

## Fallstricke vermeiden

# Befristung von Arbeitsverhältnissen



**Dr. Reinhard Möller,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Bartsch Rechtsanwälte, Karlsruhe

**Die Befristung von Arbeitsverhältnissen bietet gute Möglichkeiten, auf einen Beschäftigungsbedarf flexibel zu reagieren, die Wirkung des Kündigungsschutzgesetzes im Einzelfall abzumildern und ein Arbeitsverhältnis einem längeren Belastungstest zu unterziehen. Die gesetzliche Regelung enthält jedoch viele Fallstricke, die man kennen und beachten muss, um die mit der Befristung beabsichtigten Ziele auch zu erreichen.**

## 1 Befristung ohne Sachgrund

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers stellt das unbefristete Arbeitsverhältnis den Normalfall dar. Die Befristung kann nämlich, insbesondere bei wiederholten Verlängerungen (sog. Kettenbefristungen), zu einer Umgehung des Kündigungsschutzes führen. Deshalb hat der Gesetzgeber strenge Regelungen aufgestellt, die in der Praxis unbedingt zu beachten sind. Ein Verstoß dagegen macht die Befristung i. d. R. unwirksam und führt zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist es zulässig, ein Arbeitsverhältnis ohne einen besonderen Grund für die Dauer von bis zu zwei Jahren zu befristen. Außerdem ist es möglich, die Befristung bis zu dreimal zu verlängern, wenn dadurch die Gesamtdauer von zwei Jahren nicht überschritten wird.

### Checkliste 1

#### sachgrundlose Befristung

- maximal zwei Jahre
- kein vorheriges Arbeitsverhältnis während der letzten drei Jahre
- Unterzeichnung durch beide Parteien vor Arbeitsaufnahme
- Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vereinbaren

Bei der sachgrundlosen Befristung sind drei Fallstricke besonders zu beachten:

## 2 Vorheriges Arbeitsverhältnis

Die sachgrundlose Befristung ist unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber – nicht notwendigerweise in demselben Betrieb – bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber Kettenbefristungen verhindern.

### Beispiel

Will der Erwerber nach einem Betriebsübergang einen Arbeitnehmer befristet einstellen, der in der Vergangenheit beim Veräußerer tätig war, ist eine sachgrundlose Befristung möglich, wenn die Tätigkeit vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs beendet war. Auch wenn die Identität des Betriebs durch den Betriebsübergang gewahrt bleibt, handelt es sich beim Erwerber nicht um denselben Arbeitgeber i. S. d. § 14 Abs. 2 TzBfG.

Nach bisheriger Rechtsprechung schloss jedes vergangene Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die sachgrundlose Befristung aus. Das BAG hat jedoch mit Urteil vom 6.4.2011 (7 AZR 719/09, vgl. AuA 5/11, S. 303) diese Rechtsprechung geändert. Da das Befristungsverbot bei vorheriger Beschäftigung lediglich den Zweck hat, Befristungsketten zu verhindern, schließt eine vorherige Beschäftigung, die mehr als drei Jahre zurückliegt, eine sachgrundlose Befristung nicht aus.

### Praxistipp

Vor Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses sollte der Arbeitgeber also überprüfen, ob mit dem Mitarbeiter innerhalb der letzten drei Jahre ein Arbeitsverhältnis bestand. Dabei sind auch Aushilfsarbeitsverhältnisse von Schülern und Studenten zu berücksichtigen, nicht aber Ausbildungsverhältnisse. Wichtig ist, bei der Prüfung auch den früheren Namen des Arbeitnehmers, der sich z. B. durch Eheschließung geändert haben kann, in die Prüfung einzubeziehen.

## 3 Schriftform

Die Befristung eines Arbeitsvertrags ist nur wirksam, wenn sie schriftlich erfolgt, § 14 Abs. 4 TzBfG. Die Befristungsvereinbarung muss deshalb von beiden Parteien unterzeichnet sein, bevor der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnimmt. Beginnt er schon vor der Unterschrift mit der Arbeit, wird damit konkludent ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen (BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 133/03). Eine nachfolgende schriftliche Befristungsabrede kann das Arbeitsverhältnis dann nicht mehr wirksam befristen, da schon ein unbefristetes besteht.

Das gleiche Risiko besteht bei Verlängerungen einer sachgrundlosen Befristung. Beide Parteien müssen die Verlängerungsabrede unterzeichnen, bevor die ursprüngliche Befristungsabrede abgelaufen ist. Haben sie noch keine schriftliche Verlängerungsvereinbarung getroffen, wenn die Befristung ausläuft, sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht weiter beschäftigen. Anderenfalls entsteht (konkludent) ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

### Praxistipp

Unternehmen sollten unbedingt darauf achten, dass der Arbeitsvertrag von beiden Parteien unterschrieben ist, bevor der Arbeitnehmer seine Tätigkeit beginnt. Unterzeichnet der Mitarbeiter den Arbeitsvertrag erst am Tag des Arbeitsbeginns, muss er mit der Aufnahme seiner Tätigkeit bis nach der Unterschrift warten. Der Arbeitgeber kann aber auch das Ange-

bot, einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen oder zu verlängern, von vornherein unter den Vorbehalt eines schriftlichen Vertragsabschlusses stellen. Dann entsteht durch die Arbeitsaufnahme lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis, das eine nachfolgende sachgrundlose Befristung nicht hindert (BAG, Urt. v. 16.4.2008 – 7 AZR 1048/06, AuA 1/09, S. 53). Der Arbeitgeber muss im Streitfall den Vorbehalt beweisen. Es empfiehlt sich daher, schriftlich zu dokumentieren, dass der Arbeitsvertrag nur zustande kommen soll, wenn eine schriftliche Vereinbarung getroffen wird.

## 4 Inhaltsänderungen

Im Zusammenhang mit der Verlängerung von Befristungsabreden dürfen die Parteien keine Inhaltsänderungen vereinbaren. Einigen sie sich z. B., die Befristung zu verlängern und gleichzeitig die Vergütung zu erhöhen, handelt es sich nicht um eine Verlängerungsabrede, sondern um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, was nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG nur mit Sachgrund zulässig ist (BAG, Urt. v. 20.2.2008 – 7 AZR 786/06, AuA 9/09, S. 554).

Bei der Verlängerung von Befristungen ist also darauf zu achten, nicht in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang sonstige Vertragsbedingungen zu ändern. Eine Ausnahme lässt die Rechtsprechung nur zu, wenn es darum geht,

- die Vertragsbedingungen an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage anzupassen oder
- Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, auf die der befristet beschäftigte Arbeitnehmer einen Anspruch hat (BAG, Urt. v. 12.8.2009 – 7 AZR 270/08, AP Nr. 63 zu § 14 TzBfG).

### Beispiel

Erhöhen die Parteien im Zusammenhang mit der Verlängerung eines befristeten Teilzeitarbeitsverhältnisses die Arbeitszeit, handelt es sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses. Die Befristung ist nur zulässig, wenn ein Sachgrund vorliegt.

Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer zuvor einen Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG geltend gemacht hat und der Arbeitgeber mit der Verlängerung der Arbeitszeit diesem Anspruch Rechnung trägt. Dann ist es trotz der Arbeitszeitänderung möglich, die sachgrundlose Befristung zu verlängern.

### Praxistipp

Es ist zulässig, die Vertragsbedingungen eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses zu ändern, wenn dies nicht im Zusammenhang mit der Verlängerung der Befristung erfolgt. Arbeitgeber sollten daher eine Vergütungserhöhung immer in größerem zeitlichen Abstand zur Verlängerung der Befristung vereinbaren.

#### Checkliste 2

##### Verlängerung sachgrundlose Befristung

- maximal drei Verlängerungen bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren
- Unterzeichnung durch beide Parteien vor Ablauf der laufenden Befristung
- keine Inhaltsänderungen, außer Anpassung an zwingendes Recht oder Arbeitnehmer hat Anspruch auf Abänderung

## 5 Befristungen mit Sachgrund

Die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG ist wesentlich einfacher und bietet weniger Fallstricke. Der Arbeitgeber muss im Streitfall aber beweisen, dass ein sachlicher Grund für eine Befristung vorliegt. Daher sollte er vor der Vereinbarung sorgfältig überprüfen, ob die Anforderungen, die Gesetz und Rechtsprechung an die Sachgrundbefristung stellen, eingehalten sind. Für die Beurteilung des sachlichen Grundes sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich (BAG, Urt. v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, AuA 3/06, S. 171). Der Arbeitgeber muss also eine Prognoseentscheidung treffen:

- Erweist sich diese als unrichtig, weil die tatsächlichen Umstände den prognostizierten Abläufen nicht entsprechen, berührt dies die Wirksamkeit der Befristung nicht.
- Ist dagegen die Prognose selbst fehlerhaft, weil der Arbeitgeber die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses falsch bewertet hat, ist die darauf gestützte Sachgrundbefristung unwirksam.

Die sachlichen Gründe, die eine Befristung rechtfertigen, sind beispielhaft in § 14 Abs. 1 TzBfG aufgeführt. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Eine Sachgrundbefristung ist also auch aus anderen, vergleichbar schwerwiegenden Gründen möglich. Das Gesetz nennt u. a. folgende Befristungsgründe:

### ■ Vorübergehender betrieblicher Bedarf (Nr. 1)

Damit ist gemeint, dass nur eine zeitlich begrenzte Arbeitsaufgabe besteht. Nicht ausreichend ist, dass lediglich eine aus der Art der Beschäftigung oder der Situation des Betriebs resultierende Unsicherheit über den zukünftigen Arbeitskräftebedarf besteht. Darin spiegelt sich nur das allgemeine Beschäftigungsrisiko des Arbeitgebers wider. Es muss aufgrund der Umstände des Einzelfalls erkennbar sein, dass der Bedarf für die konkrete Beschäftigung zukünftig nicht mehr besteht.

### Beispiel

Für ein bestimmtes Projekt benötigt der Arbeitgeber einen in besonderer Weise qualifizierten Arbeitnehmer, für den er nach Ende des Projekts keine hinreichenden Einsatzmöglichkeiten mehr hat. Voraussetzung ist jedoch, dass er den betreffenden Arbeitnehmer auch ganz oder zu einem wesentlich überwiegenden Teil mit Arbeiten an dem konkreten Projekt beschäftigt.

### ■ Befristung zur Vertretung (Nr.3)

Die Befristung zur Vertretung eines bestimmten Arbeitnehmers, insbesondere bei langen Erkrankungen oder Abwesenheit wegen Mutterschutz und Elternzeit, ist der klassische Befristungsgrund. Noch nicht geklärt ist allerdings die Frage, ob wiederholte Befristungen zur Vertretung verschiedener Arbeitnehmer zulässig sind, wenn der Arbeitgeber einen ständigen Vertretungsbedarf hat. Diese Frage ist gegenwärtig beim EuGH zur Entscheidung anhängig (BAG, Beschluss v. 17.11.2010 – 7 AZR 443/09, AuA 1/11, S. 47).

### ■ Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung (Nr. 4)

Diesen Befristungsgrund legt die Rechtsprechung sehr eng aus. Er erfasst vor allem die sog. Verschleißtätigkeiten. Dazu gehören Befristungen in den Arbeitsverträgen von Trainern im Profisport. Auch programmgestaltende Tätigkeiten von Mitarbeitern der Rundfunk- und Fernsehanstalten sollen hierunter fallen. Das Bundesverfassungsgericht stützt diese Auslegung auf die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG (Beschl. v. 13.1.1982 – 1 BVR 848/77). Generell spielt dieser Befristungsgrund aber eine untergeordnete Rolle.

### ■ Befristung zur Erprobung (Nr.5)

Wegen der sechsmonatigen Wartefrist nach § 1 KSchG hat dieser Befristungsgrund vor allem Bedeutung bei hoch qualifizierten Mitarbeitern, bei denen die gesetzliche Probezeit von sechs Monaten nicht ausreicht, um die Arbeitsleistung sachgerecht zu beurteilen. Grundsätzlich bietet die Erprobung auch die Möglichkeit, die gesetzliche Probezeit zu verlängern. Da nach der Rechtsprechung aber im Regelfall sechs Monate zur Beurteilung ausreichend sind, sollte man eine längere oder nachträgliche Probezeitbefristung nur in Ausnahmefällen wählen (z. B. BAG, Urt. v. 12.9.1996 – 7 AZR 31/96, NZA 1997, S. 841 zur Befristung des Konzertmeisters eines Sinfonieorchesters).

### ■ Befristung aus personenbedingten Gründen (Nr. 6)

Neben dem Standardfall der befristet erteilten Aufenthaltserlaubnis fällt hierunter auch die Befristung auf die Vollendung des 65. Lebensjahres, die sich noch immer in vielen Arbeitsverträgen findet. Eine feste Altersgrenze begegnet aber Bedenken im Hinblick auf das Verbot der Altersdiskriminierung nach dem AGG.

#### Praxistipp

Deshalb sollten Unternehmen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht an ein bestimmtes Lebensalter, sondern die Möglichkeit, eine Altersrente zu beziehen oder das Erreichen des gesetzlichen Rentenalters knüpfen. Damit wird das Arbeitsverhältnis nicht befristet, sondern auflösend bedingt. Solche auflösenden Bedingungen werden aber wie Befristungen behandelt, § 21 TzBfG.

### ■ Befristung durch gerichtlichen Vergleich (Nr. 8)

Obwohl § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG jeden gerichtlichen Vergleich erfasst, beschränkt das BAG diesen Befristungsgrund auf Auseinandersetzungen, die die Parteien über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses führen. Es will mit der engen, den Wortlaut des Gesetzes einschränkenden Auslegung den Missbrauch dieses Befristungsgrundes verhindern (BAG, Urt. v. 26.4.2006 – 7 AZR 366/05, NZA 2006, S. 1431).

## 6 Weitere, im Katalog nicht genannte Gründe

Auch wenn die Aufzählung der Befristungsgründe in § 14 Abs. 1 TzBfG nicht abschließend ist, gibt es nur wenige Fallgestaltungen, in denen die Rechtsprechung weitere Gründe anerkennt. Einer davon ist, die personelle Kontinuität der Betriebsratsarbeit zu sichern. Ihn hat das BAG als Grund dafür anerkannt, die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem Betriebsratsmitglied zu verlängern (BAG, Urt. v. 23.1.2002 – 7 AZR 611/00, AuA 8/02, S. 377).

#### Wichtig

Der vom Arbeitnehmer erklärte Wunsch, nur einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, fällt nicht hierunter, sondern unter die personenbedingten Gründe. Den Arbeitnehmerwunsch erkennt die Rechtsprechung auch nur als Befristungsgrund an, wenn aufgrund nachgewiesener Umstände die Befristung in seinem objektiven Interesse liegt (BAG, Urt. v. 6.11.1996 – 7 AZR 126/96, NZA 1997, S. 716).

## 7 Schriftform

Auch die Sachgrundbefristung muss schriftlich erfolgen. Eine verspätete schriftliche Fixierung hat hier aber keine so schwer wiegenden Konsequenzen wie bei der sachgrundlosen Befristung, da ein vorheriges Arbeitsverhältnis die Sachgrundbefristung nicht ausschließt.

Bei einer kalendermäßigen Befristung braucht der Arbeitgeber in der Befristungsabrede den sachlichen Grund nicht zu nennen. Es genügt die Angabe, dass das Arbeitsverhältnis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt befristet ist oder dann endet. Trotzdem sollte der Arbeitgeber den sachlichen Grund gut dokumentieren, da er im Streitfall die Beweislast dafür trägt. Eine Zweckbefristung, z. B. für die Dauer der Elternzeit eines anderen Mitarbeiters, ist nur wirksam, wenn der sachliche Grund in der Befristungsabrede benannt wird.

#### Checkliste 3

##### Befristung mit Sachgrund

- keine sachgrundlose Befristung möglich
- Befristungsgrund nach Katalog § 14 Abs. 1 TzBfG oder vergleichbar
- Schriftform
- bei Zweckbefristung: Befristungsgrund angeben
- Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vereinbaren

## 8 Befristung mit älteren Arbeitnehmern (§ 14 Abs. 3 TzBfG)

Das TzBfG sah früher die Möglichkeit vor, Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, sachgrundlos zu befristeten. Diese Regelung war allerdings mit dem Diskriminierungsverbot wegen des Alters nach § 1 AGG nicht vereinbar (EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 [Mangold], AuA 2/06, S. 115). Deshalb beschränkt sich die Befristungsmöglichkeit von Arbeitsverhältnissen mit älteren Arbeitnehmern jetzt auf die Fälle, in denen der Mitarbeiter das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos war.

## 9 Ordentliche Kündigung während der Befristung

Während eines befristeten Arbeitsverhältnisses ist i. d. R. eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, § 15 Abs. 3 TzBfG. Eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Der Arbeitnehmer muss die Unwirksamkeit aber innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist nach § 4 KSchG geltend machen (BAG, Urt. v. 22.7.2010 – 6 AZR 480/09, NZA 2010, S. 3258). Es ist zulässig, im Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung zu vereinbaren.

#### Praxistipp

Befristete Arbeitsverhältnisse können eine lange Laufzeit haben, bei einer Befristung mit Sachgrund sogar länger als zwei Jahre. Deshalb ist es i. d. R. sinnvoll, die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung während der Dauer der Befristung ausdrücklich zu vereinbaren. Dies gilt insbesondere auch für eine Kündigung während der Probezeit.

## 10 Fazit

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen bietet gute Möglichkeiten, ein Arbeitsverhältnis für die Dauer von bis zu zwei Jahren abzuschließen, ohne schon nach sechs Monaten den Risiken des Kündigungsschutzgesetzes ausgesetzt zu sein. Beim Abschluss des befristeten Vertrags sind aber die in den Checklisten dargestellten Punkte zu beachten. Macht der Arbeitgeber hier Fehler, führt dies i. d. R. zur Unwirksamkeit der Befristung. Das Arbeitsverhältnis ist dann unbefristet und lässt sich nur nach den Regeln des Kündigungsschutzgesetzes beenden.