

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem Newsletter möchten wir Ihnen als Arbeitgeber Tipps und Informationen zu Themen Lohn und Gehalt geben. Sollte das ein oder andere Thema bei Ihnen Fragen aufwerfen, so zögern Sie nicht uns anzurufen. Wir stehen Ihnen mit Rat und Tat zur Seite.

## **Erfolgsmodell Befristung: Der Mitarbeiter bleibt, solange Sie ihn brauchen**

Die derzeitige Wirtschaftslage ist für viele Unternehmen kompliziert. Die Konjunktur zieht an. Aber noch ist nicht klar, wie stabil der Aufschwung sein wird. Wenn Sie nun neue Mitarbeiter einstellen, dürfte eine Befristung des Arbeitsverhältnisses in Ihrem Interesse liegen.

### **Die Vorteile eines befristeten Arbeitsvertrags für Sie:**

- Das Arbeitsverhältnis endet automatisch zum vereinbarten Zeitpunkt, ohne dass Sie kündigen müssen.
- Das Arbeitsverhältnis endet selbst dann mit Fristablauf, wenn Ihr Mitarbeiter inzwischen besonderen Kündigungsschutz genießt (z. B. wegen Schwangerschaft oder Schwerbehinderung), sodass eine Kündigung kaum noch durchführbar wäre.
- Sie brauchen den Betriebsrat vor Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses nicht anzuhören (allenfalls bei Vertragsschluss).
- Sie riskieren keine Abfindungszahlungen.

### **Wann ein befristeter Arbeitsvertrag möglich ist**

Da ein befristeter Arbeitsvertrag den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern aushebeln kann, ist er nur unter ganz bestimmten, im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelten Voraussetzungen wirksam. Dabei gilt:

- In der Regel ist eine Befristung nur zulässig, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt.
- Ohne sachlichen Grund dürfen Sie einen befristeten Arbeitsvertrag nur mit neuen oder älteren Mitarbeitern schließen.
- Sie müssen die Befristung vor Beschäftigungsbeginn schriftlich vereinbaren – mit Ihrer Unterschrift und der des Mitarbeiters.

### **Die Folgen unwirksamer Befristung**

Sind die oben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Dieses können Sie nur durch Kündigung beenden, wobei Sie die üblichen Kündigungsschutzvorschriften beachten müssen. In der Regel darf Ihre Kündigung dann frühestens zum vorgesehenen Vertragsende erfolgen. Nur wenn die Befristung allein wegen fehlender Schriftform unwirksam ist, kommt auch eine frühere Kündigung in Betracht.

**Beachten Sie:** Die jüngste Rechtsprechung hat einige Erleichterungen für befristete Arbeitsverhältnisse gebracht (z. B. in Bezug auf die Probezeit), aber auch einige neue Fragen aufgeworfen (z. B. zu Mehrfachbefristungen, Verträgen mit älteren Mitarbeitern sowie zur Kombination von Zeit- und Zweckbefristung). Wie Sie nach aktueller Rechtslage optimal verfahren, lesen Sie in dieser Ausgabe.

## Befristung ohne Grund

### **Neue Mitarbeiter:**

#### **Wie die sachgrundlose Befristung funktioniert**

Wenn Sie einen Mitarbeiter vorher noch nie beschäftigt haben, dürfen Sie mit ihm ohne weiteres – ohne sachlichen Grund – einen befristeten Arbeitsvertrag schließen (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Das befristete Arbeitsverhältnis darf dann maximal 2 Jahre dauern. Innerhalb dieses Zeitraums sind bis zu 3 Vertragsverlängerungen möglich.

**Beispiel:** Sie stellen Herrn Rolf zum ersten Mal ein, und zwar befristet vom 1.10.2010 bis zum 31.3.2011. Da Sie ihn doch länger benötigen, verlängern Sie den Vertrag zunächst bis 30.9.2011, dann noch ein zweites Mal bis zum 31.3.2012 und schließlich ein drittes Mal bis zum 30.9.2012. Eine weitere Befristung ohne Sachgrund ist dann nicht mehr möglich. Das gilt auch, wenn Sie etwa bei der 3. Verlängerung nur eine Laufzeit bis 31.7.2012 vereinbaren.

**Tipp:** Tarifverträge können die Höchstdauer einer sachgrundlosen Befristung und die Anzahl der zulässigen Verlängerungen anders regeln. Diese Regelungen dürfen Sie im Geltungsbereich eines Tarifvertrags auch als nicht tarifgebundener Arbeitgeber übernehmen (§ 14 Abs. 2 TzBfG).

### **Vorsicht bei der Vertragsverlängerung**

Befristungen ohne Sachgrund scheitern häufig an Fehlern bei der Vertragsverlängerung. Darauf sollten Sie achten:

1. Sie müssen die Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrags vor Ablauf des bestehenden Vertragsverhältnisses schriftlich vereinbaren. Ansonsten entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Daran ändert auch eine nachträgliche schriftliche Vereinbarung nichts mehr (BAG, 16.3.2005, 7 AZR 289/04).
2. Der Verlängerungszeitraum muss sich unmittelbar an den ursprünglichen Arbeitsvertrag anschließen. Jede Unterbrechung führt zur Unwirksamkeit der Befristung, auch wenn die 2-Jahres-Frist noch nicht ausgeschöpft ist.
3. Bei der Vertragsverlängerung dürfen Sie nur die Laufzeit ändern. Andere Vertragsbedingungen dürfen sich nur insoweit ändern, als der Mitarbeiter hierauf ohnehin Anspruch hätte (z. B. Tariflohnerhöhung). Jede andere Änderung (z. B. individuelle Lohn- oder Arbeitszeiterhöhung oder Verzicht auf vorzeitige Kündigungsmöglichkeit) führt zu einem neuen Vertrag, der die sachgrundlose Befristung unwirksam macht (BAG, 6.1.2008, 7 AZR 603/06; 20.2.2008, 7 AZR 786/06).

**Tipp:** Sie können mit Ihrem Mitarbeiter eine Änderung der Bedingungen des bestehenden befristeten Arbeitsvertrags vereinbaren (ohne Laufzeitänderung). Die ursprünglich vereinbarte Befristung bleibt dann wirksam (BAG, 19.10.2005, 7 AZR 31/05).

**Wichtig:** Sie sind grundsätzlich nicht verpflichtet, einen befristeten Vertrag zu verlängern. Auch wenn Sie mehrere vergleichbare Mitarbeiter befristet beschäftigen, können Sie frei entscheiden, ob und wem Sie eine Vertragsverlängerung anbieten (BAG, 13.8.2008, 7 AZR 513/07). Allerdings dürfen Sie die Vertragsverlängerung nicht verweigern, weil die Mitarbeiterin inzwischen schwanger ist (ArbG Mainz, 2.9.2008, 3 Ca 1133/08).

## **Wer als „neuer Mitarbeiter“ gilt**

Einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag können Sie nur mit „neuen“ Mitarbeitern schließen. D. h., Sie dürfen den Mitarbeiter noch nie beschäftigt haben, auch nicht mit einem Ferien- oder Studentenjob. Ein Ausbildungsverhältnis hingegen zählt nicht als Arbeitsverhältnis, sodass Sie den früheren Azubi durchaus als neuen Mitarbeiter befristet beschäftigen dürfen.

## **Sonderfall Altersbefristung**

Mit einem über 52jährigen können Sie auch dann einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag schließen, wenn Sie ihn früher schon beschäftigt haben. Voraussetzung: Der Mitarbeiter war unmittelbar vorher mindestens 4 Monate arbeitslos, hat Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme (z. B. ABM oder 1-€-Job) teilgenommen (§ 14 Abs. 3 TzBfG). Die befristete Beschäftigung darf bis zu 5 Jahre dauern und bis dahin beliebig oft verlängert werden.

**Vorsicht:** Es ist heftig umstritten, ob die Altersbefristung europarechtskonform ist. Sie sollten sie deshalb nur nutzen, wenn es keine andere Befristungsmöglichkeit gibt.

## **Befristung mit Grund**

### **Befristung mit Grund auch für „frühere“ Mitarbeiter**

Eine Befristung, die aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, ist immer möglich, auch mit früheren Mitarbeitern. Allerdings genügen wirtschaftliche Gründe nicht als Befristungsgrund. § 14 Abs. 1 TzBfG nennt vielmehr die folgenden 8 Gründe:

#### **1. Vorübergehender Arbeitskräftebedarf**

Dieser besteht, wenn Sie nur vorübergehend zusätzliche Arbeitskräfte benötigen, z. B. für Saisonarbeiten, einen größeren Auftrag oder ein bestimmtes Projekt. Schon bei der Einstellung müssen Sie mit einiger Sicherheit sagen können, dass Ihr Bedarf mit Ende der Befristung entfällt. Eine unsichere Auftragslage allein reicht hingegen nicht aus. Denn damit würden Sie Ihr Unternehmerrisiko in unzulässiger Weise auf den Mitarbeiter abwälzen.

#### **2. Erstanstellung nach Ausbildung oder Studium**

Sachlich gerechtfertigt ist auch die befristete Einstellung eines Mitarbeiters nach Abschluss seiner Ausbildung oder seines Studiums, um ihm dadurch den Übergang in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Die zulässige Befristungsdauer richtet sich hierbei nach der Zeit, die erforderlich ist, um eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Nach herrschender Auffassung dürfen das durchaus 3 Jahre sein. Eine Stückelung mit anschließender Vertragsverlängerung ist jedoch nicht möglich (BAG, 10.10.2007, 7 AZR 795/06).

**Tipp:** Im Anschluss an eine Berufsausbildung (kein Studium!) können Sie auch einen sachgrundlos befristeten Vertrag für bis zu 2 Jahre schließen.

### 3. Vertretung

Ein weiterer Befristungsgrund ist die Vertretung eines anderen Mitarbeiters, der z. B. wegen Elternzeit oder Krankheit ausfällt. Vor Einstellung der Ersatzkraft müssen Sie sich nicht erkundigen, ob der ausgefallene Mitarbeiter überhaupt zurückkommen kann oder will. Wenn er Ihnen jedoch verbindlich erklärt hat, dass er nicht zurückkehren wird, gibt es keinen Befristungsgrund mehr (BAG, 2.7.2003, 7 AZR 529/02). Sie können die Ersatzkraft dann nur noch unbefristet oder mit sachgrundloser Befristung einstellen.

Sie müssen den befristet eingestellten Mitarbeiter übrigens nicht mit den gleichen Aufgaben beschäftigen, die der ausgefallene Mitarbeiter erledigt hat. Es reicht aus, dass durch den Ausfall Ihres Mitarbeiters eine Ersatzkraft benötigt wird (BAG, 15.2.2006, 7 AZR 232/05). Ebenso bleibt es Ihnen überlassen, ob Sie den Vertreter für die gesamte Dauer der Abwesenheit einstellen oder nur für einen Teil dieser Zeit (BAG, 6.12.2000, 7 AZR 262/99). Der Ausfall einer Halbtagskraft rechtfertigt jedoch nicht die befristete Einstellung einer Vollzeitkraft (BAG, 4.6.2003, 7 AZR 523/02). Andererseits ist es zulässig, wenn die Ersatzkraft zwecks Einarbeitung schon etwas früher beginnt.

### 4. Eigenart der Arbeitsleistung

Auch die Eigenart der Arbeitsleistung kann eine Befristung rechtfertigen. Das betrifft etwa Schauspieler, Solosänger oder programmgestaltende Mitarbeiter von Rundfunkanstalten.

#### Wie lange darf die Befristung dauern?

Auch bei einer Befristung mit Sachgrund werden Sie sich fragen: „Wie lange darf die Befristung dauern?“ Ausschlaggebend ist hier der Befristungsgrund. Wenn etwa eine Mitarbeiterin für 3 Jahre in Elternzeit geht, dürfen Sie den Vertrag der Ersatzkraft auf 3 Jahre befristen. Auch eine vorherige Einarbeitungszeit ist möglich. Schließt sich an die 3 Jahre eine neue Elternzeit wegen der Geburt eines weiteren Kindes an, dürfen Sie den befristeten Vertrag der Ersatzkraft entsprechend verlängern. So ist es möglich, einen Mitarbeiter über viele Jahre hinweg befristet zu beschäftigen. Eine gesetzliche Höchstgrenze gibt es für Befristungen nicht.

#### Größeres Risiko bei Mehrfachbefristung?

Derzeit ist ein Verfahren beim EuGH anhängig, in dem entschieden werden soll, ob die Anforderungen an den Befristungsgrund steigen, wenn ein Mitarbeiter über lange Zeit immer wieder befristet beschäftigt wird (LAG Köln, 13.4.2010, 7 Sa 1224/09). Das BAG verneint dies bislang und prüft zudem grundsätzlich nur, ob der Grund für die letzte Befristung stichhaltig ist (BAG, 25.3.2009, 7 AZR 34/08).

### 5. Erprobung

Wenn Sie sich ein Bild von der Eignung eines neuen Mitarbeiters machen wollen, dürfen Sie das Arbeitsverhältnis ebenfalls befristen. Die Dauer der Befristung muss aber erforderlich und angemessen sein. In der Regel sind deshalb maximal 6 Monate zulässig.

Diese Befristungsvariante kann gegenüber der „normalen“ Probezeit etwas vorteilhafter sein. Denn bei der Befristung lassen Sie den Vertrag einfach auslaufen, wenn der Bewerber ungeeignet ist. Ohne Befristung müssten Sie kündigen und – z. B. bei Schwangerschaft – auch den Sonderkündigungsschutz beachten.

**Beachten Sie:** Mit einem Mitarbeiter, den Sie zuvor befristet oder unbefristet beschäftigt haben, können Sie in der Regel keinen befristeten Probearbeitsvertrag vereinbaren. Ausnahmen: Der Mitarbeiter soll neue Aufgaben mit deutlich anderen Anforderungen übernehmen oder die frühere Beschäftigung liegt schon längere Zeit zurück.

## 6. Gründe in der Person des Mitarbeiters

Die Zulässigkeit eines befristeten Arbeitsvertrags kann sich auch aus Gründen in der Person des Mitarbeiters ergeben. So dürfen Sie das Arbeitsverhältnis auf den Zeitpunkt befristen, an dem

- der Mitarbeiter die Regelaltersgrenze (derzeit 65 Jahre) erreicht,
- die Aufenthaltserlaubnis eines ausländischen Mitarbeiters ausläuft, sofern sie voraussichtlich nicht verlängert wird,
- die Förderung einer ABM-Maßnahme ausläuft, auch wenn die Förderung von einer späteren Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abhängig gemacht wurde (BAG, 19.1.2005, 7 AZR 250/04). Ein Eingliederungszuschuss gemäß §§ 217 ff. SGB III hingegen ist kein Grund das Arbeitsverhältnis entsprechend zu befristen (BAG, 4.6.2003, 7 AZR 489/02); oder
- der Mitarbeiter selbst das Ende der Beschäftigung wünscht. Achtung: Sie sind beweispflichtig dafür, dass der Mitarbeiter einen unbefristeten Vertrag nicht angenommen hätte.

## 7. Zweckbindung von Haushaltsmitteln im öffentlichen Dienst

Im öffentlichen Dienst ist eine Befristung gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG möglich, wenn der Mitarbeiter aus Mitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Stelle bestimmt sind. Der Zweck der Befristung (z. B. zur Bewältigung von Nachfragespitzen) muss dann nach der bisherigen Rechtsprechung im Haushalt genannt sein und der Mitarbeiter entsprechend eingesetzt werden (BAG, 18.10.2006, 7 AZR 419/05). Allerdings ist derzeit ein Verfahren beim EuGH anhängig, in dem geprüft wird, ob Befristungen aus Haushaltsgründen überhaupt zulässig sind. Schließlich werden wirtschaftliche Gründe in der Privatwirtschaft nicht als Befristungsgrund akzeptiert.

## 8. Gerichtlicher Vergleich

Wenn Sie und Ihr Mitarbeiter sich vor Gericht vergleichsweise auf eine befristete Beschäftigung verständigt haben, liegt ebenfalls ein sachlicher Grund für eine Befristung vor. Aber **Vorsicht:** Ein außergerichtlicher Vergleich genügt den Anforderungen ebenso wenig wie ein „getürkter“ Vergleich

### **Befristungsgrund nennen oder nicht?**

Die Befristung und ihre Dauer müssen Sie immer schriftlich vereinbaren. Sie müssen aber nicht angeben, ob es sich um eine Befristung mit oder ohne Sachgrund handelt. Ausnahme: Bei einer **Zweckbefristung** müssen Sie den Befristungsgrund angeben, weil die Vertragsdauer sonst nicht erkennbar ist und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht. Den Befristungsgrund müssen Sie dann auch in jedem zweckbefristeten Verlängerungsvertrag angeben. Das gilt selbst dann, wenn sich am ursprünglichen Grund nichts ändert (BAG, 21.12.2005, 7 AZR 541/04).

Bei einer **Zeitbefristung** reicht es – sofern tarifvertraglich nichts anderes vorgeschrieben ist –, dass der Grund tatsächlich vorliegt. Sie müssen ihn also nicht im Arbeitsvertrag nennen.

**Tipp:** Bei Mitarbeitern, die Sie zum ersten Mal beschäftigen, nennen Sie besser keinen Befristungsgrund. Denn mit dessen Nennung legen Sie sich fest. Greift Ihr Mitarbeiter später den Grund für die Befristung an, können Sie nicht mehr geltend machen, dass auch eine Befristung ohne Sachgrund zulässig gewesen wäre (BAG, 5.6.2002, 7 AZR 241/01).

## Vertragsschluss

### Die wichtigsten Punkte bei Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags

#### Der häufigste Fehler: fehlende Schriftform

Die Befristung ist nur wirksam, wenn sie schriftlich mit der Unterschrift von Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart wurde. Fax oder E-Mail genügt hier nicht – auch nicht bei einer befristeten Vertragsverlängerung. Außerdem muss es sich um eine „richtige“ Unterschrift handeln, also kein Kürzel oder Initialen (LAG Berlin-Brandenburg, 26.3.2010, 6 Sa 2345/09).

Am sichersten ist es, wenn Sie und Ihr Mitarbeiter den befristeten Arbeitsvertrag vor der Arbeitsaufnahme unterschreiben. Die befristete Vertragsverlängerung sollten beide Seiten vor Ablauf des ursprünglichen Vertrags unterzeichnen.

Es genügt auch, wenn Sie dem Mitarbeiter den von Ihnen unterschriebenen Vertrag vor Beschäftigungsbeginn zuschicken mit der Bitte um Rücksendung eines vom Mitarbeiter unterschriebenen Exemplars. Die Schriftform ist auch dann gewahrt, wenn der Mitarbeiter das von ihm unterschriebene Exemplar erst nach der Arbeitsaufnahme vorlegt (BAG, 16.4.2008, 7 AZR 1048/06).

Die Schriftform ist hingegen nicht gewahrt und die Befristung folglich unwirksam, wenn Sie

- beide die Befristung zunächst mündlich vereinbaren, den Vertrag aber erst nach der Arbeitsaufnahme unterzeichnen oder
- dem Mitarbeiter einseitig mitteilen, dass Sie seinen bestehenden Vertrag verlängern.

#### Vorzeitige Kündigung ermöglichen

Einen befristeten Arbeitsvertrag können Sie in der Regel nur außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen (§ 15 Abs. 3 TzBfG). Um das Arbeitsverhältnis darüber hinaus auch vor Fristablauf ordentlich kündigen zu können, sollten Sie diese Möglichkeit im Arbeitsvertrag vereinbaren. Musterformulierung:

„Das Arbeitsverhältnis ist entsprechend § 622 BGB von den Vertragsparteien kündbar.“

oder:

„Das Arbeitsverhältnis kann – unabhängig von der Befristung – von beiden Vertragsparteien nach den gesetzlichen Vorschriften ordentlich gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.“

#### Probezeit ermöglicht schnellere Kündigung

Um sicherzustellen, dass Sie zu Anfang des Arbeitsverhältnisses mit der kurzen Frist von 2 Wochen kündigen können, vereinbaren Sie eine Probezeit für 6 Monate. Die 6-monatige Probezeit wird von den Gerichten nicht auf Angemessenheit geprüft. Sie können sie bei einem kürzeren Arbeitsvertrag auch noch für eine eventuelle Vertragsverlängerung nutzen (BAG, 24.1.2008, 6 AZR 519/07; LAG Hamm, 31.10.2006, 19 Sa 1119/06). Musterformulierung:

„Die ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses gelten als Probezeit. Soweit die Probezeit im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht ausgeschöpft wird, wird sie bei einer eventuellen Vertragsverlängerung fortgesetzt.“

## Musterformulierungen für Ihre befristeten Arbeitsverträge

### Sachgrundlose Befristung:

Das Arbeitsverhältnis beginnt am ... und endet am .... Die Befristung erfolgt gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG. Der Arbeitnehmer erklärt, dass er bisher noch nie beim Arbeitgeber beschäftigt war.“

### Vertragsverlängerung:

„Das am ... begründete Arbeitsverhältnis wird zu ansonsten unveränderten Bedingungen bis zum ... fortgesetzt.“

### Vertragsänderung:

„Die Bedingungen des Arbeitsvertrags vom... werden wie folgt geändert: ... Die übrigen Vertragsbedingungen einschließlich Laufzeit bleiben unverändert.“

## Zeitbefristung oder Zweckbefristung?

Eine Befristung können Sie sowohl für eine kalendermäßig festgelegte Zeit (Zeitbefristung) als auch für einen bestimmten Zweck, also beispielsweise für die Dauer einer Vertretung oder eines Projekts, vereinbaren (Zweckbefristung).

### So vereinbaren Sie eine Zeitbefristung

Bei einer Zeitbefristung muss der Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis enden soll, kalendermäßig bestimmbar sein. Das formulieren Sie etwa so:

„Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.10.2010 und endet am 30.9.2011.“

„Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.10.2010 und ist auf 6 Monate befristet.“

### So vereinbaren Sie eine Zweckbefristung

Bei einer Zweckbefristung koppeln Sie das Ende der Beschäftigung an die Erreichung des Zwecks, den Sie mit der Einstellung des Mitarbeiters verfolgt haben, beispielsweise an das Ende des Projekts oder die Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Formulieren Sie etwa so:

„Das Arbeitsverhältnis beginnt am ... und ist bis zum Ende der Elternzeit von Frau Biedermann befristet.“

„Das Arbeitsverhältnis beginnt am ... und ist befristet bis zum Abschluss der Testphase des Modells Yolly Sport 3.“

Die Zweckbefristung ist vor allem dann sinnvoll, wenn Sie noch nicht genau wissen, wie lange Sie den Mitarbeiter tatsächlich benötigen. Sie müssen den befristet eingestellten Mitarbeiter dann allerdings mindestens 2 Wochen vorher schriftlich über die Erreichung des Zwecks und das Ende seiner Beschäftigung informieren (§ 15 Abs. 2 TzBfG).

### Vorsicht bei der Kombination von Zeit- und Zweckbefristung

Vor allem in Vertretungsfällen werden Zeit- und Zweckbefristung häufig kombiniert, beispielsweise so:

Das Arbeitsverhältnis ist befristet zum Zweck der Vertretung von Herrn ..., längstens bis zum 31.12.2011.“

Eine solche Kombination ist zulässig und wirksam (BAG, 22.4.2009, 7 AZR 768/07). Sie ist immer dann sinnvoll, wenn der Zweck Ihrer Befristung möglicherweise nie erreicht wird, etwa weil der zu vertretende Mitarbeiter nicht an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt. Wenn Sie hier nicht vorsorgen, haben Sie die Vertretungskraft gegen Ihren Willen unbefristet an sich gebunden, obwohl Sie an die Qualifikation eines auf Dauer beschäftigten Mitarbeiters doch möglicherweise höhere Anforderungen stellen.

Allerdings sollten Sie vorsichtig sein, wenn der Befristungszweck vorzeitig erreicht wird – etwa weil Ihre Mitarbeiterin früher als geplant aus der Elternzeit zurückkehrt. In diesem Fall sollten Sie das Arbeitsverhältnis der Ersatzkraft unverzüglich beenden. Beschäftigen Sie die Ersatzkraft nämlich

weiter bis zur kalendermäßig vereinbarten Höchstdauer, ist dies nicht mehr vom Sachgrund der Befristung gedeckt. Die Ersatzkraft kann also auf unbefristete Weiterbeschäftigung klagen (LAG Hamm, 29.10.2009, 11 Sa 802/09).

## Was sonst noch zu beachten ist

**Betriebsrat:** Haben Sie einen Betriebsrat, müssen Sie diesen über die Zahl der befristet Beschäftigten und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft informieren. Beschäftigen Sie mehr als 20 wahlberechtigte Mitarbeiter, müssen Sie sogar die Zustimmung des Betriebsrats einholen. Das gilt auch bei einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags oder seiner Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag.

**Urlaub:** Befristet beschäftigte Mitarbeiter haben die üblichen Urlaubsansprüche – gegebenenfalls anteilig. Nur bei Beschäftigungsdauer unter einem Monat entsteht kein Urlaubsanspruch (§ 5 BUrlG).

### Sonderzahlungen:

Befristet beschäftigte Mitarbeiter haben wie alle anderen Arbeitnehmer Anspruch auf Sonderzahlungen (BAG, 28.3.2007, 10 AZR 261/06). Dient die Zahlung der Belohnung von Betriebstreue, dürfen Sie befristet Beschäftigte aber ausnehmen.

### Musterformulierung:

„Ein Anspruch auf Sonderzahlung besteht nur, wenn das Arbeitsverhältnis am Stichtag ... ungekündigt ist. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses oder ein Aufhebungsvertrag stehen der Kündigung gleich.“

## Vertragsende

### Ihre Pflichten bei Ablauf des befristeten Arbeitsvertrags

Auch wenn Sie den Arbeitsvertrag wirksam befristet haben, müssen Sie bei Vertragsende aufpassen, dass nicht unversehens doch noch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.

### Keinen Tag länger beschäftigen bei zeitlicher Befristung

Ein zeitbefristetes Arbeitsverhältnis endet automatisch zum vereinbarten Termin. Sie müssen weder kündigen noch den Mitarbeiter auf den Ablauf der Frist aufmerksam machen.

Aber Vorsicht: Achten Sie unbedingt darauf, dass der Mitarbeiter seine Arbeit zum vereinbarten Termin wirklich einstellt. Andernfalls wird aus dem befristeten nämlich ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Sie können die Befristung dann nur noch retten, indem Sie der Weiterbeschäftigung unverzüglich widersprechen und den Mitarbeiter auffordern, den Arbeitsplatz zu verlassen (§ 15 Abs. 5 TzBfG).

Diese Vorschrift ist unabdingbar. Sie haben also keine Möglichkeit, der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses schon im Arbeitsvertrag wirksam zu widersprechen.

### Vorherige Ankündigung bei Zweckbefristung

Auch bei einem zweckbefristeten Arbeitsvertrag müssen Sie nicht kündigen. Sie müssen Ihrem Mitarbeiter aber mindestens 2 Wochen vorher schriftlich über die Erreichung des Zwecks und das Ende seines Arbeitsverhältnisses informieren (§ 15 Abs. 2 TzBfG). Versäumen Sie diese Mitteilung und setzen Sie das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt der Zweckerreichung hinaus fort, entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

**Beachten Sie:** Die Information ist auch erforderlich, wenn Sie Zeit- und Zweckbefristung kombiniert haben und der Vertragszweck vor dem vereinbarten Enddatum erreicht wird.

## Vorsicht bei Zeitguthaben

Wenn Sie flexible Arbeitszeiten haben und Ihr Mitarbeiter bei Befristungsende noch über ein Zeitguthaben verfügt, sollten Sie vorsichtig sein. Werden Zeitguthaben bei Ihnen nur durch Arbeitsfreistellung ausgeglichen, könnte Ihr Mitarbeiter nämlich behaupten, sein Arbeitsverhältnis bestehe deshalb unbefristet fort – so geschehen in einem vom BAG entschiedenen Fall (BAG, 16.4.2003, 7 AZR 119/02). Der Mitarbeiter verlor den Prozess zwar wegen eines Formfehlers, die Entscheidung in der Sache selbst wurde aber offengelassen.

## Sonderfall Elternzeit

Endet die Elternzeit eines Mitarbeiters vorzeitig, dürfen Sie der befristet eingestellten Ersatzkraft mit einer Frist von 3 Wochen kündigen, und zwar frühestens zum tatsächlichen Ende der Elternzeit (§ 21 Abs. 4 BEEG). Aber: Das Sonderkündigungsrecht besteht nur, wenn Sie der vorzeitigen Beendigung der Elternzeit nicht widersprechen können (z. B. bei Tod des Kindes). Dieses Problem umgehen Sie am besten, indem Sie für Elternzeitvertretungen eine Zweckbefristung vereinbaren. Denn hier endet das Arbeitsverhältnis mit der Rückkehr des Mitarbeiters aus der Elternzeit – egal, ob diese planmäßig erfolgt oder nicht.

## 3 Wochen Klagefrist

Wenn Ihr Mitarbeiter die Befristung für unwirksam hält, kann er bis zu 3 Wochen nach dem vereinbarten Beendigungstermin Klage beim Arbeitsgericht erheben. Bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das Befristungsende hinaus beginnt die Klagefrist erst, wenn Sie dem Mitarbeiter schriftlich erklärt haben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung beendet wurde. Ihr Mitarbeiter kann die Klage aber auch schon lange vor dem vereinbarten Vertragsende erheben (BAG, 2.6.2010, 7 AZR 136/09).

## Vorsicht bei Weiterbeschäftigung im Kündigungsschutzverfahren

Wenn ein befristet oder unbefristet beschäftigter Mitarbeiter gegen seine Entlassung klagt, kann es sinnvoll sein, dass Sie ihn bis zum Abschluss des Rechtsstreits weiterbeschäftigen, um Lohnnachzahlungen für die Zwischenzeit zu vermeiden. Aber Vorsicht: Die Beschäftigung „bis zum Ende des Rechtsstreits“ müssen Sie wie jede andere Befristung schriftlich vereinbaren. Andernfalls entsteht ein neuer unbefristeter Vertrag, an den Sie auch dann gebunden bleiben, wenn Sie den Kündigungsschutzprozess gewinnen (BAG, 22.12.2003, 7 AZR 113/03).

## Aktuelle Urteile

### Befristet zur Vertretung: Ihre Möglichkeiten und die Grenzen

Wenn Sie einen Mitarbeiter befristet als Ersatzkraft einstellen, ist es weitgehend Ihnen überlassen, welche Aufgaben Sie ihm übertragen. Sie können

- die Ersatzkraft mit den Aufgaben des ausgefallenen Mitarbeiters betrauen (unmittelbare Vertretung) oder
- die Aufgaben des abwesenden Mitarbeiters auf Kollegen verteilen, sodass die Ersatzkraft deren Aufgaben übernimmt (mittelbare Vertretung), oder
- der Ersatzkraft neue Aufgaben zuweisen, die der abwesende Mitarbeiter nie ausgeübt hat, die Sie ihm aber nach seiner Rückkehr kraft Ihres Direktionsrechts zuweisen könnten.

Aber Vorsicht: Wenn Sie die dritte Variante nutzen wollen, muss bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags erkennbar sein, welchen abwesenden Stammmitarbeiter Sie den Aufgaben der Ersatzkraft gedanklich zuordnen (z. B. durch Nennung im Arbeitsvertrag). Außerdem muss der Stammmitarbeiter fachlich in der Lage sein, die Aufgaben der Ersatzkraft zu übernehmen. Wenn er hierfür eine kurze Einarbeitung braucht, ist das unproblematisch. Haben Sie der Ersatzkraft jedoch Aufgaben zugewiesen, die der Stammmitarbeiter erst nach einer umfangreichen Fortbildung übernehmen kann, ist ein Vertretungsfall nicht gegeben (BAG, 14.4.2010, 7 AZR 121/09).

**Tipp:** Im Unternehmen mit vielen vergleichbaren Mitarbeitern können Sie durchaus immer wieder auf dieselbe Ersatzkraft zur Vertretung zurückgreifen. Allerdings sollten Sie für jeden Vertretungsfall einen eigenen befristeten Arbeitsvertrag schließen. Denn eine Dauervertretung im Sinne eines Springers rechtfertigt keine Befristung (BAG, 25.3.2009, 7 AZR 34/08).

## **Saisonarbeiten: Nur zielgenaue Befristungen sind wirksam**

**Der Fall:** Ein Einzelhandelsunternehmen stellte alljährlich für das Herbst und Weihnachtsgeschäft eine größere Zahl von Aushilfen befristet für Oktober bis Januar ein. Mindestarbeitszeit: 4 Stunden pro Monat. Tatsächliche Arbeitszeit: durchschnittlich 100 Stunden pro Monat. Die meisten Arbeitsstunden fielen im Oktober und im Januar an, obwohl das Unternehmen nur für die Zeit von Mitte November bis Anfang Januar erhöhte Umsatz- und Kundenzahlen nachweisen konnte. Vor diesem Hintergrund wertete das Gericht die Befristung einer Aushilfe als unbegründet und damit als unwirksam.

**Denn:** Eine Befristung wegen vorübergehenden Mehrbedarfs an Arbeitskräften ist nur in dem Umfang gerechtfertigt, in dem es voraussichtlich einen Mehrbedarf geben wird. Hierüber müssen Sie eine fundierte Prognose erstellen und sowohl die Befristungsdauer als auch die Arbeitszeit danach ausrichten. Im Urteilsfall ging das Gericht davon aus, dass es keine Prognose gab und dass der Arbeitgeber die Aushilfskräfte lediglich zur freien Verfügung „vorrätig“ halten wollte. Das jedoch kann keine Befristung rechtfertigen (LAG Düsseldorf, 16.1.2008, 12 Sa 1524/07).

### **Befristung durch getürkten Vergleich ist unwirksam**

**Der Fall:** Der Personaldezernent einer Universität wollte den befristeten Arbeitsvertrag einer Mitarbeiterin um 13 Monate verlängern. Das versuchte er folgendermaßen abzusichern: Er setzte eine Klageschrift auf, in der die Mitarbeiterin gegen die ursprüngliche Befristung klagte. Dann fuhr er mit ihr zum Gericht, verzichtete auf die förmliche Zustellung der Klage und ließ sofort einen gerichtlichen Vergleich protokollieren, wonach das Arbeitsverhältnis 13 Monate nach der ersten Befristung endete. Damit glaubte er, sein Ziel erreicht zu haben.

Allerdings klagte die Mitarbeiterin später gegen die im Vergleich vereinbarte Befristung und hatte Erfolg. Weil der Vergleich inszeniert war und es auch keinen Sachgrund für die Befristung gab, befand sich die Mitarbeiterin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis (BAG, 13.12.2007, 6 AZR 200/07).

**Beachten Sie:** Die Entscheidung ist umstritten, weil es relativ häufig vorkommt, dass Gerichte einen Vergleich protokollieren, auf den sich die Parteien zuvor geeinigt haben. So offensichtlich wie im Urteilsfall sollten Sie aber nicht vorgehen.