Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht 110

Katharina Weidl

Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei der Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse

Nomos

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin
Prof. Dr. Clemens Höpfner, Universität zu Köln
Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 110

Katharina Weidl

Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei der Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse

Nomos

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.: Heidelberg, Univ., Diss., 2022

Es handelt sich um eine von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zum Druck freigegebene Dissertation.

ISBN 978-3-7560-0556-7 (Print)
ISBN 978-3-7489-3909-2 (ePDF)

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit entstand zwischen 2019 und 2022 während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Heidleberg als Dissertation angenommen und zum Druck freigegeben. Die Arbeit wurde mit dem Südwestmetall-Förderpreis 2023 ausgezeichnet.

Mein Dank gilt all den lieben Menschen, die auf unterschiedliche Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Besonders erwähnen möchte ich an dieser Stelle meinen Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels: Ihnen schulde ich besonderen Dank für die anregende Begleitung meiner Arbeit von der Themenfindung bis zur Erstellung des Erstgutachtens und das hohe Maß an Freiraum zur Entfaltung eigener Ideen und Lösungen. Erwähnt seien weiterhin die Mitarbeiter und Freunde des Lehrstuhls: Herzlichen Dank für Eure fachlichen Anregungen, Eure Hilfsbereitschaft, Euren Zuspruch und nicht zuletzt die zahlreichen kurzweiligen Kaffeepausen. Es war mir eine Freude, mit Euch zusammenzuarbeiten! Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Mark Lembke für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger für die spannende Diskussion im Rahmen meiner Disputation.

In großer Dankbarkeit widme ich diese Arbeit meinen Eltern und meinen Großeltern: Vielen Dank für Eure Zeit und Euren Rückhalt.

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel: Einführung 17

A. Problemstellung und Relevanz des Untersuchungsgegenstands 17

B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands 22

C. Gang der Untersuchung 23

Zweites Kapitel: Hintergrund und rechtliche Einordnung der Fortsetzungssituation 25

A. Die Befristung als Beendigungstatbestand 25

B. Fortsetzung durch Rechtsgeschäft 26

C. Abschlussfreiheit in der Fortsetzungssituation 27

Drittes Kapitel: Bindung der Fortsetzungsentscheidung bis hin zu einem Fortsetzungsanspruch 31

A. Bestandsschutz in der Fortsetzungssituation 31

I. Grundsätzliche Irrelevanz des Bestandsinteresses in der Fortsetzungssituation 32

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben an den Bestandsschutz im Befristungsrecht 32
2. Unionsrechtliche Vorgaben an den Bestandsschutz im Befristungsrecht durch die Richtlinie 1999/70/EG 35
3. Einfachrechtliche Ausgestaltung des Bestandsschutzes 36
   a) Entwicklung der richterrechtlichen Befristungskontrolle als Umgehungskontrolle 37
   b) Bestandsschutz durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz 38
4. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Bestandsschutzkonzeption des Teilzeit- und Befristungsgesetzes 40
5. Konsequenz für den Bestandsschutz in der Fortsetzungssituation 41

II. Ausnahmsweise Berücksichtigung des Bestandsinteresses bei Wegfall des Sachgrunds durch Gewährung eines Entfristungsanspruchs 42
1. Ausgangslage – Prognoserisikoverteilung zulasten des Arbeitnehmers im Befristungsrecht 43
2. Entfristungsanspruch als Korrektiv der Prognoserisikoverteilung? 45
a) Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB 45
b) Entfristungsanspruch kraft Rechtsfortbildung – Übertragbarkeit der Grundsätze des kündigungsrechtlichen Wiedereinstellungsanspruchs 48
aa) Der kündigungsrechtliche Wiedereinstellungsanspruch als Korrektiv der Prognoserisikoverteilung 48
(1) Risikoverteilung zulasten des Arbeitnehmers im Kündigungsrecht 49
(2) Korrekturbedürfnis bei falscher Prognose im Kündigungsrecht 51
bb) Übertragbarkeit in das Befristungsrecht 55
(1) Meinungsstand 56
(2) Analyse 57
(a) Unionsrechtliche Notwendigkeit einer Prognosekorrektur 58
(b) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Prognoserisikoumverteilung 59
(c) Einfachrechtliches Bedürfnis nach einer Prognosekorrektur 61
(aa) Umgehungsschutz 62
(bb) Vergleich der Interessenlagen im Kündigungs- und Befristungsrecht 64
(α) Bestandsinteresse des Arbeitnehmers 65
(β) Vertragsfreiheit des Arbeitgebers 67
(cc) Vergleich des gesetzlichen Interessenausgleichs im Kündigungs- und Befristungsrecht 71
3. Zwischenergebnis 73

III. Ausnahmsweise Berücksichtigung des Bestandsinteresses bei Schwangerschaft 73
1. Entwicklung der Rechtsprechung und Meinungsstand in der Literatur 75
2. Stellungnahme 78
3. Zwischenergebnis 81
IV. Ausnahmsweise Berücksichtigung des Bestandsinteresse bei Schwerbehinderung 81
V. Ergebnisse zum Bestandsschutz 82

B. Bindung an sachliche Gründe und soziale Gesichtspunkte 82
I. Willkürkontrolle nach § 75 BetrVG 83
1. Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 05.04.1984 83
2. Stellungnahme 85
II. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum Mindestkündigungsschutz 87
III. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Bindung des Auswahlermessens bei Wiedereinstellung aufgrund des kündigungsrechtlichen Wiedereinstellungsanspruchs 88
IV. Ergebnisse zur Bindung an sachliche Gründe und soziale Gesichtspunkte 90

C. Selbstbindung des Arbeitgebers 90
I. Privatautonome Selbstbindung 91
1. Durch Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer 91
a) Rechtsgeschäftliche Qualität des Arbeitgeberverhaltens 91
b) Gestaltungsmöglichkeiten 95
2. Durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung 96
II. Außerrechtsgeschäftlicher Vertrauensschutz 99
1. Negativer Vertrauensschutz über die Grundsätze der c.i.c. 100
a) Täuschung über die Fortsetzungsbereitschaft 100
b) Aufklärungspflicht bei Änderung der Abschlussbereitschaft 101
c) Grundloser Abbruch der Verhandlungen 102
d) Zwischenergebnis 104
2. Positiver Vertrauensschutz 105
a) Entwicklung der Rechtsprechung 105
b) Meinungsstand im Schrifttum 108

c) Analyse 109
aa) Erfüllungshaftung über die Grundsätze der c.i.c. 109
bb) Erfüllungshaftung über § 242 BGB 111
(1) Versagung der Berufung auf die Befristung 113
(2) Anspruch auf Abschluss eines Folgevertrags 114
(a) Vertrauenshaftung in der sonstigen Rechtsprechung 114
(b) Vertrauenshaftungslehre 117
(c) Stellungnahme 120
III. Betriebliche Übung 122
1. Dogmatische Einordnung 123
2. Anspruchsbegründung durch betriebliche Übung in der Fortsetzungssituation 125
IV. Ergebnisse zur Selbstbindung 131
D. Gleichbehandlungsgebote 132
I. Art. 33 Abs. 2 GG 132
1. Regelungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG 132
2. Anwendbarkeit auf die Fortsetzungsentscheidung 134
3. Fortsetzungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG 134
4. Fortsetzung ohne erneute Stellenausschreibung und Bestenauslese? 136
II. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz 140
1. Geltungsgrund 141
2. Anwendbarkeit auf die Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse 145
a) Bestehen eines Arbeitsverhältnisses als Anwendungsvoraussetzung 145
b) Konsequenz für die Fortsetzungssituation 148
III. § 4 TzBfG 149
IV. Ergebnisse zu den Gleichbehandlungsgeboten 151
E. Besondere Benachteiligungsverbote 152
I. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 152
1. Anwendbarkeit auf die Fortsetzungsentscheidung 153
2. Voraussetzungen einer Benachteiligung 155

3. Rechtsfolgen 160
a) § 15 Abs. 1 AGG – Anspruch auf Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses? 161
aa) Ersatzfähiger Schaden 161
(1) Rein integritätsschützendes Verständnis des AGG 162
(2) Anerkennung einer teilhabrechtlichen Komponente 162
(3) Stellungnahme 163
bb) Ausschluss der Naturalrestitution nach § 15 Abs. 6 AGG? 168
(1) Wörtliche Auslegung 168
(2) Teleologische Auslegung 169
(a) Schutz der Vertragsabschlussfreiheit 169
(b) Berücksichtigung des Bestandsinteresses des Arbeitnehmers? 173
(c) Fehlen des notwendigen Vertrauensverhältnisses 175
(d) Fazit 176
(3) Systematische Auslegung – Wertungswiderspruch zur Rechtsfolge bei diskriminierender Befristungsvereinbarung? 176
(4) Zwischenergebnis 179
b) § 15 Abs. 2 AGG – Entschädigungsanspruch 180
II. Fortsetzungsanspruch bei Diskriminierung von Schwangeren 181
1. Meinungsstand 181
2. Stellungnahme 183
a) Unionsrechtliche Anforderungen an das Schutzniveau 184
b) Verfassungsrechtliche Anforderungen nach Art. 6 Abs. 4 GG und Art. 3 Abs. 3 GG 185
c) Einfachrechtliche Anknüpfungspunkte für einen Fortsetzungsanspruch 186
3. Zwischenergebnis 187
III. Maßregelungsverbot nach § 612a BGB 187
1. Hintergrund des § 612a BGB 188
2. Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.09.2011 189

3. Analyse der aufgeworfenen Probleme 190
a) Bindung des Fortsetzungsermessens durch § 612a BGB 190
aa) Besonderheiten der Fortsetzungsentscheidung hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 612a BGB 191
bb) Meinungsstand 192
cc) Analyse 193
(1) Beschränkung ansonsten zulässiger Maßnahmen durch § 612a BGB 193
(2) Vorenthalten freiwilliger Vorteile als Benachteiligung im Sinne des § 612a BGB 196
(3) Einbeziehung der Nichtfortsetzung in den Schutzbereich des § 612a BGB 200
(4) Zwischenergebnis 203
b) Voraussetzungen einer maßregelnden Nichtfortsetzung 203
aa) Benachteiligung wegen der Rechtsausübung 203
bb) Zulässige Rechtsausübung 208
c) Darlegungs- und Beweislast 209
d) Rechtsfolgen maßregelnder Nichtfortsetzung 213
4. Praxisbeispiel: Nichtfortsetzung wegen zu hoher Krankheitszeiten 215
5. Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse 217
IV. Benachteiligungsverbot aus Art. 9 Abs. 3 GG 218
V. Ergebnisse zu den besonderen Benachteiligungsverboten 222
F. Betriebsratsmitglieder in der Fortsetzungssituation 222
I. Anlassunabhängiger Beendigungsschutz für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder 224
1. Ausgangslage: Kein Beendigungsschutz und keine Übernahmeverpflichtung 224
2. Meinungsstand 225
a) Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.10.2010 225
b) Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 05.12.2012 226
c) Lösungen im Schrifttum 227

3. Analyse 227
a) Unionsrechtliche Anforderungen an das Schutzniveau 227
aa) Art. 7 und 8 der Richtlinie 2002/14/EG 228
(1) Schutz vor funktionsbezogenen Benachteiligungen 228
(2) Benachteiligungsunabhängiger Beendigungsschutz? 229
bb) Art. 27, 28 und 30 GRCh 233
cc) Zwischenergebnis 233
b) Fortsetzungsanspruch kraft Rechtsfortbildung? 234
aa) Entsprechende Anwendung des § 15 KSchG 234
bb) Teleologische Reduktion des § 14 Abs. 2 TzBfG 237
cc) Entsprechende Anwendung des § 78a BetrVG 239
c) Zwischenergebnis 246
II. Das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG 247
1. Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds durch Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses 247
a) Anwendbarkeit auf die Fortsetzungsentscheidung 248
b) Benachteiligung wegen der Betriebsratstätigkeit 249
c) Darlegungs- und Beweislast 255
d) Rechtsfolge eines Verstoßes 257
aa) § 78 S. 2 BetrVG als Anspruchsgrundlage 258
bb) Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG 259
(1) § 78 S. 2 BetrVG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB 259
(2) Ausschluss der Naturalrestitution nach § 15 Abs. 6 AGG analog 260
(a) Keine entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 6 AGG nach Ansicht der Rechtsprechung 260
(b) Kritik in der Literatur 261
(c) Stellungnahme 262
cc) Zwangsverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG 265

2. Fortsetzung zur Sicherung der Kontinuität der Betriebsratstätigkeit als Verstoß gegen das Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG 266
a) Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.01.2002 266
b) Bewertung 268
aa) Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses als Verstoß gegen das Begünstigungsverbot 268
(1) Begünstigende Entfristung des Arbeitsverhältnisses 268
(2) Begünstigende Verlängerung für die Dauer der Amtszeit 269
bb) Sicherung der personellen Kontinuität als sonstiger Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG 271
cc) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Begünstigungsverbot 272
III. Überlegungen zur Schaffung eines § 78a BetrVG entsprechenden Schutzes de lege ferenda 272
IV. Ergebnisse zum Schutz befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder 276

G. Informations-, Prüf- und Meldepflichten 277
I. Information über unbefristete Arbeitsplätze nach § 18 TzBfG 277
1. Informations- und Begründungspflicht 277
2. Rechtsfolgen bei Verstoß 278
II. Prüf- und Förderungspflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen 281
1. Beschäftigungspflicht nach § 154 SGB IX 281
2. Prüfpflicht nach § 164 Abs. 1 S. 1 SGB IX 282
3. Besondere Pflichten des öffentlichen Arbeitgebers nach § 165 SGB IX 283
4. Anhörung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX 284
III. Melde- und Beteiligungspflichten nach §§ 17 ff. KSchG 286
1. Hintergrund und Voraussetzungen des Massenentlassungsschutzes 287

2. Das Auslaufen befristeter Arbeitsverhältnisse als „gleichgestellte Vertragsbeendigung“ im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG 288
a) Urteil des EuGH in der Rechtssache Rabal Cañas 289
b) Nationale Rechtsprechung 290
c) Stellungnahme 291
3. Notwendigkeit eines Umgehungsschutzes 293
4. Zwischenergebnis 294

Viertes Kapitel: Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats auf die Fortsetzungsentscheidung 297

A. Einflussmöglichkeiten durch Beteiligungsrechte im Vorfeld der Fortsetzungsentscheidung 298
I. Personalplanung nach § 92 BetrVG 298
II. Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG 299
III. Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG 300
IV. Interne Ausschreibung, § 93 BetrVG 302

B. Beteiligungsrechte bei beabsichtigter Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses 303
I. Beteiligung bei Fristablauf nach § 102 BetrVG analog 303
II. Das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 BetrVG 305

C. Mitbestimmung bei der Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse nach § 99 BetrVG 309
I. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als mitbestimmungspflichtige personelle Einzelmaßnahme 310
1. Der Einstellungsbegriff des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG 310
2. Fortsetzung als Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG 311
a) Meinungsstand 311
b) Analyse 314
aa) Wörtliche Auslegung 314
bb) Systematische Auslegung 316
cc) Teleologische Auslegung 319
dd) Zwischenergebnis 322
II. Relevante Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG 323

III. Individualarbeitsrechtliche Folgen fehlender Zustimmung 325
D. Ergebnisse zu den Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats 325

Fünftes Kapitel: Ergebnisse 327

Literaturverzeichnis 331

Erstes Kapitel: Einführung

Das befristete Arbeitsverhältnis endet gemäß § 15 Abs. 1 TzBfG mit Zeitablauf beziehungsweise gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG mit Zweckerreichung, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Um die Beendigung zu verhindern, ist grundsätzlich der Abschluss eines Folgearbeitsvertrags oder die Änderung des bestehenden Arbeitsvertrags erforderlich. Der Arbeitnehmer ist zur Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses daher auf die Mitwirkung des Arbeitgebers angewiesen. Lehnt der Arbeitgeber die Entfristung oder Verlängerung des Arbeitsverhältnisses ab, verliert der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz.

A. Problemstellung und Relevanz des Untersuchungsgegenstands

Der Anteil der abhängig befristet Beschäftigten an der abhängigen Gesamtbeschäftigung lag 2020 bei 11,8 Prozent inklusive Auszubildenden.[1] Ohne Berücksichtigung der Auszubildenden lag die Befristungsquote bei 8,18 Prozent.[2] Dabei sind jüngere Arbeitnehmer besonders häufig von befristeter Beschäftigung betroffen.[3] Deutlich höher als der Anteil der befristeten Beschäftigung an der Gesamtbeschäftigung ist die Befristungsquote bei Neueinstellungen. Nach den Zahlen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) waren 2020 34 Prozent aller sozialversicherungs-

1 *Statistisches Bundesamt* (2021), Fachserie 1 Reihe 4.1 2020, Ergebnisse des Mikrozensus, S. 25 (eigene Berechnung), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Publikationen/Downloads-Erwerbstaetigkeit/erwerbsbeteiligung-bevoelkung-2010410207004.pdf;jsessionid=EB17CB1F00DA4AA4FF01983042652D27.live732?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

2 *Statistisches Bundesamt* (2021), Fachserie 1, Reihe 4.1 2020, Ergebnisse des Mikrozensus, S. 25 (eigene Berechnung), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Publikationen/Downloads-Erwerbstaetigkeit/erwerbsbeteiligung-bevoelkung-2010410207004.pdf;jsessionid=EB17CB1F00DA4AA4FF01983042652D27.live732?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 10.04.2022.

3 *Statistisches Bundesamt* (2021), Fachserie 1, Reihe 4.1 2020, Ergebnisse des Mikrozensus, S. 25, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Publikationen/Downloads-Erwerbstaetigkeit/erwerbsbeteiligung-bevoelkung-2010410207004.pdf;jsessionid=EB17CB1F00DA4AA4FF01983042652D27.live732?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

pflichtigen Neueinstellungen in Deutschland befristet, die Mehrheit davon sachgrundlos.[4] Damit ist der Anteil der befristeten Neueinstellungen erstmals seit 2016 wieder leicht angestiegen.[5] Gleichzeitig sank bedingt durch die COVID-19-Pandemie der Anteil derjenigen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, die im Anschluss an ihre Befristung in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen wurden, von 44 Prozent im Vorjahr auf 39 Prozent.[6] Verlängert wurden mit 29 Prozent der befristeten Arbeitsverhältnisse zwei Prozent weniger als im Vorjahr.[7] Der Anteil derjenigen befristet Beschäftigten, die den Betrieb mit Auslaufen ihres Vertrags verlassen haben, stieg 2020 gegenüber 2019 von 25 auf 32 Prozent.[8]

Aus der Tatsache, dass der Befristungsanteil bei Neueinstellungen deutlich höher ist als der Befristungsanteil an der Gesamtbeschäftigung, lässt sich schließen, dass die befristete Beschäftigung ihre Funktion als „Brücke zur Dauerbeschäftigung“[9] häufig erfüllt. Dies gilt jedoch weniger in Zeiten schlechter wirtschaftlicher Entwicklung, in denen befristete Arbeitsverhältnisse deutlich seltener in unbefristete Arbeitsverhältnisse umgewandelt werden.[10] Befristete Einstellungen ermöglichen dem Arbeitgeber die kurzfristige und flexible Anpassung des Personalbestands an die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Zu diesem Zweck werden befristete Einstellungen insbesondere in wirtschaftlichen Aufschwungphasen genutzt, in denen

4 *Bossler/Gürtzgen/Kubis/Küfner/Popp*, Befristungen bei Neueinstellungen 2020, S. 2, 5, abrufbar unter https://doku.iab.de/arbeitsmarktdaten/Befristungen_bei_Neueinstellungen.pdf, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

5 2016 lag der Anteil der befristeten Neueinstellungen bei 44 Prozent. In den darauffolgenden Jahren sank er kontinuierlich bis auf 32 Prozent im Jahr 2019, vgl. *Bossler/Gürtzgen/Kubis/Küfner/Popp*, Befristungen bei Neueinstellungen 2020, S. 2, abrufbar unter https://doku.iab.de/arbeitsmarktdaten/Befristungen_bei_Neueinstellungen.pdf, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

6 *Hohendanner*, Befristungen im zweiten Jahr in Folge rückläufig, IAB-Forum, S. 3, https://www.iab-forum.de/befristungen-im-zweiten-jahr-in-folge-ruecklaeufig/?pdf=21783, zuletzt abgerufen am 10.04.2022.

7 *Hohendanner*, Befristungen im zweiten Jahr in Folge rückläufig, IAB-Forum, S. 3, https://www.iab-forum.de/befristungen-im-zweiten-jahr-in-folge-ruecklaeufig/?pdf=21783, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

8 *Hohendanner*, Befristungen im zweiten Jahr in Folge rückläufig, IAB-Forum, S. 3, https://www.iab-forum.de/befristungen-im-zweiten-jahr-in-folge-ruecklaeufig/?pdf=21783, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

9 Begründung Regierungsentwurf zum Teilzeit- und Befristungsgesetz v. 24.10.2000, BT-Drs. 14/4374, S. 14.

10 *Hohendanner*, Befristungen im zweiten Jahr in Folge rückläufig, IAB-Forum, S. 5, https://www.iab-forum.de/befristungen-im-zweiten-jahr-in-folge-ruecklaeufig/?pdf=21783, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

sich ein Personalmehrbedarf ergibt, aber noch nicht abgeschätzt werden kann, ob dieser dauerhaft bestehen bleiben wird. Folgt auf eine solche Aufschwungphase eine Phase des wirtschaftlichen Abschwungs oder wirtschaftlicher Unsicherheit, sind die befristet beschäftigten Arbeitnehmer die Leidtragenden, da sie das Risiko der Nichtübernahme tragen. Für die betroffenen Arbeitnehmer ist mit der befristeten Beschäftigung daher eine erhebliche wirtschaftliche und soziale Unsicherheit verbunden. Gerade diese Unsicherheit ist es, die befristete Beschäftigung zur prekären Beschäftigung macht. Das erhöhte Risiko des Arbeitsplatzverlusts führt dazu, dass sich befristet Beschäftigte häufiger Sorgen um ihre berufliche Zukunft machen und häufiger Angst davor haben, ihren Arbeitsplatz und damit verbunden ihre Existenzgrundlage zu verlieren.[11] Dies kann nachteilige Auswirkungen auf ihre Gesundheit und ihre private Lebensführung haben sowie die Verhandlungsposition im Hinblick auf das Einkommen und die Arbeitsbedingungen schwächen.[12] Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die deutliche Mehrheit der Befristungen vom Arbeitgeber ausgehen und sich die wenigsten befristet Beschäftigten auf eigenen Wunsch in einem befristeten Arbeitsverhältnis befinden.[13] Viele befristet Beschäftigten erhof-

11 *DGB-Index Gute Arbeit*, Jahresbericht 2020, Tabelle B14 S. 96, abrufbar unter https://index-gute-arbeit.dgb.de/++co++7fd4da70-361a-11eb-affb-001a4a160123, zuletzt abgerufen am 11.12.2022; *Weinkopf/Hieming/Mesaros*, Prekäre Beschäftigung, Expertise für die SPD-Landtagsfraktion NRW, 2009, S. 49, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/36015/ssoar-2009-weihkopf_et_al-Prekare_Beschaftigung__Expertise_fur.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2009-weihkopf_et_al-Prekare_Beschaftigung__Expertise_fur.pdf, zuletzt abgerufen am 11.12.2022.

12 *DGB-Index Gute Arbeit*, Jahresbericht 2020, Tabelle B14 S. 96, https://index-gute-arbeit.dgb.de/++co++7fd4da70-361a-11eb-affb-001a4a160123, zuletzt abgerufen am 11.12.2022; *Weinkopf/Hieming/Mesaros*, Prekäre Beschäftigung, Expertise für die SPD-Landtagsfraktion NRW, 2009, S. 49.

13 Nach den Ergebnissen des Mikrozensus 2020 befanden sich 3,7 Prozent der befristet Beschäftigten (exklusiv der Auszubildenden) auf eigenen Wunsch in einem befristeten Arbeitsverhältnis: *Statistisches Bundesamt* (2021), Fachserie 1, Reihe 4.1 2020, Ergebnisse des Mikrozensus, S. 25 (eigene Berechnung), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Publikationen/Downloads-Erwerbstaetigkeit/erwerbsbeteiligung-bevoelkung-2010410207004.pdf;jsessionid=EB17CB1F00DA4AA4FF01983042652D27.live732?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 11.12.2022); siehe auch *Statistisches Bundesamt* (2020), Qualität der Arbeit, Unfreiwillig befristet Beschäftigte, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-4/unfreiwilligbefristet-beschaeftigte.html, zuletzt abgerufen am 11.12.2022): 5,9 Prozent der im Rahmen einer Arbeitskräfteerhebung 2019 befragten Arbeitnehmer ab 25 Jahren gaben an, bewusst ein befristetes Beschäftigungsverhältnis gewählt zu haben.

fen sich den Übergang in ein Normalarbeitsverhältnis im Anschluss an die Befristung.[14] Der Übernahmewunsch kann dabei wiederum zu einem gesundheitsgefährdenden Leistungsdruck führen.[15] Umso belastender ist es für den Arbeitnehmer, wenn seine Hoffnung auf Übernahme enttäuscht wird und er seinen Arbeitsplatz bei Auslaufen des befristeten Arbeitsvertrags verliert.

Das Interesse des Arbeitnehmers, das Arbeitsverhältnis im Anschluss an die Befristung fortzusetzen und die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz und privaten Lebensführung zu erhalten, trifft auf das Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers, der möglichst frei in der Entscheidung darüber sein will, ob er das befristete Arbeitsverhältnis verlängert, entfristet oder es bei der Beendigung belässt. Es stellt sich die Frage, wie dieser Interessenkonflikt de lege lata gelöst ist.

Auch wenn die Einstellung, wie *Junker* formuliert,[16] in den vergangenen Jahren eine starke „Verrechtlichung" erfahren hat, ist die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers im Vergleich zur Beendigungs- und Gestaltungsfreiheit immer noch verhältnismäßig wenigen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen.[17] Der Frage, ob der Arbeitgeber bei der Fortsetzungsentscheidung dieselbe Freiheit genießt wie bei der Einstellung oder ob sich aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien eine stärkere Bindung des Fortsetzungsermessens im Vergleich zum Einstellungsermessen ergibt, widmet sich die vorliegende Arbeit. Die Vertragsfortsetzungsfreiheit nimmt rechtlich eine interessante Zwischenstellung ein. Auf der einen Seite werden durch die Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses ebenso wie durch den erstmaligen Abschluss eines Arbeitsvertrags arbeitsvertragliche Pflichten erst begründet, sodass die Fortsetzungsentscheidung im Hinblick auf das Fortsetzungsarbeitsverhältnis im vorvertraglichen Bereich erfolgt. Auf der anderen Seite besteht zwischen den Parteien zum Zeitpunkt der Fortsetzungsentscheidung bereits ein Arbeitsverhältnis, welches der Arbeitnehmer bei Nichtfortsetzung verliert. Hieraus ergeben sich einige

14 Vgl. *Kantar Public*, Atypisch Beschäftigte, 2017, Studie im Auftrag des BPA, S. 20, abrufbar unter https://dbk.gesis.org/dbksearch/download.asp?id=63714, zuletzt abgerufen am 11.12.2022: 68 Prozent erhoffen sich von ihrer befristeten Anstellung einen Übergang in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

15 Vgl. *Kantar Public*, Atypisch Beschäftigte, 2017, Studie im Auftrag des BPA, S. 20, abrufbar unter https://dbk.gesis.org/dbksearch/download.asp?id=63714, zuletzt abgerufen am 11.12.2022: 62 Prozent spüren einen mit der Befristung einhergehenden besonderen Leistungsdruck.

16 *Junker*, NZA-Beil. 2012, 27.

17 *Picker*, Die betriebliche Übung, S. 290.

Besonderheiten, die eine weitergehende Bindung des Arbeitgeberermessens in der Fortsetzungssituation im Vergleich zur Einstellungssituation rechtfertigen könnten. So stellen sich aufgrund des mit der Nichtfortsetzung einhergehenden Arbeitsplatzverlustes bestandsschutzrechtliche Fragen, die bei der Einstellung nicht relevant werden. Zudem ist der befristet beschäftigte Arbeitnehmer als Teil der Belegschaft bereits in die Arbeitsorganisation eingegliedert und hat eine Vertrauensbeziehung zum Arbeitgeber aufgebaut. Innerhalb dieser Vertrauensbeziehung kann der Arbeitgeber durch sein Verhalten bei dem Arbeitnehmer leicht die Erwartung wecken, es werde im Anschluss an die Befristung zu einer Fortbeschäftigung kommen. Als vertrauensbegründendes Verhalten kommen dabei nicht nur Äußerungen des Arbeitgebers in Betracht, sondern auch die regelmäßige vorbehaltslose Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse in der Vergangenheit. Aufgrund des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitnehmer in Erwartung der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses leicht geneigt sein, andere Arbeitsplatzangebote abzulehnen, da er seinen Arbeitsplatz, an dem er seine berufliche und private Lebensführung ausgerichtet hat, oft einem neuen Arbeitsplatz vorziehen wird. Die Frage einer Selbstbindung des Arbeitgebers stellt sich daher in der Fortsetzungssituation besonders dringlich. Auch aufgrund des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes könnte sich eine Bindung ergeben, wenn der Arbeitgeber andere befristet beschäftigte Arbeitnehmer fortbeschäftigt und hierbei nach einer abstrakt-generellen Regel vorgeht. Die Nichtanwendbarkeit des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kann hier nicht pauschal mit dem Verweis auf das fehlende Rechtsverhältnis abgelehnt werden, da zum Zeitpunkt des Aufstellens und Anwendens der Regel noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht. In der Fortsetzungssituation werden zudem Benachteiligungsverbote relevant, die bei der Einstellung nicht betroffen sein können, wie § 612a BGB und § 78 S. 2 BetrVG. Es lohnt sich aber auch der Blick auf diejenigen Benachteiligungsverbote, die gleichsam bei der Einstellung zu beachten sind, wie insbesondere die Benachteiligungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Hier ist zu erwägen, ob sich die zwischen den Parteien bereits bestehende vertragliche Bindung auf der Rechtsfolgenseite auswirkt und ein Kontrahierungsanspruch zu gewähren ist, der in der Einstellungssituation durch § 15 Abs. 6 AGG ausgeschlossen ist.

Auch aus betriebsverfassungsrechtlicher Perspektive ist die Fortsetzungssituation interessant. Während das Zugangsinteresse externer Stellenbewer-

ber nicht zu den vom Betriebsrat vertretenen Belegschaftsinteressen gehört,[18] hat der Gesetzgeber die Förderung des Wechsels befristet beschäftigter Belegschaftsangehöriger in die Dauerbeschäftigung durch Einfügung des § 99 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 BetrVG durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23.07.2001[19] ausdrücklich zur Aufgabe des Betriebsrats gemacht. Im Betriebsverfassungsrecht misst der Gesetzgeber dem Fortbeschäftigungsinteresse damit eine besondere Bedeutung im Vergleich zum Zugangsinteresse externer Bewerber zu.

Zwar sind viele der Fragen, die sich in Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers bei der (Nicht-)Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse stellen, inzwischen höchstrichterlich entschieden. In der Praxis ergibt sich daher bereits ein recht klares Bild hinsichtlich der arbeitgeberseitigen Entscheidungsfreiheit in der Fortsetzungssituation. Allerdings mangelt es dabei oft an tiefergehenden und überzeugenden Herleitungen und Begründungen. Die vorliegende Arbeit übernimmt die Aufgabe, die relevanten Fragen, die sich hinsichtlich der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers in der Fortsetzungssituation stellen, zusammenhängend und ausführlich zu behandeln und zu beantworten. Ziel der Arbeit ist es, die Grenzen aufzuzeigen, denen die Vertragsfortsetzungsfreiheit des Arbeitgebers unterliegt. Zu diesem Zweck werden alle relevanten Normen und Rechtsinstitute daraufhin untersucht, ob sie zu einer Bindung des arbeitgeberseitigen Fortsetzungsermessens führen. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Frage, ob der Arbeitnehmer unter bestimmten Umständen Anspruch auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis oder Verlängerung seines befristeten Arbeitsverhältnisses hat.

B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Freiheit des Arbeitgebers im Hinblick auf das „Ob" der Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse. Untersucht werden die Bindungen, denen der Arbeitgeber bei der Entscheidung unterliegt, ob er ein befristetes Arbeitsverhältnis im Anschuss an die Befristung fortsetzt und welchen Arbeitnehmer er gegebenenfalls unter mehreren befristet Beschäftigten hierfür auswählt.

---

18 ErfK/*Kania*, BetrVG § 80 Rn. 16a; *Fitting*, BetrVG, § 92a Rn. 5; *Fritze*, Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats, S. 17ff.

19 BGBl. 2001 I, S. 1852, 1861.

Nicht Gegenstand der Untersuchung ist das „Wie" der Fortsetzung. Für die sich in Zusammenhang mit der Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse ergebenden Problemstellungen wie insbesondere die Problematik der Zulässigkeit von Kettenbefristungen nach § 14 Abs. 1 TzBfG, die Verlängerung sachgrundloser Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG oder die Möglichkeit zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses durch Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts gemäß § 41 S. 2 SGB VI wird auf die hierzu bereits existierende Literatur verwiesen.[20]

C. Gang der Untersuchung

Der Arbeitgeber trifft die Entscheidung, ob er befristet beschäftigten Arbeitnehmern im Anschluss an die Befristung eine unbefristete Übernahme oder eine Verlängerung anbietet und welchen Arbeitnehmern er ein solches Angebot macht, in Ausübung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit. Diese Arbeitgeberfreiheit, die den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet, wird in einem ersten Schritt verfassungsrechtlich einzuordnen sein. Der Hauptteil beginnt daher im zweiten Kapitel damit, durch Untersuchung des Rechtsinstituts der Befristung und der zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Handlungen zu einer rechtlichen Einordnung des Arbeitgeberinteresses an der freien Entscheidung über die (Nicht-)Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses zu kommen.

Das dritte Kapitel widemt sich den entgegenstehenden Arbeitnehmerinteressen. Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines befristet Beschäftigten im Anschluss an die Befristung entgegen des Arbeitnehmerwunsches nicht fortsetzen, stellt sich die Frage, welche rechtliche Relevanz das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortbeschäftigung hat und ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen es zu einer Beschränkung der Vertragsfortsetzungsfreiheit führt. Um eine Antwort geben zu können, muss dieses Interesse genauer beleuchtet und rechtlich eingeordnet werden. Das Arbeitnehmerinteresse kann dabei von unterschiedlicher Gestalt sein.

20 Exemplarisch seien hier aufgeführt: *Chandna-Hoppe*, Die Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters; *Houf*, Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsgestaltung im Befristungsrecht; *Kaus*, Institutioneller Rechtsmissbrauch im Befristungsrecht; *Kauschke*, Die Befristung von Rentnerarbeitsverhältnissen; *Kuchenbuch*, Zur Problematik der Mehrfachbefristung von Arbeitsverhältnissen; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts; *Stoye*, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme des § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz; *Wiese*, Mehrfach befristete Arbeitsverhältnisse.

Neben dem Wunsch nach Fortbeschäftigung als Bestandsinteresse (A.) kann es als Interesse an einer willkürfreien, an sozialen Gesichtspunkten ausgerichteten Arbeitgeberentscheidung (B.), als Vertrauensschutzinteresse beziehungsweise als Interesse an konsequentem Verhalten im Rechtsverkehr (C.) oder als Interesse an Gleichbehandlung (D.) und Nichtberücksichtigung bestimmter Eigenschaften, Merkmalen oder Verhaltensweisen bei der Fortsetzungsentscheidung (E.) relevant werden. Die sich zugunsten dieser Interessen aus der Rechtsordnung ergebenden Beschränkungen der Fortsetzungsfreiheit werden herausgearbeitet.

Das vierte Kapitel beleuchtet die Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats auf die Fortbeschäftigung befristet beschäftigter Arbeitnehmer. Aufgrund der mit befristeter Beschäftigung für die betroffenen Arbeitnehmer verbundenen Nachteile ist es häufig im Interesse des als Arbeitnehmervertreter fungierenden Betriebsrats, sich für die Übernahme befristet Beschäftigter in ein Dauerarbeitsverhältnis einsetzen zu können. Es stellt sich die Frage, ob und wie der Betriebsrat die Übernahmechancen befristet beschäftigter Arbeitnehmer verbessern kann. Eine Möglichkeit, unmittelbar auf die Fortsetzungsentscheidung Einfluss zu nehmen, würde das Bestehen eines Beteiligungsrechts bei Auslaufen des befristeten Arbeitsverhältnisses voraussetzen. Ein solches ist gesetzlich nicht vorgesehen und könnte sich allenfalls aus einer Rechtsfortbildung ergeben. Die mittelbare Einflussnahme ermöglicht insbesondere § 99 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 BetrVG, der es dem Betriebsrat erlaubt, seine Zustimmung zu einer unbefristeten Einstellung zu verweigern, wenn ein gleich geeigneter befristet beschäftigter Arbeitnehmer nicht berücksichtigt wird. Umgekehrt kann das Interesse des Betriebsrats aber auch auf Verhinderung einer Fortbeschäftigung gerichtet sein. Zu klären ist, ob der Arbeitgeber für die Fortbeschäftigung eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG bedarf.

Im fünften Kapitel werden zum Abschluss der Arbeit die gewonnenen Erkenntnisse thesenartig zusammengefasst. Aus den erarbeiteten Ergebnissen ergibt sich die Antwort auf die zu Anfang gestellte Forschungsfrage, welchen Bindungen der Arbeitgeber bei der Entscheidung über die Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse unterliegt und ob die Tatsache, dass der Arbeitnehmer bereits in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht, eine stärkere Beschränkung des Fortsetzungsermessens im Vergleich zum Einstellungsermessen zur Folge hat.

Zweites Kapitel: Hintergrund und rechtliche Einordnung der Fortsetzungssituation

A. Die Befristung als Beendigungstatbestand

§ 3 Abs. 1 TzBfG definiert den befristet beschäftigten Arbeitnehmer als Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag. Durch das Merkmal „auf bestimmte Zeit geschlossen" wird das befristete Arbeitsverhältnis von dem auf unbestimmte Zeit geschlossenen unbefristeten Arbeitsverhältnis abgegrenzt. Zu unterscheiden ist nach § 3 Abs. 1 TzBfG zwischen dem kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag, dessen Dauer nach einem Kalenderzeitraum bestimmt ist, und dem zweckbefristeten Arbeitsvertrag, bei dem sich die Dauer aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt. Das kalendermäßig befristete Arbeitsverhältnis endet gemäß § 15 Abs. 1 TzBfG mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde. Das zweckbefristete Arbeitsverhältnis endet gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung. Einer Kündigung bedarf es in beiden Fällen nicht.[21]

Die Vereinbarung einer Befristung ist eine Möglichkeit für die Vertragsparteien, das Ende des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen.[22] Im Unterschied zu der Kündigung als Gestaltungsrecht handelt es sich bei der Befristung um einen beidseitigen Beendigungstatbestand, bei dem die Parteien das Ende des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt oder bei Erreichen eines bestimmten Zwecks vertraglich vereinbaren.[23] Bei der in der Praxis üblichen anfänglichen Befristung geschieht dies bei Abschluss des Arbeitsvertrags. Die Parteien begründen hierdurch ein von vorneherein zeitlich begrenztes Arbeitsverhältnis.

21 Laux/Schlachter/*Schlachter*, § 15 TzBfG Rn. 2.
22 APS/*Preis*, Grundlage K. Rn. 3; *Preis/Temming*, Individualarbeitsrecht, Rn. 2484.
23 *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, § 19 Rn. 1232.

B. Fortsetzung durch Rechtsgeschäft

Die Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses erfolgt durch Abschluss eines entsprechenden Vertrags und setzt damit grundsätzlich das Einvernehmen beider Parteien voraus. Sind sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses einig, können sie das Arbeitsverhältnis entfristen, das heißt in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umwandeln, oder es unter Beachtung des § 14 TzBfG verlängern und das Arbeitsverhältnis auf diese Weise befristet fortsetzen.

Soll der Arbeitnehmer befristet weiterbeschäftigt werden, können die Parteien eine Verlängerungsabrede treffen, durch die der Beendigungszeitpunkt hinausgeschoben wird, oder einen befristeten Anschlussvertrag abschließen. Bei sachgrundloser Befristung ist hierbei § 14 Abs. 2 TzBfG zu beachten, der eine Verlängerung nur insgesamt drei Mal für eine Gesamtlaufzeit von zwei Jahren erlaubt. Eine Verlängerung im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG liegt nur vor, wenn die Verlängerung noch während der Laufzeit des bestehenden Vertrags vereinbart wird und keine Lücke zwischen altem und neuem Vertrag besteht.[24] Die Vertragsänderung darf sich nach umstrittener Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausschließlich auf die Dauer des Arbeitsvertrags beziehen und muss die übrigen Arbeitsbedingungen unverändert lassen.[25]

Um das befristete Arbeitsverhältnis zu entfristen, können die Parteien einen Änderungsvertrag abschließen, durch den das befristete Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umgewandelt wird. Dasselbe Ergebnis wird erzielt, wenn ein neuer, unbefristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, der an den befristeten Vertrag anschließt.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass für die Entfristung des befristeten Arbeitsverhältnisses ein Vertragsschluss erforderlich ist, statuiert § 15 Abs. 5 TzBfG. Hiernach gilt das befristete Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn es nach Zeitablauf oder Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird, ohne dass der Arbeitgeber unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer unverzüglich die

24 St. Rspr., vgl. BAG, Urt. v. 09.09.2015 – 7 AZR 190/14, NZA 2016, 232, 233; 16.01.2008 – 7 AZR 603/06, NZA 2008, 701, 702; ausführlich *Wiese*, Mehrfach befristete Arbeitsverhältnisse, S. 51ff.

25 St. Rspr., vgl. BAG, Urt. v. 04.12.2013 – 7 AZR 468/12, NZA 2014, 623, 624; Urt. v. 23.08.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204, 205; kritisch *Preis*, NZA 2005, 714, 716 und *Seifert*, RdA 2007, 304, 305ff.

Zweckerreichung mitteilt. Die Fiktion des § 15 Abs. 5 TzBfG trägt dem praktischen Bedürfnis nach Rechtsklarheit Rechnung und vermeidet das Bestehen eines vertragslosen Zustands bei Fortführung der Leistungserbringung.[26]

Abzugrenzen ist die rechtsgeschäftliche Fortsetzung eines wirksam befristeten Arbeitsverhältnisses von der durch Befristungskontrollklage erreichten Entfristung des Arbeitsverhältnisses. Die Befristungskontrollklage ist auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung beendet ist, gerichtet (vgl. § 17 S. 1 TzBfG). Im Rahmen der Befristungskontrollklage wird die Befristungsabrede auf ihre Wirksamkeit hin überprüft. Ist die Befristung unwirksam, gilt das Arbeitsverhältnis gemäß § 16 S. 1 TzBfG als von Anfang an auf unbestimmte Zeit geschlossen. Mit Hilfe der auch als „Entfristungsklage"[27] bezeichneten Befristungskontrollklage wird kein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis entfristet, sondern es wird das unbefristete Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Unwirksamkeit der Befristungsabrede festgestellt.[28] Die Bezeichnung als „Entfristungsklage" ist insofern irreführend. Die für die Befristungskontrollklage relevanten Rechtsfragen betreffend die Wirksamkeit der Befristung sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

C. Abschlussfreiheit in der Fortsetzungssituation

Die Vertragsfreiheit beherrscht als elementares Prinzip des Privatrechts auch das Arbeitsrecht, für welches das privatautonom begründete Arbeitsverhältnis als Unterfall des Dienstverhältnisses den Ausgangspunkt bildet.[29] Die Arbeitsvertragsparteien sollen ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich gestalten können.[30] Dies wird in § 311 BGB für das Privatrecht zum Ausdruck gebracht[31] und in § 105 GewO speziell für das Arbeitsver-

26 APS/*Backhaus*, § 15 TzBfG Rn. 55, § 625 BGB Rn. 1f.; *Kramer*, NZA 1993, 1115, 1119 zu § 625 BGB.

27 So zum Beispiel BAG, Urt. v. 26.06.2002 – 7 AZR 122/01, NZA 2003, 220, 220f.; BeckOK ArbR/*Bayreuther*, TzBfG § 16 Rn. 2; *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 3002.

28 Vgl. MAH ArbR/*Plum*, § 41 Rn. 157; *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 3005.

29 *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 495; *Beomke*, NZA 1993, 532, 532f.; *Blaha/Mehlich*, NZA 2005, 667, 668; *Richardi*, NZA 1992, 769, 772.

30 *Blaha/Mehlich*, NZA 2005, 667, 670.

31 Erman/*Dieckmann*, § 311 BGB Rn. 1.

hältnis klargestellt[32]. Verfassungsrechtlich ist die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.[33] Sie unterliegt dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.[34] Für den Arbeitnehmer ist die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses Ausdruck der freien Berufswahl, für den Arbeitgeber in der Regel ein Mittel freier Berufsausübung.[35]

Im Wesentlichen existieren drei Ausübungsformen der Vertragsfreiheit: Die Abschlussfreiheit, die Inhaltsfreiheit und die Formfreiheit.[36] Zur Abschlussfreiheit gehört sowohl die positive Vertragsbegründungsfreiheit, die neben der Entschließung zum Vertragsschluss auch die Auswahl des Kontrahenten beinhaltet, als auch die negative Freiheit, von einem Vertragsschluss insgesamt oder mit dem konkreten Kontrahenten Abstand zu nehmen.[37]

Die Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses setzt die Begründung arbeitsvertraglicher Pflichten für die Zeit nach dem vereinbarten Beendigungstermin durch Vertragsschluss voraus. Die Entscheidung über die Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses ist somit Teil der Vertragsabschlussfreiheit.[38]

---

32 HWK/*Lembke*, § 105 GewO, Rn. 1.

33 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 775f.; Dürig/Herzog/Scholz/*Scholz*, Art. 12 GG Rn. 91; in früheren Entscheidungen ordnet das Bundesverfassungsgericht die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ausschließlich Art. 2 Abs. 1 GG zu, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.05.1992 – 1 BvR 126/85, NJW 1992, 2409, 2410; MHdB ArbR/*Benecke*, § 31 Rn. 3 unterscheidet bei der grundrechtlichen Einordnung zwischen der Entscheidung über das „Ob" des Vertragsschlusses und dessen inhaltlicher Gestaltung. Teilweise wird die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zusätzlich Art. 14 GG zugeordnet, vgl. MHdB ArbR/*Temming*, § 23 Rn. 6ff., oder als Innominatgrundrecht einheitlich in Art. 2 Abs. 1 GG verortet, vgl. *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, S. 11ff.

34 BVerfG, Urt. v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667, 1168; ErfK/*Schmidt*, Art. 12 GG Rn. 23ff.

35 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 776; Beschl. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46, 46f.; ErfK/*Schmidt*, Art. 12 GG Rn. 30, 32; MüKo/*Spinner*, § 611a BGB Rn. 510, 512; *Rütten*, Institutionelle Arbeitslosigkeit, S. 292; *Blaha/Mehlich*, NZA 2005, 667, 669;

36 Im Schrifttum werden unterschiedliche Klassifikationen der Ausübungsformen der Vertragsfreiheit vorgenommen, vgl. MüKo/*Busche*, vor § 145 BGB Rn. 10. Wie hier *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 55ff.; *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 85ff.

37 Vgl. MüKo/*Busche*, Vor § 145 BGB Rn. 11.

38 Vgl. BAG, Urt. v. 21.09.2011 – 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317, 322; *Strecker*, RdA 2009, 381, 383.

Die Vertragsabschlussfreiheit wird auch als „Kern der Privatautonomie" bezeichnet.[39] Die Freiheit zur Entscheidung über den Abschluss eines Arbeitsvertrags und die freie Wahl des Kontrahenten sind für den Arbeitgeber von besonderer Bedeutung für seine Berufsausübung. Im auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis kommt es aufgrund dessen personalen Charakters und der Einbindung des Arbeitnehmers in den Betrieb besonders auf die Person des Vertragspartners an. Anders als bei Massengeschäften oder auf den einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnissen, bei denen es dem Disponierenden in der Regel ausschließlich auf die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners ankommt,[40] geht der Wahl des Arbeitsvertragspartners in den meisten Fällen eine wohlüberlegte Auswahlentscheidung vorweg. Der Arbeitnehmer muss dem fachlichen Anforderungsprofil entsprechen, darüber hinaus aber auch auf persönlicher Ebene zum Arbeitgeber und zu den Kollegen passen. Eine gute Zusammenarbeit der Arbeitnehmer untereinander im Betrieb und eine Vertrauensbeziehung zu seinen Mitarbeitern können für den Arbeitgeber entscheidend für seinen beruflichen Erfolg sein. Aus diesem Grund hat er ein besonders schützenswertes Interesse daran, frei darüber zu entscheiden, mit wem er zusammenarbeitet.[41] Anders als bei Beschränkungen der Gestaltungs- und Beendigungsfreiheit hat sich der Arbeitgeber den Vertragspartner auch nicht zuvor ausgesucht, als geeignet für die entsprechende Tätigkeit befunden und sich dazu entschlossen, mit ihm eine vertragliche Beziehung einzugehen. Die Eingriffsintensität ist daher bei Beschränkungen der negativen Vertragsbegründungsfreiheit besonders hoch.[42] Aus diesem Grund unterliegt die Entscheidung des Arbeitgebers darüber, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag abschließt, im Vergleich zur Gestaltungsfreiheit und der Beendigungsfreiheit, welche insbesondere durch das Kündigungsschutzgesetz stark reglementiert ist, nur wenigen gesetzlichen Beschränkungen.[43] Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers darüber, ob überhaupt Arbeitsplätze geschaffen oder bestehende Arbeitsplätze besetzt werden sollen, ist weitgehend frei.[44] Stärker eingeschränkt ist die Auswahlfreiheit

39 *Hillgruber,* ZRP 1995, 6, 7.
40 Vgl. *Hanau*, in: FS Adomeit, S. 237, 240.
41 Vgl. *Schweipert*, Implizierte Vorurteile, S. 256; *Boemke*, NJW 1993, 2083, 2085; *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, 245, 257.
42 Vgl. *Possienke*, Der Weiterbeschäftigungsanspruch Auszubildender, S. 24f.; *Blaha/Mehlich*, NZA 2005, 667, 670; *Feudner*, NJW 2005, 1462, 1464.
43 *Boemke*, NZA 1993, 532, 534ff.; *Buchner*, NZA 1991, 577, 579.
44 MHdB ArbR/*Benecke*, § 31 Rn. 32; *Boemke*, NZA 1993, 532, 534.

des Arbeitgebers. Sie wird zum Beispiel durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung, Quotenregelungen zugunsten Schwerbehinderter sowie durch Diskriminierungsverbote eingeschränkt.[45] Ein besonders schwerer Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit liegt vor, wenn der Arbeitgeber ohne seinen Willen an ein Arbeitsverhältnis gebunden oder zum Abschluss eines solchen verpflichtet wird. Kontrahierungszwänge und gesetzliche Regelungen, die direkt zum Bestehen eines nicht privatautonom geschlossenen Arbeitsverhältnisses führen, heben die Vertragsfreiheit für den infrage stehenden Vertrag auf. Sie negieren die konstitutive Bedeutung des Willens für den Vertrag und setzen diesen als rechtstechnisches Instrument ein, um einer Person aus übergeordneten Gründen eine bestimmte Rechtsstellung zu verschaffen.[46] Solche Zwänge sind dem Privatrecht grundsätzlich fremd und gerade im Arbeitsrecht aufgrund der besonderen Bedeutung der negativen Vertragsbegründungsfreiheit für die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers problematisch. Sie sind daher auch im Arbeitsrecht selten anzutreffen und tragen besonderen Interessenlagen und Gefahren Rechnung.[47]

45 Vgl. MüKo/*Spinner*, BGB § 611a Rn. 516ff.; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 611a BGB Rn. 434; Schaub ArbR-HdB/*Linck*, § 32 Rn. 9f.

46 *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1495.

47 Siehe zu Kontrahierungszwängen in arbeitsrechtlichen Gesetzen *Boemke*, NZA 1993, 532, 534 und *Horcher,* RdA 2014, 93, 95ff.

Drittes Kapitel: Bindung der Fortsetzungsentscheidung bis hin zu einem Fortsetzungsanspruch

Die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers unterliegt auch in der Fortsetzungssituation wenigen gesetzlichen Einschränkungen. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob er ein befristetes Arbeitsverhältnis verlängert, entfristet oder es bei der Beendigung belässt. Lehnt der Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ab, hat der befristet beschäftigte Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses.[48] Es sind allerdings verschiedene Konstellationen denkbar, in denen die Vertragsfortsetzungsfreiheit des Arbeitgebers eingeschränkt sein könnte. Im Folgenden wird untersucht, welchen Bindungen der Arbeitgeber in der Fortsetzungssituation unterliegt und ob der befristet beschäftigte Arbeitnehmer unter besonderen Umständen sogar einen Anspruch auf Entfristung oder Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses haben kann.

A. Bestandsschutz in der Fortsetzungssituation

Der befristet beschäftigte Arbeitnehmer wird oftmals ein Interesse an der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses über das vereinbarte Ende hinaus haben.[49] Vor dem Hintergrund, dass das Bestandsinteresse verfassungsrechtlich und einfachrechtlich wesentlich stärker geschützt ist als das Zugangsinteresse des externen Arbeitsplatzsuchenden, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung des Arbeitnehmerinteresses an der Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses. Es ist zu untersuchen, ob das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers in der Fortsetzungssituation relevant wird und zu einer Beschränkung der Vertragsfortsetzungsfreiheit führen kann.

---

48 APS/*Backhaus*, § 15 TzBfG Rn. 97; *Dörner*, der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 754; *Lakies*, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, Kap. 4 Rn. 101.

49 Vgl. LAG Köln, Urt. v. 04.07.2019 – 6 Sa 496/18, BeckRS 2019, 20873 Rn. 32, das von der Regel ausgeht, „dass Beschäftigte grundsätzlich eher an einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses interessiert sind, als an einem Ende zum Ablauf der Befristung".

I. Grundsätzliche Irrelevanz des Bestandsinteresses in der Fortsetzungssituation

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben an den Bestandsschutz im Befristungsrecht

Das einmal begründete Arbeitsverhältnis ist durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich in seinem Bestand vor staatlichen Eingriffen geschützt.[50] Darüber hinaus bestehen objektivrechtliche Schutzpflichten, die den Staat dazu verpflichten, den Einzelnen vor Eingriffen nicht grundrechtlich verpflichteter Privater zu schützen.[51] Der Staat muss zum Schutz der Grundrechte Maßnahmen ergreifen, die unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Rechtsgüter einen angemessenen und wirksamen Schutz gewährleisten.[52] Er unterliegt hinsichtlich der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen einem Untermaßverbot.[53] Art. 12 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat und damit insbesondere den demokratisch legitimierten Gesetzgeber in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip dazu, für ein Mindestmaß an Bestandsschutz für das einmal begründete Arbeitsverhältnis zugunsten des strukturell unterlegenen Arbeitnehmers zu sorgen.[54] Der diesbezügliche Schutzauftrag an den Gesetzgeber dient dazu, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit zum Beibehalten des einmal gewählten Arbeitsplatzes, für deren Wahrnehmung er der Mithilfe des Arbeitgebers bedarf, auch wahrnehmen zu können. Ohne entsprechende staatliche Hilfe könnte der strukturell unterlegene Arbeitnehmer sein In-

50 BVerfG, Urt. v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667, 1667.

51 BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 363; Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1 – 6/74, NJW 1975, 573, 575; Dürig/Herzog/Scholz/*Herdegen*, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 20f.

52 BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, NJW 1993, 1751, 1754.

53 BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, NJW 1993, 1751, 1754; ErfK/*Schmidt*, GG Einleitung Rn. 38ff.; *Canaris*, AcP 1984, 201, 228; *Papier*, RdA 2000, 1, 5.

54 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 776; Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 472; Urt. v. 19.01.2005 – 7 AZR 115/04, NJOZ 2005, 3009, 3013f., Urt. v. 28.06.2000 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097, 1099f.; Beschl. v. 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93, NZA 1995, 619, 620; DDZ/*Deinert*, Einleitung Rn. 11; *Gamillscheg*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, S. 40f.; *Horcher*, RdA 2014, 93, 95; *Krause*, RdA 2016, 49, 53ff.; *Oetker*, RdA 1997, 9, 15ff.; *Papier*, RdA 2000, 1, 4; *Stein*, BB 2000, 457, 461ff.; aA *Lindner*, RdA 2005, 166, 167ff. und *Reuter*, RdA 2004, 161, 165, die den Bestandsschutz allein im Sozialstaatsprinzip verankert sehen.

teresse an Bestandssicherheit für das Arbeitsverhältnis gegenüber dem verhandlungsstärkeren Arbeitgeber regelmäßig nicht durchsetzen. Hier muss der Staat durch die Schaffung entsprechender gesetzlicher Regelungen ausgleichend eingreifen und den Grundrechtsschutz sichern.[55]

Auf der anderen Seite kann sich aber auch der Arbeitgeber auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Das Interesse des Arbeitgebers, sich eine möglichst weitgehende Beendigungsmöglichkeit arbeitsvertraglich vorzubehalten, um flexibel auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen reagieren zu können, ist von seiner Berufsausübungsfreiheit umfasst.[56] Aufgabe des Staates und in erster Linie des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist es, die betroffenen Grundrechtspositionen im Wege der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen.[57] Das Bundesverfassungsgericht betont dabei zu Recht den weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Bestandsschutzes.[58] Aus den in ihrer Formulierung offen gehaltenen Grundrechten lassen sich grundsätzlich keine konkreten Handlungspflichten ableiten.[59] Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen Rahmenbedingungen liegt ebenso wie die Vorausschau auf künftige Entwicklungen und die Bewertung und Gewichtung der gegenläufigen Interessen in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers.[60] Auch dem für den Bestandsschutz maßgeblichen Art. 12 Abs. 1 GG lassen sich keine konkrete Mindestvorgaben und erst recht keine zwingend gebotene Handlungsalternative zum Schutz des arbeitnehmerseitigen Bestandsinteresses entnehmen.[61] Von einem Verstoß gegen das Untermaßverbot kann nur ausgegangen werden, wenn das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers gänzlich unberücksichtigt bleibt oder den entgegenstehenden Arbeitgeberinteressen in einer Weise

55 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 u. 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 776; Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, NZA 1990, 389, 390.

56 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 778; *Sieben*, NJW 2005, 1095, 1096.

57 Ausführlich *Rütten*, Institutionelle Arbeitslosigkeit, S. 236, 288ff.

58 BVerfG, Urt. v. 15.08.2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45, 48; Beschl. v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, NZA 2004, 33, 35f.; Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 471.

59 MHdB ArbR/*Fischinger*, § 7 Rn. 13; *Papier*, RdA 2000, 1, 4; siehe auch die Kritik zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 (Schwangerschaftsabbruch II) von Staudinger/*Honsell*, Einleitung BGB Rn. 191.

60 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 471.

61 Sachs/*Mann*, Art. 12 Rn. 21.

untergeordnet wird, dass in Anbetracht dessen Bedeutung und Tragweite von einem angemessenen Interessenausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.[62] Dabei kommt dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Bestandsinteresse des Arbeitnehmers eine hohe Bedeutung zu. Der Arbeitsplatz ist nicht nur wirtschaftliche Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer und seine Familie, sondern bestimmt auch dessen wohnliches und soziales Umfeld, seine gesellschaftliche Stellung und sein Selbstwertgefühl. Nicht zuletzt dient die berufliche Tätigkeit dem Arbeitnehmer zur Wahrnehmung seiner Persönlichkeit.[63] All dies wird mit der unfreiwilligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Frage gestellt.[64] Mit der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses ohne jegliche Bestandsfestigkeit läuft der Arbeitnehmer Gefahr, zuerst sein soziales und wohnliches Umfeld nach dem Arbeitsplatz auszurichten und anschließend den Arbeitsplatz und damit auch die Grundlage für seine Lebensführung grundlos und ohne Vorwarnung wieder zu verlieren. Vereinbarungen, in denen der Arbeitgeber sich eine willkürliche und jederzeitige Kündigungsmöglichkeit vorbehält, wären regelmäßig auf das Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Arbeitsvertragsparteien zurückzuführen.[65] Der Arbeitnehmer könnte seine Berufswahlfreiheit durch fremdbestimmte Vereinbarung eines bestandsschutzlosen Arbeitsverhältnisses unangemessen beeinträchtigen, indem er ein Abhängigkeitsverhältnis begründet, das zur freien Disposition des Arbeitgebers steht. Hier ist der Staat aus sozialstaatlichen Erwägungen verpflichtet, in die Berufsfreiheit der Parteien einzugreifen und zwingende Bestandsschutzregelungen zu schaffen, damit der Arbeitgeber als verhandlungsübermächtige Partei nicht unter Ausnutzung seiner Überlegenheit einseitig seine Interessen zulasten des Bestandsinteresses des Arbeitnehmers durchsetzen kann und die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers diesbezüglich leerläuft. Für das Kündigungsrecht ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 GG der Schutzauftrag an den Staat, Arbeitnehmer vor willkürlichen Arbeitgeberkündigungen zu schützen und ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme bei der Auswahl unter meh-

62 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 471.

63 Die negativen Auswirkungen des Arbeitsplatzverlusts auf die soziale Teilhabe, die Selbstwahrnehmung des sozialen Status, das gesellschaftliche Zugehörigkeitsempfinden, die Lebenszufriedenheit und die mentale Gesundheit bestätigt eine am 04.02.2022 veröffentliche Studie des IAB: *Gundert/Pohlan*, IAB-Kurzbericht 2/2022, S. 1ff.

64 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 471f.; LKB/*Krause*, Einleitung Rn. 69.

65 LKB/*Krause*, Einleitung Rn. 62.

reren Arbeitnehmern zu gewährleisten.[66] Auch im Befristungsrecht unterliegt der Gesetzgeber der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht zugunsten des Bestandsinteresses des strukturell unterlegenen Arbeitnehmers.[67] Das befristete Arbeitsverhältnis bietet für Arbeitnehmer nicht nur „die Chance, eine Brücke in existenzsichernde Beschäftigung zu finden, sondern erzeugt zugleich die Unsicherheit, ob die Existenzsicherung dauerhaft gelingt".[68] Dieser Unsicherheit muss der Gesetzgeber entgegenwirken und einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers, Bestandsinteresse des Arbeitnehmers und den Zugangsinteressen der Arbeitsplatzsuchenden schaffen.[69]

2. Unionsrechtliche Vorgaben an den Bestandsschutz im Befristungsrecht durch die Richtlinie 1999/70/EG

Durch die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.06.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge[70] hat das Befristungsrecht eine unionsrechtliche Prägung erlangt. Die durch die Richtlinie für verbindlich erklärte Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner vom 18.03.1999 enthält allgemeine Grundsätze und Mindestschutzvorschriften für befristete Arbeitsverhältnisse und schafft einen Rahmen, der den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse verhindert.[71] Ziel der Richtlinie ist es, „ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Anpassungsfähigkeit und Sicherheit zu erreichen."[72] Für den Bestandsschutz im Befristungsrecht entscheidend ist § 5 der Rahmenvereinbarung. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, eine oder mehrere der in § 5 Abs. 1 bezeichneten

66 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 472; BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 2 AZR 392/08, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 48; Urt. v. 19.01.1995 – 8 AZR 914/93, NZA 1996 585, 588; *Krause*, RdA 2016, 49, 54.

67 Vgl. BVerfG Beschl. v. 15.11.2018 – 1 BvR 1572/17, NZA 2019, 302, 304; BAG, Urt. v. 17.4.2019 – 7 AZR 410/17, NZA 2019, 1223, 1227; Urt. v. 30.8.2017 – 7 AZR 864/15, NZA 2018, 229, 232; BAG, Urt. v. 6. 4. 2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905, 909; Urt. v. 18. 10. 2006 – 7 AZR 419/05, NZA 2007, 332, 334.

68 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 776 Rn. 46.

69 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774, 776 Rn. 47; BAG, Urt. v. 15.08.2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45, 48; Urt. v. 15.02.2012 – 7 AZR 734/10, NZA 2012, 919, 920.

70 Abl. L 175 v. 10.07.1999, S. 43–48.

71 Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 1999/70/EG.

72 Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 1999/70/EG.

Maßnahmen zu ergreifen, um den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden. Die Mitgliedstaaten müssen die Möglichkeit zur Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse durch ein Sachgrunderfordernis oder eine maximale Dauer oder Verlängerungsanzahl beschränken.

Art. 30 GRCh, nach dem Arbeitnehmer Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung haben, kann, die sachliche Anwendbarkeit auf Befristungen unterstellt, bei der Auslegung von § 5 der Rahmenvereinbarung Bedeutung erlangen, gewährt aber grundsätzlich gegenüber der Befristungsrichtlinie keinen weitergehenden Schutz.[73]

3. Einfachrechtliche Ausgestaltung des Bestandsschutzes

Einfachrechtlich wird der Bestandsschutz insbesondere durch das Kündigungsschutzgesetz verwirklicht.[74] Mit dem Kündigungsschutzgesetz hat der Gesetzgeber einen verfassungsgemäßen Interessenausgleich zwischen Bestandsinteresse des Arbeitnehmers und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers getroffen.[75] Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes wird der Mindestbestandsschutz durch Anwendung und Auslegung der Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) erreicht.[76] Durch diese verbindlichen Bestandsschutzregelungen wird die Beendigungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber eingeschränkt. Er wird daran gehindert, sich arbeitsvertraglich eine Kündigungsmöglichkeit vorzubehalten, die gegen die zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzregeln verstößt. Das Arbeitsverhältnis erhält so eine gewisse dauerhafte Bestandsfestigkeit, die der Arbeitgeber womöglich nicht freiwillig zugesagt hätte.

Eine solche dauerhafte Bestandsfestigkeit fehlt dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer. Durch den Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses gehen die Parteien eine zeitlich begrenzte Bindung ein. Der befristet beschäftigte Arbeitnehmer hat in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis keinen

---

73 BAG, Urt. v. 22.01.2014 – 7 AZR 243/12, NZA 2014, 483, 486; EuArbRK/*Krebber*, RL 1999/70/EG Art. 1 Rn. 6.

74 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 471; APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 447.

75 APS/*Preis*, Grundlage A, Rn. 22.

76 BAG, Urt. v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436, 438; Urt. v. 21.02.2001 – 2 AZR 15/00, NZA 2001, 833, 834f.; APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 447.