

Wolfgang Däubler^{*)}

Das geplante Teilzeit- und Befristungsgesetz

Der von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf zur Neuregelung der Teilzeitarbeit und der Befristung von Arbeitsverträgen hat in der Öffentlichkeit bereits eine kontroverse Diskussion entfacht. Handlungsbedarf insbesondere im Bereich der Befristung ergibt sich daraus, dass mit dem Ende des Jahres das Beschäftigungsförderungsgesetz außer Kraft tritt. Der folgende Beitrag stellt den Gesetzentwurf vor und gibt eine erste Wertung der geplanten Regelung.

I. Der Anlass

Die Bundesregierung hat am 27. September 2000 den „Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen“ beschlossen.¹⁾ Sie will damit der EG-Richtlinie zur Teilzeitarbeit²⁾ und der EG-Richtlinie zu befristeten Arbeitsverträgen³⁾ Rechnung tragen; beide beruhen auf Rahmenvereinbarungen der Europäischen Sozialpartner. Bei der Teilzeitarbeit fiel weiter die gestiegene beschäftigungspolitische Sensibilität ins Gewicht, kann doch durch eine gezielte Förderung dieser Arbeitsform das vorhandene Arbeitsvolumen gerechter verteilt werden. In der amtlichen Begründung wird unter A I unter anderem darauf verwiesen, dass die Teilzeitquote in den Niederlanden 38,7%, in der Bundesrepublik jedoch nur 19,5% betrage, obwohl dabei die 630-DM-Verträge mitgerechnet sind. Weiter besteht im Bereich der Befristung deshalb gesteigerter Handlungsbedarf, weil die einschlägigen Regelungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes am 31. Dezember 2000 auslaufen.⁴⁾ Würde man diesen Zeitpunkt streichen lassen, wäre der Rechtszustand von vor 1985 wieder hergestellt, wonach eine Befristung im Regelfall nur auf der Basis eines „sachlichen Grundes“ möglich ist. Die Arbeitgeberseite hatte insoweit den dringenden Wunsch nach Entfristung.

Angesichts dieser Umstände kann man davon ausgehen, dass das Teilzeit- und Befristungsgesetz (im Folgenden: TBG) spätestens am Jahresende im Bundesgesetzblatt stehen wird.

II. Aufbau des Gesetzes

Der Entwurf enthält in Art. 1 das eigentliche Teilzeit- und Befristungsgesetz; Art. 2 verfügt zwei eher redaktionelle Änderungen des § 620 BGB. Art. 3 hebt das Beschäftigungsförderungsgesetz auf, Art. 4 regelt das In-Kraft-Treten.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz beginnt in den §§ 1 bis 5 – im Arbeitsrecht eher untypisch – mit einer Art „Allgemeinen Teil“, der die Begriffsbestimmungen sowie das Verbot der Diskriminierung wegen Teilzeit und wegen befristeter Beschäftigung enthält. Der zweite Abschnitt regelt in den §§ 6 bis 13 die Teilzeitarbeit, wobei der neu geschaffene Anspruch auf Teilzeit nach § 8 selbstredend die größte Aufmerksamkeit verdient. Der dritte Abschnitt (§§ 14 bis 21) betrifft das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse, denen auch die auflösend bedingten zugeschlagen werden. Grundsatzbestimmung ist § 14 TBG, der in Abs. 1 die Befristung mit Sachgrund und in Abs. 2 die Befristung ohne Sachgrund im Einzelnen regelt. In den Schlussvorschriften ist festgelegt, dass von den gesetzlichen Normen nur bei ausdrücklicher Zulassung zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf (§ 22 Abs. 1 TBG). § 23 lässt die Sonderregelungen wie etwa das Altersteilzeitgesetz oder die Befristung nach den §§ 57a ff. HRG unberührt.

Im Folgenden sollen zunächst die Teilzeit und danach die Befristung im Zusammenhang abgehandelt werden. Dabei lassen sich nur die wichtigsten Fragen ansprechen; zahlreiche Einzelprobleme werden gewiss Anlass zu nicht wenigen literarischen Kontroversen sein. Einen im Wesentlichen richterrechtlich geprägten Bereich zu kodifizieren, ist nicht ohne Friktionen möglich. Insoweit können die Erfahrungen, die man in den kommenden Jahren mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz machen wird, ein wenig die Prognose erleichtern, welche Folgen eine etwaige gesetzliche Regelung des Arbeitsvertragsrechts hätte.

1) Der Text ist beim Bundesarbeitsministerium unter www.bma.de abrufbar.

2) Richtlinie 97/81/EG des Rates v. 15. 12. 1997, ABl EG v. 20. 1. 1998 Nr. L 14/9.

3) Richtlinie 1999/70/EG des Rates v. 28. 6. 1999, ABl EG v. 10. 7. 1999 Nr. L 175/43.

4) § 1 Abs. 6 BeschFG.

^{*)} Dr. iur., Professor an der Universität Bremen

III. Das neue Recht der Teilzeitarbeit

Das Gesetz geht in § 6 davon aus, Teilzeitarbeit sei generell, auch in leitenden Positionen, zu fördern. Die amtliche Begründung verweist unter A I und in den Erläuterungen zu § 8 TBG auf die verbreiteten Teilzeitwünsche vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer.⁵⁾ Dies verdient Unterstützung, soweit gleichzeitig sichergestellt ist, dass den Betrieben keine unzumutbaren „Anpassungsleistungen“ abverlangt werden.

1. Wer ist teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer?

§ 2 Abs. 1 TBG definiert den Teilzeitbeschäftigten in Abgrenzung zum „vergleichbaren“ Vollzeitbeschäftigten. Vergleichbar ist, wer mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit im Betrieb beschäftigt ist. Gibt es keinen solchen Arbeitnehmer, wird darauf abgestellt, welche Arbeitszeit der anwendbare Tarifvertrag für vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer vorsieht. Fehlt es auch daran, ist auf das im jeweiligen Wirtschaftszweig Übliche abzustellen.

§ 2 Abs. 2 TBG stellt ausdrücklich klar, dass auch geringfügig Beschäftigte gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV zu den Teilzeitkräften zählen. Für sie ist daher keine Sonderbehandlung mehr möglich.⁶⁾

2. Benachteiligungsverbot

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TBG dürfen Teilzeitkräfte nicht ohne sachlichen Grund schlechter als vergleichbare Vollzeitkräfte behandelt werden. Dies entspricht inhaltlich dem noch geltenden § 2 Abs. 1 BeschFG. Insoweit kann auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen werden.⁷⁾ Eine Verdeutlichung bringt jedoch § 4 Abs. 1 Satz 2 TBG, wo es heißt:

„Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.“

Insoweit fehlt der Vorbehalt zugunsten einer Differenzierung aus „sachlichem Grund“. Dies bedeutet, dass Teilzeitkräfte auch in Jahressonderzahlungen oder sonstige geldwerte Leistungen des Arbeitgebers entsprechend ihrer Arbeitszeit einzu beziehen sind. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des BAG.⁸⁾ Eine Veränderung wird sich für die Praxis insoweit ergeben, als auch geringfügig Beschäftigte zu beteiligen sind.⁹⁾

3. Schaffung von Transparenz

§ 7 TBG will dafür sorgen, dass „teilzeitinteressierte“ Arbeitnehmer Kenntnis von entsprechenden Möglichkeiten erhalten. § 7 Abs. 1 verpflichtet deshalb den Arbeitgeber, bei öffentlichen oder innerbetrieblichen Ausschreibungen auch die Besetzung mit Teilzeitkräften einzubeziehen, es sei denn, dringende betriebliche Gründe würden einer Teilzeitarbeit an diesem Arbeitsplatz entgegenstehen. Da der Betriebsrat nach § 93 Satz 1 BetrVG die innerbetriebliche Ausschreibung erzwingen kann, ist insoweit eine Besetzung an § 7 Abs. 1 TBG vorbei ausgeschlossen. Dass mit der Bestimmung nicht nur das Ver-

fahren, sondern auch die Besetzungspolitik geregelt wird, dürfte nicht zweifelhaft sein. Das Recht des Arbeitgebers, beliebig Teilzeit oder Vollzeit zu präferieren, ist insoweit eingeschränkt.¹⁰⁾ Was geschieht, wenn der Arbeitgeber zu Unrecht dringende betriebliche Gründe annimmt, ist nirgends geregelt; eventuell wäre § 93 BetrVG in dem Sinne weiterzuentwickeln, dass der Betriebsrat eine „gesetzeskonforme“ Ausschreibung verlangen kann, doch wird dies nur in Fällen praktisch werden, in denen schon aus anderen Gründen der „Hausseggen“ schief hängt.

Arbeitnehmer, die dem Arbeitgeber ihren Wunsch nach einer Veränderung von Dauer und Lage ihrer Arbeitszeit angezeigt haben, sind nach § 7 Abs. 2 TBG über Arbeitsplätze zu informieren, die im Betrieb oder Unternehmen besetzt werden sollen. Dies dürfte entgegen dem etwas weit geratenen Wortlaut so auszulegen sein, dass nur vergleichbare Arbeitsplätze mit einer in die Richtung des Wunsches gehenden Arbeitszeit erfasst sind. Wer Vollzeit arbeiten will, ist deshalb nur über solche Arbeitsplätze zu informieren, auf denen länger als auf dem derzeit innegehabten gearbeitet wird.

§ 7 Abs. 3 TBG sieht die Information der „Arbeitnehmervertretung“ insbesondere über vorhandene oder geplante Teilzeitarbeitsplätze vor. Dabei entspricht die Terminologie dem umfassenden Anwendungsbereich des Gesetzes; „Arbeitnehmervertretung“ ist auch der Personalrat und die Mitarbeitervertretung im kirchlichen Bereich.

4. Recht auf Verringerung der Arbeitszeit („Recht auf Teilzeit“)

4.1 Der Grundsatz

Jeder Arbeitnehmer kann eine Verringerung seiner vertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit verlangen (§ 8 Abs. 1 TBG). Erfasst ist damit nicht nur der Fall, dass ein Vollzeitbeschäftigter in Teilzeit überwechseln möchte; auch Teilzeitkräfte, die ihr Arbeitszeitdeputat reduzieren wollen, werden von der Vorschrift erfasst.

Drei Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

4.1.1 Der Arbeitgeber muss in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigen. Dies bedeutet, dass anders als nach dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht auf den Betrieb, sondern auf das Unternehmen abgestellt wird. Personen in Berufsbildung werden nicht mitgerechnet (§ 8 Abs. 7 TBG).

5) Weitere Angaben bei *Bielenski*, WSI-Mitt. 2000, 228, wonach über 20% aller Vollzeitbeschäftigten eine Verkürzung ihrer Arbeitszeit wollen.

6) Ebenso bezüglich des geschlechtsspezifischen Diskriminierungsverbots des EG-Rechts EuGH NZA 1999, 1151.

7) Überblick bei *Däubler*, Arbeitsrecht, Bd. 2, 11. Aufl., 1998, Rz. 1933 ff.

8) Siehe etwa BAG DB 1991, 866 – Weihnachtsgratifikation; BAG DB 1994, 2348 – Verbilligte Darlehen; BAG DB 1996, 2085 – Betriebliche Altersversorgung.

9) Die amtliche Begründung zeichnet sich insoweit nicht durch besondere Klarheit aus. Unter A I ist die Rede davon, die Richtlinie erlaube ausdrücklich, den pro-rata-temporis-Grundsatz zu berücksichtigen, „wo es angemessen ist“. Bei den Erläuterungen zu § 4 Abs. 1 Satz 2 wird behauptet, der Arbeitgeber sei nicht berechtigt, bestimmte Vergütungsbestandteile wegen der Teilzeit „ohne sachlichen Grund“ gänzlich zu versagen, doch hat dies im Gesetzeswortlaut ersichtlich keinen Niederschlag gefunden. Abs. 1 Satz 2 wäre völlig überflüssig, wenn eine Differenzierung aus sachlichem Grund zulässig wäre; dann hätte das allgemeine Prinzip nach Abs. 1 Satz 1 genügt.

10) Anders *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066.

4.1.2 Das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers, der seine Arbeitszeit verringern möchte, muss mindestens sechs Monate bestanden haben. Andernfalls sei dem Arbeitgeber der organisatorische Mehraufwand nicht zuzumuten. Insoweit könnte man auch an eine Jahresfrist denken.

4.1.3 Der Arbeitnehmer muss die Verringerung und ihren Umfang spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen (§ 8 Abs. 2 TBG). Nur so ist sichergestellt, dass der Arbeitgeber eine Ersatzlösung ins Auge fassen kann.

4.2 Das Ablehnungsrecht des Arbeitgebers

Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen nach § 8 Abs. 3 TBG die gewünschte Verringerung der Wochenarbeitszeit mit dem Ziel einer einvernehmlichen Regelung erörtern. Kommt kein Konsens zustande, so kann der Arbeitgeber den Wunsch ablehnen, wenn seiner Realisierung „betriebliche Gründe“ entgegenstehen. Nach § 8 Abs. 4 Satz 2 liegt ein betrieblicher Grund „insbesondere vor, wenn die Verringerung der Wochenarbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.“

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen ist § 8 Abs. 5 Satz 3 zu beachten, wonach der Arbeitgeber die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit auch nachträglich im überwiegenden betrieblichen Interesse ändern kann.

Trotz der gegebenen Beispiele ist es schwierig, konkrete, handhabbare Maßstäbe für betriebliche Gegeninteressen zu benennen. Ein Problem liegt darin, dass nicht von „dringenden“ betrieblichen Gründen die Rede ist, obwohl die genannten Beispiele durchaus dieses Prädikat verdienen würden. Hinzu kommt, dass bei der Ausschreibung nach § 7 Abs. 1 TBG,¹¹⁾ bei der Auswahl zwischen gleich geeigneten Bewerbern nach § 9 TBG¹²⁾ und bei der Aus- und Weiterbildung nach § 10 TBG¹³⁾ durchgehend auf „dringende“ betriebliche Gründe abgestellt wird. Soll hier ein Gegenschluss möglich sein, der allerdings die gegebenen Beispiele, etwa die „unverhältnismäßigen Kosten“, aushebeln würde? Wäre es schon ein betrieblicher Grund, wenn sich die mit Arbeit überhäufte Personalabteilung wegen des Teilzeitwunsches ans Arbeitsamt wenden und mehrere Bewerbungsgespräche führen müsste? Sicherlich wäre die Vermeidung von noch mehr Arbeit ein „rationaler, nachvollziehbarer Grund“¹⁴⁾; doch soll dies wirklich ausreichen? Warum sollen Schwierigkeiten der Personalabteilung nicht genügen, um eine auf Teilzeit ausgeweitete Ausschreibung zu vermeiden, während der Wunsch eines Einzelnen (dessen Bearbeitung sehr viel weniger Aufwand macht) beiseite geschoben werden könnte? Der Text des Entwurfs lässt einen solchen Wertungswiderspruch zu, ohne allerdings zwingend eine solche Auslegung zu verlangen.

Auf „dringende“ betriebliche Gründe abzustellen, würde sich auch deshalb empfehlen, weil dieser Begriff schon im geltenden Recht dann verwendet wird, wenn es um Grenzen für bestimmte Arbeitszeitwünsche des Arbeitnehmers geht. Hat etwa der in Nacharbeit beschäftigte Arbeitnehmer nach § 6 Abs. 4 ArbZG einen grundsätzlichen Anspruch auf Versetzung auf einen Tagesarbeitsplatz, so kann der Arbeitgeber

dem „dringende“ betriebliche Erfordernisse entgegenhalten. In ähnlicher Weise sieht § 7 Abs. 1 BUrlG vor, dass dem Wunsch des Arbeitnehmers nach einem bestimmten Urlaubszeitpunkt dann nicht Rechnung getragen werden muss, wenn seiner Berücksichtigung „dringende“ betriebliche Belange entgegenstehen. Auch das Stückelungsverbot nach § 7 Abs. 2 BUrlG steht unter dem Vorbehalt „dringender“ betrieblicher Gründe. Zu allen diesen Bestimmungen gibt es Rechtsprechung und Literatur,¹⁵⁾ auf die bei der Handhabung des § 8 Abs. 4 Satz 2 TBG zurückgegriffen werden könnte.

Die unsicheren Konturen, die das Ablehnungsrecht des Arbeitgebers besitzt, wirken sich in 99 von 100 Fällen zu Lasten des Arbeitnehmers aus. Dieser wird typischerweise keinen ernsthaften Konflikt riskieren, um seinen Teilzeitwunsch gegen den Willen des Arbeitgebers durchzusetzen: In der Regel will man nicht auf Aufstiegschancen verzichten oder gar als bei der Personalabteilung „schlecht Angeschriebener“ den Arbeitsplatz aufs Spiel setzen. Selbst wenn eine Verärgerung auf Arbeitgeberseite keineswegs zu Unkorrektheiten oder gar zu Repressalien führen würde, wird jedenfalls eine in diese Richtung gehende Befürchtung den Arbeitnehmer davon abhalten, nachhaltig auf seinem Rechtsstandpunkt zu beharren. Die Tatsache, dass nur sehr selten während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses vor dem Arbeitsgericht prozessiert wird, weist in dieselbe Richtung. Ist eine Rechtsnorm so formuliert, dass niemand mit Sicherheit den Ausgang eines streitigen Verfahrens prognostizieren kann („betrieblicher“ Grund), wird dieser Effekt erst recht eintreten.¹⁶⁾

Bei gesuchten Fachkräften, die sich ihres Wertes für das Unternehmen bewusst sind, kann die Situation ausnahmsweise eine andere sein. In diesen Fällen wird der Arbeitgeber aber un schwer „dringende betriebliche Gründe“ einwenden können, da sich zum Beispiel ein Teilzeitinformatiker für zehn Stunden wöchentlich kaum wird rekrutieren lassen, der das frei gewordene Arbeitszeitquantum ausfüllen würde. Das eigentliche Problem des „Anspruchs auf Teilzeit“ liegt daher in seiner potenziellen Ineffizienz, was sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kaum mehr korrigieren lässt. Eventuell können die ausdrücklich zugelassenen tariflichen Regeln hilfreich sein.¹⁷⁾

4.3 Das Verfahren

Nach § 8 Abs. 5 Satz 1 TBG muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer seine Entscheidung über den Verkürzungswunsch spätestens vier Wochen vor dem beantragten Beginn schriftlich mitteilen. Unterlässt er dies, wird nach § 8 Abs. 5 Satz 2 TBG automatisch die Wochenarbeitszeit dem Wunsch des Arbeitnehmers entsprechend verringert.

11) Dazu oben 3.

12) Dazu unten 5.

13) Dazu unten 6.

14) So die Formulierung in der Begründung zu § 8 Abs. 4.

15) Zu § 6 Abs. 4 ArbZG siehe *Baack/Deutsch*, ArbZG, 1999, § 6 Rz. 61; *Schliemann/Förster/Meyer*, Arbeitszeitrecht, 1997, Rz. 461 ff.; *Zmarzik/Anzinger*, ArbZG, 1995, § 6 Rz. 43 ff.; zum Urlaubsrecht siehe *Dersch/Neumann*, BUrlG, 8. Aufl., 1997, § 7 Rz. 12 ff., 58 ff., 81 ff.; *Hohmeister*, BUrlG, 1999, § 7 Rz. 26 ff.; *Leinemann/Linck*, Urlaubsrecht, 1995, § 7 Rz. 25 ff., Rz. 100 ff.

16) Dies ist nicht bedacht bei *Bauer*, NZA 2000, 1039, 1041.

17) Realistisch insoweit *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066, 2068.

Um den Verwaltungsaufwand in Grenzen zu halten, kann ein Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit frühestens nach Ablauf von zwei Jahren erneut gestellt werden (§ 8 Abs. 6 TBG).

4.4 Einzelfragen

Vom Gesetzeswortlaut her kann die „vertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit“ verringert werden. Dies orientiert sich am traditionellen Modell des Arbeitsverhältnisses, wie es den Begriffen „40-Stunden-Woche“ oder „35-Stunden-Woche“ zugrunde liegt. Ist statt dessen ein Jahresarbeitszeitdeputat vereinbart, soll eine Verringerung selbstredend nicht ausgeschlossen sein; insoweit muss der Sinn der Vorschrift dem Wortlaut vorgehen. Nicht bedacht ist weiter der Fall, dass die Arbeitszeit überhaupt nicht quantitativ festgelegt ist, sondern dass der Arbeitnehmer ausschließlich die Pflicht hat, bestimmte Aufgaben in vorgegebenen oder vereinbarten Zeiträumen zu erfüllen. Bei einem solchen, meist „Vertrauensarbeitszeit“ genannten Arbeitszeitregime wird man lediglich auf Durchschnittsgrößen abstellen können. Entsprechend § 2 Abs. 1 Satz 2 TBG¹⁸⁾ ist dabei das letzte Jahr vor dem Verringerungswunsch zugrunde zu legen.

Das Verhältnis zu den neu geschaffenen Ansprüchen auf Teilzeit nach § 14 Abs. 4 Satz 3 SchwbG und nach § 15 Abs. 7 BErzGG ist im Entwurf nicht angesprochen. Inhaltlich bestehen – von dem sehr viel engeren Kreis der Anspruchsberechtigten einmal abgesehen – durchaus Unterschiede. Nach § 14 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 3 Satz 3 SchwbG kann der Anspruch nur abgelehnt werden, „soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre oder soweit ... Arbeitsschutzvorschriften ... entgegenstehen.“ Im Falle des Erziehungsurlaubs besteht die Besonderheit, dass mit dessen Ende automatisch die ursprüngliche Arbeitszeit wieder in Kraft tritt.

4.5 Einschätzung

Der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit ist weniger neuartig, als man dies im ersten Moment vermutet. Nicht nur, dass er in einzelnen Tarifverträgen sowie in den Niederlanden bereits existiert¹⁹⁾ – auch bei uns ist der Gedanke keineswegs völlig systemfremd, dass mit Rücksicht auf die Interessen des anderen Vertragspartners der Umfang der Arbeitspflicht zur Disposition steht. So muss der Arbeitnehmer gegebenenfalls auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Überstunden leisten²⁰⁾ oder sich Kurzarbeit gefallen lassen, wenn der Betrieb nicht mehr genügend Aufträge hat. Das BAG sieht es überdies als (gerichtlich faktisch unüberprüfbar) unternehmerische Entscheidung an, wenn der Arbeitgeber bestimmte Aufgaben mit Vollzeit- oder mit Teilzeitkräften erfüllen will: Entsprechende Änderungskündigungen wären grundsätzlich sozial gerechtfertigt.²¹⁾ Auch der Arbeitgeber kann auf Grund seiner so genannten Fürsorgepflicht gehalten sein, dem Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit eine unbezahlte Freistellung zu gewähren.²²⁾ Diese „Teilzeitarbeit Null“ hat praktische Bedeutung in der Rechtsprechung unter anderem dann erlangt, wenn türkische Arbeitnehmer ihren Wehrdienst ableisten wollten und der Arbeitgeber trotz Abwesenheit nicht kündigen konnte, so-

fern ihm die Gewinnung einer Ersatzkraft unschwer möglich war.²³⁾ Dies mögen singuläre Situationen sein, indes zeigen sie, dass schon nach geltendem Recht die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den anderen auch eine Reduzierung der Arbeitszeit umfassen kann.²⁴⁾ Die vorgeschlagene Regelung wegen übermäßigen Eingriffs in die Vertragsfreiheit zu kritisieren²⁵⁾, erscheint daher nicht angebracht.

Eine betriebswirtschaftliche Betrachtung wird das Argument hinzufügen, dass in vielen Fällen Teilzeitarbeit eine höhere Produktivität ermöglicht und dass dort, wo dies bei leitender und koordinierender Tätigkeit nicht der Fall ist, der Arbeitgeber ein Ablehnungsrecht besitzt.

5. Verlängerung der Arbeitszeit

Wer seine Arbeitszeit verringert hat oder wer von vornherein nur Teilzeit arbeitet, kann keine Erweiterung seines Stundenkontingents verlangen. Eine „Rückkehr“ zum Status quo ante ist anders als beim Erziehungsurlaub nicht vorgesehen. Insoweit bleibt das Recht des Arbeitgebers ungeschmälert, über den Umfang der im Betrieb einzusetzenden Arbeitskraft zu entscheiden. § 9 TBG kommt den Teilzeitbeschäftigten jedoch insofern entgegen, als sie bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen sind. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn „dringende“ (!) betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter entgegenstehen, die unter sozialen Gesichtspunkten vorrangig sind. Insoweit gelten ersichtlich die gleichen Grundsätze wie bei kollidierenden Urlaubswünschen; die zu § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG entwickelten Prinzipien können daher prinzipiell auf diesen Fall übertragen werden.

6. Aus- und Weiterbildung

Nach § 10 TBG hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, dass auch Teilzeitkräfte an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen „zur Förderung der beruflichen Entwicklung und Mobilität“ teilnehmen können. Eine entsprechende Bestimmung findet sich in § 96 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, wo es um die Beratung von Weiterbildungsmaßnahmen mit dem Betriebsrat geht. In ihrer praktischen Bedeutung beschränkt sich die Bestimmung im Wesentlichen auf einen Appell; ein konkreter Anspruch eines einzelnen Teilzeitbeschäftigten wäre nur bei einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz in der spezifischen Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach § 4

18) Dort heißt es: „Ist eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart, so ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt.“

19) Waas, NZA 2000, 583.

20) Dies gilt zumindest in Notfällen entsprechend § 14 ArbZG.

21) BAG NZA 1993, 1075; näher dazu Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl., 1999, § 2 KSchG Rz. 157 ff.

22) Vgl. v. Hoyningen-Huene, NJW 1981, 713, 716 m. w. N.

23) BAG DB 1983, 1602; BAG DB 1989, 985, dazu EWiR 1989, 1027 (Hannau).

24) Für eine Pflicht des Arbeitgebers, eine Erziehungsurlauberin gegebenenfalls in Teilzeit weiter zu beschäftigen, bereits nach bisherigem Recht Däubler (Fußn. 7), Rz. 1626.

25) Vgl. Bauer, NZA 2000, 1039, 1040 mit Fußn. 7.

Abs. 1 TBG denkbar.²⁶⁾ Auch dann, wenn Teilzeitkräfte im Rahmen von Weiterbildungsangeboten keine Berücksichtigung finden, kann dies damit gerechtfertigt sein, dass „dringende“ betriebliche Gründe oder vorrangige Interessen anderer Arbeitnehmer dagegen sprechen.

7. Kündigungsschutz

Wer als Arbeitnehmer seine Rechte nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz ausübt, also beispielsweise eine Verringerung seiner Wochenarbeitszeit verlangt, darf nach § 5 TBG aus diesem Anlass nicht benachteiligt werden. Dasselbe ergibt sich bereits aus § 612a BGB.²⁷⁾ Eine Spezialregelung enthält demgegenüber § 11 TBG: Die Weigerung eines Arbeitnehmers, seine Arbeitszeit zu verändern, beispielsweise von Vollzeit auf Teilzeit zu wechseln, darf nicht mit einer Kündigung beantwortet werden. Dies ließe sich auf der Grundlage des § 612a BGB nur dann rechtfertigen, wenn man die Möglichkeit, eine angebotene Vertragsänderung abzulehnen, als Ausübung eines Rechts qualifizieren würde.²⁸⁾

8. Arbeit auf Abruf und Jobsharing

§ 12 Abs. 1 TBG erklärt die Arbeit auf Abruf, auch „KAPOVAZ“ genannt, grundsätzlich für zulässig, enthält jedoch wichtige Schranken: Der Arbeitsvertrag muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit festlegen. Ist das erste nicht der Fall, gilt, wie nach bisherigem Recht, eine Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart; fehlt es an der Fixierung der täglichen Arbeitszeit, gilt als „Auffanglösung“ eine Dauer von drei Stunden. § 12 Abs. 2 sieht, ebenso wie das bisherige Recht, eine mindestens viertägige Ankündigungsfrist vor.

Tarifverträge können von diesen Regeln auch zu Lasten der Arbeitnehmer abweichen. Sie können beispielsweise eine Bandbreitenregelung („zwischen 15 und 20 Stunden wöchentlich“) oder eine Durchschnittsdauer festlegen; andernfalls wäre bei Teilzeitkräften eine Jahresarbeitszeit nur noch in der Weise möglich, dass man die Arbeitswochen, in denen die vereinbarte Zeitdauer gearbeitet wird, nicht von vornherein festlegt, sondern die Auswahl dem Arbeitgeber überlässt. Da der Tarifvertrag jedoch Regelungen über die tägliche und die wöchentliche Arbeitszeit enthalten muss, ist eine Festlegung der Art, die wöchentliche Arbeitszeit betrage zwischen null und vierzig Stunden, wohl nicht mehr zulässig.²⁹⁾

Die Neuregelung behandelt genauso wenig wie das geltende Recht die Frage, ob es irgendwelche Grenzen für die Vereinbarung möglicher Einsatzzeiten gibt. Ist es beispielsweise zulässig, mit einer Verkäuferin in einem Supermarkt einen Vertrag über 12 Wochenstunden und über einen Tageseinsatz von 3 Stunden zu schließen, wenn dieses Kontingent irgendwann montags bis freitags zwischen 08.00 und 20.00 Uhr und samstags zwischen 08.00 und 16.00 Uhr abgerufen werden kann? Trotz viertägiger Ankündigungsfrist würde dies erhebliche Probleme etwa bei der Kindererziehung oder bei ehrenamtlicher Tätigkeit aufwerfen und überdies die Eingehung eines zweiten Tezeitarbeitsverhältnisses unmöglich machen, das gegebenenfalls das einzige Mittel wäre, um eine auskömmliche wirtschaftliche Situation zu erreichen.³⁰⁾

Weder im Text des Gesetzentwurfs noch in der amtlichen Begründung ist weiter die Frage der Überstunden von Teilzeitkräften angesprochen. Kann überhaupt noch davon die Rede sein, im Arbeitsvertrag sei eine „bestimmte Dauer“ der wöchentlichen Arbeitszeit vereinbart, wenn diese zwar auf fünfzehn Stunden festgelegt wird, der Arbeitnehmer jedoch bei Bedarf sechs, acht oder zehn Überstunden leisten muss? M. E. läge hier eine unzulässige Umgehung vor, doch könnte man sich ein klärendes Wort des Gesetzgebers durchaus vorstellen. Auch die Frage, ob bei Überschreitung der Teilzeitarbeit Überstundenzuschläge gezahlt werden müssen, hätte etwas Aufmerksamkeit verdient. Die ablehnende Stellungnahme des EuGH³¹⁾ schließt es nicht aus, dass der nationale Gesetzgeber eine andere Lösung trifft, zumal § 4 Abs. 1 Satz 2 TBG den Teilzeitbeschäftigten „mindestens“ eine zeitanteilige Vergütung garantiert.

§ 13 TBG übernimmt ohne wesentliche inhaltliche Änderungen die Regelungen des bisherigen § 5 BeschFG über die so genannte Arbeitsplatzteilung.

IV. Befristung

1. Einige Daten

Die Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse ist seit 1991 von 6,3% auf 8,3% aller Arbeitnehmer gestiegen.³²⁾ Rechnet man ABM-Fälle und ähnliche staatlich finanzierte Arbeitsplätze heraus, ergibt sich nach einer neueren Untersuchung des IAB allerdings nur ein Satz von 6,7%, der um ca. 1,5% über dem Stand von 1996 liegt.³³⁾ Auf die „sachgrundlose“ Befristung nach § 1 BeschFG entfällt dabei nach einer allerdings älteren Untersuchung ein bescheidener Anteil von 13%.³⁴⁾ In 87% aller Fälle wäre die Befristung auch auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung möglich gewesen.

2. Begriff und Benachteiligungsverbot

§ 3 TBG definiert den befristet beschäftigten Arbeitnehmer im Anschluss an die EG-Richtlinie 1999/70/EG und § 620 BGB. Auch in Zukunft wird zwischen der kalendermäßigen und der Zweckbefristung unterschieden.

Neu und in seiner Tragweite bisher nicht voll ausgelotet ist das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 TBG³⁵⁾: Ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Befristung nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet Beschäftigter, es sei denn, für die Differenzierung würde ein sachlicher Grund sprechen. Was das Arbeitsentgelt und

26) Vgl. Preis/Gothardt, DB 2000, 2066, 2067.

27) Ebenso Bauer, NZA 2000, 1039, 1040.

28) In diesem Sinne LAG Hamm DB 1988, 917; siehe weiter Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Fußn. 21), § 612a BGB Rz. 14.

29) Dafür nach geltendem Recht BAG DB 1992, 1785. Bedenken wie hier bei Preis/Gothardt, DB 2000, 2066, 2069.

30) Näher dazu und zu grundrechtlichen Schranken Däubler (Fußn. 7), Rz. 1972 ff. m. w. N.

31) EuGH DB 1995, 49.

32) So die Zahlenangabe unter A II der amtlichen Begründung.

33) Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), Kurzbericht Nr. 12/2000, S. 4.

34) IAB-Kurzbericht Nr. 12/2000, S. 5.

35) Ebenso Hanau, NZA 2000, 1045.

andere teilbare geldwerte Leistungen betrifft, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt werden, so hat der befristet Beschäftigte nach § 4 Abs. 2 Satz 2 TBG einen Anspruch „mindestens in dem Umfang, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht.“ Genau wie bei Teilzeitkräften gibt es im Bereich der Gegenleistung des Arbeitgebers keine Möglichkeit zur Differenzierung aus sachlichem Grund. Konkret bedeutet dies, dass befristet Beschäftigte grundsätzlich in eine Jahressonderzahlung einbezogen werden müssen. Dies gilt allerdings nur, wenn der befristet Beschäftigte auch die sonstigen Voraussetzungen erfüllt. Erhält beispielsweise jeder, der seit mindestens einem Jahr im Betrieb beschäftigt ist und sich am 1. Dezember in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befindet, ein dreizehntes Monatsgehalt, so ist zeitanteilig auch ein befristet Beschäftigter einzubeziehen, der am 1. September für sechs Monate eingestellt wurde. Er erhält dann 4/12 der „Weihnachtszuwendung“. Anders dann, wenn sein Arbeitsverhältnis von Februar bis August bestand, weil er dann das Merkmal „Arbeit am 1. Dezember“ nicht erfüllte. Erhebliche praktische Bedeutung wird das Benachteiligungsverbot auch bei Sozialplänen haben; wird zum Beispiel ab einem Jahr der Betriebszugehörigkeit eine Abfindung vorgesehen, so sind entgegen verbreteter Übung auch befristet Beschäftigte einzubeziehen, die diese Voraussetzung erfüllen.

§ 4 Abs. 2 Satz 3 TBG erstreckt das Diskriminierungsverbot auf Beschäftigungsbedingungen, die von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig sind: Der Urlaub darf also nicht von einer längeren Wartefrist abhängig gemacht werden. Allerdings ist insoweit wiederum eine Differenzierung aus sachlichem Grund möglich.

3. Befristung aus sachlichem Grund

§ 14 Abs. 1 TBG macht die Befristung prinzipiell vom Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ abhängig. Für diesen werden insgesamt acht Beispiele gegeben, die sich in der Regel an die Rechtsprechung des BAG anlehnen. Einzelheiten sind hier nicht darzustellen. Zu kritisieren ist allenfalls der neue Absolventen-Befristungsgrund nach Nr. 2: Im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium soll die Befristung schon zulässig sein, „um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern“. Ist eine solche Erweiterung neben der (sogleich unter 4 zu behandelnden) sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TBG überhaupt notwendig? Muss der „Anschluss“ an die Ausbildung ein unmittelbarer sein oder können auch drei oder sechs Monate zwischen Examen und befristetem Arbeitsverhältnis liegen? Kann der Zweck „Übergang in eine Anschlussbeschäftigung“ auch eine Befristung von drei oder vier Jahren rechtfertigen?³⁶⁾ Die Tatsache, dass man bislang ohne diesen Grund ausgekommen ist, sollte den Gesetzgeber noch einmal zum Nachdenken veranlassen.

§ 14 Abs. 1 enthält keine Ausnahmebestimmung zugunsten von Kleinbetrieben oder für die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses.³⁷⁾ Durch die eigenständige gesetzliche Regelung ist die Ankoppelung an den Kündigungsschutz („sachlicher Grund nur dann, wenn ohne die Befristung das Kündi-

gungsschutzgesetz eingreifen würde“) gelöst. Dies ist eine unmittelbare Konsequenz der EG-Richtlinie, die die Herausnahme ganzer Beschäftigtengruppen aus der Begrenzung von Befristungsmöglichkeiten nicht zulässt. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ein gewisses Maß an Kündigungsschutz bestehen muss,³⁸⁾ was zum Erfordernis eines (wenn auch weniger ins Gewicht fallenden) „sachlichen Grundes“ auch in diesem Bereich führt.³⁹⁾ Die amtliche Begründung zu § 14 Abs. 1 vertritt allerdings den Standpunkt, in Kleinbetrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern könnten weiterhin erleichterte Befristungen abgeschlossen werden, doch hat dies im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden; aus den angegebenen Gründen wäre eine solche Regelung auch nicht zulässig.⁴⁰⁾

4. Sachgrundlose Befristung

§ 14 Abs. 2 TBG übernimmt inhaltlich die Regelung des bisherigen § 1 Abs. 1 BeschFG. Danach ist eine Befristung ohne sachlichen Grund bis zur Dauer von zwei Jahren möglich. Zulässig ist auch, diesen Zeitraum in der Weise auszuschöpfen, dass ein auf kürzere Zeit befristeter Arbeitsvertrag bis zu drei Mal verlängert wird.

In Abweichung vom bisherigen Recht wird allerdings eine „Neueinstellung“ verlangt; sie ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TBG immer dann ausgeschlossen, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Auch wenn dieses längere Zeit zurückliegt, ist eine Befristung nur noch mit sachlichem Grund nach § 14 Abs. 1 TBG möglich. Der Arbeitgeber hat konsequenterweise das Recht, einen Bewerber danach zu fragen, ob er bereits in der Vergangenheit für ihn gearbeitet hat. Nach der amtlichen Begründung zu § 14 Abs. 2 sind jedoch Berufsausbildungsverhältnisse nicht zu berücksichtigen.

Die „sachgrundlose“ Befristung ist die „Kröte“, die der Arbeitnehmerseite zugemutet wird. Für die Arbeitgeberseite mag der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit als vergleichbar unerfreulich erscheinen, doch wird dabei leicht übersehen, dass sich der Arbeitgeber eine Verringerung der Arbeitszeit nur im Ausnahmefall aufdrängen lassen muss.⁴¹⁾ Insoweit sind die „Nachteile“ ungleich verteilt. Gegen die sachgrundlose Befristung bestehen seit jeher verfassungsrechtliche Bedenken.⁴²⁾ Sie sind dadurch stärker geworden, dass das Bundesverfassungsgericht aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Minimum an Bestandsschutz herleitet,⁴³⁾ das nicht mehr gewahrt ist, wenn vier befristete Verträge aus beliebigem Anlass hintereinandergeschaltet werden können. Den Anforderungen der Verfassung wäre wohl

36) Ähnliche Fragen bei Preis/Gotthardt, DB 2000, 2066, 2071.

37) Ebenso Bauer, NZA 2000, 1039, 1042; Hanau, NZA 2000, 1045; Preis/Gotthardt, DB 2000, 2066.

38) Dazu Däubler, in: Festschrift 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271; Hanau, in: Festschrift Dieterich, 1999, S. 201.

39) Däubler (Fußn. 28), § 620 BGB Rz. 38.

40) Ebenso Preis/Gotthardt, DB 2000, 2066, 2070.

41) Oben III 4.2.

42) Siehe die Zusammenstellung bei KR-Lipke, 5. Aufl., 1998, § 1 BeschFG 1996 Rz. 12; Däubler (Fußn. 28), § 1 BeschFG Rz. 14 ff.

43) BVerfG ZIP 1998, 705 = NZA 1998, 470, dazu EWiR 1998, 509 (Ebrich).

noch entsprochen, wenn man wie nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 eine einmalige Befristung ohne sachlichen Grund zulassen würde. In der Literatur ist außerdem mit Recht auf § 8 Nr. 3 der EG-Richtlinie verwiesen worden, wonach ihre Umsetzung nicht Anlass für eine Senkung „des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes“ sein darf.⁴⁴⁾ Wird wie im vorliegenden Fall eine als befristete Ausnahmeregelung gedachte Bestimmung zum dauerhaften Bestandteil des geltenden Rechts gemacht, ist genau diese Bedingung erfüllt, das „allgemeine Niveau“ wird abgesenkt. Von daher bestehen sogar gegen eine einmalige sachgrundlose Befristung Bedenken.

Was die Behandlung des Berufsausbildungsverhältnisses angeht, so ist dieses an sich nach § 3 Abs. 2 BBiG mangels abweichender Sonderbestimmungen wie ein Arbeitsverhältnis zu behandeln. Davon kann man abweichen, doch sollte man dies im Gesetzestext, nicht nur in der Begründung tun. Außerdem besteht für die Ausklammerung dann kein Anlass mehr, wenn der Befristungsgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 TBG („Absolventenbefristung“) Gesetz werden sollte: Dem praktischen Bedürfnis, nach der Ausbildung noch einige Zeit auf der Grundlage eines befristeten Vertrages weiterzuarbeiten, wäre dann ausreichend Rechnung getragen.⁴⁵⁾

5. Befristung mit Arbeitnehmern ab dem 58. Lebensjahr

Nach § 1 Abs. 2 BeschFG ist die Befristung beliebig zulässig, wenn der Arbeitnehmer das 60. Lebensjahr vollendet hat. Mit Rücksicht auf die hohe Arbeitslosigkeit unter Älteren wird diese Grenze auf 58 Jahre zurückgenommen. Zulässig sind danach beliebige Kettenarbeitsverhältnisse; theoretisch wäre es möglich, eine Unzahl von Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen hintereinanderschalten.⁴⁶⁾ Dem Einzelnen wird – so könnte man etwas überspitzt formulieren – zugemutet, sein Arbeitsleben als Tagelöhner zu beenden.

Die bisherigen Erfahrungen sprechen dafür, dass die Regelung arbeitsmarktpolitisch nichts bringt. So ist die Zahl der befristet Beschäftigten in der Altersgruppe zwischen 55 und 65 Jahren zwischen 1996 (als die Regelung eingeführt wurde) und 1998 nicht etwa gestiegen, sondern von ca. 4,8% auf ca. 4,6% gefallen.⁴⁷⁾ Außerdem lässt sich die Regelung mit der EG-Richtlinie nicht vereinbaren, die bei Kettenarbeitsverhältnissen entweder einen sachlichen Grund oder eine Höchstdauer oder eine Höchstzahl der Verlängerungen vorschreibt.⁴⁸⁾ Keine dieser Begrenzungen findet bei den über 58-jährigen Anwendung.⁴⁹⁾ Nicht einmal von einer Höchstdauer kann die Rede sein, da es keinerlei Hindernisse gibt, auch nach Erreichen des 65. Lebensjahres weiterhin befristete Arbeitsverträge abzuschließen. Will man einen aussichtslosen Prozess vor dem EuGH vermeiden, sollte § 14 Abs. 3 TBG gar nicht erst verabschiedet werden.

6. Schriftform für befristete Arbeitsverträge

Einige Rätsel gibt die im Referentenentwurf noch nicht enthaltene Vorschrift des § 14 Abs. 4 TBG auf, wonach ein befristeter Arbeitsvertrag „schriftlich zu schließen ist“. Unterbleibt dies, entsteht automatisch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Eindeutig ist der Ausgangspunkt: Während der (übrigens nicht veränderte) § 623 BGB lediglich für die Befristungsabre-

de die Schriftform verlangt, tut dies § 14 Abs. 4 TBG für den gesamten Arbeitsvertrag. Hier beginnen die Zweifel: Muss der Arbeitsvertrag alle diejenigen Punkte ansprechen, deren Dokumentation das Nachweisgesetz verlangt? Lehnt man dies m. E. zu Recht ab, so muss man auf diejenigen Gegenstände abstellen, die die Arbeitsvertragsparteien regeln wollten. Doch was geschieht, wenn eine Abrede (zum Beispiel über den Beginn der Arbeit am Morgen) nicht in den schriftlichen Vertrag aufgenommen wurde? Ist dann die ganze Befristung hinfällig? Dies will vom Ergebnis her nicht einleuchten, doch lässt es sich mit dem Gesetzestext unschwer begründen.⁵⁰⁾ Eventuell könnte man sich damit begnügen, dass nur die charakteristischen Merkmale eines Arbeitsvertrags schriftlich fixiert werden müssen, also der Umfang der Arbeitsleistung und die dafür geschuldete Gegenleistung. Dies ließe sich eventuell mit dem Gedanken rechtfertigen, dass der Arbeitnehmer erkennen soll, zu welchen Bedingungen er den Nachteil einer Befristung in Kauf nimmt. Von einer zwingenden Auslegung in diese Richtung ist man aber weit entfernt. Sinnvoller wäre es deshalb, insoweit zum Referentenentwurf zurückzukehren, der lediglich verlangte, dass die Art der Befristung schriftlich festgelegt und im Falle des „sachlichen Grundes“ auch dieser festgehalten wurde. Insoweit könnte die Sonderregelung 2y zum BAT als (partielles) Vorbild dienen.⁵¹⁾

7. Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses

Während die kalendermäßige Befristung keinerlei Probleme aufwirft, stellt sich bei der Zweckbefristung das Problem einer Auslaufrist. Diese wird dem Arbeitnehmer bislang von der Rechtsprechung eingeräumt, wobei sich die Dauer nach der gesetzlichen Kündigungsfrist bestimmt.⁵²⁾ Diese beträgt nach § 622 Abs. 1 BGB vier Wochen. § 15 Abs. 2 TBG will demgegenüber nur zwei Wochen einräumen; die Begründung beruft sich dabei auf § 622 Abs. 3 BGB, wonach während der Probezeit eine Kündigung mit einer Frist von zwei Wochen möglich ist. Diese Anknüpfung erscheint wenig sachgerecht, da die Zweckbefristung nichts mit einer Erprobung zu tun hat. Außerdem wäre dies ein Rückschritt gegenüber dem Status quo, der auch verfassungsrechtlich bedenklich erscheint: Im Zusammenhang mit der im Einigungsvertrag verfügten Auflösung der Akademie der Wissenschaften der DDR stellte das Bundesverfassungsgericht fest, die Betroffenen hätten mindestens einen Monat vor Auslaufen ihrer Arbeitsverhältnisse informiert werden müssen.⁵³⁾ Was hier als verfassungsrechtlich gebotenes Minimum für eine Neuorientierung der Betroffe-

44) *Schmalenberg*, NZA 2000, 1043; a. A. *Löwisch*, NZA 2000, 1044.

45) Ähnlich *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066, 2072.

46) Dass derartige Überlegungen nicht völlig praxisfremd sind, zeigt der Beitrag von *Reinecke*, in: *Festschrift Däubler*, 1999, S. 117.

47) IAB-Kurzbericht Nr. 12/2000, S. 5.

48) *Bauer*, NZA 2000, 756; zur Richtlinie eingehend *Kaufmann*, *ArbuR* 1999, 332.

49) Das Alter und die schlechten Arbeitsmarktchancen als „sachlichen Grund“ zu qualifizieren (so wohl *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066, 2072) nimmt diesem Erfordernis jede begrenzende Wirkung und fällt völlig aus dem bisherigen, auch dem der Richtlinie zugrunde liegenden Begriffsverständnis heraus.

50) Bedenken in dieselbe Richtung bei *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066, 2073.

51) Dort ist jedenfalls die Art der Befristung schriftlich festzuhalten.

52) BAG AP Nr. 113 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Ls. 2.

53) BVerfG EuGRZ 1992, 113.

nen verlangt wurde, muss auch im Falle einer Zweckbefristung Platz greifen. Von daher sollte man zur Vier-Wochen-Frist des Referentenentwurfs zurückkehren.⁵⁴⁾

§ 15 Abs. 3 TBG sieht vor, dass arbeitsvertraglich oder durch Tarifvertrag die Möglichkeit zur Kündigung des befristeten Arbeitsvertrags geschaffen werden kann. Dies entspricht der bisherigen Praxis, ist allerdings insoweit unbefriedigend, als bei einer Festlegung in Allgemeinen Arbeitsbedingungen dem Arbeitgeber so die einseitige Verbesserung seiner Situation ermöglicht wird.

§ 15 Abs. 4 TBG übernimmt die Regelung des § 624 BGB, wonach der Arbeitnehmer bei Langfrist-Arbeitsverhältnissen spätestens nach fünf Jahren ein Kündigungsrecht hat. Inhaltlich geht es um die Reduzierung einer zu starken Bindung und damit um eine Regelung, die man im Zusammenhang mit befristeten Arbeitsverhältnissen nicht unbedingt sucht. Auch wäre die Frage zu stellen, ob eine fünfjährige Bindung mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist; insbesondere dann, wenn, wie bei Berufssportlern oder Künstlern, das Arbeitsleben sehr viel kürzer als im Durchschnitt der Fälle ist, erscheinen fünf Jahre als übermäßig lange Frist.

§ 15 Abs. 5 TBG betrifft den Fall der Weiterarbeit nach Auslaufen eines Arbeitsverhältnisses, der inhaltlich wie im bisherigen § 625 BGB geregelt werden soll. Letzterer bleibt erhalten, ist jedoch entgegen der amtlichen Begründung in Zukunft nicht nur für selbstständige Dienstverhältnisse, sondern weiter auch im Arbeitsrecht dann relevant, wenn im unbefristeten Arbeitsverhältnis nach Auslaufen der Kündigungsfrist weitergearbeitet wird. Der Übersichtlichkeit wäre allerdings eher gedient, wenn man es bei § 625 BGB belassen würde.

8. Unzulässige Befristung

Entsprach die Befristung nicht den Voraussetzungen des § 14 TBG, ist sie unzulässig mit der Folge, dass, wie nach bisherigem Recht, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht. Dies soll allerdings erst vom Ablauf der vorgesehenen Frist an der Fall sein (§ 16 TBG). Vorher sollen die Grundsätze über das befristete Arbeitsverhältnis Anwendung finden, so dass mangels vertraglicher Einräumung eines Kündigungsrechts der Arbeitnehmer an den Vertrag gebunden bleibt. Einer unzulässigen Klausel wird auf diese Weise doch eine gewisse Rechtswirksamkeit zugemessen, was rechtsdogmatisch nicht unbedingt zu überzeugen vermag.

9. Klagefrist

§ 17 TBG übernimmt die Regelung des § 1 Abs. 5 BeschFG, wonach eine Entfristungsklage spätestens drei Wochen nach Auslaufen des Arbeitsvertrags erhoben sein muss. Dies ist im Prinzip nicht zu beanstanden, weil es einer schnellen Klärung dient. Allerdings sollte man dann eine Ausnahme machen, wenn schwere Verstöße gegen das geltende Recht vorliegen, beispielsweise eindeutig gegen ein Diskriminierungsverbot oder die guten Sitten verstoßen wurde: Eine Berufung hierauf auch dann nach drei Wochen abzuschneiden, wenn der Arbeitnehmer die Problematik nicht erkennen konnte, erscheint nicht angemessen.⁵⁵⁾

10. Übergang in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis

Anders als im Bereich der Teilzeit räumt das Teilzeit- und Befristungsgesetz den befristet Beschäftigten keinen privilegierten Zugang zu freien Arbeitsplätzen ein. § 18 TBG sieht lediglich eine Informationspflicht des Arbeitgebers vor, die auch durch allgemeine Bekanntgabe im Betrieb und Unternehmen erfüllt werden kann. Nach § 20 TBG muss die Arbeitnehmervertretung über die Anzahl der befristet Beschäftigten und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft informiert werden. § 19 TBG sieht die Beteiligung an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen vor.

11. Auflösend bedingte Arbeitsverträge

§ 21 TBG lässt die Vereinbarung eines auflösend bedingten Arbeitsvertrags zu, soweit ein sachlicher Grund im Sinne des § 14 Abs. 1 TBG vorhanden ist. Nach der amtlichen Begründung soll dies der heutigen Rechtsprechung des BAG entsprechen.

Richtig ist, dass das BAG auch im Bereich der auflösenden Bedingung von einem „sachlichen Grund“ spricht.⁵⁶⁾ Schaut man sich jedoch die Judikatur im Einzelnen an, so lässt sich feststellen, dass die Maßstäbe andere als im Bereich der Befristung sind: Zugelassen werden nur Gründe, die auch eine Kündigung rechtfertigen könnten.⁵⁷⁾ So wird es zum Beispiel abgelehnt, die verspätete Rückkehr aus dem Urlaub zur auflösenden Bedingung zu machen, da dies die im Kündigungsschutz vorgesehene Einzelfallprüfung aushebeln würde.⁵⁸⁾ Genauso unzulässig ist es beispielsweise, bei schlechten Noten in bestimmten Berufsschulfächern ein automatisches Erlöschen des Berufsausbildungsverhältnisses anzunehmen.⁵⁹⁾ In beiden Fällen könnte man den „sachlichen Grund“ im Sinne des Befristungsrechts schwerlich in Frage stellen. Dem Gesetzgeber ist daher zu empfehlen, die vorgeschlagene Regelung des § 21 TBG noch einmal zu überdenken und den Satz aufzunehmen, auflösende Bedingungen dürften nicht zu einer Umgehung des Kündigungsschutzes führen.

12. Tarifliche Regelungen

Ob und inwieweit das „Befristungsregime“ durch Tarifvertrag verändert werden kann, ist im Gesetzentwurf nur in § 14 Abs. 2 TBG angesprochen. Danach kann der Zwei-Jahres-Zeitraum für die sachgrundlose Befristung durch Tarifvertrag gleichermaßen verlängert wie verkürzt werden; auch die Zahl der zulässigen Verlängerungen ist tariflich regelbar. Der amtlichen Begründung nach soll die „Tariföffnung“ branchenspezifische Lösungen erleichtern, was sicherlich Zustimmung verdient. Anhaltspunkte dafür, dass die bisherige Rechtsprechung korrigiert werden sollte, wonach die Befristung beispielsweise auf

54) Diese wird auch von *Bauer*, NZA 2000, 1039, 1042 akzeptiert.

55) Vgl. *Däubler* (Fußn. 28), § 1 BeschFG Rz. 54.

56) BAG DB 1996, 2289, dazu EWIR 1996, 1015 (*Hromádka*).

57) Siehe die zusammenfassende Darstellung bei *Däubler* (Fußn. 28), § 620 BGB Rz. 237 ff.

58) BAG AP Nr. 14 zu § 620 BGB Bedingung.

59) BAG AP Nr. 10 zu § 620 BGB Bedingung.

„sachliche Gründe“ beschränkt werden darf,⁶⁰⁾ sind nicht ersichtlich. Ein solcher Eingriff in die Tarifautonomie wäre auch schwerlich zu rechtfertigen.

V. Würdigung

Der Gesetzentwurf hat Kompromisscharakter und kommt mit dem Anspruch auf Teilzeit der Arbeitnehmerseite, mit der

sachgrundlosen Befristung der Arbeitgeberseite entgegen. Die Sprache ist von erfreulicher Klarheit, die rechtstechnische Umsetzung im Allgemeinen geglückt. Die angesprochenen Kritikpunkte sollten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens noch ausgeräumt werden.

60) BAG AP Nr. 1 und 7 zu § 1 BeschFG 1985.

Martina Benecke^{*)}

Der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG bei anderweitig aufgefülltem Stammkapital

Anmerkungen zu BGH ZIP 2000, 1251 – Balsam/Procedo

Nach § 31 Abs. 1 GmbHG sind Auszahlungen, die unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG zu einer Unterbilanz geführt haben, der Gesellschaft zu erstatten. Der BGH hatte 1987 entschieden, die Erstattungspflicht entfalle, wenn das Stammkapital nach der Auszahlung anderweitig wiederhergestellt sei, weil dann der Zweck der Erstattungspflicht erreicht sei. Diese Entscheidung ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen. In den so genannten Balsam/Procedo-Entscheidungen hat der BGH (ZIP 2000, 1251) die „Zweckerreichungslehre“ ausdrücklich aufgegeben; nunmehr steht der Grundsatz der Kapitalerhaltung im Vordergrund. Die Verfasserin analysiert die Problematik und untersucht die praktischen Konsequenzen der neuen Rechtsprechung.

I. Einleitung

Die Folgen des Zusammenbruchs des Sportbodenherstellers Balsam beschäftigen seit 1994 die Justiz. Die mittelbaren Folgen dieses Ereignisses für einen Geschäftspartner der Balsam AG gaben dem BGH Gelegenheit, erneut zu einem umstrittenen Problem des GmbH-Rechts Stellung zu nehmen: dem Erstattungsanspruch der GmbH nach § 31 GmbHG und den Folgen anderweitiger Auffüllung des Stammkapitals.¹⁾ Vereinfacht ging es in mehreren Parallelentscheidungen um folgenden Sachverhalt:

Der Kläger, Vergleichsverwalter und treuhänderischer Inhaber des Vermögens der Procedo GmbH, machte gegen ehemalige Gesellschafter der Procedo Ansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG geltend. Die Procedo, ein Factoring-Unternehmen, hatte von Balsam regelmäßig Forderungen gekauft, von denen sich etliche als Luftbuchungen herausstellten. Zu dieser Zeit nahm die Procedo Gewinnausschüttungen an ihre Gesellschafter – die späteren Beklagten – vor, war jedoch bereits unerkannt überschuldet. Nach Aufdeckung der Vorgänge um Balsam ging sie in den Vergleich. Später wurde die Procedo durch

verschiedene Maßnahmen saniert, die Situation der Überschuldung beseitigt.

Der Anspruch aus § 31 GmbHG steht im Zusammenhang mit dem Auszahlungsverbot gemäß § 30 GmbHG; beide zusammen dienen dem Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals.²⁾ § 30 Abs. 1 GmbHG verbietet die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft an die Gesellschafter. Ein Verstoß gegen § 30 GmbHG liegt also vor, wenn durch eine Ausschüttung Unterbilanz entstanden ist.³⁾ Ist eine Auszahlung entgegen § 30 GmbHG erfolgt, regelt § 31 GmbHG die Rechtsfolgen: Nach § 31 Abs. 1 GmbHG sind die Zahlungen der Gesellschaft zu erstatten; § 31 Abs. 2 bis 6 GmbHG enthalten Einzelheiten.

Es ist streitig, ob es Folgen für den Erstattungsanspruch hat, wenn die Unterbilanz später auf andere Weise beseitigt wird. Der BGH hatte in einem Urteil aus dem Jahre 1987 (so genanntes Elektroplan-II-Urteil) entschieden, dass die Verpflichtung des Gesellschafters aus § 31 Abs. 1 GmbHG entfalle, „sobald und soweit das angegriffene Gesellschaftskapital bis zur Höhe der Stammkapitalziffer zeitlich nach der Auszahlung auf andere Weise nachhaltig wiederhergestellt“ sei.⁴⁾ Die Begründung stützte sich im Wesentlichen auf den Zweck der

1) BGH, Urt. v. 29. 5. 2000 – II ZR 118/98, ZIP 2000, 1251 = NJW 2000, 2580 = BB 2000, 1483 m. Anm. Thümmel. Im gleichen Sinne und mit weitgehend wortgleicher Begründung urteilte der BGH in den Parallelentscheidungen vom gleichen Tag: BGH, Urt. v. 29. 5. 2000 – II ZR 347/97, ZIP 2000, 1256 und BGH, Urt. v. 29. 5. 2000 – II ZR 75/98. Die folgenden Fundstellen beziehen sich auf die erste Entscheidung. Zur Balsam-Affäre siehe LG Bielefeld, Urt. v. 16. 11. 1999 – 15 O 91/98, ZIP 2000, 20 m. Anm. Westermann, dazu EWiR 2000, 107 (v. Gerkan); und LG Frankfurt/M., Urt. v. 29. 1. 1998 – 2/5 O 347/96, ZIP 1998, 1028, dazu EWiR 1998, 621 (Reiff).

2) Zur Bedeutung der Vorschriften Baumbach/Hueck/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., 1996, § 31 Rz. 1; Ulmer, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 363 ff.

3) Von einer Unterbilanz spricht man, wenn das nach allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen errechnete Reinvermögen der Gesellschaft die Stammkapitalziffer nicht erreicht; dazu Baumbach/Hueck/Hueck (Fußn. 2), § 30 Rz. 4 ff., 7 ff.

4) BGH, Urt. v. 11. 5. 1987 – II ZR 226/86, ZIP 1987, 1113, 1114 f. m. Anm. Westermann = NJW 1988, 139, dazu EWiR 1987, 1099 (K. Müller).

*) Dr. iur., Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Göttingen