

Nadja Richter

Der Gleichbehandlungsanspruch befristeter beschäftigter Arbeitnehmer aus § 4 Abs. 2 TzBfG



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 79

Nadja Richter

Der Gleichbehandlungsanspruch
befristet beschäftigter Arbeitnehmer
aus § 4 Abs. 2 TzBfG



Nomos

Stipendiatin des internen Forschungsförderungsprogramms 2016–2020 der FernUniversität in Hagen (April–September 2017). Mit freundlicher Unterstützung der FernUniversität in Hagen.



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hagen, FernUniversität, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6277-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0386-4 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

„Recht ist Wille zur Gerechtigkeit“ (Gustav Radbruch)

Für meine Großväter

Vorwort

„Ein Jegliches hat seine Zeit, und alles Vorhaben unter dem Himmel hat seine Stunde.“ (Der Prediger Salomo (Kohélet))

Die vorliegende Dissertation wurde am 29.9.2018 eingereicht. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis dahin berücksichtigt. Nun ist die Zeit gekommen, mich zu bedanken. Zuvörderst gilt mein herzlicher Dank meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Kerstin Tillmanns, die diese Arbeit nicht nur fachlich begleitet, sondern mich auch motiviert und inspiriert hatte. Gleichzeitig hatte sie mir viel Freiraum gelassen. Herrn Prof. Dr. Andreas Haratsch danke ich herzlich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Ebenso danke ich Frau Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieben und Herrn Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth recht herzlich, die Mitglieder des Prüfungsausschusses waren. Der internen Graduiertenförderung der FernUniversität in Hagen gilt mein Dank für das gewährte Abschlussstipendium. Während der Anfertigung der Dissertation hatte ich als akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Unternehmensrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz gearbeitet. Bei dem damaligen Lehrstuhlinhaber, Herrn Prof. Dr. Clemens Höpfner, möchte ich mich insbesondere für den Austausch und die Nutzungsmöglichkeit der Infrastruktur des Lehrstuhls herzlich bedanken. Ein besonderer Dank für die wertvolle Diskussion gilt auch den Teilnehmenden des 19. Colloquiums der Hans Böckler Stiftung für den wissenschaftlichen Nachwuchs im Arbeits- und Sozialrecht, das im Februar 2017 im Bundesarbeitsgericht in Erfurt stattgefunden hatte. Besonders bedanken für den fachlichen Austausch an den Schnittstellen zum öffentlichen Recht möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Marcel Kau. Für die wunderbare Zeit, die über den rein fachlichen Austausch, die Motivation oder die Hilfe bei der formalen Durchsicht der Arbeit hinausging, möchte ich mich bei meinem damaligen Kollegium und den Mitarbeitenden der Universität Konstanz, insbesondere des Fachbereichs Rechtswissenschaft, bedanken. Namentlich hervorheben möchte ich Frau Dr. Katharina Meyer, Herrn Tobias Klarmann, Frau Siegrid Gies, Frau Kathleen Aue, Frau Rieke Dolde, Frau Lea Marie Münzenmayer, Frau Sabine Gerber, Herrn Dr. Christian Strasser-Gackenhaimer, Frau Susanne Meyer und Frau Claudia Chachulski. Ein besonders großer Dank gilt Frau Sandra Kranzdorf, die mich bei

der formalen Durchsicht und der Formatierung außerordentlich unterstützt hatte.

Letztlich möchte ich all denen aus meinem beruflichen und privaten Umfeld sehr herzlich danken, die mich auf diesem Weg durch alle Höhen und Tiefen begleitet und mir Rückenwind gegeben hatten. Ohne die Unterstützung meiner Familie, meiner Freunde und von Familie Buhl hätte diese Arbeit nicht gelingen können. Euch bin ich unendlich dankbar.

Konstanz im Oktober 2019

Nadja Richter

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	17
Erstes Kapitel: Hintergründe des Gleichbehandlungsanspruches aus § 4 Abs. 2 TzBfG	21
A. Aktuelle Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt	21
B. Kontext und Genese der Norm	24
I. Das Diskriminierungsverbot als Novum im kodifizierten Recht	24
II. Umgang des nationalen Gesetzgebers und der nationalen Rechtsprechung mit befristeten Arbeitsverhältnissen vor Einführung des § 4 Abs. 2 TzBfG	26
1. Rechtslage bei Inkrafttreten des BGB	26
2. Beschluss des Großen Senats vom 12.10.1960	27
3. Einführung des Beschäftigungsförderungsgesetzes	28
III. Entstehungsgeschichte der RL 1999/70/EG	31
1. Gescheiterte Initiativen	31
2. Kooperative Regulationssetzung	33
3. Erlass der RL 1999/70/EG im Wege des kooperativen Verfahrens	36
IV. Zwischenfazit	38
C. Regelungsziele des Richtliniengebers, der Sozialpartner und des deutschen Gesetzgebers	39
I. Zielsetzung der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge	40
II. Zielsetzung der RL 1999/70/EG	41
III. Zielsetzung des § 4 Abs. 2 TzBfG	42

Zweites Kapitel: Genese und Verhältnis zu anderen Gleichbehandlungsgeboten	44
A. Die Umsetzung des § 4 RV-Befristung in § 4 Abs. 2 TzBfG	44
I. Die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben im Einzelnen	47
1. Vergleich des nationalen Normtextes und des Textes der unionsrechtlichen Vorgabe	47
2. Strukturvergleich zwischen § 4 RV-Befristung und § 4 Abs. 2 TzBfG	50
a) Struktur des § 4 RV-Befristung	50
aa) Ziff. 1 des § 4 RV-Befristung	50
bb) Ziff. 2 des § 4 RV-Befristung	53
cc) Ziff. 3 des § 4 RV-Befristung	54
dd) Ziff. 4 des § 4 RV-Befristung	55
b) Struktur des § 4 Abs. 2 TzBfG	57
II. Konsequenzen für die Auslegung des § 4 Abs. 2 TzBG	59
1. Grundsätzliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	59
2. Der Auslegungsvorgang bei Textidentität	64
3. Die Bedeutung der Einbeziehung von finanziellen Arbeitsbedingungen auf nationaler Ebene für den Auslegungsvorgang	66
a) Konkretisierung des sachlichen Anwendungsbereichs des § 4 RV-Befristung	69
b) Regelungskompetenz der Union im Bereich der finanziellen Arbeitsbedingungen	71
III. Zwischenfazit	75
B. Vergleich mit allgemeinen und spezifischen Gleichbehandlungsgeboten	76
I. Allgemeine Gleichheitsgebote	77
1. Unionsrechtlicher allgemeiner Gleichheitsgrundsatz	77
a) Vorliegen einer Ungleichbehandlung	78
b) Rechtfertigung	78
c) Rechtsfolgen	82
2. Der Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG	84
a) Verletzung des Gleichheitssatzes	84
b) Geltung im Privatrechtsverkehr	86
c) Rechtsfolgen	87

3. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch	88
a) Begründung und Umfang des Anspruchs	88
b) Maßstab und Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung	91
4. Unterschiede zu und Gemeinsamkeiten mit dem verfassungsrechtlichen und dem unionsrechtlichen Gleichheitssatz	93
II. Spezifische Gleichbehandlungsgebote	94
1. Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG	96
a) Verbotene Schlechterstellung	97
b) Rechtfertigungsmaßstab und Kontrolldichte bei unmittelbaren Benachteiligungen	99
aa) Allgemeiner Rechtfertigungstatbestand	99
bb) Privilegierung des § 9 AGG	99
cc) Ausnahme des § 10 AGG	105
dd) Rechtfertigungstatbestand des § 5 AGG	105
c) Rechtsfolgen	107
d) Darlegungs- und Beweislast	109
2. Gleichbehandlungsgebot des § 7 EntgTranspG	111
a) Das Entgeltgleichheitsgebot des § 7 EntgTranspG als anspruchsbegründende Regelung	112
b) Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot des § 7 EntgTranspG	114
c) Rechtfertigung	118
d) Rechtsfolgen	119
3. Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG zugunsten in Teilzeit beschäftigter Arbeitnehmer	120
a) Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitarbeit	122
b) Vergleichsgruppe	125
c) Rechtfertigungsmaßstab	129
d) Positive Diskriminierung	132
e) Rechtsfolgen	134
III. Verhältnis der Gleichbehandlungsgebote zueinander und Einordnung des § 4 Abs. 2 TzBfG	138
Drittes Kapitel: Analyse der Norm	145
A. Anwendungsbereich	145
I. Persönlicher Anwendungsbereich	145
1. Definitionshoheit über den Arbeitnehmerbegriff	145

2. Leiharbeitnehmer	151
a) Parteien des befristeten Arbeitsvertrages	151
b) Differenzierte Betrachtung bei Leiharbeitnehmern	154
3. Einordnung weiterer Zweifelsfälle	159
II. Zeitlicher Anwendungsbereich	161
III. Sachlicher Anwendungsbereich	163
B. Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung	164
I. Sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen der Befristung des Arbeitsverhältnisses	164
II. Vergleichsgruppe	167
III. Kausalität	172
IV. Positive Diskriminierung	174
C. Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „sachliche Gründe“	176
I. Auslegung nach dem klassischen Auslegungskanon	178
1. Grammatikalische Auslegung	178
2. Systematische Auslegung	179
3. Historische Auslegung	181
4. Teleologische Auslegung	183
5. Zwischenfazit	185
II. Richtlinienkonforme Auslegung	185
III. Analyse der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Rechtsprechung	187
1. Analyse der Rechtsprechung des EuGH	187
a) Darstellung der relevanten Entscheidungen	187
b) Bewertung	189
2. Analyse der Rechtsprechung der nationalen Gerichte	191
a) Rechtsprechung des BAG	191
aa) Darstellung der relevanten Entscheidungen	191
(1) Sechster Senat	191
(2) Dritter Senat	194
(3) Neunter Senat	195
(4) Zehnter Senat	196
(5) Erster Senat	197
bb) Bewertung	198
b) Rechtsprechung der Unterinstanzen	199
aa) Darstellung der relevanten Entscheidungen	199
(1) Gratifikationen	199
(2) Entstehung eines vollen Urlaubsanspruchs	200

(3) Anspruch auf betriebliche Altersvorsorge	200
(4) Ansprüche bei Betriebs(teil)stilllegung	201
bb) Bewertung	202
IV. Fallgruppenbildung unter Berücksichtigung des Meinungsspektrums in der Literatur	203
V. Ergebnis	205
D. Rechtsfolgen	207
I. (Teil-)Nichtigkeit der diskriminierenden Regelung und ihre Folgen	208
II. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche	209
III. Verjährung und Ausschlussfristen	211
1. Grundsätzliche Zulässigkeit tarif- und individualvertraglicher Ausschlussfristen	211
2. Inhaltliche Begrenzung durch § 3 S. 1 MiLoG	213
a) Tarifvertragliche Ausschlussfristen	213
b) Individualvertragliche Ausschlussfristen	215
E. Darlegungs- und Beweislast	216
Viertes Kapitel: Schlussbetrachtungen	220
A. Vorschläge de lege ferenda	220
I. Normierung eines Erfüllungsanspruchs nach Vorbild des § 7 Abs. 1 EntgTranspG-E?	221
II. Gesetzliche Normierung von prozessualen Erleichterungen?	221
III. Fortsetzungsanspruch bei einer Benachteiligung wegen der Geltendmachung des Gleichbehandlungsanspruchs aus § 4 Abs. 2 TzBfG	224
1. Der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei einer Verletzung des betriebsverfassungsrechtlichen Maßregelungsverbots aus § 78 S. 2 BetrVG	225
2. Der Fortsetzungsanspruch bei Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 5 TzBfG	227
B. Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse	229
Literaturverzeichnis	233

Abkürzungsverzeichnis

Die verwendeten Abkürzungen können bei *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston 2015, nachgeschlagen werden.

Besonders zu nennen sind:

A

ABIEU Amtsblatt der Europäischen Union

B

Beschl. Beschluss
BGG Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (Behindertengleichstellungsgesetz)
BzG BW Bildungszeitgesetz Baden-Württemberg

D

Ders. Derselbe

E

EL Ergänzungslieferung
EntgTranspG Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern (Entgelttransparenzgesetz)
EntgTranspG-E Referentenentwurf des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern

G

GA Generalanwalt/Generalanwältin am EuGH
GRC Charta der Grundrechte der Europäischen Union

M

MiLoG Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz)

R

RL Europäische Richtlinie

Abkürzungsverzeichnis

S

SchlA. Schlussantrag des/der Generalanwalts/Generalanwältin beim
EuGH

U

U. a. Und andere

V

V. Vom
Vorlagebeschl. Vorlagebeschluss

W

WsZ Wege zur Sozialversicherung, Zeitschrift für die Sozialversi-
cherungs-Praxis

Z

ZfPW Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZTR Zeitschrift für Tarifrecht

Einleitung

Mit Erlass der RL 1999/70/EG¹ und des § 4 Abs. 2 TzBfG wurde im europäischen und nationalen Recht erstmalig ein Diskriminierungsverbot zugunsten befristet beschäftigter Arbeitnehmer kodifiziert. Seit dem Inkrafttreten des § 4 Abs. 2 TzBfG am 1.1.2001² sind zwischenzeitlich mehr als 17 Jahre vergangen. Dennoch spielt in Deutschland, das Diskriminierungsverbot gegenüber befristet beschäftigten Arbeitnehmern in der Jurisprudenz und der rechtspolitischen Diskussion eine eher untergeordnete Rolle. Im Fokus des Diskurses stehen weiterhin die personenbezogenen Diskriminierungsverbote und das in § 4 Abs. 1 TzBfG normierte Diskriminierungsverbot zugunsten Teilzeitbeschäftigter, welches – anders als das Diskriminierungsverbot gegenüber befristet beschäftigten Arbeitnehmern – mit der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung eng verknüpft ist. Auch aktuell steht die personenbezogene Diskriminierung wieder im Vordergrund. So knüpft das am 6.7.2017 in Kraft getretene „Gesetz für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern“³ an die Ungleichbehandlung von Mann und Frau im Entgeltbereich an. Im Hinblick darauf, dass bei Neueinstellungen nahezu jedes zweite Arbeitsverhältnis befristet geschlossen wird und hiervon zuvörderst Jungakademiker betroffen sind, deren akademischer Abschluss an sich vor einer prekären Beschäftigung schützen soll,⁴ kann die unzureichende Beschäftigung mit der Diskriminierung wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nur als wissenschaftliches Manko bewertet werden.

Im ersten Kapitel werden zunächst die Hintergründe der Norm beleuchtet. Da das nunmehr im europäischen und nationalen Recht kodifizierte Diskriminierungsverbot ein Novum darstellt, ist die Auseinandersetzung mit der Genese und dem Kontext unerlässlich für das Normverständnis. Gleichzeitig verdeutlicht die historische Auseinandersetzung, dass das

1 Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABIEG v. 10.7.1999 L 175, S. 44.

2 Siehe Art. 4 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, BGBl. I 2000, S. 1970.

3 Art. 3 des Gesetzes zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen, BGBl. I 2017, S. 2157.

4 Ausführliche Zahlen unter: Erstes Kapitel A.

Recht dynamisch und damit auch einer neuen, veränderten Auslegung zugänglich ist. Dabei erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Regelungsabsichten der unterschiedlichen Akteure. Diese gibt Aufschluss darüber, welche Ziele verfolgt werden sollten und welche sozialpolitischen Erwägungen für das Tätigwerden maßgebend waren.

Hieran schließt sich im zweiten Kapitel eine Analyse der gegenwärtigen Rechtslage an. Zunächst wird beleuchtet, inwieweit der deutsche Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben umgesetzt hat und welche Konsequenzen sich hieraus für die Auslegung sowie die Überprüfbarkeit des § 4 Abs. 2 TzBfG am Maßstab des höherrangigen Rechts ergeben. Aufgrund der unionsrechtlichen Determinierung der Norm wird das europäische Recht letztlich in zweierlei Hinsicht relevant: Einerseits sind die Zielsetzungen der RL 1999/70/EG sowie der hierdurch transformierten Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse⁵ im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten. Andererseits ist der Unionsakt selbst an der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu messen.

§ 4 Abs. 2 TzBfG weist hinsichtlich seines Wortlauts sowie seiner Struktur Gemeinsamkeiten mit den allgemeinen Gleichheitssätzen sowie mit den Diskriminierungsverboten auf. Aus der Klärung des systematischen Verhältnisses der allgemeinen und den Diskriminierungsverboten innewohnenden spezifischen Gleichbehandlungsgebote⁶ zueinander und der Einordnung des § 4 Abs. 2 TzBfG in dieses Gefüge lassen sich wichtige Erkenntnisse für die anschließende Bestimmung des Anwendungsbereichs, des Maßstabs der Rechtfertigungsprüfung sowie der Rechtsfolgen der Norm gewinnen. Der Vergleich erfolgt dabei zwischen dem verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Gleichheitssatz sowie dem nationalen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einerseits und dem im AGG enthaltenen Benachteiligungsverbot sowie dem im EntgTranspG verankerten Gleichbehandlungsgebot und dem im TzBfG normierten Diskriminierungsverbot zugunsten in Teilzeit beschäftigter Arbeitnehmer, welche der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben dienen, andererseits.

Neben einer umfassenden Analyse des § 4 Abs. 2 TzBfG bedarf es der Konturierung des in der Norm enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs „sachliche Gründe“. Von der in § 4 Abs. 2 TzBfG statuierten Gleichbe-

5 EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG v. 10.7.1999 L 175, S. 45- 48. Im Folgenden bezeichnet als RV-Befristung.

6 Die Kehrseite von einem Diskriminierungsverbot ist ein spezifisches Gleichbehandlungsgebot und umgekehrt, siehe ausführlich hierzu im Zweiten Kapitel unter: B. II.

handlung kann nämlich abgewichen werden, wenn die Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Bis dato finden sich jedoch nur vergleichsweise wenige gerichtliche Entscheidungen, welche sich mit der Diskriminierung gegenüber befristet beschäftigten Arbeitnehmern befassen. Daher gelang es noch nicht, den unbestimmten Rechtsbegriff hinreichend zu konkretisieren und Abgrenzungskriterien zu entwickeln, die genauere Anhaltspunkte dafür geben, ob ein sachlicher Grund gegeben ist oder nicht. Neben dem bezweckten Schutz vor einer Diskriminierung wegen der Befristung des Arbeitsverhältnisses, welches auch in § 1 TzBfG manifestiert wurde, wird die Befristung des Arbeitsverhältnisses in der Gesetzesbegründung auch als Instrument zur Bekämpfung von Arbeitslosigkeit bewertet.⁷ Deswegen und unter dem Aspekt der Rechtssicherheit muss für die vertragsschließenden Parteien, also sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer, Klarheit über die Grenze der zulässigen inhaltlichen Ausgestaltung des befristeten Arbeitsverhältnisses herrschen. Der Konturierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes widmet sich das dritte Kapitel. Die nähere Konkretisierung erfolgt dabei nicht nur mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden, sondern auch durch Fallgruppenbildung anhand der europäischen und nationalen Rechtsprechung sowie unter Berücksichtigung des Schrifttums.

In der Diskussion um befristete Arbeitsverhältnisse wird auch immer wieder argumentiert, betroffene Arbeitnehmer nähmen in der Hoffnung auf die Entfristung des Arbeitsverhältnisses häufig schlechtere Arbeitsbedingungen in Kauf.⁸ An der Befristungsmöglichkeit von Beschäftigungsverhältnissen wird zudem immer wieder kritisiert, dass Betroffene im Vergleich zu den in Normalarbeitsverhältnissen stehenden Arbeitnehmern oft zu geringeren Stundenlöhnen arbeiten würden.⁹ Dass diese Befürchtungen nicht ganz unbegründet sind, zeigt sich unter anderem an der vergleichsweise geringen Anzahl der gerichtlichen Verfahren. Damit stellt sich die Frage, ob das geltende Recht zur Verwirklichung der Gleichbehandlung ausreicht. Diskussionswürdig ist insbesondere, ob es der Einführung einer

7 BTDrucks. 14/4374, S. 1, 14.

8 So *Walter Kubach*, ehemaliger Betriebsrat und Sachreferent von Michael Schlecht (MdB Fraktion Die Linke), im Telefoninterview vom 10.4.2014: Die Bereitschaft vieler befristet beschäftigter Arbeitnehmer zu geringeren Löhnen als die Stammbelgenschaft zu arbeiten, erklärt sich aus der Hoffnung der betroffenen Arbeitnehmer, dass ihr befristetes Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis münde, wenn sie sich „kooperativ“ zeigen würden.

9 Ausschuss für Arbeit und Soziales-Drucks. 18(11)53, S. 29 f. m.w.N.; BTDrucks. 18/847, S. 3.

prozessualen Erleichterung, etwa der Schaffung eines Verbandsklagerechts der Gewerkschaften nach Vorbild des § 15 BGG, bedarf. Ebenso stellt sich die Frage nach einem aus dem Maßregelungsverbot des § 5 TzBfG abgeleiteten Fortsetzungsanspruch, wenn das Arbeitsverhältnis nur deswegen nicht verlängert wird, weil der betroffene Arbeitnehmer von seinem Recht auf Gleichbehandlung aus § 4 Abs. 2 TzBfG Gebrauch gemacht hat. Diese Vorschläge de lege ferenda und die Beantwortung der Frage, ob das geltende Recht zur Verwirklichung der Gleichstellung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern mit ihren unbefristet angestellten Kollegen ausreicht, werden im vierten Kapitel abschließend mithilfe der gefundenen Ergebnisse erörtert.

Erstes Kapitel: Hintergründe des Gleichbehandlungsanspruches aus § 4 Abs. 2 TzBfG

A. Aktuelle Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt

Seit geraumer Zeit nimmt der Anteil befristeter Arbeitsverträge zu. Lag die Befristungsquote bei den abhängig beschäftigten Arbeitnehmern 1991 noch bei 5,9 %, so ist diese bis 2016 bei den abhängig Beschäftigten auf 8,5 % angestiegen.¹⁰ Vordergründig scheint dieser Anstieg im Hinblick auf die Anforderungen einer immer flexibler werdenden Arbeitswelt moderat zu sein. Betrachtet man indes die Befristungsquote bei den jüngeren Arbeitnehmern, stellt man fest, dass diese weitaus häufiger von einer zeitlich befristeten Anstellung betroffen sind. Im Jahr 2015 standen in der Altersgruppe der 25-34 jährigen abhängig beschäftigten Arbeitnehmern 17,9 % in einem befristeten Arbeitsverhältnis.¹¹ Insbesondere Berufseinsteiger werden befristet eingestellt. Laut IAB-Kurzbericht 5/2016 erfolgten im ersten Halbjahr 2014 60 % der Neueinstellungen im öffentlichen Dienst (ohne den wissenschaftlichen Bereich) befristet. In der Privatwirtschaft lag die Befristungsquote bei 40 %.¹² Dabei starten junge Hochschulabsolventen weitaus häufiger mit befristeten Arbeitsverträgen in ihre Erwerbsbiographie. 2011 lag die Befristungsquote in der Altersgruppe der 25-29-Jährigen mit akademischem Abschluss bei 29 %, wohingegen die Befristungsquote aller abhängig Beschäftigten in dieser Altersgruppe bei 17,2 % lag. Unterschiede ergeben sich dabei auch innerhalb der verschiedenen Branchen. In der Altersgruppe der 25-29 jährigen lag die Befristungsquote im Bereich der Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen bei 7 %.¹³ In den Bereichen Erziehung und Unterricht sowie der öffentlichen Verwaltung scheint es hingegen die Regel zu sein, dass Neueinstellungen be-

10 Statistisches Bundesamt (Destatis), Befristet Beschäftigte: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gp=318944_slot%253D4 – zuletzt abgerufen am 1.9.2018.

11 Statistisches Bundesamt (Destatis), Befristet Beschäftigte: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gp=318944_slot%253D4 – zuletzt abgerufen am 1.9.2018.

12 Abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2016/kb0516.pdf> – zuletzt abgerufen am 1.9.2018.

13 Kucera/Grau, STATmagazin Arbeitsmarkt 2013, 2.

fristet erfolgen. Weit mehr als die Hälfte der Einstellungen erfolgte 2012 auf diesem Sektor befristet.¹⁴ Dabei arbeiteten im Jahr 2016 36,5 % der betroffenen Arbeitnehmer ab 25 Jahren unfreiwillig in einem befristet beschäftigten Arbeitsverhältnis.¹⁵ Um unter anderem diesem Anstieg von befristeten Arbeitsverhältnissen, insbesondere bei Neueinstellungen, entgegenzuwirken, hatten die Abgeordneten der Bundestagsfraktion Die Linke 2014 einen Gesetzentwurf eingebracht, in dem die Abschaffung der sachgrundlosen Befristung gefordert wurde.¹⁶ Dieser wurde jedoch mit den Stimmen der Bundestagsabgeordneten der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD abgelehnt.¹⁷ Im aktuellen Wahlkampf wurde wieder mit der Abschaffung der sachgrundlosen Befristung geworben. Diese Forderung findet sich im Regierungsprogramm der SPD¹⁸ sowie im Wahlprogramm der Partei Die Linke¹⁹. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018 wurde vereinbart, dass die Möglichkeiten einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses reduziert werden sollen.²⁰ Geplant ist, dass in Betrieben mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch 2,5 % der Arbeitsverhältnisse ohne Vorliegen eines Sachgrundes befristet geschlossen werden dürfen. In zeitlicher Hinsicht soll die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses nur noch bis zu 18 Monate möglich und innerhalb dieser Gesamtdauer nur einmal eine Verlängerung des kalendermäßig befristeten Arbeitsverhältnisses zulässig sein.²¹

14 Hohendanner, Befristete Beschäftigung – Aktuelle Zahlen aus dem IAB-Betriebspanel 2012, 5.

15 Statistisches Bundesamt (Destatis), Unfreiwillig Befristet Beschäftigte: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D4 – zuletzt abgerufen am 1.9.2018.

16 BTDrucks. 18/7, S. 1.

17 BTDrucks. 18/879, S. 1 f, 6. Die SPD hat an sich das Ziel des Gesetzesentwurfs, die sachgrundlose Befristung abzuschaffen, begrüßt, jedoch aus Koalitionsrason gegen den Gesetzesentwurf gestimmt, vgl. BTDrucks. 18/879, S. 6.

18 S. 12, 17 des Regierungsprogramms der SPD: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Bundesparteitag_2017/Es_ist_Zeit_fuer_mehr_Gerechtigkeit-Unser_Regierungsprogramm.pdf – zuletzt abgerufen am 2.9.2017.

19 S. 13 des Wahlprogramms: https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen/2017/wahlprogramm2017/die_linke_wahlprogramm_2017.pdf – zuletzt abgerufen am 2.9.2017.

20 S. 12 des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018, ratifiziert am 14.3.2018: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=0B31A6F61A99FF0DBF0376DF1FF8B4DA.s5t2?__blob=publicationFile&v=1 – zuletzt abgerufen am 25.3.2018.

21 S. 52 des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018, ratifiziert am 14.3.2018: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018

Trotz des in § 4 Abs. 2 TzBfG normierten Diskriminierungsverbotes, welches eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung aufgrund der Befristung untersagt und somit eine Gleichbehandlung gegenüber Arbeitnehmern in Normalarbeitsverhältnissen²² erreichen will,²³ wird in der Diskussion um befristete Arbeitsverhältnisse immer wieder angeführt, dass Betroffene im Vergleich zu den in Normalarbeitsverhältnissen stehenden Arbeitnehmern unter schlechteren Arbeitsbedingungen beschäftigt würden.²⁴ Insbesondere würden befristet beschäftigte Arbeitnehmer oft zu geringeren Stundenlöhnen arbeiten.²⁵

Diese Befürchtungen sind im Hinblick darauf, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer eine schwächere Machtposition als ihre unbefristet eingestellten Kollegen haben, nicht ganz unbegründet. So sind befristet beschäftigte Arbeitnehmer aufgrund ihrer geringeren Beschäftigungsstabilität kaum gewerkschaftlich organisiert.²⁶ Auch ist ihre innerbetriebliche Einbindung gegenüber den Dauerbeschäftigten niedriger. Bisher gab es beispielsweise keine Streiks zur Durchsetzung ihrer Interessen. Insgesamt ist daher der Druck auf die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände deutlich geringer.²⁷ Die schlechtere Position der befristet beschäftigten Arbeitnehmer zeigt sich auch anhand der Fälle, bei welchen der Arbeitgeber die befristeten Verträge von Betriebsräten auslaufen lässt, während er die befristet be-

/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=0B31A6F61A99FF0DBF0376DF1FF8B4DA.s5t2?__blob=publicationFile&v=1 – zuletzt abgerufen am 25.3.2018.

- 22 Unter Normalarbeitsverhältnis ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu verstehen, welches grundsätzlich in Vollzeit ausgeübt wird. Die geschuldete Tätigkeit ist dabei beim Arbeitgeber zu erbringen. Es handelt sich zudem um eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit, welche dem Bestandschutz unterliegt. Vgl. unter anderem *Schubert*, NJW 2010, 2613 (2614).
- 23 BTDrucks. 14/4374, S. 2, 13 und 16.
- 24 Ausschuss für Arbeit und Soziales-Drucks. 18(11)53, S. 29 f. m.w.N.; BT-Drucks. 18/847, S. 3; *Weinkopf/Hieming/Mesaros*, *Prekäre Beschäftigung*, S. 49; *Bosch*, *Prekäre Beschäftigung und Neuordnung am Arbeitsmarkt*, S. 11.
- 25 So *Walter Kubach*, ehemaliger Betriebsrat und Sachreferent von Michael Schlecht (MdB Fraktion Die Linke), im Telefoninterview vom 10.4.2014 (siehe schon Fn. 8); vgl. auch Ausschuss für Arbeit und Soziales-Drucks. 18(11)53, S. 29 f. und *Keller/Seifert*, *Atypische Beschäftigung zwischen Prekarität und Normalität*, S. 56. Die Autoren erklären Lohnabschläge bei befristet Beschäftigten damit, dass unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer schneller Lohnerhöhungen erreichen würden.
- 26 *Dieke/Lesch*, *Gewerkschaftliche Mitgliederstrukturen im europäischen Vergleich*, S. 36 f., 39; *Keller/Seifert*, *Atypische Beschäftigung zwischen Prekarität und Normalität*, S. 113 f.
- 27 *Keller/Seifert*, *Atypische Beschäftigung zwischen Prekarität und Normalität*, S. 113 f.

schäftigten Arbeitnehmer ohne vorheriges Betriebsratsmandat weiter beschäftigt.²⁸

B. Kontext und Genese der Norm

I. Das Diskriminierungsverbot als Novum im kodifizierten Recht

Um die Vorgaben des § 4 der durch die RL 1999/70/EG durchgeführten Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse umzusetzen,²⁹ ist seit dem 1.1.2001 erstmals im deutschen Recht durch § 4 Abs. 2 TzBfG³⁰ das Verbot einer sachlich ungerechtfertigten Schlechterbehandlung aufgrund der Befristung gesetzlich geregelt worden. Das dort normierte Diskriminierungsverbot war weder im Europarecht noch im deutschen Recht zuvor kodifiziert und stellt daher ein Novum dar. Der deutsche Gesetzgeber und die Entscheidungen der nationalen Arbeitsgerichte befassten sich überwiegend mit der Befristungsmöglichkeit an sich. Nur vereinzelt gab es Entscheidungen zur Diskriminierung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern, welche anhand des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruches bewertet wurden.³¹ Das Problem der Schlechterstellung hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der Arbeitsverträge von befristet beschäftigten Arbeitnehmern spielte somit auf nationaler Ebene eine untergeordnete Rolle. Anders war dies hingegen in Frankreich. Der französische Gesetzgeber schien davon auszugehen, dass ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer gegenüber einem Arbeitnehmer, der in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht, faktisch schlechter gestellt ist.³² Um offenbar eine Entgeltgleichheit zu erreichen, regelte er in Art. L.122-3-3 Code du travail in der Fassung vom 12.7.1990,³³ dass ein befristet beschäftigter Arbeitneh-

28 Siehe zu diesem Problem ausführlich: *Kohte*, in: FS Wank, S. 248.

29 BTDrucks. 14/4374, S. 1.

30 BGBl. I 2000, S. 1966 f., 1970.

31 Grundlegend hierzu: BAG, Urt. v. 13.12.1994 – 3 AZR 367/94, AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; vgl. auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 746.

32 *Büter*, Die Befristung von Arbeitsverhältnissen in Deutschland und Frankreich, S. 17 m.w.N.

33 Mit Übersetzung abgedruckt bei: *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 746. Heute finden alle Vorschriften, die für unbefristete Arbeitsverhältnisse gelten, auf befristete Arbeitsverhältnisse Anwendung. Ausgenommen hiervon sind lediglich die Bestimmungen über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. So heißt es in Art. L. 1242-14 Code du travail: „Les dispositions légales

mer ebenso wie ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer für die von ihm erbrachte Arbeit entlohnt werden soll.³⁴ Auf Unionsebene wurde das Problem der Diskriminierung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern bereits seit Anfang der 1980er Jahre erkannt und thematisiert.³⁵

Im Folgenden werden die Entstehungsgeschichte der RL 1999/70/EG sowie der Umgang des nationalen Gesetzgebers und der nationalen Rechtsprechung mit befristeten Arbeitsverhältnissen vor Inkrafttreten des § 4 Abs. 2 TzBfG beleuchtet. Die historische Auseinandersetzung soll zunächst Klarheit darüber schaffen, welche Motive und welche sozialpolitischen Erwägungen den entsprechenden Entscheidungen zugrunde lagen und damit zum Normverständnis beitragen. Zudem verdeutlicht die historische Auseinandersetzung, dass das Recht dynamisch und damit auch einer neuen, veränderten Auslegung zugänglich ist. Schließlich trägt die historische Beleuchtung zur Normenkonkretisierung und Auslegung bei.

et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail.“ Hinsichtlich des Gehalts findet sich ein Diskriminierungsverbot zugunsten befristet beschäftigter Arbeitnehmer in Art. L. 1242-15 Code du travail. Dort heißt es: „La rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, perçue par le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée ne peut être inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, un salarié bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions.“ Beide gesetzlichen Regelungen sind abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=67DAC37232B32632DF5B2B146ED4150B.tplgfr26s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006189456&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180424 – zuletzt abgerufen am 24.4.2018; wegen der Bezugnahme auf Art. L. 11333-3 Code du travail, der wie folgt lautet: „Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.“, dürfte keine verbotene Diskriminierung vorliegen, wenn die Unterschiede in der Behandlung objektiv, notwendig und angemessen sind. Art. L. 11333-3 Code du travail ist abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=67DAC37232B32632DF5B2B146ED4150B.tplgfr26s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006177837&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180424 – zuletzt abgerufen am 24.4.2018.

34 Ausführlich hierzu: *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 746; *ders.*, ZfA 2002, 249 (252).

35 Ausführlich hierzu in diesem Kapitel unter: B. III.