



LAND BRANDENBURG

Ministerium des Innern
und für Kommunales

Ministerium des Innern und für Kommunales des Landes Brandenburg
Postfach 601165 | 14411 Potsdam

Oberste Landesbehörden des Landes Brandenburg

Landtag Brandenburg

Landesrechnungshof Brandenburg

Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das
Recht auf Akteneinsicht Brandenburg

Verfassungsgericht Brandenburg

nachrichtlich:

Landesrechnungshof

Leiter Prüfungsgebiet II 4

lt Verteiler

- nur per E-Mail -

Henning-von-Tresckow-Straße 9-13
14467 Potsdam

Bearb.: Frau Schlegel

Gesch.Z.: 37-714-10

Hausruf: 0331-866 2371

Fax: 0331-293 788

Internet: <https://mik.brandenburg.de>

Nadine.Schlegel@mik.brandenburg.de

Bus und Straßenbahn: Alter Markt/Landtag

Bahn und S-Bahn: Potsdam Hauptbahnhof

Potsdam, 6. Januar 2020

Aktualisierte Hinweise zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen, zum Befristungsgrund der Vertretung sowie zum Befristungsgrund des vor- übergehenden Bedarfs

Aufgrund von Nachfragen aus den Dienststellen und der jüngeren Entwicklung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen werden – unter Berücksichtigung der in den Rundschreiben des Tarifrats vom 20. Dezember 2018 und vom 18. Februar 2019 (*Ergänzenden Durchführungshinweise zu § 30 Absatz 1 TV-L in Verbindung mit § 14 Absatz 1 und 2 TzBfG*) erteilten Maßgaben – ergänzende Hinweise erteilt:

- Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit von sachgrundlosen Befristungen nach Vorbeschäftigung beim selben Arbeitgeber wird für die Anwendung in der Praxis ausgewertet.
- Die Konstruktion der „gedanklichen Zuordnung“ bei Befristungen mit dem Sachgrund der Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG wird im Folgenden dargelegt, damit diese durch die Dienststellen rechtssicher angewandt werden kann.

E-Mails mit qualifiziert elektronisch signierten Dokumenten und/oder Verschlüsselung sind an die folgende Adresse zu richten: Poststelle@mik.brandenburg.de

Dok.-Nr.: 2019/203136



- Außerdem wird im Rahmen des Sachgrunds eines nur vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG die Abgrenzung zwischen einer Daueraufgabe und einer Projektstätigkeit näher erläutert.

Das **Rundschreiben des Tariferferats vom 17. Juli 2018** (*Sachgrundlose Befristungen – Verbot der Zuvorbeschäftigung*) ist damit überholt und außer Kraft gesetzt.

A. Aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit von sachgrundlosen Befristungen nach Vorbeschäftigung beim selben Arbeitgeber

Sachgrundlose Befristungen von Arbeitsverträgen sind gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TV-L im Tarifgebiet Ost innerhalb der Grenzen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) zulässig. **Gemäß § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG ist der Abschluss eines kalendermäßig, also sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags grundsätzlich nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.** Nach einer jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 06. Juni 2018 – 1 BvL 7/14, 1 Bv 1375/14) ist § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses trotz Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber zulässig ist, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, die Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer war oder es sich um eine ganz anders geartete Vorbeschäftigung handelt.

1. Sehr lange zurückliegende Vorbeschäftigung

Bei der Definition einer sehr lange zurückliegenden Beschäftigung hat das BAG darauf abgestellt, dass ein Erwerbsleben bei typisierender Betrachtung mindestens 40 Jahre umfasse. So lange es möglich sei, innerhalb dieser 40 Jahre mehrere sachgrundlos befristete Arbeitsverträge mit der jeweils längsten zulässigen, also jeweils zweijähriger Dauer abzuschließen, wäre die sachgrundlose Befristung entgegen der Wertung des Gesetzgebers nicht mehr als Ausnahme anzusehen. Als weiterer Anhaltspunkt für die Ermittlung eines sehr langen Zeitraums greift das BAG auf die gesetzgeberische Wertung aus § 622 Abs. 2 BGB zurück, wonach die längste Kündigungsfrist für ein Arbeitsverhältnis erst nach einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von 20 Jahren gilt.

Eine sehr lange zurückliegende Vorbeschäftigung ist nach der jüngsten Rechtsprechung des BAG dann gegeben, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens 22 Jahre zurückliegt. Auch eine 20 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung erfüllt nach der oben genannten Argumentation des BAG die Voraussetzungen einer sehr lange zurückliegenden Vorbeschäftigung.

2. Sonstige Ausnahmen

Weitere Ausnahmen nimmt das BVerfG nur in wenigen Konstellationen an, in denen es das Verbot der wiederholten sachgrundlosen Befristung ebenfalls für unzumutbar hält. Das ist laut BVerfG der Fall, „wenn eine Vorbeschäftigung ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist.“ Dies betrifft:

- geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit,
- Werkstudierenden und studentischen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung oder
- bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht.

Diese in dem Beschluss ausdrücklich genannten Vortätigkeiten können grundsätzlich als zulässige Vortätigkeit gewertet werden. Die Fachgerichte können und müssen in derartigen Fällen durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken. **Soweit das BVerfG unbestimmte Rechtsbegriffe aufführt, die erst durch die Rechtsprechung der Fachgerichte ausgelegt werden müssen, ist hierauf vorerst nicht zurückzugreifen. Die weitere Entwicklung der fachgerichtlichen Rechtsprechung bleibt abzuwarten.**

3. Zusatzhinweis und Prozessuales (Austausch des Befristungsgrundes)

- Soweit eine sachgrundlose Befristung sich im Nachhinein, etwa aufgrund der neuen Entwicklung der Rechtsprechung oder aus einem anderen Grund, als unzulässig herausstellt, kann noch im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein Sachgrund „nachgeschoben“ werden, **wenn dessen Voraussetzungen bei Vertragsschluss vorlagen**. Ebenso kann ein Sachgrund, der sich als nicht tragfähig herausstellt, durch einen anderen Sachgrund ersetzt werden, wenn dessen Voraussetzungen bei Vertragsschluss ebenfalls gegeben waren.
- Im Koalitionsvertrag der neuen Landesregierung für die 7. Legislaturperiode ist vorgesehen, befristete Arbeitsverhältnisse um mindestens ein Drittel zu verringern und sachgrundlos befristete Arbeitsverträge nur noch in Ausnahmefällen zuzulassen. Grundsätzlich soll, wenn eine Befristung erforderlich ist, auf Sachgrundbefristungen zurückgegriffen werden. Hier bleiben die weiteren Entwicklungen zur Umsetzung dieser Zielstellung abzuwarten.

B. Hinweise zu dem Konstrukt der „gedanklichen Zuordnung“ bei einer Vertretungsbefristung

Das durch die Rechtsprechung entwickelte Konstrukt der gedanklichen Zuordnung bildet einen Unterfall der Befristung mit dem Sachgrund der Vertretung (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG). Um ein Arbeitsverhältnis rechtssicher im Wege einer gedanklichen Zuordnung zu befristen, müssen daher zunächst die Voraussetzungen einer wirksamen Vertretungsbefristung vorliegen.

Charakteristisch für diesen Befristungsgrund ist, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausgefallenen Beschäftigten (Arbeitnehmer oder Beamter) in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Arbeitnehmers rechnet, sodass von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis für die Wahrnehmung der an sich dem ausgefallenen Beschäftigten (Stammbeschäftigten) obliegenden Arbeitsaufgaben durch den Vertreter besteht.

1. Prognose

Teil des Sachgrunds der Vertretungsbefristung ist eine **Prognose des Arbeitgebers** über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs durch die Rückkehr des Stammbeschäftigten. Diese betrifft

- den **zeitlich begrenzten Bedarf an Arbeitskraft** und
- **die Möglichkeit, diesen Bedarf durch die befristete Einstellung des Vertreters abzudecken.**

Die befristete Beschäftigung muss stets **innerhalb des Zeitraums der Verhinderung des Stammbeschäftigten** liegen (Prognose des Arbeitgebers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses). In diesem Rahmen kann der Arbeitgeber die Stelle aber kürzer vertreten lassen, als der Stammbeschäftigte ausfällt.

2. Kausalzusammenhang

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal des Sachgrunds der Vertretung, das der Arbeitgeber bei Bestreiten durch den Arbeitnehmer darlegen und ggf. beweisen muss, ist der **Kausalzusammenhang** zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Stammbeschäftigten und der Einstellung des Vertreters. Hier muss zwischen einer unmittelbaren Vertretung, einer mittelbaren Vertretung und einer Vertretung mittels gedanklicher Zuordnung differenziert werden:

- Bei der **unmittelbaren Vertretung** muss der Arbeitgeber lediglich darlegen, dass der Vertreter in seinem Arbeitsvertrag mit Aufgaben betraut ist, die zuvor dem vorübergehend ausgefallenen Stammbeschäftigten übertragen waren.
- Bei der **mittelbaren Vertretung durch Neuverteilung der Aufgaben** werden die Aufgaben des Stammbeschäftigten nicht unmittelbar von der Vertretungskraft wahrgenommen, sondern von einem anderen oder mehreren anderen Beschäftigten, deren Aufgabe wiederum durch den befristet eingestellten Vertreter übernommen wird. Hier muss der Arbeitgeber im Falle des Bestreitens durch den befristet eingestellten Arbeitnehmer eine geschlossene Vertretungskette zwischen dem Stammbeschäftigten und dem Vertreter substantiiert darlegen. Das bedeutet: **Die Beschäftigten, die die Kette bilden, müssen die Arbeitsaufgaben des jeweils in der Kette vorgelagerten Beschäftigten übernommen haben und diese Aufgabenübertragung muss eine Verbindung zwischen dem abwesenden Stammbeschäftigten und dem zur Vertretung eingestellten Arbeitnehmer begründen.**
 - Achtung, dies beinhaltet auch, dass der Beschäftigte, der den zeitweise ausgefallenen Stammbeschäftigten unmittelbar ersetzt und seinerseits durch den Vertreter ersetzt wird, **nach der Rückkehr des Stammbeschäftigten wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehren soll!**
- Bei der **gedanklichen Zuordnung** werden dem zeitweise ausgefallenen Stammbeschäftigten **gedanklich andere Aufgaben übertragen**, die

dann durch den befristet eingestellten Vertreter wahrgenommen werden. Grundsätzlich ist eine gedankliche Zuordnung eines anderen Arbeitsplatzes unabhängig davon zulässig, ob die bislang durch den Stammbeschäftigten erledigten Arbeiten zwischenzeitlich weggefallen sind oder anderen Beschäftigten übertragen worden sind, die diese auf Dauer wahrnehmen sollen.

In Fällen der gedanklichen Zuordnung muss der Arbeitgeber **zwei Voraussetzungen** darlegen, um den erforderlichen Kausalzusammenhang zu begründen:

1. Der Arbeitgeber muss die **rechtliche** und **tatsächliche Möglichkeit** gehabt haben, dem zeitweise ausgefallenen Stammbeschäftigten die von der Vertretungskraft auszuübende Tätigkeit zu übertragen. Die Tätigkeit muss dem Stammbeschäftigten also theoretisch **im Wege des Direktionsrechts übertragbar** sein. Bedürfte es dazu einer Änderungskündigung, fehlt es an einer Übertragung der Tätigkeit auf den Vertretenen. Außerdem muss der Stammbeschäftigte aufgrund seiner tatsächlichen Fähigkeiten **auch tatsächlich an der Stelle des Vertreters arbeiten können**. Eine hierfür erforderliche (fiktive) Einarbeitungszeit schadet nicht, solange diese nicht den gesamten Zeitraum der Vertretung in Anspruch nehmen würde. Eine *höhere* Qualifizierung des Stammbeschäftigten, die sich in einer höheren Eingruppierung äußert, ist unter den genannten Voraussetzungen demgegenüber unschädlich; eine wechselseitige Austauschbarkeit ist nicht erforderlich. Der **zeitliche Umfang** der Arbeitszeit des Stammbeschäftigten muss diejenige des Vertreters erreichen.
 2. Der **Akt der gedanklichen Zuordnung der neuen Aufgabe zu dem zeitweise ausgefallenen Stammbeschäftigten muss nach außen erkennbar sein**, um zu vermeiden, dass der Arbeitgeber für die Zeit der Abwesenheit des Stammbeschäftigten eine Vielzahl von befristeten Arbeitsverträgen abschließt und sich jeweils darauf berufen kann, dass der Stammbeschäftigte bei seiner Rückkehr jeweils die Aufgaben der Vertreter übernehmen könnte. Ausreichend ist eine **entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag des Vertreters** oder im Rahmen der **Beteiligung der Arbeitnehmervertretung**.
- Achtung, bei der gedanklichen Zuordnung ist auch zu beachten, **dass diese Konstruktion in Fällen einer Abordnungsvertretung unzulässig ist**, weil sich andernfalls der Arbeitgeber ohne sachliche Rechtfertigung selbst Befristungsmöglichkeiten schaffen könnte und weil der Arbeitgeber von seinen Versetzungs- und Umsetzungsbefugnissen bei identischem Anlass nur einmal Gebrauch machen kann. Bei einer Abordnungsvertretung muss daher der befristet eingestellte Arbeitnehmer entweder unmittelbar den zeitweilig abgeordneten Beschäftigten vertreten oder es muss eine geschlossene Vertretungskette zwischen dem abgeordneten Beschäftigten und dem Vertreter dargelegt werden.

3. Kein institutioneller Rechtsmissbrauch

Eine zulässige Höchstdauer, innerhalb derer die Befristung zu Vertretungszwecken nur möglich ist, gibt es nach der Rechtsprechung des BAG nicht, solange der Arbeitgeber darlegen kann, dass der Vertreter einen seiner Stammbeschäftigten auch tatsächlich vertritt. In seiner Kücük-Entscheidung (EuGH v. 26.1.2012 – C-586/10, BeckRS 2012, 80149) ließ der EuGH auch eine über mehrere Jahre andauernde Befristungskette zu und sah die Grenze zur Unzulässigkeit erst dort erreicht, wo der Arbeitgeber missbräuchlich von seinem Befristungsrecht Gebrauch machte.

In Umsetzung dieses EuGH-Urteils hat das BAG die Grundsätze des **institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB)** entwickelt, mit denen im Einzelfall das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs trotz Vorliegen eines sachlichen Grundes [hier: Vertretung] beurteilt werden kann, wobei alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie die Anzahl der Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen sind.

Zur Beweislasterteilung lässt sich aus der Rechtsprechung des BAG das sog. **Ampelmodell** ableiten:

GRÜN	GELB	ROT
- maximal das Vierfache einer der § 14 Absatz II 1 TzBfG genannten Werte	- einer der in § § 14 Absatz II 1 TzBfG genannten Werte wird um mehr als das Vierfache überschritten	- einer der in § 14 Absatz II 1 TzBfG genannten Werte um mehr als das Fünffache überschritten
→ 8 Jahre bzw. 12 Verlängerungen	→ mehr als 8 Jahre bzw. mehr als 12 Verlängerungen	→ mehr als 10 Jahre bzw. mehr als 15 Verlängerungen
oder	oder	oder
- das maximal dreifache beider Werte	- um mehr als Dreifache beider Werte	- um mehr als das Vierfache beider Werte
→ 6 Jahre und 9 Verlängerungen erreicht wird	→ mehr 6 Jahre und mehr als 9 Verlängerungen	→ mehr als 8 Jahre und mehr als 12 Verlängerungen

- Im **GRÜNEN** Bereich kommt es grundsätzlich nicht zu einer Missbrauchskontrolle.
- Im **GELBEN** Bereich ist eine **umfassende Missbrauchskontrolle** geboten, in deren Rahmen es **Sache des Arbeitnehmers ist, noch weitere für einen Missbrauch sprechende Umstände vorzutragen**.
- Im **ROTEN** Bereich ist eine missbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indiziert. In einem solchen

Fall hat **der Arbeitgeber** regelmäßig die Möglichkeit, die **Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften**. Da dies regelmäßig nicht gelingen wird, ist dieser Bereich beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge strikt zu vermeiden!

In die Missbrauchskontrolle einbezogen werden laut dieser Rechtsprechung daneben unter anderem folgende Merkmale:

- Liegt zwischen den einzelnen Befristungen ein längerer zeitlicher Abstand oder folgen diese direkt aufeinander?
- Wird der mehrmals befristet eingestellte Angestellte stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt?
- Welche Laufzeit haben die einzelnen Verträge und bleibt diese zeitlich hinter dem zu erwartenden Vertretungsbedarf zurück?
- Branchenspezifische Besonderheiten

4. Fazit und Prozessuales

- Die **schriftliche Dokumentation insbesondere des Kausalzusammenhangs** durch den Arbeitgeber ist sehr wichtig, da er diesen im Falle des Bestreitens durch den Arbeitnehmer substantiiert darlegen und beweisen muss. Besonders hohe Anforderungen werden an die Dokumentation der „gedanklichen Zuordnung“ gestellt. Ein bloßer „interner Vermerk zum befristeten Arbeitsvertrag“ wird durch die Rechtsprechung des BAG hier nicht für ausreichend erachtet! Für die Überprüfung eines tragfähigen Sachgrunds und des Kausalzusammenhangs ist grundsätzlich auf die Umstände bei Vertragsschluss abzustellen.

C. Hinweise zur Abgrenzung zwischen einer Projekt Tätigkeit und einer Daueraufgabe

- Ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf i.S.d. § 14 I S. 2 Nr. 1 TzBfG liegt vor bei
 - **vorübergehendem** Anstieg des Arbeitsvolumens im Bereich von Daueraufgaben oder
 - durch die Übernahme eines **vorübergehenden** Projekts oder einer **Zusatzaufgabe**, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal nicht ausreicht.
- **Wichtig:** Bei einem Projekt handelt es sich um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe. **Eine Aufgabe kann nicht gleichzeitig Projekt und Daueraufgabe sein!** Im Bereich der Daueraufgaben kann sich der AG nicht dadurch Befristungsmöglichkeiten schaffen, dass er diese Aufgaben künstlich in "Projekte" zergliedert. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich nicht um eine Daueraufgabe handelt. Es ist wie folgt zu differenzieren:

<u>Zusatzaufgabe</u>	<u>Daueraufgaben</u>
<ul style="list-style-type: none"> • bringt nur für eine begrenzte Zeit und keinen auf längere Zeit planbaren Personalbedarf mit sich • wird entweder nur unregelmäßig - zB nur aus besonderem Anlass - ausgeführt oder • ist mit unvorhersehbaren besonderen Anforderungen in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals verbunden 	<ul style="list-style-type: none"> • Tätigkeiten, die AG im Rahmen des Betriebszwecks im Wesentlichen unverändert kontinuierlich wahrnimmt • verursachen einen planbaren Beschäftigungsbedarf

D. Weitere allgemeine Hinweise

Bei der Vereinbarung eines befristeten Arbeitsvertrags ist die in § 14 Abs. 4 TzBfG geregelte Schriftform zu beachten, deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit der Befristungsabrede führt (§ 125 S. 1 BGB), mithin zum unbefristeten Arbeitsverhältnis (§ 16 S. 1 TzBfG). Danach gilt:

- Die unterzeichnete Befristungsabrede muss dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn zugehen. Ein Zugang der schriftlichen Abrede erst nach Arbeitsaufnahme führt zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede.
- Um dem vorzubeugen, kann der Arbeitgeber das Zustandekommen eines befristeten Vertrags von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch den Arbeitnehmer abhängig machen.
- Achtung, dieser Vorbehalt ist unbeachtlich, wenn der Arbeitgeber trotz der ausdrücklichen Erklärung, dass der Arbeitsvertrag erst mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch ihn zustande kommen solle, dem Arbeitnehmer **bereits zuvor in Widerspruch zu seiner Erklärung** einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und die Arbeitsleistung entgegennimmt.

Beigefügt übersende ich Ihnen ein aktualisiertes Arbeitsvertragsmuster zum Abschluss sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge, das eine Klausel enthält, mit der der Beschäftigte bestätigt, bisher in keinem Arbeitsverhältnis zum Land Brandenburg gestanden zu haben oder dass dieses Beschäftigungsverhältnis mindestens 20 Jahre zurückliegt.

Ich bitte Sie, das Rundschreiben und das überarbeitete Arbeitsvertragsmuster in Ihrem Geschäftsbereich in geeigneter Weise bekannt zu machen.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag
Schlegel

Hinweis: Dieses Dokument wurde am 6. Januar 2020 durch Frau Nadine Schlegel elektronisch
schlussgezeichnet.