

Manfred Löwisch und Andreas Schubert

Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen

I. Vorschläge des Koalitionsvertrags¹

1. Sachgrundlose Befristungen

Nach dem Koalitionsvertrag sollen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristen dürfen. Bei Überschreiten dieser Quote soll jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen gelten. Die Quote soll jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen sein.

Weiter soll 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.

2. Kettenbefristungen

Nach dem Koalitionsvertrag soll die Befristung eines Arbeitsverhältnisses dann nicht zulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Eine Ausnahmeregelung soll für den Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Künstler, Fußballer) zu treffen sein.

Auf die Höchstdauer von fünf Jahren sollen auch eine oder mehrere vorherigen Entleihung(en) des nunmehr befristet eingestellten Arbeitnehmers durch ein oder mehrere Verleihunternehmen angerechnet werden.

Ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber soll erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren möglich sein.

II. Relevanz der Vorschläge für Universitäten und Forschungseinrichtungen

1. Im persönlichen Geltungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes und des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung

1 Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018. Die Vorschläge sind im Abschnitt V 1 (Gute Arbeit) auf S. 52 enthalten.

2 Etwa: „Flexible Dienstleister der Wissenschaft“, FAZ

a. Spezialitätscharakter dieser Gesetze

Das WissZeitVG regelt die Befristung von Arbeitsverhältnissen des wissenschaftlichen Personals eigenständig. Wie sich aus § 1 Abs. 1 Satz 5 des Gesetzes ergibt, finden die anderen Vorschriften über befristete Arbeitsverhältnisse nur insoweit Anwendung, wie sie den Regelungen des WissZeitVG nicht widersprechen.

An dieser Rechtslage will der Vorschlag des Koalitionsvertrags trotz gegenläufiger Forderungen² ersichtlich nichts ändern. Zu Recht: Die Auswirkungen der 2016 erfolgten grundlegenden Reform des WissZeitVG sollen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 8 im Jahr 2020 evaluiert werden. Diesen Fahrplan umzuwerfen besteht kein Anlass.

§ 2 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 und Abs. 5 WissZeitVG sehen Verlängerungen der zulässigen Befristungsdauer aus in der Person des wissenschaftlichen Mitarbeiters liegenden besonderen Gründen vor. Die Aufzählung dieser Gründe ist abschließend gemeint. Die Inanspruchnahme der im Koalitionsvertrag ebenfalls vorgesehenen Brückenteilzeit würde deshalb nicht zu einer solchen Verlängerung führen.

Auch das ÄrzteBefrG enthält eine solche eigenständige Regelung (§ 1 Abs. 5 des Gesetzes). Auch an dieser will der Vorschlag ersichtlich nichts ändern.

b. Ergänzende Geltung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (§ 1 Abs. 2 WissZeitVG)

Nach § 1 Abs. 2 WissZeitVG kann das von ihm erfasste wissenschaftliche Personal auch nach den Vorschriften des TzBfG befristet beschäftigt werden. Das gilt auch für die sachgrundlose Befristung des § 14 Abs. 2 TzBfG.

Im Verhältnis zu den Befristungstatbeständen des § 14 Abs. 1 TzBfG hat das BAG in einer Reihe neuerer Entscheidungen den Befristungstatbeständen des § 2 WissZeitVG teilweise Spezialcharakter zugemessen und Hochschulen und Forschungseinrichtungen deshalb die Berufung auf die ersteren versagt.³ Zu der schwierigen Frage, ob und inwieweit § 2 WissZeitVG

vom 27.3.2018.

3 BAG 18.5.2006, 7 AZR 533/14, NZW 2016, 1276; BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/14, BeckRS 2016, 73446; BAG 28.9.2016, 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249; siehe auch BAG 14.6.20017, 7 AZR 597/15, BeckRS 2017, 128880 zu § 1 ÄArbVtrG.

auch im Verhältnis zu § 14 Abs. 2 TzBfG solcher Spezialcharakter zukommt, hat das BAG bislang noch nicht Stellung genommen.⁴

Zahlenmäßig halten sich sachgrundlose Befristungen des wissenschaftlichen Personals jedenfalls schon wegen der in der Vorschrift enthaltenen Zuvor-Regelung in engen Grenzen. Sie dürften nicht einmal ein Prozent aller wissenschaftlich Beschäftigten betragen.

2. Außerhalb des Geltungsbereichs dieser Gesetze

a. Professoren, Juniorprofessoren

Professoren und Juniorprofessoren können auch als Arbeitnehmer beschäftigt werden. Das WissZeitVG regelt die Befristung solcher Arbeitsverhältnisse nicht. Dementsprechend gelten für diese an sich die Vorschriften des TzBfG und damit auch die geplanten Neuregelungen.

Dem TzBfG gehen insoweit allerdings *landesrechtliche Regelungen* vor: Nach § 23 TzBfG bleiben Befristungen nach anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt. Da das Bundesrecht keine Regelungen über die Befristung von Arbeitsverhältnissen von Professoren und Juniorprofessoren enthält und das Arbeitsrecht zur konkurrierenden Gesetzgebung gehört, können deshalb insoweit landesgesetzliche Vorschriften Platz greifen.⁵ An dieser Rechtslage rührt auch der Vorschlag des Koalitionsvertrags nicht. Er will es ersichtlich bei § 23 TzBfG belassen und verzichtet damit auf eine Korrektur der Rechtsprechung des BAG.

Dementsprechend können, soweit die Landeshochschulgesetze das vorsehen, Professoren im Falle der Erstbefristung nach wie vor zunächst zur Erprobung drei Jahre befristet angestellt werden.⁶ Auch steht der sechsjährigen Befristung der Arbeitsverhältnisse von Juniorprofessoren⁷ weiterhin nichts entgegen.

b. Leitendes wissenschaftliches Personal von Forschungseinrichtungen

Für das leitende wissenschaftliche Personal von Forschungseinrichtungen im Sinne von § 5 WissZeitVG gelten an sich sinngemäß die Vorschriften dieses Gesetzes.⁸ Die für § 14 TzBfG vorgeschlagenen Neuregelungen

haben deshalb für sie, nicht anders als für das wissenschaftliche Personal der Hochschulen, Bedeutung nur insoweit als Befristungen außerhalb der Regeln des WissZeitVG vereinbart werden sollen.

c. Lektoren

Soweit Lektoren nicht zum wissenschaftlichen Personal im Sinne des WissZeitVG zu zählen sind, gelten für die Befristung der Arbeitsverhältnisse die Vorschriften des TzBfG und damit künftig auch die vorgeschlagenen Neuregelungen. Relevant werden kann dabei insbesondere die Beschränkung von Kettenbefristungen.

d. Nichtwissenschaftliches Personal

Auch für das nichtwissenschaftliche Personal gilt, gleichgültig, ob es bei den Hochschulen oder bei Forschungseinrichtungen beschäftigt ist, das TzBfG. Dementsprechend wird in diesem Bereich von sachgrundlosen Befristungen durchaus Gebrauch gemacht. Man wird davon ausgehen können, dass hier wie allgemein⁹ etwa fünf Prozent der Beschäftigten sachgrundlos befristet sind.

Insoweit werden sich die Neuregelungen also auswirken. Auf der anderen Seite werden so Sachgrundbefristungen, insbesondere Drittmittelbefristungen zusätzlich Bedeutung erlangen.

III. Sachgrundlose Befristungen

1. Höchstquote

a. „Arbeitgeber“ als Adressat

aa. Arbeitgeberbegriff

„Arbeitgeber“ ist nach der allgemeinen arbeitsrechtlichen Terminologie, wie sie heute insbesondere in § 611a Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, der *Partner der Arbeitsverträge* mit den Arbeitnehmern.¹⁰ Auch das TzBfG geht, wen es wie in § 14 Abs. 2 und § 8 Abs. 7 von „demselben Arbeitgeber“ spricht, von dieser Begriffsbestimmung aus.¹¹ Dass der Koalitionsvertrag den Begriff anders verstehen will, ist nicht ersichtlich.

4 Ausführlich und differenzierend hierzu *Mandler/Wegmann*, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201ff.

5 BAG 11.9.2013, 7 AZR 843/11, NZA 2013, 1352.

6 So etwa § 50 Abs. 1 Satz 2 LHG Baden-Württemberg.

7 Vgl. etwa § 51 Abs. 8 LHG Baden-Württemberg.

8 *Löwisch/Wertheimer*, Hochschulrecht 3. Aufl. 2017, Rn 221.

9 So waren im Jahr 2017 insgesamt 4,3 Prozent der Beschäftigten ohne sachlichen Grund befristet. In Betrieben mit weniger als 75 Beschäftigten lag die Quote bei 2,7 Prozent, in Betrieben mit mehr als 75 Beschäftigten gar bei 6,1 Prozent: Die Quote sachgrundlos befristeter Beschäftigter ist seit 2001 (damals 1,7 Prozent) bis 2017 um 2,6 Prozent gestiegen, Zahlen entnommen

aus dem IAB-Kurzbericht 16/2018 von *Hohendanner*, S. 6, abrufbar unter <http://doku.iab.de/kurzber/2018/kb1618.pdf> (abgerufen am 23.7.2018); siehe auch *Hohendanner*, Zur Einschränkung befristeter Arbeitsverträge im Koalitionsvertrag <https://www.iab-forum.de/zur-einschraenkung-befristeter-arbeitsvertraege-im-koalitionsvertrag> (Stand 15.2.2018; abgerufen am 29.6.2018).

10 Allgemein zum Arbeitgeberbegriff siehe *AR-Kamanabrou*, 8. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 23ff.

11 Siehe für § 14 Abs. 2 BAG 10.11.2004, 7 AZR 101/04, AP § 14 TzBfG Nr. 14 und 26.6.2015, 7 AZR 452/13, EzA § 14 TzBfG Nr. 116, für § 8 Abs. 7 TzBfG etwa *Arnold/Gräfl/Vossen*, TzBfG 4. Aufl. 2016, § 8 Rn 177f.

Dementsprechend stellt der Vorschlag für die Berechnung der Höchstquote nicht auf die Größe der Betriebsbelegschaft ab, wie das nach § 17 KSchG auf die Anzeigepflicht bei Massentlassungen und in den vom BAG gezogenen Grenzen nach § 23 KSchG auf den Geltungsbereich des individuellen Kündigungsschutzes zutrifft.¹² Vielmehr soll maßgeblich sein, mit wie vielen Arbeitnehmern eine natürliche oder juristische Person Arbeitsverträge geschlossen hat.¹³ Ob sie diese in einem Betrieb oder in einer Dienststelle oder in mehreren beschäftigt, spielt danach keine Rolle.

bb. Land als Arbeitgeber

Werden wie in den meisten Bundesländern die Arbeitsverträge der bei den Hochschulen Beschäftigten mit dem Bundesland abgeschlossen, zu dem die Hochschulen gehören, ist für die Höchstquote auf alle Arbeitnehmer des betreffenden Bundeslandes abzustellen. Besondere Quoten für einzelne Dienststellen und Betriebe und damit auch für die einzelnen Hochschulen gibt es nicht.

cc. Hochschule als Arbeitgeber

Sind, wie etwa in Nordrhein-Westfalen,¹⁴ Partner der Arbeitsverträge die Hochschulen selbst, bezieht sich die Höchstquote auf die jeweilige Hochschule. Eine Zusammenrechnung der Beschäftigten mehrerer Hochschulen eines Landes findet nicht statt.

dd. Universitätsklinikum als Arbeitgeber

Soweit Universitätsklinikum rechtlich selbständig sind und als solche die Arbeitsverträge mit ihren Beschäftigten abschließen, ist die Zahl dieser Beschäftigten maßgebend. Ist das Universitätsklinikum Partner nur der Arbeitsverträge des Pflege- und Verwaltungspersonals, während Ärzte und Wissenschaftler Angestellte des betreffenden Bundeslandes sind, kommt es für die Quote nur auf die ersteren an.

ee. Forschungseinrichtung als Arbeitgeber

Auch für Forschungseinrichtungen ist maßgebend, wer Partner der Arbeitsverträge ist. Bei der Max-Planck-Gesellschaft und der Fraunhofer Gesellschaft sind das nicht deren Institute, sondern diese selbst.

ff. Selbständige Serviceeinrichtung als Arbeitgeber

Sind bei Hochschulen, Universitätsklinikum oder Forschungseinrichtungen bestimmte Dienstleistungen auf selbständige Serviceeinrichtungen ausgelagert, bezieht sich die Höchstquote auf diese.

Eine Zusammenrechnung mit den Arbeitnehmern der Hochschule, des Universitätsklinikums oder der Forschungseinrichtung unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, wie sie für die den persönlichen Geltungsbereich des Allgemeinen Kündigungsschutzes regelnden § 23 KSchG angenommen wird¹⁵, kommt nicht in Betracht, weil der Vorschlag anders als § 23 KSchG nicht auf den Betrieb, sondern auf den Arbeitgeber als Partner der Arbeitsverträge abstellt. Es liegt nicht anders als bei der Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG: Vorbeschäftigung bei „demselben Arbeitgeber“ liegt auch bei Beschäftigung in einem gemeinsamen Betrieb nur vor, wenn dieselbe Person Partner des früheren Arbeitsvertrags und Partner des neuen Arbeitsvertrags ist.¹⁶ Solange für sie wirtschaftliche Gründe maßgeblich sind, liegt in einer solchen Gestaltung auch kein Rechtsmissbrauch.

gg. Hochschullehrer als Arbeitgeber

Nach einer Reihe von Landeshochschulgesetzen können Hochschullehrer unter bestimmten Voraussetzungen wissenschaftliche Mitarbeiter bei sich selbst anstellen. So bestimmt etwa § 41 Abs. 3 Satz 2 LHG Baden-Württemberg, dass das Mitglied der Hochschule in begründeten Fällen mit den aus Drittmitteln bezahlten wissenschaftlichen Mitarbeitern die Arbeitsverträge abschließen kann, sofern dies mit den Bedingungen des jeweiligen Geldgebers vereinbar ist. Für diese Mitarbeiter gilt zwar in der Regel das WissZeitVG.¹⁷ Soweit das aber nicht der Fall ist, etwa weil der Mitarbeiter kein Qualifikationsziel verfolgt oder weil der sich aus § 2 WissZeitVG ergebende Zwölfjahreszeitraum überschritten ist, gälte die Regelung ebenfalls. Die Höchstquote richtete sich dann nach der Zahl der bei dem betreffenden Hochschullehrer angestellten wissenschaftlichen Mitarbeiter. Ob an dem jeweiligen Forschungsvorhaben auch noch bei der Hochschule oder beim Land angestellte Arbeitnehmer mitwirken, spielt keine Rolle.

12 Allgemein zu den Schwellenwerten siehe *Wertheimer*, in: Löwisch/Spinner/Wertheimer, KSchG, 10. Aufl. 2013, § 17 Rn. 23; zu § 23 KSchG siehe *Löwisch*, ebenda, § 23, Rn. 21.

13 *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 330.

14 Zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen ausführlich *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn 167.

15 BAG 18.1.1990, 2 AZR 355/89, BB 1990, 2192.

16 BAG 25.4.2001, 7 AZR 376/00, DB 2001, 2152 zum früheren § 1 BeschFG.

17 *Krausnick*, BeckOK Hochschulrecht Baden-Württemberg, von *Coelln/Haug*, 7. Edition, Stand: 1.11.2017, § 41 Rn. 18.

b. 75 Beschäftigte als Voraussetzung

aa. Beschäftigtenbegriff

Der Vorschlag des Koalitionsvertrags zielt auf eine Modifikation der Vorschrift des § 14 Abs. 2 TzBfG über die sachgrundlose Befristung von „Arbeitsverträgen“. Dementsprechend meint er mit „Beschäftigten“ die Personen, die auf Grund eines Arbeitsvertrags als *Arbeitnehmer* bei dem betreffenden Arbeitgeber beschäftigt sind. Dass anders als etwa in § 8 Abs. 7 TzBfG, § 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 6 BGB oder § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BEEG nicht ausdrücklich von „beschäftigten Arbeitnehmern“ die Rede ist, kann keinen Unterschied machen.

Von vornherein nicht mit zu zählen sind mithin Beamte und selbständig Tätige.

Nicht mitzuzählen sind aber auch Leiharbeiter. Dies folgt zusätzlich aus dem Vorschlag über Kettenbefristungen: Wenn für diese ausdrücklich gesagt wird, dass Entleihungen mit gezählt werden sollen, heißt das im Gegenschluss, dass im Vorschlag über sachgrundlose Befristungen diese unberücksichtigt bleiben sollen.

Nicht mitzuzählen sind auch Auszubildende. Wegen der Besonderheiten des Berufsausbildungsverhältnisses sind auf diese die Vorschriften des § 14 TzBfG nicht anzuwenden.¹⁸ Dem entspricht es, sie auch bei der Bestimmung des Geltungsbereichs der Vorschrift über sachgrundlose Befristungen nicht mit zu zählen.

bb. Volleinrechnung von Teilzeitbeschäftigten

Anders als § 23 KSchG für den Geltungsbereich des KSchG sieht der Vorschlag für die Bestimmung des Geltungsbereichs des § 14 Abs. 2 TzBfG keine Einschränkung der Anrechnung von Teilzeitbeschäftigten vor. Es soll insoweit künftig nicht anders liegen als bei § 8 Abs. 7 TzBfG, der bei der für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit maßgebenden Beschäftigtengröße Teilzeitbeschäftigte schon bisher voll berücksichtigt.

c. Belegschaft als Bezugspunkt

Da der Vorschlag, wie unter a. aa. ausgeführt, auf den Arbeitgeber als Partner der Arbeitsverträge abhebt, muss es für die Höchstquote auch auf die *Gesamtzahl* der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer ankommen.

Dabei kann auch nicht zwischen unbefristet und befristet Beschäftigten unterschieden werden. Für die Größe der Belegschaft eines Arbeitgebers kommt es nicht

darauf an, welcher Art die bei ihm bestehenden Arbeitsverhältnisse sind. Dementsprechend sind auch die nach dem WissZeitVG oder dem ÄrzteBefrG befristeten Arbeitsverhältnisse mit zu zählen.

Bei einem Unternehmen mit mehreren Betrieben oder Dienststellen ist nicht deren Belegschaft maßgebend, sondern die Gesamtbelegschaft aller Betriebe und Dienststellen. Es liegt auch hier nicht anders als bei § 8 Abs. 7 TzBfG, wo ebenfalls die Gesamtbelegschaft maßgebend ist.¹⁹

d. 2,5 Prozent als Quote

aa. Letzte Einstellung ohne Sachgrund als Ausgangspunkt der Berechnung

Nach dem Vorschlag soll die Quote „jeweils auf den Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen sein“. Gemeint ist mit dieser nicht leicht verständlichen Formulierung wohl, dass eine Neueinstellung ohne Sachgrund nur zulässig sein soll, wenn *diese zusammen mit den schon bestehenden* ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnissen die 2,5 Prozent als Quote nicht überschreitet.²⁰ Dieses Verständnis führt zu flexiblen und zugleich dem Zweck des Vorhabens entsprechenden Ergebnissen: Die Beendigung bestehender sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse eröffnet dann die Möglichkeit neuer solcher Arbeitsverhältnisse, bis die Quote von 2,5 Prozent wieder erreicht ist.

Indem der Vorschlag auf die sachgrundlos befristeten „Einstellungen“ abstellt, bringt er zum Ausdruck, dass es allein auf den Abschluss entsprechender Arbeitsverträge ankommen soll, nicht aber auf die Frage, ob die vorgenommenen Befristungen wirksam sind oder nicht. Das ist folgerichtig. Die Unwirksamkeit von Befristungen kann nur im Wege der Befristungskontrollklage nach § 17 TzBfG geltend gemacht werden

bb. Auf- oder Abrundung

Die Quote von 2,5 Prozent führt vielfach zu unrunder Zahlen. So ergeben etwa 2,5 Prozent von 75 eine Zahl von 1,875. Das wirft die Frage von Auf- oder Abrundung auf: Sind im gebildeten Beispiel zwei oder nur ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis zulässig?

Der Gesetzgeber könnte diese Frage entscheiden. Etwa könnte er nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 BUrtG bestimmen, dass Bruchteile von mindestens der Hälfte der vollen Zahl auf die volle Zahl aufzurunden sind. Im gebildeten Beispiel wären dann zwei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse zulässig.

18 KR- Lipke, 11. Aufl. 2016, § 14 TzBfG Rn 80; Arnold/Gräfl/Rambach aaO § 14 TzBfG Rn 6.

19 Arnold/Gräfl/Vossen, § 8 TzBfG Rn 178.

20 Arnold/Romero, NZA 2018, 329, 330.

Trifft der Gesetzgeber eine solche Entscheidung nicht, bliebe nur die Abrundung, weil die Aufrundung zur Überschreitung der Quote führte.

cc. Kriterien interner Verteilung

Dass der Vorschlag die Höchstquote, wie unter a. dargelegt, auf den Arbeitgeber bezieht, wirft bei Arbeitgebern, die Arbeitnehmer in unterschiedlichen Betrieben oder Dienststellen beschäftigen, die Frage auf wie die begrenzte Zahl zulässiger sachgrundloser Befristungen intern verteilt werden soll. So ist dort, wo Arbeitgeber der Beschäftigten der Hochschulen das Land ist, zu entscheiden, ob diese eine der Zahl ihrer Beschäftigten entsprechende Quote zugeteilt erhalten, ob diese zu Lasten anderer Dienststellen des Landes erhöht oder ob sie zu deren Gunsten vermindert wird. Auch muss eine entsprechende Entscheidung unter den verschiedenen Hochschulen getroffen werden.

Der Vorschlag enthält keine Regelung dieser Frage. Man muss deshalb davon ausgehen, dass es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers ist, zu entscheiden, für welche Einrichtungen er die begrenzte Zahl zulässiger sachgrundloser Befristungen einsetzt. Grenzen ziehen ihm insoweit nur die Diskriminierungsverbote des AGG: Nur Schwerbehinderte sachgrundlos zu befristen, ließe sich mit dem Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nicht vereinbaren.

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verpflichtet den Staat im Interesse der Pflege der Wissenschaft, seinen Hochschulen und Forschungseinrichtungen im notwendigen Umfang personelle, organisatorische und finanzieller Mittel zur Verfügung zu stellen.²¹ Dazu zählt auch die Verpflichtung, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen Zugang zu den Mitteln zu gewähren, über die er verfügt.²² Dieser Verpflichtung entspricht es, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen den Zugang zu sachgrundlosen Befristungen nicht ohne besonderen Grund vorzuenthalten. Dementsprechend darf ein Land als Arbeitgeber seine Hochschulen und Forschungseinrichtungen jedenfalls nicht generell von der Zuteilung zulässiger sachgrundloser Befristungen ausschließen.

2. Höchstdauer und Verlängerungen

a. 18 Monate als Höchstdauer

Nach dem Vorschlag sollen sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse künftig nicht mehr zwei Jahre, sondern nur 18 Monate dauern dürfen.

Für die Berechnung dieser Zeit gilt § 188 Abs. 2 BGB: Soll, wie in der Regel, ein Arbeitsverhältnis von einem bestimmten Tag an laufen, wird dieser nach § 187 Abs. 2 BGB bei der Berechnung mit gerechnet. So ist die Befristung eines am 1. April 2018 beginnenden Arbeitsverhältnisses bis zum 30.9.2019 zulässig. Beginnt das Arbeitsverhältnis erst im Laufe eines Tages, zählt dieser Tag nach § 187 Abs. 2 BGB bei der Berechnung nicht mit. Im Beispielsfall ist dann eine Befristung bis zum 1.10.2019 zulässig.

b. Einmalige Verlängerung

Nach dem Vorschlag soll die Verlängerung eines auf kürzere Zeit als 18 Monate abgeschlossenen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags künftig nur noch einmal zulässig sein.

Bei einer solchen Verlängerung ist, wie bisher bei den zulässigen drei Verlängerungen, zu beachten, dass eine Verlängerung *nur vor Ablauf* des Vertrages zulässig ist, während eine „Verlängerung“ nach Ablauf als Neuabschluss gewertet werden muss mit der Folge, dass die sachgrundlose Befristung an der in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG getroffenen Zuvor-Regelung scheitert.²³

Zu beachten ist nach wie vor auch § 30 Abs. 2 TV-L, nachdem der sachgrundlos befristete Arbeitsvertrag in der Regel zwölf Monate nicht unterschreiten und die Vertragsdauer mindestens sechs Monate betragen soll.

c. Tarifdispositivität (§ 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 TzBfG)

Dauer der Befristung und Zahl der Verlängerungen stehen nach § 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 einer abweichenden tariflichen Regelung offen, die dann auch von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern übernommen werden kann. Diese Regelungen stellt der Vorschlag des Koalitionsvertrags nicht in Frage, so dass wohl auch in Zukunft von solcher Tarifdispositivität ausgegangen werden kann. Sie im Interesse von Hochschulen und Forschungseinrichtungen durch eine weitere Sonderregelung in § 40 TV-L künftig zu nutzen, liegt nahe.

3. Weitergeltung bisheriger Vorschriften

a. Arbeitgeber mit bis zu 75 Beschäftigten (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG)

Der Vorschlag äußert sich nicht zu der Frage, was künftig für Arbeitgeber mit bis zu 75 Beschäftigten gelten soll.

21 BVerfG 29.5.1973, 1 BvR 424/712 und 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 95f; Scholz, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL September 2017, Art. 5, Rn. 116.

22 Löwisch, Forschung und Vergaberecht, OdW 2016, 143, 154.

23 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 9.9.2015, 7 AZR 190/14, Rn. 21; BAG 18.3.2015, 7 AZR 272/13, Rn. 45; BAG 16.1.2008, 7 AZR 603/06, Rn. 7 = BAGE 125, S. 248; BAG 12.8.2009, 7 AZR 270/08, Rn. 19.

Man kann annehmen, dass die Koalitionsparteien, ohne das näher zu reflektieren, von einer Weitergeltung des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG in der durch den Vorschlag modifizierten Form (Beschränkung auf 18 Monate, nur einmalige Verlängerung) ausgegangen sind.

Immerhin lassen sich in Bezug auf diese Arbeitgeber auch Gründe für eine weitergehende Zulassung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge ins Feld führen: Einmal führt die ebenfalls vorgeschlagene, unter IV. erörterte Regelung der Kettenbefristungen dazu, dass sachgrundlose Befristungen ohnehin ausgeschlossen sind, wenn mit demselben Arbeitgeber zuvor schon Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf Jahren oder mehr bestanden haben. Das könnte man als ausreichend ansehen. Zum anderen ließe sich für Arbeitgeber mit bis zu zehn Arbeitnehmern so ein Gleichklang mit § 23 KSchG herstellen, der solche Kleinarbeitgeber vom Kündigungsschutz ausnimmt.

b. Vorbeschäftigungshindernis (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG)

In seiner geltenden Fassung bestimmt § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, dass eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Das BAG hat diese „Zuvor-Regelung“ dahin interpretiert, dass Vorbeschäftigungsverhältnisse den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags dann nicht hindern, wenn zwischen der Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses und dem neuen Arbeitsverhältnis ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt.²⁴

Diese Rechtsprechung hat das BVerfG für verfassungswidrig erklärt. Sie übergehe den klaren Willen des Gesetzgebers und ersetze diesen durch ein eigenes Regelungsmodell. Das sei mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar.²⁵ Bei diesem Verdikt ist das BVerfG aber nicht stehen geblieben. Weil das Vorbeschäftigungsverbot in die Arbeitsvertragsfreiheit der Beschäftigten und die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers eingreife, müssten die Fachgerichte durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich der Vorschrift einschränken, was insbesondere in Betracht komme, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurück liegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist.²⁶

Den Gesetzgeber sollte die aus der Entscheidung des BVerfG resultierende Rechtsunsicherheit zu einer aus-

drücklichen Regelung veranlassen.²⁷ Praktisch könnte eine entsprechende Anwendung der im Rahmen der Regelung von Kettenbefristungen ohnehin vorgesehenen Karenzzeit von drei Jahren angeordnet werden.

c. Sachgrundlose Befristungen (§ 14 Abs. 2 a und Abs. 3 TzBfG)

§ 14 Abs. 2a TzBfG lässt bislang in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens, zu denen im Zusammenhang der Vorschrift auch selbständige Hochschulen und Forschungseinrichtungen gezählt werden müssen,²⁸ die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags für die Dauer von vier Jahren zu. Nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist bislang bis zur Dauer von fünf Jahren die sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags mit einem 52jährigen Arbeitnehmer zulässig, der unmittelbar zuvor vier Monate beschäftigungslos war.

Man kann wohl davon ausgehen, dass diese Sonderfälle von der Neuregelung unberührt bleiben sollen. Unter dem Blickwinkel der Erleichterung von Unternehmensgründungen machte keinen Sinn, die Möglichkeit sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse auf eine Quote von 2,5 Prozent der Belegschaft zu beschränken. Ebenso sinnwidrig wäre es, die befristete Einstellung älterer, zuvor beschäftigungsloser Arbeitnehmer auf diese Quote zu beschränken.

Folgerichtig können sachgrundlose Befristungen nach diesen Vorschriften dann auch bei der Berechnung der Höchstquote für sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht mit zählen. Sonst erwieße sich die Quotenregelung als praktisches Hindernis für deren Gebrauch.

4. Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als Rechtsfolge des Verstoßes

a. Außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Wird die Höchstdauer von 18 Monaten überschritten oder gegen das Verbot mehrmaliger Verlängerungen verstoßen, ist die Rechtsfolge eindeutig: Nach § 16 Satz 1 TzBfG gilt der befristete Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Ist keine andere Kündigungsfrist vereinbart, kann er frühestens zum vereinbarten Ende und auch dann unter Wahrung der Schranken des KSchG gekündigt werden.

24 BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; BAG 21.9.2011, 7 AZR 375/10, AP Nr. 86 zu § 14 TzBfG.

25 BVerfG 6.6.2019, 1 BvL 7/14 und 1 BvL 13 75/14, Rn 76ff.

26 BVerfG aaO, Rn 63.

27 So auch *Arnold/Romero*, NZA 2018, 329, 331; *Neumann*, GWR 2018, 66f; *Löwisch*, Anm. zu BVerfG aaO, SAE 2018, 4.

28 Vgl. BAG 9.9.2015, 7 AZR 190/14, EzA § 14 TzBfG Nr. 118, nach dem eine Einschränkung der durch § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffneten Befristungsmöglichkeiten für öffentliche Arbeitgeber weder nach dem Gesetzeszweck noch unionsrechtlich geboten ist. Diese Erwägung gilt in gleicher Weise für § 14 Abs. 2a TzBfG.

Besteht der Verstoß im Überschreiten der Quote von 2,5 Prozent, soll nach dem Vorschlag jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis ebenfalls als unbefristet zustande gekommen gelten. Wie unter III. 1. d. aa. ausgeführt, wird man das so verstehen müssen, dass diese Rechtsfolge nur *solange eintritt wie die Quote überschritten ist*. Wird die Quote wieder eingehalten, weil sich die Zahl sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse im Zeitverlauf durch Umwandlung sachgrundlos befristeter in unbefristete Arbeitsverhältnisse oder durch Ausscheiden solcher Arbeitnehmer verringert hat, sind neue sachgrundlose Befristungen wieder zulässig. Gleiches gilt, wenn die Quote infolge der Neueinstellung unbefristeter Arbeitnehmer wieder eingehalten ist.

Zu beachten ist, dass die Rechtsfolge des § 16 Satz 1 TzBfG nicht eintritt, wenn für die Befristung ein Sachgrund vorhanden ist. Ob dieser im Arbeitsvertrag ausdrücklich genannt ist oder nicht, spielt außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG von vornherein keine Rolle.²⁹

b. Im persönlichen Geltungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes

Nach dem Wortlaut des Vorschlags tritt die Rechtsfolge des unbefristeten Arbeitsverhältnisses auch ein, wenn mit dem betreffenden Arbeitnehmer ein nach Maßgabe des WissZeitVG befristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen werden konnte. Ob im Gesetzgebungsverfahren statt dessen die Überführung in ein nach dem WissZeitVG befristetes Arbeitsverhältnis vorgesehen oder ermöglicht wird, ist offen. Eine entsprechende Bestimmung läge im Interesse der Hochschulen und Forschungseinrichtungen.

Geschieht das nicht, ist die Frage, ob eine solche Überführung *vorsorglich* im sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag vereinbart werden kann. Maßgebend für die Entscheidung dieser Frage ist das *Zitiergebot* von § 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 WissZeitVG. Danach ist im Arbeitsvertrag anzugeben, ob die Befristung auf dem WissZeitVG beruht und kann ohne diese Angabe die Befristung nicht auf das WissZeitVG gestützt werden.

Unseres Erachtens genügt die Angabe, die Befristung werde für den Fall auf das WissZeitVG gestützt, dass sich die in erster Linie beabsichtigte sachgrundlose Befristung als unwirksam erweist, dem Zitiergebot. Das Zitiergebot soll dem Arbeitnehmer Klarheit darüber verschaffen, dass er mit dem Ablauf der nach dem WissZeitVG zulässigen Befristungen mit dem Ende seines Arbeits-

verhältnisses bei der Hochschule oder Forschungseinrichtung rechnen muss. Diesem Zweck ist auch genügt, wenn die Angabe unter die Bedingung gestellt wird, dass die in erster Linie beabsichtigte sachgrundlose Befristung sich als unwirksam erweist. § 2 Abs. 2 WissZeitVG bestimmt ausdrücklich, dass wissenschaftliches Personal auch in nach Maßgabe des TzBfG befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt werden kann. Dem entspricht es, dass befristete Arbeitsverhältnisse mit diesen Mitarbeitern von vornherein auch auf solche Befristungstatbestände gestützt werden können.³⁰ Das muss dann auch umgekehrt gelten.

c. Geltung der Dreiwochenklagefrist (§ 17 TzBfG)

Nach § 17 TzBfG muss die Rechtsunwirksamkeit einer Befristung innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend gemacht werden. Das gilt auch hier. Der Vorschlag des Koalitionsvertrags will die Frage der Zulässigkeit sachgrundloser Befristungen *im Rahmen des TzBfG* neu regeln. Zu diesem zählt auch § 17 TzBfG.

5. Sachgrundbefristungen als Alternativen

a. Vertretungsbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG)

§ 14 Abs. 2 TzBfG dient heute vielfach zur Bewältigung von zeitlich begrenzter Vertretungssituationen, wie sich durch Krankheit oder Beurlaubung ergeben können. Auch die Vertretung in der Elternzeit wird so einfach geregelt. Dem zieht die Höchstdauer von 18 Monaten eine neue Grenze.

Über 18 Monate hinausreichende Vertretungsfälle müssen deshalb im Wege der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG und im Fall der Elternzeit nach § 21 BEEG gelöst werden. Das erfordert eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs, wobei die Anforderungen an die Prognose mit zunehmender Zahl der Befristungen steigen.³¹

a. Erprobungsbefristung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG)

Sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse werden bislang auch als Probearbeitsverhältnisse genutzt. Auch das ist in Zukunft nur noch bis zur neuen Höchstdauer von 18 Monaten möglich.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG, der die Erprobung des Arbeitnehmers als Sachgrund für die Befristung wertet, eröffnet keinen weiteren Spielraum. Denn die Rechtsprechung zieht solchen Sachgrundbefristungen zeitlich

29 BAG 23.6.2004, 7 AZR 636/03, EzA § 14 TzBfG Nr. 10; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 377.

30 Arnold/Gräfl/Rambach aaO § 2 WissZeitVG Rn 38.

31 BAG 29.4.2015, 7 AZR 310/13.

engere Grenzen: Im Regelfall sind dies sechs Monate,³² bei wissenschaftlich tätigem Personal 12 Monate.³³

b. Haushaltsbefristung (§ 14 Abs.1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG)

Über 18 Monate hinausreichende Befristungen ermöglicht § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG. Nach dieser Vorschrift stellt es einen Sachgrund dar, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und wenn er entsprechend beschäftigt wird. Voraussetzung ist, dass die Mittel haushaltsrechtlich mit nachvollziehbarer Zwecksetzung für bestimmte zeitlich begrenzte Aufgaben vorgesehen sind und die Beschäftigung nach Maßgabe dieser Zwecksetzung erfolgt. Dafür lässt die Rechtsprechung ausreichen, wenn im Umfang nicht in Anspruch genommener Planstellen befristete Arbeitsverhältnisse für Aushilfskräfte vorgesehen sind.³⁴

Allerdings greift die Vorschrift nur für haushaltsrechtliche Regelungen des Bundes, der Länder und anderer demokratisch legitimierte Gebietskörperschaften, nicht aber für andere Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts.³⁵ Ist, wie etwa in Nordrhein-Westfalen, die Hochschule selbst Arbeitgeber ihrer Beschäftigten, scheidet diese Möglichkeit deshalb aus.

c. Drittmittelbefristung

In § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht ausdrücklich geregelt, aber gleichwohl als Sachgrund anerkannt ist die Finanzierung von Arbeitsverhältnissen aus Mitteln Dritter, die für eine befristete Beschäftigung zur Verfügung gestellt werden. Voraussetzung ist, dass die Mittel für einen bestimmten Zeitraum zur Finanzierung eines Arbeitsplatzes im Rahmen eines von dem Dritten geförderten Projekts zur Verfügung gestellt werden und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Drittmittel mit dem Ende des Bewilligungszeitraumes wegfallen.³⁶

Praktisch sind solche Drittmittelbefristungen heute schon vielfach im Bereich der Forschungsförderung durch die DFG und andere öffentliche Fördereinrichtungen. Sie ist aber nicht auf solchen Einrichtungen beschränkt, sondern kann auch durch Private, insbesondere privatrechtliche Stiftungen erfolgen.

Eine zeitliche Grenze zieht solchen Drittmittelbefristungen die Sonderregelung Nr. 8 von § 40 TV-L. Danach sind kalendermäßig befristete Arbeitsverträge mit sachlichem Grund nur zulässig, wenn die Dauer des einzelnen Vertrags sieben Jahre nicht übersteigt.

IV. Kettenbefristung

1. Vorbeschäftigung

a. Anknüpfung an denselben Arbeitgeber

Wie der Vorschlag zur Beschränkung sachgrundloser Befristungen knüpft der Vorschlag zur Beschränkung von Kettenbefristungen nicht an Betrieb oder Unternehmen, sondern an den Arbeitgeber als den Partner des Arbeitsvertrags mit dem Arbeitnehmer an.

Daraus folgt einerseits, dass es nicht darauf ankommt, in welcher Dienststelle oder welchem Betrieb des Arbeitgebers der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Ist, wie in den meisten Bundesländern, Arbeitgeber das Land, sind Vorbeschäftigungen bei verschiedenen Hochschulen und Forschungseinrichtungen des Landes zusammen zu zählen. Auch Vorbeschäftigungen bei ganz anderen Dienststellen, etwa bei Schulen oder in der Justiz, rechnen mit.

Auf der anderen Seite scheidet damit eine Zusammenrechnung der Arbeitsverhältnisse bei verschiedenen Arbeitgebern aus. Sind Partner der Arbeitsverträge Hochschulen oder Forschungseinrichtungen selbst, können auch nur die dort erreichten Vorbeschäftigungszeiten berücksichtigt werden. Eine Anrechnungsvorschrift wie § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG ist nicht vorgesehen. Grundsätzlich kann mit einem Arbeitnehmer in diesen Fällen also nach einer fünfjährigen befristeten Beschäftigung bei einer Hochschule oder Forschungseinrichtung ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis bei einer anderen Hochschule oder Forschungseinrichtung abgeschlossen werden. Eine Grenze ziehen insoweit nur die Grundsätze über den institutionellen Rechtsmissbrauch: Leistet der Arbeitnehmer nach Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags bei der anderen Hochschule seine Dienste nach wie vor bei der bisherigen, ohne dass dafür eine besonderer Grund, etwa die Notwendigkeit, ein Projekt abzuschließen, besteht, kann das rechtsmissbräuchlich sein.

b. Anrechnung von Arbeitsverhältnissen

Der Vorschlag beschränkt sich auf die Anrechnung von Arbeitsverhältnissen, macht unter diesen aber keinen Unterschied. Angerechnet werden unbefristete wie befristete Arbeitsverhältnisse. Ob letztere mit oder ohne Sachgrund befristet waren, spielt keine Rolle. Erfasst werden auch Arbeitsverhältnisse, die nach dem Wiss-

32 BAG 2.6.2010, 7 AZR 85/09, NZA 2010, 1293.

33 BAG 15.3.1978, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

34 BAG 14.2.2007, 7 AZR 193/06; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 230.

35 BAG 9.3.2011, 7 AZR 728/09; BAG 10.7.2013, 7 AZR 833/11; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 240.

36 Zuletzt BAG 16.1.2018, 7 AZR 21/16, NZA 2018, 633; Arnold/Gräfl/Gräfl aaO § 14 Rn 251ff.

ZeitVG oder dem ÄrzteBefrG befristet waren. Auch auf den Gegenstand der Beschäftigungen in dem oder den vorangegangenen Arbeitsverhältnissen kommt es nicht an. Ein Arbeitnehmer, der nach einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Angestellter in eine Tätigkeit in der Verwaltung wechseln will, stößt auch auf das Befristungsverbot. Selbiges gilt auch für Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze überschritten haben und im Anschluss hieran befristet weiterbeschäftigt werden sollen.³⁷

Auf der anderen Seite werden auch nur Arbeitsverhältnisse angerechnet. Die Anrechnung von Beamtenverhältnissen scheidet damit aus. Wer etwa als Akademischer Rat, wissenschaftlicher Assistent oder auch Juniorprofessor im Beamtenverhältnis gestanden hat, kann anschließend befristet als Arbeitnehmer eingestellt werden.

Auch die Anrechnung von Zeiten eines Berufsausbildungsverhältnisses ist nicht vorgesehen. Auch wer eine dreijährige Berufsausbildung bei einer Hochschule oder Forschungseinrichtung absolviert hat, kann damit unter den allgemeinen Voraussetzungen weitere fünf Jahre bei dieser befristet beschäftigt werden, ehe das Verbot weiterer befristeter Beschäftigung greift.

c. Anrechnung von Leiharbeitsverhältnissen

Der Vorschlag sieht die Anrechnung von Entleihungen durch ein oder mehrere „Verleihunternehmen“ vor. Erfasst werden damit nur Unternehmen, deren Geschäftszweck auf die Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist.

Auf Entleihungen unter juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. c AÜG erstreckt sich die Vorschrift von vornherein nicht. Stellt eine Hochschule einer anderen Hochschule Personal hat das keinen Einfluss auf die Möglichkeit der letzteren, dieses Personal später befristet einzustellen. Vielmehr bewendet es insoweit bei der Grenze des institutionellen Rechtsmissbrauchs im Sinne des unter b. Gesagten.

d. Dauer

Nach dem Vorschlag soll eine Vorbeschäftigungszeit von „fünf oder mehr Jahren“ gelten. Gemeint ist damit ersichtlich eine *Höchstdauer* von fünf Jahren oder mehr. Für deren Berechnung gelten auch hier die §§ 187, 188 BGB.³⁸

Zusammengerechnet werden alle Arbeitsverhältnisse, die zuvor mit demselben Arbeitgeber bestanden haben. Ob diese unbefristet oder befristet waren, soll ebenso wenig eine Rolle spielen wie die Art des Beschäftigungsverhältnisses.

e. Karenzzeit

Der Vorschlag sieht eine Karenzzeit von drei Jahren vor: Nach Ablauf dieser Zeit soll auch wieder der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit demselben Arbeitgeber zulässig sein.

Der Begriff der „Karenzzeit“ ist im hier in Rede stehenden Zusammenhang als Zeit zu verstehen, die *frei von Vorbeschäftigungsverhältnissen* sein muss. Dementsprechend führen auch neue unbefristete Arbeitsverhältnisse aus dieser Zeit dazu, dass erst wieder nach weiteren drei Jahren ein befristetes Arbeitsverhältnis wirksam abgeschlossen werden kann. Ob das unbefristete Arbeitsverhältnis als solches abgeschlossen worden ist oder aus einem in dieser Zeit unzulässiger Weise befristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnis entstanden ist, spielt keine Rolle.

Dem Sinn des Vorschlags entspricht es, auch Entleihungen durch denselben Arbeitgeber mit der Folge als karenzschädlich anzusehen, dass der Arbeitgeber einen in der Karenzzeit entliehenen Arbeitnehmer erst nach drei Jahren befristet anstellen kann. Nicht ausgeschlossen ist aber eine weitere Beschäftigung als Leiharbeiter, soweit diese sich im Rahmen der – möglicherweise tarifvertraglich modifizierten – Vorgaben des AÜG hält.³⁹

In der Formulierung des Vorschlags bezieht sich die Karenzzeit auf den Zeitraum nach Ablauf der Höchstdauer von fünf Jahren. Offen bleibt damit, ob auf diese Höchstdauer *alle jemals zuvor* mit demselben Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnisse und Leiharbeitsverhältnisse zusammengerechnet werden sollen oder ob die Berechnung auch der Höchstdauer nach einer Karenzzeit von drei Jahren neu beginnen soll. Für eine Regelung im letzteren Sinne spricht, dass das BAG die Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG dahin verstanden hat, dass ein früheres Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber einer Befristung nach dieser Vorschrift nicht entgegensteht, wenn die Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.⁴⁰ Der diese

37 Zur allgemeinen Zulässigkeit der befristeten Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze siehe EuGH 28.2.2018 – C-46/17 (Hubertus John/Freie Hansestadt Bremen).

38 Dazu oben unter II 2 a.

39 Hierzu Löwisch, Kettenbefristungen: Unausgegorenes im Koalitionsvertrag, DB-Rechtsboard vom 13. 3. 2018.

40 BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 und BAG 28. 9. 2011, 7 AZR 375/10, AP § 14 TzBfG Nr.86.

Entscheidungen tragende Grund, dass ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zu einem die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig einschränkenden Einstellungshindernis führt, gilt auch hier.⁴¹

2. Ausnahmen

a. Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG)

Der Vorschlag sieht eine Ausnahme für Befristungen wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses vor. Wenn er dabei auch nur Künstler und Fußballer ausdrücklich nennt, ist er doch wohl dahin zu verstehen, dass er alle unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG fallende Arbeitsverhältnisse erfassen will. Das zeigt schon das Beispiel der Mitarbeiter von Parlamentsfraktionen, die sonst weithin nicht mehr befristet eingestellt werden könnten.

Unter § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG fallen insbesondere Arbeitsverhältnisse, deren Befristung ihren Grund im Schutz der vom Arbeitgeber verfolgten verfassungsrechtlich relevanten *Tendenz* besteht. Zu denken ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG insoweit an wissenschaftliche Dienstleistungen und Lehrtätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG. So wird die Beschäftigung eines Wissenschaftlers an einem länger dauernden, aber zeitlich begrenzten Forschungsprojekt auch jenseits der Höchstgrenze von fünf Jahren zulässig sein. Erfolgt die Befristung des Arbeitsvertrags eines Lektors wegen des Erfordernisses aktualitätsbezogenen Spezialwissens, dient das der Verwirklichung der Lehrfreiheit der Hochschule, so dass die Befristung auch wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist.⁴²

Die in der Wissenschaftsfreiheit von Art. 5 Abs. 3 GG gründende, die Befristung rechtfertigende Eigenart wird man auch den Arbeitsverhältnissen des Leitungspersonals von Forschungseinrichtungen zusprechen müssen. Diese können nicht gehindert sein, auch nach Ablauf der – die Fünfjahresfrist übersteigenden – sich aus § 5 in Verbindung mit § 2 WissZeitVG ergebende Höchstfristen Leitungspersonal befristet einzustellen, um ihre Innovationsfähigkeit langfristig zu sichern.

c. Notwendigkeit weiterer Ausnahmen

Es liegt auf der Hand, dass die isoliert an § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG anknüpfende Ausnahmeregelung auch bei weiter Auslegung den Bedürfnissen von Wissenschaft und Forschung nicht gerecht wird. Dies gilt vor allem für das wissenschaftliche und künstlerische Personal. Des-

sen Befristung nach dem WissZeitVG „verbraucht“ regelmäßig den Fünfjahreszeitraum, so dass danach eine befristete Anstellung nach den allgemeinen Regeln des TzBfG nicht mehr möglich wäre.

Praktisch würde dies dazu führen, dass wissenschaftliche Mitarbeiter einer Hochschule oder Forschungseinrichtung nach einer fünfjährigen Tätigkeit dort keine befristete Beschäftigung außerhalb des Geltungsbereichs des WissZeitVG übernehmen könnten. Weder eine Anschlussbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 TzBfG noch eine Vertretungsbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG noch eine Probebeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5, noch auch eine auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgende Überbrückungsbeschäftigung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG wären zulässig. Auch Ärzten in der Weiterbildung, etwa einer solchen zum Facharzt, wäre nach fünf Jahren eine solche befristeten Beschäftigung verschlossen.

Vermeiden lassen sich diese Unzuträglichkeiten auf verschiedenen Wegen. Zu denken ist zuerst an eine Herausnahme von Beschäftigungen nach dem WissZeitVG und nach dem ÄrzteBefrG aus der anrechenbaren Vorbefristungszeit von fünf Jahren. Dies würde den Bedürfnissen der Angehörigen des wissenschaftlichen Personals und der Ärzte in der Weiterbildung weitgehend genügen.

Nicht Rechnung getragen wäre damit indes betrieblichen Bedürfnissen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen hinsichtlich des nichtwissenschaftlichen Personals und des Verwaltungspersonals und den Interessen dieses Personals selbst. Insoweit könnte eine Erweiterung der vorgesehenen Ausnahmeregelung auf weitere Nummern des Sachgrundkatalogs des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, insbesondere dessen Erstreckung auf die Nrn. 1, 2, 5 und 6 ins Auge gefasst werden; auch Nr. 8 (Befristung aufgrund gerichtlichen Vergleichs) müsste einbezogen werden.

Vorzuziehen wäre allerdings eine generelle Regelung, welche auch nach Ablauf der Vorbefristungszeit den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse aus besonderen Sachgründen zulässt. Das knüpfte auch an die bisherige Rechtsprechung des BAG an, die das Überschreiten der von ihm gezogenen zahlenmäßigen Begrenzung aneinander gereihter befristeter Arbeitsverhältnisse bei Vorliegen besonderer Sachgründe zulässt.⁴³ Die Befugnis zu einer entsprechenden Regelung könnte auch den Tarifvertragsparteien eingeräumt werden.

⁴¹ Näher hierzu oben unter III 3 b.

⁴² Allgemein hierzu Gräfl/Arnold/Gräfl, TzBfG 4. Aufl. 2016,

§ 14 Rn 194.

⁴³ Dazu im Einzelnen Löwisch, DB-Rechtsboard vom 13.3.2018

3. Rechtsfolgen

a. bei Einhaltung der Vorbeschäftigungsgrenze

Wird die Vorbeschäftigungsgrenze eingehalten, ist der Abschluss befristeter Arbeitsverträge nach den allgemeinen dafür geltenden Regeln zulässig. Sachgrundbefristungen müssen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 TzBfG erfüllen und die sich aus Nr. 8 der Sonderregelung zu § 30 TV-L ergebende Höchstfrist von sieben Jahren einhalten. Beim Abschluss von Folgeverträgen ist darauf zu achten, dass der erste befristete Vertrag in die Höchstdauer von fünf Jahren einzurechnen ist.

Sachgrundlose Befristungen scheitern regelmäßig an der Zuvor-Regelung des § 14 Abs. 2 TzBfG. In Betracht kommen aber Befristungen nach § 14 Abs. 3 TzBfG.

b. bei Überschreiten der Vorbeschäftigungsgrenze

Wird die Vorbeschäftigungszeitgrenze nicht eingehalten, führt das nach § 16 TzBfG zur Entstehung eines Arbeits-

verhältnisses auf unbestimmte Zeit, das, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch erst zum vereinbarten Ende gekündigt werden kann.

Auch die Unwirksamkeit dieser Befristung muss nach § 17 Satz 1 TzBfG innerhalb der Drei-Wochen-Frist klageweise geltend gemacht werden. Geschieht das nicht, endet das Arbeitsverhältnis trotz Unwirksamkeit der Befristung zum vereinbarten Zeitpunkt.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

Andreas Schubert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

