichenden Sachgrund getragen sein, der mit der Verschiedenheit der ungleich behandelten Sachverhalte zu tun haben muss. So mag

---

<sup>35</sup> Koalitionsvertrag vom 7.2.2018, S. 12 Zeilen 378-381.

im konkreten Fall eine Regelung an sich einem legitimen und gewichtigen Zweck dienen. Ist die mit der Regelung verbundene Ungleichbehandlung aber nicht von diesem Zweck oder einem anderen hinreichenden Sachgrund getragen, ist sie nicht zu rechtfertigen.“<sup>36</sup>

### **c) Enge persönliche Zusammenarbeit**

Da konkrete Aussagen der Koalitionsparteien zu den Gründen, weshalb sie sich gerade für den Schwellenwert von 75 Beschäftigten entschieden haben, nicht publik geworden sind, sollen im Folgenden die denkbaren Begründungen näher in Augenschein genommen und auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft werden.

Es liegt zunächst nahe, den Blick auf Gesichtspunkte zu richten, auf die das Bundesverfassungsgericht in der zur Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG a.F. ergangenen Entscheidung maßgeblich abgestellt hat, denen es auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG – jedenfalls kumulativ – rechtfertigenden Charakter attestiert hat. Eine zu berücksichtigende Besonderheit einer kleinen Organisationseinheit hat das Bundesverfassungsgericht u.a. darin erblickt, dass die Arbeitsabläufe im Kleinbetrieb (mit bis fünf Arbeitnehmern) auf ein enges persönliches Zusammenwirken angewiesen und daher gegenüber Fehlentwicklungen und Spannungen besonders anfällig sind. Das Vertrauensverhältnis des typischerweise mitarbeitenden Chefs zu jedem seiner Mitarbeiter sei schutzwürdig. Dies spreche dafür, dem Arbeitgeber freiere Hand bei der Ausübung des Kündigungsrechts einzuräumen.<sup>37</sup>

Dieser im Ansatz plausible Gedanke verfängt indes hier nicht, soweit es um die Erleichterung der sachgrundlosen Befristung in Form eines Dispenses von der 2,5 %-Quote geht.<sup>38</sup> Die Option, ein Arbeitsverhältnis sachgrundlos zu befristen und es ggf. auslaufen zu lassen, dient herkömmlich nicht als Mittel, auf persönliche Konflikte zu reagieren. Abgesehen davon steht dem Arbeitgeber, der sich in der Praxis

---

<sup>36</sup> So die Wiedergabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch *Britz*, NJW 2014, 346, 350 m.w.N.

<sup>37</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 472, 473.

<sup>38</sup> Wie hier *Klein*, DB 2018, 1018, 1019.

in einem befristeten Arbeitsvertrag regelmäßig die ordentliche Kündigungsmöglichkeit offen halten wird, ohnehin die nicht an Gründe gebundene Kündigung zu Gebote. Schließlich werden bei einem Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten Größenordnungen erreicht, bei denen die Grundannahme einer engen persönlichen Zusammenarbeit evidentermaßen nicht mehr zutrifft. Schon im Hinblick auf den auf 10 erhöhten Schwellenwert im Kündigungsrecht (§ 23 Abs. 1 KSchG n.F.) wird die Stichhaltigkeit dieses Erklärungsansatzes in Zweifel gezogen.<sup>39</sup>

#### **d) Schutz vor Überforderung durch Beendigungsrechtsstreitigkeiten**

In der Kleinbetriebsklausel-Entscheidung aus dem Jahre 1998 führte das Bundesverfassungsgericht<sup>40</sup> einen weiteren Gesichtspunkt an, der in den Augen der Karlsruher Richter für ein uneingeschränktes Kündigungsrecht des Kleinunternehmers sprach. Hervorgehoben wurde der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringe. Dieser belaste den Kleinbetrieb stärker als ein größeres Unternehmen.<sup>41</sup> Zur Rechtfertigung der Herausnahme kleinerer Unternehmen mit bis zu 75 Beschäftigten von der geplanten Höchstquote ist dieser Gedanke ersichtlich nicht geeignet.<sup>42</sup> Beendigungsstreitigkeiten in Gestalt von Entfristungsklagen nach § 17 TzBfG würde auf diese Weise nicht entgegengewirkt. Eher könnten die Verhältnisse sogar umgekehrt liegen: Die Privilegierung kleiner Unternehmen im Befristungsrecht könnte mit einem Anstieg der Befristungsquote im Verhältnis zu den der Höchstquote unterworfenen Unternehmen und damit tendenziell auch zu einem Anstieg entsprechender Beendigungsstreitigkeiten führen.

---

<sup>39</sup> KR/Bader, § 23 KSchG Rn. 18.

<sup>40</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 472.

<sup>41</sup> Kritisch zu dieser Argumentation KR/Bader, § 23 KSchG Rn. 19 und Weigand, DB 1997, 2484.

<sup>42</sup> Wie hier Klein, DB 2018, 1018, 1019.

## e) Bedürfnis nach personalwirtschaftlicher Flexibilität, Entlastung

In der Entscheidung zur Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG a.F. ließ das Bundesverfassungsgericht<sup>43</sup> schließlich die geringere Finanzausstattung kleiner Betriebe ins Gewicht fallen. Ein Kleinbetrieb sei häufig nicht in der Lage, Abfindungen bei Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu zahlen oder weniger leistungsfähiges, weniger benötigtes oder auch nur weniger genehmes Personal mitzutragen.

Es darf davon ausgegangen werden, dass die im zu erwartenden Regierungsentwurf enthaltene Begründung für den Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten ebenfalls in diese Richtung weist, wobei der Schutz vor Überforderung durch Abfindungen eher in den Hintergrund treten wird. Interessant ist insoweit ein Seitenblick auf den sich gerade im Gesetzgebungsverfahren befindlichen „Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts - Einführung einer Brückenteilzeit“.<sup>44</sup> Dieser sieht für das Eingreifen der Regeln zur sog. Brückenteilzeit ebenfalls einen Schwellenwert vor, der in diesem Fall bei 45 Arbeitnehmern liegt. Die dem Gesetzentwurf beigegebene Begründung der Bundesregierung referiert – soweit es um den Schwellenwert von 45 Arbeitnehmern geht – lediglich die vorgesehene Regelung, gibt indes keine Auskunft, wie sich die vorgesehene Grenzziehung rechtfertigt.<sup>45</sup> Dies hat die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zu einer Kleinen Anfrage veranlasst.<sup>46</sup> In der Antwort der Bundesregierung heißt es: „Diese Schwellenwerte sind im Rahmen eines Gesamtkompromisses festgelegt worden, mit dem ein angemessenes Gleichgewicht zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen angestrebt wird. Einerseits soll der neue Anspruch für möglichst viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ermöglicht werden, andererseits sollen kleinere Unternehmen vor Überforderung geschützt werden.“ Und einige Absätze weiter liest man: „Schwellenwerte sind im Arbeitsrecht durchaus geläufig, grundsätzlich unterschiedlich ausgestaltet und tragen dem jeweiligen Regelungszweck Rechnung. Dementspre-

---

<sup>43</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 472.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 19/3452.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 19/3452, S. 18.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 19/4110.

chend entscheidet der Gesetzgeber bei jedem Gesetzesvorhaben, ob die Einführung eines Schwellenwerts geboten ist und in welcher Höhe dieser ggf. festzulegen ist.“<sup>47</sup>

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Bundesregierung auch in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Beschränkung der sachgrundlosen Befristung einer Plausibilisierung des Schwellenwerts enthalten wird. Das allein stellt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung noch nicht in Frage, kommt es doch nur darauf an, dass objektiv sachliche Gründe gegeben sind, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert prägnant: „Indessen kann nicht die ‚Gedankenlosigkeit‘ oder die subjektive Willkür des Gesetzgebers, sondern lediglich das objektive Fehlen der von Verfassungs wegen anzuerkennenden gesetzgeberischen Zielsetzungen zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit führen.“<sup>48</sup>

Daher bleibt im Folgenden nichts anderes übrig, als die sich aufdrängende Begründung zu unterstellen und auf ihre Tragfähigkeit hin zu überprüfen. In diesem Sinne dürfte – ähnlich wie zu § 23 Abs. 1 KSchG und zur neuen Brückenteilzeit – ganz allgemein der Schutz kleinerer Unternehmen vor Überforderung, die Notwendigkeit einer Entlastung wegen ihrer geringeren Finanzausstattung und die Angewiesenheit auf die sachgrundlose Befristung als Mittel personalwirtschaftlicher Flexibilität im Vordergrund stehen.<sup>49</sup> Die drei genannten Aspekte überschneiden sich und zielen allesamt in dieselbe Richtung.

Zu untersuchen ist mithin, ob die Begründungselemente - Überforderungsschutz, Rücksichtnahme auf die geringere Finanzausstattung und Erhaltung der personalwirtschaftlichen Flexibilität - den gesteigerten<sup>50</sup> Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen. Die durch den Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten bewirkte Zweiteilung der Unternehmen muss geeignet und erforderlich sein, gerade diese Zwecke zu erreichen. Die im Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten zum Ausdruck gelangende Differenzierung muss mit anderen Worten von einem

---

<sup>47</sup> BT-Drucks. 19/4422, S. 3 f.

<sup>48</sup> BVerfG 5.5.1987 - 1 BvR 724/81 u. a., NJW 1988, 545, 546 f.

<sup>49</sup> Ebenfalls von dieser Intention der Koalitionsparteien ausgehend *Klein*, DB 2018, 1018, 1019.

<sup>50</sup> Siehe oben S. 13 ff.

hinreichenden Sachgrund getragen sein, der in einem Sachzusammenhang mit der sich in der Beschäftigtenzahl ausdrückenden Verschiedenheit der Unternehmen steht.

### **(1) Systemwidrigkeit als Indiz für Gleichheitsverstoß**

Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wird vor allem durch einen Grundgedanken geprägt, nämlich den der Systemgerechtigkeit.<sup>51</sup> Dabei geht man davon aus, dass der Gesetzgeber bestimmte Wertungen in Rechtsnormen umsetzt und sich darin ein Ordnungs- und Regelungssystem zeigt. Diese schränkt dann seinen weiteren Gestaltungsspielraum in der Weise ein, dass von ihm ein hinreichendes Maß an Folgerichtigkeit einfachgesetzlicher Wertungen erwartet werden darf. Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber nur abweichen, wenn es dafür zureichende Gründe gibt. Dieser Ansatz entspricht einer „zwingenden Forderung nach hinreichender Wertungs- und Begründungsrationalität, ohne die sich über verfassungsrechtlich ausreichende Gründe für Gleich- oder Ungleichbehandlung kaum reden lässt.“<sup>52</sup> Allerdings stellt eine Systemwidrigkeit für sich genommen noch keinen Gleichheitsverstoß dar. Wohl aber liefert sie ein Indiz für einen Gleichheitsverstoß,<sup>53</sup> das durch sachliche Gründe, die den Systembruch im Einzelfall rechtfertigen, entkräftet werden kann.

Das relevante Regelungssystem wird vorliegend durch den Gesetzgeber in der Weise abgesteckt, dass er zwecks Entlastung kleiner Einheiten (Betriebe, Unternehmen) in diversen arbeitsrechtlichen Gesetzen das Eingreifen von Restriktionen vom Überschreiten einer bestimmten Beschäftigtenzahl abhängig gemacht hat. Das hat dann zur Folge, dass weitere, neue Schwellenwertregelungen mit der Gesamtkonzeption der Schwellenwertregelungen im Einklang stehen müssen.<sup>54</sup> Dabei

---

<sup>51</sup> Vgl. z.B. BVerfG 7.11.2006 - 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573, 575; BVerfG 12.5.2009 - 2 BvL 1/00, NZG 2009, 836, 838; BVerfG 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303, 306; Mangold/Klein/Wolenschläger, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 197.

<sup>52</sup> So prägnant Sachs/Nussberger, Art. 3 GG Rn. 99.

<sup>53</sup> BVerfG 23.01.1990 - 1 BvL 44/86, 1 BvL 48/87, AP Nr. 1 zu § 128 AFG.

<sup>54</sup> Endres, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, S. 48.

müssen dann der konkret verfolgte Zweck des Schwellenwertes und die evtl. anders gelagerten tatsächlichen Gegebenheiten des jeweils geregelten Sachgebiets berücksichtigt werden.

Betrachtet man daraufhin die wichtigsten Schwellenwerte aus dem Individualarbeitsrecht mit ähnlicher Zielsetzung, ergibt sich folgendes Bild: Der bereits mehrfach angesprochene Schwellenwert für das Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes beträgt seit dem 1.1.1999 (mehr als) zehn Arbeitnehmer (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG). Da es auch hier um eine Auflockerung des strengen Bestandsschutzes zu dem Zwecke geht, kleinere Einheiten nicht zu überfordern, kommt dem Schwellenwert von (mehr als) zehn Arbeitnehmern eine beachtliche systemprägende Strahlkraft zu. Einen leicht erhöhten Schwellenwert von (mehr als) 15 Arbeitnehmern finden wir sodann beim sog. Teilzeitanspruch (§ 8 Abs. 7 TzBfG und § 15 Abs. 7 BEEG). Auch hier geht es um Überforderungsschutz und Rücksichtnahme auf kleinere Einheiten.<sup>55</sup> Schließlich stößt man des öfteren noch eine Mindestbeschäftigtenzahl von 20 Arbeitnehmern. So kennt beispielsweise auch § 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BGB eine Kleinbetriebsklausel, die es Arbeitgebern, die in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, ermöglichen soll, einzelvertraglich kürzere Kündigungsfristen (genauer: Kündigungstermine) zu vereinbaren. Als Gesetzeszweck wird auch hier die wirtschaftliche Entlastung kleinerer Arbeitgeber angegeben.<sup>56</sup> Ferner nimmt § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG Arbeitgeber in Betrieben mit bis zu 20 Arbeitnehmern von der Anzeigepflicht bei Massenentlassungen aus. Hiermit soll der geringeren wirtschaftlichen und verwaltungsmäßigen Belastbarkeit kleiner Einheiten Rechnung getragen werden.<sup>57</sup> Schließlich lag auch der Schwellenwert für die Teilnahme am Erstattungsverfahren nach § 10 LFZG a.F. bei 20 Arbeitnehmern. Er ist nach der Ablösung des Lohnfortzahlungsgesetzes durch das Aufwendungsausgleichsgesetz (§ 1) auf 30 Arbeitnehmer heraufgesetzt worden. Auch hier geht um den Schutz kleinerer, finanziell weniger leistungsstärker aufgestellter Arbeitgeber vor hohen Belastungen

---

<sup>55</sup> Im Hinblick auf diese Schwellenwerte wird zudem der Schutz vor einer organisatorischen Überlastung, welche für Kleinunternehmen durch Teilzeitarbeit und den Verwaltungsaufwand von Teilzeitanträgen entsteht, genannt (vgl. z.B. NK/*Michels/Kortmann*, § 8 TzBfG); ein Aspekt, der vorliegend in den Hintergrund tritt. Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 7 TzBfG wurde bejaht von LAG Köln 18.1.2002 – 4 Sa 1066/01, NZA-RR 2002, 511.

<sup>56</sup> *Endres*, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, S. 100 m.w.N.

<sup>57</sup> *Endres*, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, S. 188.



durch Entgeltfortzahlungszahlungen an ihre Arbeitnehmer. Die betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte sind nur bedingt vergleichbar.<sup>58</sup> Immerhin liegen zwei der prominentesten und praktisch hoch bedeutsamen Schwellenwerte ebenfalls bei 20 Arbeitnehmern, nämlich § 99 BetrVG (Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen) und § 111 BetrVG (Beteiligung an geplanten Betriebsänderungen; insbesondere Sozialplanpflichtigkeit). Jedenfalls für die Begrenzung des Beteiligungsrechts bei Betriebsänderungen war ausweislich der Gesetzesmaterialien die Rücksichtnahme auf kleine Unternehmer maßgebend, bei denen davon ausgegangen werden könne, dass sie normalerweise weniger belastungsfähig sind und deshalb einen größeren unternehmerischen Entscheidungsspielraum ohne finanzielle Folgelasten erhalten sollten.<sup>59</sup>

Dieser Überblick zeigt, dass der Gesetzgeber den Schutz kleiner, regelmäßig weniger finanzstarker Einheiten vor Überforderungen und die Erhaltung einer gewissen personalwirtschaftlichen Flexibilität mit Eingriffsschwellen zu erreichen sucht, die bis maximal 20 Arbeitnehmer – punktuell auch 30 Arbeitnehmer – reichen.<sup>60</sup> Der geplante Schwellenwert für das Eingreifen der Höchstquote für sachgrundlose Befristungen, der auf ähnlichen Erwägungen beruhen dürfte, läge mit 75 Beschäftigten weit außerhalb dieses Rahmens. Vor diesem Hintergrund wird man in der Tat von einem Bruch mit den im bisherigen System zum Ausdruck kommenden Wertungen sprechen können.

---

<sup>58</sup> Hier kommt neben der wirtschaftlichen Belastbarkeit die Erwägung dazu, dass Betriebe und Unternehmen erst ab einer gewissen Größe eine ausreichend differenzierte Organisation aufweisen, an der die Mitbestimmungsregelungen wirkungsvoll anknüpfen können. So *Endres*, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, S. 208.

<sup>59</sup> So BAG 17.10.1989 - 1 ABR 80/88, NZA 1990, 443 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. I/1546, S. 62.

<sup>60</sup> Deutlich höhere Schwellenwerte finden sich im Zusammenhang mit begünstigenden Sonderregelungen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Hier wird häufig an eine Beschäftigtenzahl von 250 und zusätzlich an eine Umsatzhöhe von 50 Mio. Euro angeknüpft. Auch die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nimmt in Art. 30 Abs. 5 Unternehmen oder Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen, von der Verpflichtung aus, ein Verzeichnis aller Verarbeitungstätigkeiten zu führen (hierzu auch Erwägungsgrund Nr. 13). Einen noch höheren Schwellenwert, nämlich 500 Beschäftigte, sehen die CSR-Richtlinie 2014/95/EU (vgl. dort Erwägungsgrund 8) und das deutsche Umsetzungsgesetz (§ 289b Abs. 1 Nr. 3 HGB n.F.) vor. Die Privilegierung kleiner und mittlerer Unternehmen versteht sich indes als Beitrag zur Förderung des Mittelstands, der häufig auch als Motor der deutschen Wirtschaft bezeichnet wird. Man verspricht sich nicht zuletzt beschäftigungspolitische Effekte. Zu diesem Zweck werden Erleichterungen vorgesehen, die insbesondere in der Entlastung von bürokratischen Pflichten, z.B. von Dokumentations- und Berichtspflichten, liegen. Das ist eine Zweckrichtung, die sich von den hier im Vordergrund stehenden Schwellenwerten für das Eingreifen des Kündigungsschutzes und der Eindämmung der sachgrundlosen Befristung deutlich unterscheidet. Als systemprägende Referenzwerte kommen sie daher vorliegend nicht in Betracht.

Ein Gleichheitsverstoß ist damit – wie schon betont – noch nicht dargetan. Wohl aber müsste es eine sachliche, folgerichtige Begründung gerade für diese signifikante Abweichung vom bisherigen Wertungssystem im Bereich der gesetzlichen Schwellenwerte geben. Diese sind nicht ohne weiteres erkennbar. Am ehesten könnte man sie in empirischen Befunden erblicken, die es sogleich noch näher in Augenschein zu nehmen gilt. Sicherlich vermag allein der Verweis auf den dem Gesetzgeber zuzugestehenden Typisierungsspielraum die sich offenbarende Systemwidrigkeit des geplanten Schwellenwerts von 75 Beschäftigten nicht auszuräumen. Dieser erlaubt zwar in gewissem Umfang die Ausblendung atypischer Fallgestaltungen<sup>61</sup> und die Hinnahme gewisser Randunschärfen (was die zwischen fünf und zwanzig schwankenden Schwellenwerte rechtfertigen könnte). Darum geht es vorliegend jedoch nicht, zumal sich der Spielraum hier ohnehin dadurch reduziert, dass die Ausübung von Freiheitsgrundrechten betroffen ist.<sup>62</sup> Auch spielen hier die Aspekte der Vereinfachung und der Praktikabilität<sup>63</sup> offensichtlich keine nennenswerte Rolle. Das Bundesverfassungsgericht erwartet vielmehr vom Gesetzgeber, dass er mit seiner „Grenzziehung ... die Gruppe der schutzwürdigen Kleinunternehmer mit hinreichender Genauigkeit“ trifft.<sup>64</sup> Besonders beachtenswert sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der ebenfalls am 27.1.1998 ergangenen Entscheidung,<sup>65</sup> bei der es schwerpunktmäßig um die Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten bei der Ermittlung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG a.F. ging. Aus ihnen kann man entnehmen, dass das Bundesverfassungsgericht bei einer Betriebsgröße von 50 Beschäftigten keine Gründe mehr sieht, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmer rechtfertigen könnten.<sup>66</sup> Wörtlich heißt es in diesem Beschluss:<sup>67</sup>

„Bei einer solchen Betriebsgröße (scil. von 50 Beschäftigten) liegen die Gründe, die die Benachteiligung der Arbeitnehmer rechtfertigen,

<sup>61</sup> Jarass/Pieroth, Art. 3 GG Rn. 36 f..

<sup>62</sup> BVerfGE 98, 365, 385; Jarass/Pieroth, Art. 3 GG Rn. 38; BeckOK/Kischel, Art. 3 GG Rn. 124.1.

<sup>63</sup> Sachs/Nussberger, Art. 3 GG Rn. 106.

<sup>64</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 473.

<sup>65</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, NZA 1998, 469.

<sup>66</sup> Klein, DB 2018, 1018, 1019 bringt die zentrale Aussage des Bundesverfassungsgericht zu Recht gegen den geplanten Schwellenwert von 75 Beschäftigten für sachgrundlose Befristungen in Stellung.

<sup>67</sup> BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 22/93, NZA 1998, 469.

nicht mehr vor. Ein besonderes, auf enge persönliche Zusammenarbeit gestütztes Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht bei so großen Betrieben nicht. Sie haben insbesondere im Hinblick auf Organisationsstruktur und Verwaltungskraft mit dem typischen Kleinbetrieb wenig gemein. Allgemeine arbeitsmarktpolitische Erwägungen können eine ungleiche Behandlung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben nicht rechtfertigen, weil es sich dabei nicht um Erwägungen handelt, die sich spezifisch auf solche Betriebe beziehen.“

Eine weitere Systemwidrigkeit fällt ins Auge: Sollte der geplante Schwellenwert von 75 Beschäftigten für die Höchstquote bei sachgrundlosen Befristungen damit begründet werden, dass kleinere Arbeitgeber wegen ihrer geringeren Finanzausstattung vor Überforderung bewahrt werden müssten und ihnen daher die sachgrundlose Befristung als Mittel personalwirtschaftlicher Flexibilität erhalten bleiben müsste, so überginge dieser Ansatz, dass Kleinbetriebe mit bis zu zehn Arbeitnehmern nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG ohnehin schon von den Beschränkungen des Kündigungsschutzes ausgenommen sind. Hier kann sich der Arbeitgeber jederzeit durch fristgemäße, ordentliche Kündigung von seinen Mitarbeitern trennen, ohne dass es hierfür eines rechtfertigenden Grundes bedürfte. Diese Möglichkeit werden sich viele Arbeitgeber auch während des Laufs eines befristeten Arbeitsverhältnisses vertraglich vorbehalten. Bei der durch § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG definierten Gruppe der „Kleinstunternehmern“ handelt es sich nicht etwa um eine Randerscheinung, die man im Zuge einer typisierenden Regelung vernachlässigen dürfte. Immerhin fallen in diese Gruppe ca. 80 % aller Unternehmen, die wiederum etwa 20 % aller Arbeitnehmer beschäftigen.<sup>68</sup> Hier geriete mithin die neue Schwellenwertregelung von 75 Arbeitnehmern in Erklärungsschwierigkeiten. Die Befreiung von der Höchstquote wäre im Hinblick auf Arbeitgeber mit bis zu zehn Arbeitnehmern sachlich nicht geboten, da die für notwendig erachtete personalwirtschaftliche Flexibilität

---

<sup>68</sup> Statistik des Statistischen Bundesamtes abrufbar bei <https://www.destatis.de>; ferner KR/Bader, § 23 KSchG Rn. 18.

hier ohnehin schon gegeben ist.<sup>69</sup> Die doppelte Privilegierung dieser kleinsten Einheiten stellte einen weiteren systematischen Widerspruch und schon für sich genommen eine Anfrage an den Gleichheitssatz dar.

## **(2) Mangelnde empirische Plausibilität**

Die im Schwellenwert enthaltene Ungleichbehandlung und der sich in der Systemwidrigkeit andeutende Gleichheitsverstoß könnte seine rechtfertigende Begründung immerhin in den tatsächlichen Verhältnissen finden. Dem Gleichheitssatz entspringt anerkanntermaßen auch das Gebot der Realitätsgerechtigkeit. „Ein Gesetz, das die Wirklichkeit verfehlt, mit seinen Unterscheidungen seinen Gegenstand – die tatsächliche Betroffenheit der Grundrechtsberechtigten – nicht realitätsgerecht erfasst, ist in seinen Einwirkungen auf die Wirklichkeit nicht zu rechtfertigen.“ So beschreibt *P. Kirchhof*<sup>70</sup> diese Grundanforderung, der eine gesetzliche Regelung entsprechen muss. Und weiter heißt es: „Gleichheit sucht nach den Gemeinsamkeiten in der Wirklichkeit, die eine den Betroffenen gemeinsame Rechtsfolge rechtfertigt.“ Eine Ungleichbehandlung kann umgekehrt ihre Rechtfertigung aus der Unterschiedlichkeit der tatsächlichen Verhältnisse beziehen. Dabei ist gerade im grundrechtssensiblen Freiheitsbereich (hier Art. 12 Abs. 1 GG) ein Mindestmaß an empirisch fundierter Rationalität unverzichtbar. Ein politischer Kompromiss, der als Interessenausgleich etikettiert wird, kann dies nicht ersetzen.

Die Wirklichkeit spiegelt sich vor allem in statistischen Erhebungen. Diese wären hier konkret daraufhin zu befragen, ob kleinere Unternehmen mit weniger als 76 Beschäftigten signifikant häufiger von der sachgrundlose Befristung Gebrauch machen. Das würde immerhin darauf hindeuten, dass sie auf dieses Mittel der personalwirtschaftlichen Flexibilität angewiesen sind. Aktuelle empirische Studien des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit (IAB) zeigen jedoch, dass es sich genau umgekehrt verhält.<sup>71</sup> Hiernach lag der Anteil der

---

<sup>69</sup> Hierauf hinweisend auch *Klein*, DB 2018, 1019, 1019.

<sup>70</sup> *Maunz/Dürig/P. Kirchhof*, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 391; vgl. auch *Sachs/Nussberger*, Art. 3 GG Rn. 108, wo es heißt, der Gesetzgeber müsse „realitätsgerecht typisieren“.

<sup>71</sup> *Hohendanner*, Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag, vom 12.2.2018, S. 2 f. (<https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im->

sachgrundlos befristet Beschäftigten an der Gesamtbeschäftigung (ohne Auszubildende) im Jahre 2013 in Betrieben mit 75 und mehr Beschäftigten bei 5,1 % und in Betrieben mit weniger Beschäftigten bei 2,7 %. Diesen Befund bestätigen auch neuere Zahlen aus dem Jahre 2017.<sup>72</sup> Die These, dass kleinere Unternehmen mit bis zu 75 Beschäftigten auf die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung als Mittel personalwirtschaftlicher Flexibilität angewiesen sein sollen, lässt sich mithin statistisch nicht verifizieren.<sup>73</sup> Fehlt es nach alledem an einer tragfähigen Begründung der konstatierten Ungleichbehandlung muss in ihr in letzter Konsequenz ein Gleichheitsverstoß gesehen werden, der das Verdikt der Verfassungswidrigkeit nach sich zieht.

#### **f) Alles oder Nichts-Prinzip als unverhältnismäßiges Regelungsprinzip**

Der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit steht noch ein weiterer Gesichtspunkt entgegen, der im Grunde genommen schon für sich einen Gleichheitsverstoß darstellt. Der vorgesehene Schwellenwert weist nämlich eine besondere Härte auf, indem er ein „Alles oder Nichts-Prinzip“ statuiert. Unternehmen in der Größenordnung von bis zu 75 Beschäftigten sollen nämlich vollständig verschont werden, während Unternehmen, die den Schwellenwert überschreiten, ohne Wenn und Aber der einschneidenden Quote von 2,5 % unterworfen werden sollen. Angesichts der schroffen Härte des Übergangs und der daraus resultierenden Intensität der gesetzlich bewirkten Ungleichbehandlung stellt sich die Frage, ob eine solche Regelung noch mit dem Erforderlichkeitsgrundsatz im Einklang stünde. Bei ihm handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Ein Mittel ist demnach nur verhältnismä-

---

koalitionsvertrag/); *Gürtzgen/Kubis*, Reform des Befristungsrechts – mögliche Auswirkungen des Koalitionsvertrags auf Betriebe und Beschäftigte, 3.7.2018, S. 5 f. (<https://www.iab-forum.de/reform-des-befristungsrechts-moegliche-auswirkungen-des-koalitionsvertrags-auf-betriebe-und-beschaeftigte/>).

<sup>72</sup> Das IAB weist darauf hin, dass der Schwellenwert des Koalitionsvertrags nicht exakt mit dem Untersuchungsgegenstand des IAB-Panels bzw. der IAB-Stellenerhebung übereinstimmt. Die IAB-Zahlen umfassen nur Betriebe und nicht Unternehmen. Ferner macht das IAB den Schnitt bei 74 Arbeitnehmern. Die hieraus resultierenden Verzerrungen dürften indes minimal sein und die Grundaussage nicht in Frage stellen.

<sup>73</sup> Ebenso *Klein*, DB 2018, 1018, 1018 f.

ßig, wenn es auch erforderlich ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das beinhaltet insbesondere im grundrechtssensiblen Bereich das Gebot, unter mehreren gleichwirksamen Mitteln das mildere zu wählen, das den Betroffenen in seinen Rechten nicht oder weniger fühlbar einschränkt.<sup>74</sup>

Hier ist zu bedenken, dass im Hinblick auf die quotale Beschränkung der sachgrundlosen Befristung anders als etwa bei der Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes sehr wohl auch Regelungen denkbar sind, die nach Betriebsgröße abgestufte Beschränkungen der sachgrundlosen Befristung vorsehen. Hierauf weist auch *Klein* hin und fügt ergänzend hinzu, dass eine solche Staffelung mit höheren Quoten für kleinere Unternehmen zwar nach wie vor zu Ungleichbehandlungen führen würden, diese aber weniger drastisch ausfielen.<sup>75</sup> Die Erreichung des Gesetzeszwecks wäre dadurch nicht in Frage gestellt. Zwar betont das Bundesverfassungsgericht zu Recht, dass der Gleichheitssatz kein justitierbares Optimierungsgebot enthalte, Art. 3 Abs. 1 GG also nicht die zweckmäßigste und gerechteste Lösung verlange.<sup>76</sup> Darum geht es hier indes nicht. Dem Gesetzgeber obliegt es schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen, Ungleichbehandlungen die ihnen innewohnende Härte zu nehmen, wenn geeignete mildere Mittel zur Verfügung stehen.

## **g) Fazit**

Die Anknüpfung der 2,5 %-Quote für sachgrundlose Befristungen an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten stellt nach alledem eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung im Wesentlichen gleichgelagerter Sachverhalte dar. Auch ein zugunsten des Gesetzgebers anzuerkennender Typisierungs- und Prognosespielraum ändert an diesem Befund nichts. Letztlich handelt es sich bei dieser Differenzierung um das Ergebnis eines politischen Kompromisses. Dieser stellt für sich genommen keinen rechtfertigenden Grund dar. Denn es handelt sich nicht um

---

<sup>74</sup> Maunz/Dürig/P. Kirchhof, Art. 3 GG Rn. 259.

<sup>75</sup> *Klein*, DB 2018, 1018, 1019.

<sup>76</sup> BVerfG 13. 3. 2007 - 1 BvF 1/05, NVwZ 2007, 937, 941; Sachs/Nußberger, Art. 3 GG Rn. 95; ErfK/Schmidt, Art. 3 GG Rn. 41.

einen auf die Sache bezogenen, inhaltlichen Grund.<sup>77</sup> Hierzu sagt das Bundesverfassungsgericht in begrüßenswerter Klarheit:

„Als Differenzierungsgrund genügt es nicht bereits, dass die ... Unterscheidung das Ergebnis eines politischen Kompromisses ... ist. Die Notwendigkeit, sich durch einen politischen Kompromiss eine parlamentarische Mehrheit zu sichern, prägt Politik. Sie kann für sich allein genommen die mit schwerwiegenden Nachteilen für die Ausübung eines Freiheitsrechts verbundene Ungleichbehandlung verschiedener Normadressaten freilich nicht rechtfertigen. Auch wenn der Gesetzgeber im demokratischen Staat regelmäßig auf politische Kompromisse angewiesen ist, gilt doch auch für ihn gem. Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung an die Grundrechte. Dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ist mithin nicht allein schon wegen des Vorliegens eines politischen Kompromisses Genüge getan, er setzt vielmehr seinerseits der Möglichkeit eines Kompromisses inhaltliche Grenzen.“<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> BeckOK/*Kischel*, Art. 3 GG Rn. 68.

<sup>78</sup> BVerfG 24.1.2012 – 1 BvL 21/11, NVwZ-RR 2012, 257 Rn. 45.

## II. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG)

Wie hier bereits ausgeführt wurde, tritt als weiterer Prüfungsmaßstab das Grundrecht der Berufsfreiheit selbständig neben den allgemeinen Gleichheitssatz. Auch die Rechtsprechung hat die Verfassungsmäßigkeit von Schwellenwerten mehrfach zumindest auch an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen.<sup>79</sup> Zunächst soll es um die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer gehen.

### 1. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Der einheitliche Schutzbereich der Berufsfreiheit<sup>80</sup> wird in Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf Inhalt und Umfang durch die Begriffe „Beruf“, „Ausbildungsstätte“ und „Arbeitsplatz“ beschrieben. Die Berufsfreiheit gewährleistet dabei sowohl die Freiheit der Berufswahl als auch der Berufsausübung. Geschützt sind selbstverständlich die verschiedenen Formen abhängiger Beschäftigung,<sup>81</sup> wobei auch kurzfristig angelegte Beschäftigungsverhältnisse einbezogen werden.<sup>82</sup>

Das Bundesverfassungsgericht konkretisiert den Gewährleistungsgehalt in seiner jüngst ergangenen Entscheidung zum Vorbeschäftigungsverbot bei der sachgrundlosen Befristung (§ 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG) wie folgt:<sup>83</sup>

„Das Grundrecht garantiert die freie Wahl des Arbeitsplatzes und schützt den Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, ein Arbeitsverhältnis beizubehalten oder es aufzugeben. Dies richtet sich gegen alle staatlichen Maßnahmen, die diese Wahlfreiheit beschränken, also die Erlangung eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes behindern oder zur Annahme, Beibehaltung oder Aufgabe eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingen.“

<sup>79</sup> Vor allem BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470.

<sup>80</sup> Sachs/Mann, Art. 12 GG Rn. 14.

<sup>81</sup> MD/Scholz, Art. 12 GG Rn. 18.

<sup>82</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 939.

<sup>83</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 38.



Wichtig ist die Erkenntnis, dass die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit schon zu einem frühen Zeitpunkt einsetzt, nämlich bei der Entscheidung, überhaupt einen bestimmten Beruf zu ergreifen und sich um einen Arbeitsplatz zu bemühen.<sup>84</sup> Staatliche Maßnahmen, die – wie die hier in Rede stehende Beschränkung der sachgrundlosen Befristung – hier ansetzen und Entscheidungsmöglichkeiten tendenziell reduzieren, tangieren mithin den Schutzbereich.

Darüber hinaus ist ein weiterer Aspekt der Berufsfreiheit betroffen, den das Bundesverfassungsgericht schlagwortartig mit „Arbeitsvertragsfreiheit“ bezeichnet. Im Schnittbereich zwischen Art. 12 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG geht es dabei um die Ausgestaltung der Arbeitsvertragsbedingungen im Arbeitsvertrag. Ausgangspunkt ist hier der Grundsatz der Privatautonomie. Dieser gewährleistet auch die Bestimmung der Laufzeit eines Vertrages.<sup>85</sup> Gesetzliche Bestimmungen, die bestimmte Gestaltungsoptionen – Befristung des Arbeitsvertrags - ausschließen oder einschränken, berühren mithin auch aus diesem Grunde die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer.

## **2. Eingriff in die Berufsfreiheit**

Die geplante Einführung der 2,5 %-Quote für sachgrundlose Befristungen müsste sodann einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Bewerber/Arbeitnehmer darstellen.

### **a) Potentielle Bewerber**

#### **(1) Berufsausübungs- oder Berufswahlfreiheit?**

Traditionell unterscheidet man hier Eingriffe in die Berufswahlfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit. Diese Unterscheidung erlangt Bedeutung bei den Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Hier bereitet die Einordnung

---

<sup>84</sup> Sachs/Mann, Art. 12 GG Rn. 78.

<sup>85</sup> NK-GA/Boecken/Pils, § 105 GewO Rn. 10.

Schwierigkeiten, da sich die Beschränkung der sachgrundlosen Befristung als Einstellungshindernis für potentielle Bewerber erweisen könnte; dies jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber nur auf der Grundlage sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge abzuschließen gedenkt. Insoweit könnte sogar das „Ob“ betroffen sein. Soweit man hingegen die Modalitäten des Arbeitsvertrages in den Vordergrund rückt (unbefristet, befristet, mit oder ohne Sachgrund), könnte man mit gutem Grunde eher auf die Berufsausübungsfreiheit abstellen. Die Rechtfertigungsanforderungen richten sich indes nach der stärkeren berufswahlregelnden Tendenz des Eingriffs. Ob eine solche hier vorliegt, soll daher im Folgenden geklärt werden.

## **(2) Strukturell einstellungshemmende Wirkung**

Das Bundesarbeitsgericht hatte in seiner Rechtsprechung zur zeitlichen Beschränkung des Vorbeschäftigungsverbots in der Tat deutlich gemacht, dass vom Vorbeschäftigungsverbot die Gefahr ausgeht, „als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die durch 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen.“<sup>86</sup> An anderer Stelle war von „strukturell einstellungshemmender Wirkung“ die Rede.<sup>87</sup> Auf dieser Linie liegt auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vorbeschäftigungsverbot. Es konstatiert Auswirkungen auf die Berufswahlfreiheit. So heißt es in Rn. 40 der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,<sup>88</sup> die Regelung wirke sich „auf die Berufswahlfreiheit der Bewerberinnen und Bewerber auf einen Arbeitsplatz aus.“

Auch vorliegend geht es nicht allein um die Entziehung bzw. Eingrenzung einer arbeitsvertraglichen Gestaltungsoption. Es ist durchaus in Rechnung zu stellen, dass es Arbeitgeber gibt, die sich nicht in der Lage sehen, unbefristete Beschäftigungsverhältnisse anzubieten, und die daher im Zweifel von einer Einstellung absehen werden.<sup>89</sup> Insbesondere für Bewerber und Bewerberinnen um einen Arbeitsplatz bei einem solchen Arbeitgeber ist die Berufswahlfreiheit betroffen. Ein solcher Eingriff

---

<sup>86</sup> BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 Rn 29.

<sup>87</sup> BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 Rn 38.

<sup>88</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 80.

<sup>89</sup> Ein „Einstellungshindernis“ sehen in der geplanten Einschränkung der Befristungsmöglichkeit zu Recht *Baech/Winzer/Abend*, NZG 2018, 424 (425).

wiegt – wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vorbeschäftigungsverbot hervorhebt – schwer.<sup>90</sup>

### **b) Arbeitnehmer, die bereits in einem sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis stehen**

Betroffen von der geplanten quotalen Beschränkung der sachgrundlosen Befristung wären darüber hinaus auch Arbeitnehmer, die bereits in einem sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis stehen. Wenn hier – wie in der Praxis recht häufig – im Arbeitsvertrag zunächst eine relativ kurze Laufzeit (z.B. sechs Monate) vorgesehen ist, stellt sich die Frage, ob eine weitere Verlängerung in Betracht kommt. Während bislang bis zu einer maximalen Gesamtdauer von zwei Jahren (künftig 18 Monate) drei Verlängerungen (künftig nur noch eine) zulässig waren, kann es nun geschehen, dass sich eine Verlängerung schon deshalb verbietet, weil der Arbeitgeber zwischenzeitlich die 2,5 %-Quote ausgeschöpft hat oder sich die Belegschaftsstärke verändert hat. Der vor der Verlängerung stehende Arbeitnehmer muss dann damit rechnen, seine Stelle zu verlieren, wenn er nicht – was keineswegs ausgemacht ist - in ein unbefristetes oder mit Sachgrund befristetes Arbeitsverhältnis übernommen wird. In besonders verschärfter Form würde diese Konstellation auftreten, wenn der Gesetzgeber die 2,5 %-Quote ohne eine angemessene Übergangsfrist einführen würde. In jedem Fall wäre die Berufswahlfreiheit der bereits sachgrundlos befristet beschäftigten Arbeitnehmer gravierend betroffen, zählt doch zu ihr auch die Freiheit, einen konkreten Arbeitsplatz nach eigener Wahl beizubehalten.<sup>91</sup>

## **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

In der Entscheidung zum Vorbeschäftigungsverbot hat das Bundesverfassungsgericht trotz der verschiedenen, von der Regelung betroffenen Ausprägungen der Berufsfreiheit, die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung anhand eines

---

<sup>90</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 53 und 56.

<sup>91</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 38; BVerfG 27.1.1998, NZA 1998, 470 (471); BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 Rn. 30; BAG 18.8.1976 - 5 AZR 399/75, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

einheitlichen Maßstabs durchgeführt.<sup>92</sup> Dieser geht wiederum vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus, der gleichsam die frühere Drei-Stufen-Lehre in sich aufnimmt. Gesetzliche Beschränkungen halten einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nur stand, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist. Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern.<sup>93</sup>

### **a) Legitime Zwecksetzung**

Dem Prüfungsaufbau des Verhältnismäßigkeitsprinzips folgend bedarf es zunächst einer legitimen Zwecksetzung. Der Grundrechtseingriff muss „im Interesse des Gemeinwohls“ liegen.<sup>94</sup> An dieser Stelle soll nicht in Abrede gestellt werden, dass sich für die Beschränkung der sachgrundlosen Befristung grundsätzlich legitime Gründe, insbesondere solche des Arbeitnehmerschutzes und die Erhaltung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelbeschäftigungsform, anführen lassen und eine Begrenzung durchaus vom politischen Spielraum des Gesetzgebers gedeckt sein könnte. Auch sei konzidiert, dass mit dem Schwellenwert von mehr 75 Beschäftigten ein legitimer Zweck, nämlich der Schutz kleinerer Unternehmen vor Überforderung, erstrebt wird.

### **b) Geeignetheit**

Sodann müsste die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet sein. Die Erwartung, dass die Einführung einer quotalen Begrenzung der sachgrundlosen Befristung zu einer Zurückdrängung befristeter Arbeitsverhältnisse und damit zu einer Stärkung des unbefristeten

---

<sup>92</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 53 ff.

<sup>93</sup> BVerfG 29.10.2002 - 1 BvR 525/99, NJW 2003, 879.

<sup>94</sup> BVerfG 2.10.1973 - 1 BvR 459 u. 477/72, NJW 1974, 30 (31).

Arbeitsverhältnisses als Regelform abhängiger Beschäftigung führen wird, erscheint durchaus nachvollziehbar. Erste Stellungnahmen des IAB prognostizieren eine solche Entwicklung.<sup>95</sup> Auch dem Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten wird man die Eignung nicht absprechen können, kleinere Unternehmen zu entlasten, ihnen mehr personalwirtschaftliche Freiheit zuzugestehen. Denn sie werden von der einschränkenden Quote vollkommen ausgenommen.

### **c) Erforderlichkeit**

Sodann müsste die Beeinträchtigung erforderlich sein, d.h. der Zweck darf nicht durch ein anderes Mittel erreicht werden können, das den Grundrechtsträger weniger belastet. Erforderlich ist die Beeinträchtigung „nur dann, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt.“<sup>96</sup>

Einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung steht auch hier der bereits oben festgestellte Gleichheitsverstoß entgegen. Eine Regelung, die gleichheitswidrig die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer/Bewerber verkürzt, ist schon nicht erforderlich zur Erreichung des Zwecks.<sup>97</sup> Der Verzicht auf den gleichheitswidrigen Schwellenwert bzw. seine Korrektur würde die Intensität des Grundrechtseingriffs deutlich reduzieren und wäre daher ein vorrangiges milderes Mittel. Dass es bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit zu Überschneidungen mit Art. 3 Abs. 1 GG kommen kann, liegt auf der Hand und ist allgemein anerkannt. So findet man in der Kommentierung des Art. 12 GG von *Ruffert* folgende Aussage: „Besonderes Augenmerk liegt auf der Prüfung der Verhältnismäßigkeit (...). Hier bestehen Berührungspunkte mit dem Gleichheitssatz, denn ggf. muss verhindert werden, dass Teilgruppen besonders belastet werden (auch wenn die Regelung für

---

<sup>95</sup> *Gürtzgen/Kubis*, Reform des Befristungsrechts – mögliche Auswirkungen des Koalitionsvertrags auf Betriebe und Beschäftigte, 3.7.2018, S. 5 f. (<https://www.iab-forum.de/reform-des-befristungsrechts-moegliche-auswirkungen-des-koalitionsvertrags-auf-betriebe-und-beschaefigte/>); *Hohendanner*, Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag, vom 12.2.2018, S. 2 f. (<https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im-koalitionsvertrag/>)

<sup>96</sup> *Jarass/Pieroth*, Art. 12 GG Rn. 43 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung.

<sup>97</sup> An die mangelnde Erforderlichkeit knüpft in ähnlichem Zusammenhang auch BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 62 an.

den Großteil der Betroffenen verhältnismäßig ist), um einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 iVm Art. 12 Abs. 1 GG zu vermeiden. (...). Konsistenz und Folgerichtigkeit eines Schutzkonzepts sind nach dem BVerfG zu prüfen.<sup>98</sup> Ob dieser Anschluss an Art. 3 Abs. 1 GG systematisch im Rahmen der Erforderlichkeit oder der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfolgt, ist letztlich ohne praktische Relevanz.

Im Ergebnis gelangt man hier also zu einem Gleichklang. Die an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpfende 2,5 %-Quote für sachgrundlose Befristungen würde gleichermaßen gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.

#### **d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne müsste nach hier vertretener Ansicht nicht mehr geprüft werden, soll aber zur Absicherung des Ergebnisses gleichwohl erfolgen.

Auf dieser letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung fragt man danach, ob der Grundrechtseingriff außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht. Die Grenze der Zumutbarkeit muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe gewahrt sein. Insbesondere muss das Gewicht des verfolgten Zwecks umso größer sein, je tiefer in die Berufsfreiheit eingegriffen wird.<sup>99</sup> Steht – wie hier – aufgrund der strukturell einstellungshemmenden Wirkung eine Einschränkung der Berufswahlfreiheit in Rede, gelten gesteigerte Anforderungen. Dies zumal vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht die vergleichbar angelegte Wirkung des Vorbeschäftigungsverbots als schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer gekennzeichnet hat.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> BeckOK/Ruffert, Art. 12 GG Rn. 87.

<sup>99</sup> Jarass/Pieroth, Art. 12 GG Rn. 45.

<sup>100</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 56: „Die Beeinträchtigung wiegt schwer, weil den Schutzinteressen derjenigen, die Erwerbsarbeit suchen, ein hoher Stellenwert zukommt.“

Diesen Anforderungen kann eine Freiheitsverkürzung, die auf einer gleichheitswidrige Grenzziehung aufbaut, schon von vornherein nicht genügen. Sie stellt schon aus diesem Grunde eine unzumutbare Belastung der Normunterworfenen dar. Um es nochmals deutlich zu sagen: Aus der Sicht eines Bewerbers um eine Stelle gleicht es einem Lotteriespiel, ob eine Einstellung auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Vertrages erfolgen kann oder nicht. Über diese Gestaltungsoption entscheidet allein der Umstand, ob der Arbeitgeber die 2,5 %-Quote ausgeschöpft hat oder nicht. Ganz ähnlich verhält es sich hinsichtlich der Arbeitnehmer, die auf eine Verlängerung ihres sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages bis zur maximalen Gesamtdauer von zwei Jahren (künftig 18 Monaten) hoffen. Wenn in dieser Weise in die Berufswahlfreiheit der Arbeitnehmer eingegriffen wird, muss sich die Grenzziehung in Form des Schwellenwerts als konsistente und folgerichtige Umsetzung des gesetzgeberischen Schutzkonzepts erweisen. Das ist indes – wie im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes aufgezeigt wurde – nicht der Fall.

### **III. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1 GG)**

Schlussendlich könnte die im Koalitionsvertrag vereinbarte quotale Begrenzung der sachgrundlosen Befristung auch grundrechtlich verbürgte Rechtspositionen der Arbeitgeber verletzen. Im Vordergrund steht auch hier die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit.

#### **1. Schutzbereich**

Allgemein anerkannt ist zunächst, dass der Berufsbegriff nicht auf unselbständige Tätigkeiten verengt werden darf. Auch die unternehmerische Betätigung, unabhängig davon, in welcher Rechtsform sie erfolgt (Einzelkaufmann, Gesellschaft etc.), genießt den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit.<sup>101</sup> Eine Ausprägung der unternehmerischen Berufsfreiheit ist die sog. Arbeitsvertragsfreiheit. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Zudem schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Vertrags- und Dispositionsfreiheit der Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen mit den Beschäftigten.“<sup>102</sup> Bemerkenswert ist ferner, dass das Bundesverfassungsgericht, auch den „anerkannten Flexibilisierungsinteressen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber“ grundrechtlichen Schutz zuerkennt.<sup>103</sup> Das Bundesverfassungsgericht recurriert insoweit auf Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG und führt aus, die Arbeitgeber müssten personalwirtschaftlich auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen flexibel reagieren können, um wettbewerbsfähig zu bleiben.

#### **2. Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit**

Gesetzliche Regelungen, mit denen bestimmte flexible Vertragsgestaltungen eingeschränkt, den Parteien also arbeitsvertragliche Gestaltungsoptionen genommen

---

<sup>101</sup> Zur Unternehmerfreiheit und ihren Ausprägungen unter dem Dach von Art. 12 GG vgl. Dreier/*Wieland*, Art. 12 GG Rn. 53; aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG 1.3.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699 (708).

<sup>102</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 38.

<sup>103</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 57.



werden, müssen sich daher sehr wohl an Art. 12 Abs. 1 GG messen lassen. So verhält es sich hier im Hinblick auf die signifikante Einschränkung der sachgrundlosen Befristung für Unternehmen mit mehr als 75 Beschäftigten. Aus der Sicht der betroffenen Arbeitgeber liegt ein Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit vor. Das Bundesverfassungsgericht<sup>104</sup> hat in dem vergleichbaren Fall, dass die Möglichkeit zur Vereinbarung einer sachgrundlosen Befristung durch das Vorbeschäftigungsverbot eingeschränkt wird, einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich erblickt; eine Berufswahlbeschränkung hat es indes nur im Hinblick auf die betroffenen Arbeitnehmer angenommen.

### **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dürfen angesichts der eher geringeren Eingriffsintensität (Berufsausübungsfreiheit) nicht zu hoch veranschlagt werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das personale Element bei Unternehmen mit mehr als 75 Beschäftigten tendenziell weniger stark ausgeprägt ist als in kleineren Unternehmen. Im Mitbestimmungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht diesem Gesichtspunkt durchaus Bedeutung für die Formulierung der Rechtfertigungsanforderungen zuerkannt:<sup>105</sup> „Unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 Abs. 1 GG stellen sich die angegriffenen Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes vielmehr als Regelungen der Berufsausübung dar. (...) Angesichts der Größe der dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen fehlt deren Berufsfreiheit weitgehend der personale Grundzug, der den eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts ausmacht.“ Von daher reicht es aus, dass die Regelung von sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen wird. Das mag man für das übergeordnete Anliegen, prekäre Beschäftigung einzudämmen und das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelform zu stärken, bejahen. Auch die Entlastung kleinerer Arbeitgeber mag im Ausgangspunkt auf sachgerechten und übergeordneten Erwägungen des Gemeinwohls beruhen.

---

<sup>104</sup> BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 56.

<sup>105</sup> BVerfG 1.3.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699 (708).

Allerdings müssen Berufsausübungsbeschränkungen auch vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinen Ausprägungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bestehen können. Auch hier gilt dann: Einer gleichheitswidrigen Verkürzung der Berufs(ausübungs)freiheit – jetzt der Arbeitgeber – muss die verfassungsrechtliche Rechtfertigung auch im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG versagt bleiben. Trotz der geringeren Rechtfertigungsanforderungen liegt mithin auch eine Verletzung der Berufsfreiheit derjenigen Arbeitgeber vor, die den Schwellenwert von 75 Beschäftigten überschreiten.

## **D. Folgen der Verfassungswidrigkeit**

Die Prüfung der Verfassungswidrigkeit der an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpfenden 2,5 %-Quote für sachgrundlose Befristungen durch das Bundesverfassungsgericht könnte insbesondere auf dem Wege einer unmittelbar gegen das Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde, einer Urteilsverfassungsbeschwerde oder durch Vorlage eines Gerichts (konkrete Normenkontrolle) eingeleitet werden.

### **I. Nichtigkeits- oder Unvereinbarkeitserklärung**

Folge der Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung ist grundsätzlich deren Nichtigklärung durch das Bundesverfassungsgericht (§§ 78 S. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG). Davon macht das Bundesverfassungsgericht allerdings bei gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Gesetzen eine Ausnahme. Hier wird sowohl bei begünstigenden als auch bei belastenden Gesetzen regelmäßig nur deren Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt.<sup>106</sup> Begründet wird dies in erster Linie mit dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, dem meist mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit bleiben. Bis zu einer dem Gesetzgeber aufgetragenen Neuregelung kann die bisherige Regelung grundsätzlich nicht mehr angewandt werden,<sup>107</sup> es sei denn das Bundesverfassungsgericht ordnete die begrenzte Fortgeltung an.

Auch hier wäre die Streichung des Schwellenwerts nur eine denkbare und vom Gesetzgeber offenbar auch nicht präferierte Lösung. Ebenso wären auch andere moderate Begrenzungen der sachgrundlosen Befristung unter Einschluss kleinerer Unternehmen vorstellbar. Ferner wäre auch der vollständige Verzicht auf eine quantitative Begrenzung der sachgrundlosen Befristung eine Option.

---

<sup>106</sup> BVerfG 28.1.1992 - 1 BvR 1025/82, NJW 1992, 964, 966; BVerfG 18.7.2006 - 1 BvL 1/04, NJW 2007, 900 Rn. 80; Sachs/*Nußberger*, Art. 3 GG Rn. 131; zur Bedeutung der Unvereinbarkeitserklärung bei verfassungswidrigen Schwellenwerten *Endres*, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, S. 201.

<sup>107</sup> BVerfG 14.7.1986 - 2 BvE 2/84, 2 BvR 442/84, NJW 1986, 2487, 2494; BVerfG 17. 11. 2009 - 1 BvR 2192/05, NZG 2010, 832 Rn. 90.

Zu einem noch weiter reichenden Entscheidungsausspruch, nämlich zur Nichtigkeitserklärung, würde man im Übrigen gelangen, wenn man den hier ebenfalls bejahten Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG in den Vordergrund rücken würde. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in letzter Zeit die Unvereinbarkeitserklärung auch außerhalb des gleichheitsrechtlichen Kontextes als Alternative zur Nichtigkeit anerkannt.<sup>108</sup> Diese Frage braucht hier nicht vertieft zu werden. In jedem Fall könnte die Regelung vorerst nicht angewendet werden, die quantitative Beschränkung der sachgrundlosen Befristung könnte ihre Wirkung mithin nicht entfalten.

## **II. Erstreckung der Unvereinbarkeit auf die Gesamtregelung**

Wichtig ist darüber hinaus die Erkenntnis, dass die verfassungswidrige Festlegung eines Schwellenwertes von mehr als 75 Beschäftigten nicht isoliert betrachtet werden könnte. Der Schwellenwert ist ein zentrales Element der quotalen Begrenzung der sachgrundlosen Befristung, da er den Anwendungsbereich definiert. Er war zudem ein wichtiger Punkt im Rahmen der von den Koalitionsparteien ausgehandelten Kompromisslösung. Außerdem wäre es noch keineswegs sicher, ob nicht die Begrenzung der Unvereinbarkeitserklärung auf den Schwellenwert ihrerseits einen verfassungswidrigen Zustand hervorrufen würde. Zwar ist im Verfassungsprozessrecht die Möglichkeit einer nur teilweisen Unvereinbarkeitserklärung anerkannt.<sup>109</sup> Allerdings besteht ebenfalls Einvernehmen, dass die Unauftrennbarkeit einer gesetzlichen Regelung dazu führt, dass diese, soweit sie in Teilen verfassungswidrig ist, insgesamt nur für unvereinbar erklärt werden kann.<sup>110</sup>

Somit müsste sich vorliegend der Unvereinbarkeitsbeschluss auf die Gesamtregelung erstrecken. Damit wäre die 2,5 %-Quote nach einer entsprechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundgesetz unvereinbar und bis zu einer verfassungskonformen Neuregelung auch nicht mehr anwendbar.

---

<sup>108</sup> Vgl. etwa BVerfG 19. 3. 2003 - 2 BvL 9/98, NVwZ 2003, 715, 720; BVerfG 10.2.2004 - 2 BvR 834/02 u. 1588/02, NJW 2004, 750, 757; BVerfG 18. 2. 2004 - 1 BvR 193/97, NJW 2004, 1155, 1157.

<sup>109</sup> Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Hömig, § 95 BVerfGG Rn. 95 mit weiteren Nachweisen.

<sup>110</sup> Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Hömig, § 95 BVerfGG Rn. 95.

## **E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

Die im Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und der SPD vom 7. Februar 2018 vereinbarte Einführung einer quotalen Begrenzung der sachgrundlosen Befristung auf 2,5 % der Belegschaft hielte, wenn sie an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpfte, einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand. Sie würde gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen. Ein tragfähiger, sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Die Anknüpfung an eine Beschäftigtenzahl von mehr als 75 bricht systemwidrig aus der Phalanx vergleichbarer Schwellenwerte mit ähnlicher Zielsetzung aus, ohne dass rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten diese Divergenz erklären könnten. Letztlich handelt es sich um eine willkürliche Grenzziehung, die auf einem politischen Kompromiss beruht. Jedenfalls im grundrechtssensiblen Bereich ist dies keine hinreichende Rechtfertigung für die vorgenommene Differenzierung. Verstärkt wird der Gleichheitsverstoß noch dadurch, dass der Grenzwert ein Alles oder Nichts-Prinzip statuiert, obwohl moderatere und damit mildere Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Ferner greift die an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpfende quotale Begrenzung der sachgrundlosen Befristung in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Arbeitnehmer, aber auch der Arbeitgeber ein. Nach den Erkenntnissen des Bundesverfassungsgerichts im „Vorbeschäftigungs-Urteil“ bedarf dieser Eingriff in die Berufsfreiheit einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese scheitert indes, da eine Regelung, die gleichheitswidrig die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer/Bewerber und der Arbeitgeber verkürzt, nicht erforderlich ist und sich überdies als unzumutbare Belastung der Normunterworfenen darstellt.

Sollte es zu einem verfassungsgerichtlichen Kontrollverfahren kommen, ist zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht die an einen Schwellenwert von mehr als 75 Beschäftigten anknüpfende quotale Beschränkung der sachgrundlosen Befristung für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Die Regelung könnte vorerst nicht angewendet werden, die quantitative Beschränkung der sachgrundlosen Befristung könnte ihre Wirksamkeit nicht entfalten.

Zu den Konsequenzen, die aus den Ergebnissen dieses Rechtsgutachtens zu ziehen sind, seien abschließend noch einige kurze Anmerkungen gestattet: Man könnte überlegen, den Schwellenwert zu verringern, ihn beispielsweise bei 20 Beschäftigten anzusetzen. Damit wären die verfassungsrechtlichen Bedenken indes noch nicht aus dem Weg geräumt. Denn niedrigere Schwellenwerte würden zahlenmäßig mehr Arbeitnehmer treffen, denen die Gestaltungsoption „sachgrundlos befristeter Vertrag“ genommen würde. Damit stiege auch die Intensität des Eingriffs in die Berufsfreiheit und damit zugleich die Rechtfertigungslast. Außerdem bliebe noch die Sonderproblematik der doppelten Privilegierung von Kleinstbetrieben bis zu zehn Arbeitnehmern. Radikalere Lösungen, die allerdings in der Politik offenbar nicht konsensfähig sind, wären der Verzicht auf den Schwellenwert oder die völlige Abschaffung der sachgrundlosen Befristung. Auch diese Ansätze würden wiederum verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen. So müsste sich beispielsweise die Abschaffung der sachgrundlosen Befristung an Art. 12 GG messen lassen. Hier müsste der Blick dann auf das Gesamtszenario erstreckt werden, also beispielsweise das strikte Kündigungsrecht und die vor kurzem in Kraft getretenen Einschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung einbezogen werden.

## F. Literaturverzeichnis

*Arnold, Christian; Romero, Sibylle*: Die Große Koalition kommt – was wird sich im Arbeitsrecht ändern?, NZA 2018, 329

*Baeck, Ulrich; Winzer, Thomas; Abend, Tobias*: Der Koalitionsvertrag der Großen Koalition: Geplante Änderungen im Arbeitsrecht, NZG 2018, 424

*BeckOK Grundgesetz*, hrsg. von *Epping, Volker* und *Hillgruber, Christian*, 38. Edition, München 15.8.2018

*Bonanni, Andrea*: Die Pläne der großen Koalition für das Arbeitsrecht, ArbRB 2018, 112

*Britz, Gabriele*: Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346

*Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band 1/3, 3. Aufl., Tübingen 2013

*Endres, Esther*: Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, Baden-Baden 2003 (zugleich Diss. Hagen 2002)

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von *Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid*, 18. Aufl., München 2018

*Fink, Martin*: Koalitionsvertrag: Was wird aus der sachgrundlosen Befristung, DB 2018, M 26

*Gürtzgen, Nicole; Kubis, Alexander*: Reform des Befristungsrechts – mögliche Auswirkungen des Koalitionsvertrags auf Betriebe und Beschäftigte, 3.7.2018, S. 5 f. (<https://www.iab-forum.de/reform-des-befristungsrechts-moegliche-auswirkungen-des-koalitionsvertrags-auf-betriebe-und-beschaeftigte/>)

*Hohendanner, Christian*: Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag, vom 12.2.2018, S. 2 f. (<https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im-koalitionsvertrag/>);

*Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 15. Aufl. 2018

*Jarass, Hans D.*: Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, NJW 1997, 2545

*Junker, Abbo; Dietrich, Ute*: Schwellenwerte in arbeitsrechtlichen Gesetzen, NZA 2003, 1057

*Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf*: Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl., Heidelberg 2018

*Klein, Thomas*: Die geplante Neuregelung des Befristungsrechts, DB 2018, 1018

KR - Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, bearbeitet von *Etzel, Gerhard; Bader, Peter; Fischermeier, Ernst* u.a., 11. Aufl., Köln 2016

*von Mangold, Hermann* (Begr.): Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. von *Huber, Michael* und *Voßkuhle, Andreas*, Band 1/3, 7. Auflage, München 2018

*Maunz/Dürig*: Grundgesetz Kommentar, Band I, hrsg. von *Herzog, Roman; Scholz, Rupert; Herdegen, Matthias; Klein, Hans H.*, 83. Lieferung, München April 2018

*Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. Ergänzungslieferung, München Juni 2018

*Möller, Lars Christian*: Das Arbeitsrecht der GroKo II, ArbRAktuell 2018, 167

*von Münch, Ingo* (Begr.): Grundgesetz Kommentar, hrsg. von *Kunig, Philip*, Band 1/2, 6. Aufl., München 2012

Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht, hrsg. von *Boecken, Winfried; Düwell, Franz Josef; Diller, Martin; Hanau, Hans*; drei Bände, Baden-Baden 2016 (zitiert: NK/Bearbeiter)

*Neumann, Nils*: Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode – Arbeitsrechtlicher Ausblick, GWR 2018, 66

*Reufels, Martin; Heite, Lea*: Streitpunkt „Entfristungsrichtlinien“, ArbRB 2018, 206

*Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018

*Weigand, Horst*: Anhaltspunkte für ein zeitgemäßes Kleinunternehmerprofil, DB 1997, 2484

Heidelberg, den 24. November 2018



---

Prof. Dr. Markus Stoffels