

# newsletter

## Doppeltes Risiko für Banker



Zum 29.03.2019 ist das sogenannte Brexit-Steuerbegleitgesetz in Kraft getreten. Das bereits im Koalitionsvertrag festgelegte Ziel dieses Gesetzes ist es, Deutschland nach dem bevorstehenden „Brexit“ als Wirtschaftsstandort für Finanzinstitute attraktiver zu machen. Insbesondere das – im Verhältnis der EU-Nachbarländer – extrem starke deutsche Kündigungsschutzgesetz wurde dabei als Hürde betrachtet.

### Grundsätzliche Regelung

In Deutschland gilt das Bestandsschutzprinzip. Ein gekündigter Arbeitnehmer hat danach grundsätzlich keinen irgendwie gearteten rechtlichen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung, sondern kann im Fall einer unwirksamen Kündigung vielmehr die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses verlangen. Eine Ausnahme von diesem Prinzip bildet § 9 I KSchG, wonach das Arbeitsverhältnis in einem anhängigen Kündigungsschutzverfahren durch das Arbeitsgericht auf entsprechenden Antrag hin, gegen Zahlung einer Abfindung, aufgelöst werden kann. Dieser Antrag unterliegt allerdings grundsätzlich einer strengen Begründungspflicht, deren Anforderungen derart hoch sind, dass er in der Praxis nahezu nie durchgesetzt werden kann. Für die

Gruppe der leitenden Angestellten im Sinne des § 14 II KSchG gibt es eine solche Begründungspflicht allerdings nicht. Aufgrund des sehr engen Anwendungsbereichs des – insbesondere auch durch die Rechtsprechung erheblich mitgeprägten – Begriffs des leitenden Angestellten, sind die diesbezüglichen Anwendungsfälle aber praktisch nicht relevant.

### Was ändert sich?

Die Neuregelung des § 25a Abs. 5a KWG stellt Risikoträger (sog. Risk-Taker) bedeutender Institute iSd Institutsvergütungsverordnung (IVV), deren Fixgehalt oberhalb der dreifachen Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung (derzeit EUR 241.200,00 brutto p.a.) liegt, nunmehr der Gruppe der leitenden Angestellten (§ 14 II KSchG) insoweit gleich, als auch für diese keine Begründungspflicht im Falle eines zu stellenden Auflösungsantrages gilt.

Risk-Taker sind nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 21 KWG solche Mitarbeiter, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil eines Instituts auswirkt. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Status als Risk-Taker anhand einer internen Risikoanalyse zu ermitteln und dem jeweiligen Mitarbeiter seinen Status als Risk-Taker verbindlich mitzuteilen. Anzuwenden ist die neue Regelung auf Kündigungen, die nach Ablauf von 8 Monaten nach dem 29. März 2019 zugehen.

### Rechtliche Bedenken

Die neue Regelung begegnet einer Vielzahl von Bedenken. Insbesondere darf daran gezweifelt werden, ob die Neuregelung verfassungsgemäß ist. Art. 3 I GG verbietet eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem. Es ist meines Erachtens nicht zu argumentieren, ausschließlich einer ganz spezifischen Berufsgruppe den Kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutz zu entziehen.

Warum sollten Banker anders behandelt werden, als beispielsweise hochrangige und einflussreiche Spitzenverdiener in der Pharma- oder Automobilindustrie oder z.B. Risk-Taker innerhalb der Versicherungsbranche? Diese Frage führt direkt zu einem weiteren Problem der Neuerung: wenn man beginnt, den Kündigungsschutz für diese Berufsgruppe zu

lockern, warum nicht an anderer Stelle weitere Aufweichungen vornehmen? Wo hört der Bestandsschutz auf und wo beginnt der reine Abfindungsschutz? Die Argumentation, dass Risk-Taker ab einer bestimmten Gehaltsstufe über das Risikoportfolio der Bank entscheiden und daher nicht dem „normalen“ Arbeitnehmerkreis zuzuordnen seien, ist wenig bis gar nicht überzeugend. Zunächst gilt die Regelung nicht für alle Risk-Taker in Banken. Weder Risk-Taker von Instituten, die nicht als „bedeutend“ eingestuft werden fallen darunter, noch Risk-Taker mit einer Vergütung knapp unterhalb der gesetzlichen Grenzen. Wer Arbeitnehmer i.S. des Kündigungsschutzgesetzes ist, definiert sich zudem über den Grad der Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Aufsichtsrechtliche oder wirtschaftspolitische Erfordernisse sind insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Inkonsistenz denkbar ungeeignet, um willkürfreie Abgrenzungskriterien zu bilden. Fraglich ist zudem, inwieweit der gesetzliche Kündigungsschutz durch Anknüpfung an eine Verordnung (IVV) ohne Gesetzesqualität eingeschränkt werden darf.

Daneben werden sowohl die Einstufung als „Risk-Taker“ als auch die konkret zu berücksichtigenden Vergütungsbestandteile zur Ermittlung des Gehalts bis zur Klärung beider Begrifflichkeiten durch die Instanzgerichte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen.

Zu guter Letzt muss auch bezweifelt werden, dass der geplante Anreiz des Gesetzes tatsächlich umgesetzt werden kann. Die Regelung ist einerseits zu punktuell, als dass sie geeignet wäre, den Standort Deutschland attraktiver zu machen und andererseits ist es ein Trugschluss zu denken, dass eine Trennung in besagten Fällen leichter vonstattengehen würde. Die erheblichen Rechtsunsicherheiten auf beiden Seiten des Verhandlungstisches, werden den Abfindungspoker zunächst erst recht anfachen.

**Anne Reinelt**  
Rechtsanwältin

## Inhalt

### Seite 1

- **Doppeltes Risiko für Banker**

### Seite 2

- **Missbrauch von Mitbestimmungsrechten**
- **Muss der Arbeitgeber sensitive Daten seiner Arbeitnehmer an den Betriebsrat weitergeben?**

### Seite 3

- **Abfindungsanspruch aus Sozialplan – mittelbare Benachteiligung wegen Behinderung**
- **Gesetzlicher Urlaubsanspruch – unbezahlter Sonderurlaub**

### Seite 4

- **Keine Klarheit bei der sachgrundlosen Befristung wegen Vorbeschäftigung**

## Missbrauch von Mitbestimmungsrechten

Der Betriebsrat soll im Unternehmen mitwirken und mitbestimmen. Bei richtiger Ausübung dieser Rechte können Betriebsräte verschiedene mitbestimmungspflichtige Projekte des Arbeitgebers verhindern. Wie weit diese Verhinderung möglich ist und welche Grenzen zu setzen sind, damit hatte sich jüngst das Bundesarbeitsgericht (BAG) zu befassen.

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) wird von dem Gedanken der Einigung getragen. Ist ein Mitbestimmungsstatbestand begründet, sollen Arbeitgeber und Betriebsrat hierzu eine einvernehmliche Lösung finden. Fehlt den Parteien die Einigungsbereitschaft oder sind sie gar zerstritten, sieht der Gesetzgeber vor, dass sich die Einigungsstelle mit der Thematik beschäftigt und, kommt es auch dort zu keiner übereinstimmenden Einigung, durch sog. Spruch entscheidet. Dieser Prozess ist jedoch unter Umständen langwierig. Ist eine Einigung nicht möglich und lässt der Betriebsrat sich nicht freiwillig auf eine Einigungsstelle ein, muss das Arbeitsgericht eine solche zwangsweise einsetzen. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist zudem mit Rechtsmitteln angreifbar.

Insofern besteht die begründete Sorge, die vom Arbeitgeber verfolgte Maßnahme nicht

mehr zeit- und sinngerecht umsetzen zu können, will er Mitbestimmungsrechte einhalten.

Im nun vom BAG am 12.03.2019 entschiedenen Fall (1 ABR 42/17) stellte der Arbeitgeber, ein Krankenhausbetreiber, monatlich Dienstpläne für sein Personal auf und legte sie dem Betriebsrat jeweils mit der Bitte um Zustimmung vor. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung regelmäßig größtenteils mit der pauschalen Behauptung, diese seien tarif- und gesetzeswidrig. Auch einer freiwilligen Beratung und Verhandlung über die Dienstpläne verschloss sich der Betriebsrat, weshalb der Arbeitgeber sich gezwungen sah, die Einigungsstelle durch ein Arbeitsgericht einsetzen zu lassen. Der Betriebsrat legte hiergegen wiederholt Rechtsmittel ein oder lehnte eine Verhandlung vor einer rechtskräftigen Entscheidung ab.

Da der Betriebsrat Verhandlungen insgesamt verweigerte, sah sich der Arbeitgeber gezwungen, die Dienstpläne dennoch bekannt zu geben. Dies nahm der Betriebsrat zum Anlass, Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

Das BAG entschied nun, dass der Betriebsrat in diesem Fall die Unterlassung der Umsetzung nicht abgestimmter Dienstpläne

nicht fordern dürfe. Er könne zwar ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG geltend machen, welches bei einem ohne Zustimmung umgesetzten Dienstplans verletzt sei. Diesem Recht konnte nun jedoch der Einwand der sog. unzulässigen Rechtsausübung gem. § 2 Abs. 1 BetrVG entgegengehalten werden.

Nach dem dort normierten Grundsatz sollen Betriebsrat und Arbeitgeber vertrauensvoll zusammenarbeiten. Will der Betriebsrat Maßnahmen des Arbeitgebers blockieren, so ist dies weiterhin grundsätzlich möglich, der Arbeitgeber muss die Mitbestimmungsrechte beachten. Zur Wahrung der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist es aber erforderlich, dass der Betriebsrat jedenfalls die Mitwirkung versucht. Er muss alles Erforderliche unternehmen, um eine einvernehmliche Regelung im Rahmen des ihm zustehenden Mitbestimmungsrechts zu erreichen. Zeigt sich der Betriebsrat nicht kooperativ und wirkt bei der Wahrung der Mitbestimmungsrechte in keiner Weise mit, kann der Arbeitgeber im Einzelfall mitbestimmungspflichtige Maßnahmen durchsetzen, ohne dass der Betriebsrat sich auf eine Unterlassung berufen dürfte.

## Muss der Arbeitgeber sensitive Daten seiner Arbeitnehmer an den Betriebsrat weitergeben?

In einer Entscheidung vom 09.04.2019 (1 ABR 51/17) befasste sich das BAG mit der Frage, ob der Arbeitgeber vor dem Hintergrund des Datenschutzes Informationen an den Betriebsrat weitergeben muss. Was war passiert?

Der Arbeitgeber räumte seinen schwangeren Arbeitnehmerinnen das Recht ein, der Informationsweitergabe über ihre Schwangerschaft an den Betriebsrat zu widersprechen. Lag ein solcher Widerspruch vor, unterrichtete der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht über die ihm angezeigte Schwangerschaft. Der Betriebsrat befand dies für unzulässig, da § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG gebiete, dass er zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem BetrVG rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten sei.

Sollen sensitive Daten (so z.B. die Schwangerschaft) weitergereicht werden, sind besondere Voraussetzungen hierfür zu wahren. Die zulässige Verarbeitung dieser Daten setzt voraus, dass dies zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung von Pflichten aus dem geltenden Recht erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt, §§ 26 Abs. 3, 22 Abs. 2 Bundes-datenschutzgesetz.

Ob die Informationsweitergabe über die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin an den Betriebsrat im Sinne des Datenschutzrechts erforderlich ist, hat das BAG zwar offengelassen.

Entschieden hat es jedoch, dass ein allgemeiner Auskunftsanspruch nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG auch die besondere Kategorie personenbezogener Daten umfasse, wenn der Betriebsrat zur Wahrung der Interessen der von der Datenverarbeitung betroffenen Arbeitnehmer angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen getroffen hat. Dazu zählen Schutzvorrichtungen, um unbefugten Zugriff zu verhindern (z.B. Passwortschutz), gegebenenfalls die Beschränkung der persönlichen Zugriffsmöglichkeiten (z.B. nur ausgewählte Betriebsratsmitglieder) sowie der Datenlöschung nach Wahrnehmung der

konkreten Betriebsratsaufgaben.

Insofern bietet es sich vor dem Hintergrund des Datenschutzes an, den Betriebsrat für genau diese Themen zu sensibilisieren und sich entsprechende Schutzmaßnahmen zwecks Dokumentation bestätigen zu lassen.

Andreas Demirci  
Rechtsanwalt



In Kooperation mit  Rechtsanwälte Ulrich Weber & Partner mbB

- Update Arbeitsrecht 2019/2020
- Betriebsverfassungsrecht kompakt – das Wesentliche an einem Tag
- Aufhebungsvertrag und wertschätzendes Trennungmanagement
- Abmahnung, verhaltensbedingte sowie personenbedingte Kündigung
- Variable Vergütung – Gestaltung, Einführung und Weiterentwicklung



**Aktuelle Seminare Herbst/Winter 2019/2020**

[www.aps-seminare.de](http://www.aps-seminare.de)

**FRAGEN SIE**  
nach einem  
individuellen Angebot  
für Inhouse-  
Schulungen

Quellennachweis: Syda@Productions, fotolia

## Abfindungsanspruch aus Sozialplan – mittelbare Benachteiligung wegen Behinderung

Eine Formulierung, wie sie in unzähligen Sozialplänen gängig ist: Die Betriebsparteien vereinbaren zur Bemessung der Abfindung, dass diese sich nicht nach der bisherigen Betriebszugehörigkeit und dem Lebensalter bemisst. Für rentennahe Jahrgänge erfolgt vielmehr ein Blick nach vorne, das heißt der Sozialplan sieht in diesen Fällen eine Nettoabsicherung bis zum Eintritt in die Rente vor. So auch in dem vom Bundesarbeitsgericht (BAG) am 16.07.2019 (1 AZR 537/17) entschiedenen Fall, wonach das Abfindungsangebot so zu bemessen war, dass es unter Anrechnung von ALG I und den Bezügen aus der „O Altersversorgung“ ab dem 60. Lebensjahr eine Absicherung in Höhe von 80% des zuletzt bezogenen Nettoeinkommens bis zum frühestmöglichen Wechsel in die gesetzliche Rente sicherstellt.

Der schwerbehinderte Kläger konnte eine vorzeitige Altersrente schwerbehinderter Menschen beziehen. Seine Abfindung betrug

daher 6.960,00 € brutto. Wäre er nicht schwerbehindert gewesen, hätte er erst sehr viel später in Rente gehen können. Er verlangte wegen Benachteiligung eine weitere Abfindung in Höhe von 76.700,00 € brutto (bezogen auf die Regelaltersgrenze) oder jedenfalls weitere 43.422,71 € brutto (bei Altersrente für langjährig Versicherte).

Wie bereits die Vorinstanzen sah das BAG in der Sozialplanregelung eine mittelbare Benachteiligung schwerbehinderter Menschen i.S.d. §§ 1,3 Abs. 2 AGG. Die Regelung führe zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen schwerbehinderter Arbeitnehmer, da zur Begrenzung der Höhe der zu zahlenden Abfindung an einen sozialversicherungsrechtlichen Vorteil angeknüpft werde, dessen Daseinsberechtigung gerade den Schwierigkeiten und Risiken der schwerbehinderten Arbeitnehmer Rechnung tragen solle.

Die Unwirksamkeit der Regelung bewirke,

dass den Benachteiligten für die Vergangenheit ein Anspruch auf die vorenthaltene Leistung zuzuerkennen sei, sog. „Anpassung nach oben“. Dass dies u.U. zu einer erheblichen finanziellen (Mehr-) Belastung des Arbeitgebers führe, stünde dem nicht entgegen.

Entgegen der Ansicht des Klägers hieß „frühest möglicher Wechsel in die gesetzliche Rente“ jedoch nicht die Regelaltersgrenze, sondern bereits die vorzeitige Rente für langjährig Versicherte so das BAG. Dies alleine ergab aber schon eine Differenz zu Gunsten des Klägers in Höhe von rund 36.000,- € brutto.

Also Vorsicht vor Diskriminierung in Sozialplänen. Andernfalls erlebt der Arbeitgeber im Nachhinein böse Überraschungen.

## Gesetzlicher Urlaubsanspruch – unbezahlter Sonderurlaub

Gibt es Urlaub für Urlaub? In dem vom BAG am 19.03.2019 (9 AZR 315/17) entschiedenen Fall genoss die Klägerin in der Zeit vom 01.09.2013 bis 31.08.2015 unbezahlten Sonderurlaub. Nach zwei Jahren Urlaub war sie zurück und verlangte für das abgelaufene Jahr 2014 den ihr vermeintlich zustehenden gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeitstagen auf Basis einer vereinbarten Fünftagewoche.

Das ArbG gab ihr nicht Recht, das Landesarbeitsgericht dagegen schon. Das BAG war dann wieder auf der Linie der ersten Instanz, aber nur, nachdem es die eigene Rechtsprechung in dieser Frage um 180 Grad gedreht hat: Zuvor war es ständige Rechtsprechung des 9. Senats gewesen, auch Zeiten, während ein Arbeitsverhältnis etwa wegen der Vereinbarung von Sonderurlaub geruht hat, so zu behandeln, als hätte der Arbeitnehmer gearbeitet. Bei der Berechnung von Urlaubsansprüchen wirkten sich diese Ruhenszeiträume mithin nicht negativ aus. Das war nicht nur für Arbeitnehmer mit Sabbaticals interessant, sondern u.U. auch für Arbeitnehmer, mit Blick auf die passive Phase einer vereinbarten Altersteilzeit.

Mit seiner Entscheidung aus März 2019 sieht der 9. Senat die Frage nun vollkommen anders, d.h. der Senat sagt sich, wer nicht arbeite, müsse auch nicht zur Erholung von der Arbeitspflicht durch Gewährung von Urlaub befreit werden. Vielmehr sei zunächst gemäß § 3 Abs. 1 BUrlG von 24 Werktagen gesetzlichem Mindesturlaub auszugehen unter der Annahme einer Sechstageswoche. Sei die Arbeitszeit im Gesamtkalenderjahr gleichmäßig auf weniger oder mehr als sechs Wochentage verteilt, seien die 24 Werktage durch sechs zu teilen und mit der Anzahl der geschuldeten Arbeitstage pro Woche zu multiplizieren. Für ein Sabbatjahr ohne Arbeitspflicht sieht dann die Rechnung wie folgt aus:  $24 : 6 \times 0 = 0$ .

Bei einem unterjährigem Wechsel der Anzahl der Arbeitstage sei der Gesamtjahresurlaubsanspruch für das betreffende Kalenderjahr unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenden Wochentage mit Arbeitspflicht umzurechnen. Beginnt also das Sabbatjahr erst am 01.07. eines Jahres, ergibt sich ein hälftiger Mindesturlaubsanspruch.

Abschließend ist in diesem Zusammenhang auf Sondertatbestände zu verweisen, etwa

wie den Mutterschutz (urlaubsirrelevant), ebenso wie die Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Für die Elternzeit gilt die Sonderregelung nach § 17 Abs. 1 BEEG, für die Pflegezeit die Sonderregelung nach § 4 Abs. 4 PflegeZG.

*Dr. Frank Dahlbender*  
Rechtsanwalt

# Keine Klarheit bei der sachgrundlosen Befristung wegen Vorbeschäftigung



## 1. Einleitung

Oftmals verwenden Arbeitgeber bei Neueinstellungen befristete Arbeitsverträge. Das geht indessen nur, wenn der Arbeitnehmer noch nie zuvor dort beschäftigt war. "Nie zuvor" hat das BAG nun einmal mehr neu definieren müssen.

## 2. Aktuelle Rechtslage

Nach der Rechtsprechung des BAG aus dem Jahr 2011 (Urteil vom 6.4.2011 – Az.: 7 AZR 716/09; bestätigt mit Urteil vom 21.9.2011 – 7 AZR 375/10) war das Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundlosen Befristungen gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich nicht unbegrenzt. Nach der damaligen Auffassung des BAG stand ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit demselben Arbeitgeber einer sachgrundlosen Befristung dann nicht entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurücklag.

Zuletzt erhielten Arbeitnehmer durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Unterstützung. Das BVerfG hatte über mehrere Verfassungsbeschwerden befristeter beschäftigter Arbeitnehmer zu entscheiden, deren Entfristungsklagen das BAG unter Verweis auf seine Rechtsprechung abgewiesen hatte, weil ihre Vorbeschäftigungen lange zurücklagen. Die klagenden Arbeitnehmer machten vor den Verfassungsrichtern geltend, dass die bundesarbeitsgerichtliche Auslegung des Gesetzeswortlauts den klaren Wortlaut des Gesetzes überschreite. Nie zuvor heiße "nie-mals vorher" und nicht lediglich "vor mehr als drei Jahren". Das BVerfG schloss sich dieser Argumentation an.

Das BVerfG (Beschluss vom 6. Juni 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14) hat die Verfassungsmäßigkeit des Vorbeschäftigungsverbot bestätigt. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass – entgegen der Auffassung des BAG – das Vorbeschäftigungsverbot nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass eine weitere sachgrundlose Befristung zwi-

schen denselben Vertragsparteien zulässig ist, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt. Gleichwohl hielt es das BVerfG für möglich, im Wege einer verfassungskonformen Auslegung den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einzuschränken.

Das BAG hat daraufhin am 23. Januar 2019 (Az.: 7 AZR 733/16) seine bisherige Rechtsprechung grundlegend geändert und entschieden, dass die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrages nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unzulässig ist, wenn mit einem Arbeitnehmer bereits etwa acht Jahre zuvor ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis bestand.

## 3. Die Entscheidung

In dem nun vom 7. Senat des BAG zu entscheidenden Fall wehrte sich eine klagende Arbeitnehmerin gegen ihre Befristung. Sie war ursprünglich befristet bis zum 30. November 1992 bei der beklagten Arbeitgeberin tätig. Knapp 23 Jahre später vereinbarten die Parteien erneut ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis vom 15. Oktober 2014 bis zum 30. Juni 2015. Mit Änderungsvereinbarung vom 3. Juni 2015 beschäftigte die Beklagte die Klägerin bis zum 30. Juni 2016 weiter. Die Klägerin beehrte die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mit Ablauf dieses Datums geendet hat. Während das Arbeitsgericht (Urt. v. 15.6.2016, Az. 1 Ca 358 b/16) die Klage abwies, gab das Landesarbeitsgericht (Urt. v. 27.7.2017, Az. 4 Sa 221/16) ihr statt und verwies auf das Vorbeschäftigungsverbot, welches unbegrenzt gelte.

Nach Ansicht des BAG liege eine Beschäftigung rund 22 Jahre zuvor sehr lange zurück. In einem solchen Fall könne der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wirksam ohne Sachgrund befristen. Die Erfurter Richter stellten weiter auf die Unzumutbarkeit ab.

Zwar sei nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne sachlichen Grund im Grundsatz nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Allerdings müssten die Fachgerichte durch ver-

fassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar sei. Unzumutbar in diesem Sinne sei es z.B., wenn nicht die Gefahr bestehe, dass strukturell unterlegene Beschäftigte durch Kettenbefristungen ausgenutzt würden und wenn das Verbot der sachgrundlosen Befristung auch nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Eine sachgrundlose Befristung sei danach möglich, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliege. Und rund 22 Jahre seien sehr lang.

## Praxistipp:

Aus der vorliegenden Pressemitteilung ergibt sich lediglich, dass 22 Jahre Abstand genügen. Wie viele Jahre der Unterbrechung aber ausreichen, ist der Pressemitteilung nicht zu entnehmen. Es spricht vieles dafür, dass auch diese Entscheidungen stark einzelfallbezogen bleiben und keine allgemeingültige Aussage treffen wird.

Solange der Gesetzgeber keine Neuregelung des Befristungsrechts schafft, lassen sich die bestehenden Unsicherheiten für den Rechtsanwender im Umfang mit sachgrundlosen Befristungen nicht aus dem Weg räumen.

Vor diesem Hintergrund sollte vorerst jedenfalls von sachgrundlosen Befristungen mit Arbeitnehmern, die bereits irgendwann in der Vergangenheit einmal beschäftigt wurden, abgesehen werden.

**Nikolaos Siametis**  
Rechtsanwalt

