

**Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht**

Band 18

Zulässigkeit und Grenzen der Projektbefristung

Von

Marie-Katrin Schaich



Duncker & Humblot · Berlin

MARIE-KATRIN SCHAICH

Zulässigkeit und Grenzen der Projektbefristung

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 18

Zulässigkeit und Grenzen der Projektbefristung

Von

Marie-Katrin Schaich



Duncker & Humblot · Berlin

Veröffentlicht mit finanzieller Unterstützung der Universität Passau.

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht.
Die E-Book-Version ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59003-2> abrufbar.

Die freie Verfügbarkeit des E-Books wurde ermöglicht durch den Open-Access-
Publikationsfonds der Universitätsbibliothek Passau.



© 2024 Marie-Katrin Schaich
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-19003-4 (Print)
ISBN 978-3-428-59003-2 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59003-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand ihrer Abgabe im März 2023. Punktuell wurden noch Aktualisierungen bis Juli 2023 vorgenommen.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Frank Bayreuther. Durch seine lebendigen Vorlesungen im Schwerpunktbereich hat er meine Begeisterung für das Arbeitsrecht geweckt und meine Freude an der Rechtswissenschaft bestärkt. Durch die Aufnahme als studentische Hilfskraft in sein Lehrstuhlteam hat er mich zudem früh mit der Freude am wissenschaftlichen Arbeiten angesteckt. Als wissenschaftliche Mitarbeiterin hat mich unsere tägliche Zusammenarbeit bis heute fachlich wie persönlich sehr geprägt. Als Doktorandin genoss ich seine kontinuierliche Unterstützung und persönliche Förderung. Nicht zuletzt hat er durch die rasche Erstellung des Erstgutachtens dafür gesorgt, dass ich mein Promotionsvorhaben zeitnah abschließen konnte.

Ebenso möchte ich mich bei Professor Dr. Rainer Sieg bedanken. Der konstante und persönliche Austausch mit ihm über die arbeitsrechtliche Praxis ist für mich von hohem Wert. Er hat sich zudem früh als Zweitgutachter der Arbeit angeboten, die Entstehung meiner Promotionsschrift mit Interesse verfolgt und das Gutachten sodann zuverlässig und blitzschnell erstellt.

Der Universität Passau danke ich für den großzügigen Druckkostenzuschuss sowie die Förderung der Open-Access Veröffentlichung durch die Universitätsbibliothek.

Neben dem Doktorandinnen-Netzwerk des Deutschen Juristinnenbundes e. V., durch das ich viel Austausch, Inspiration und Empowerment erfahren habe, möchte ich an dieser Stelle gern Christoph Mayer, Dr. Sebastian Fernkorn und Selma Lyn Kalkutschke namentlich erwähnen. Ihre Diskussionsbereitschaft und ihre klugen Anmerkungen haben mich immer wieder aufs Neue herausgefordert, meine Thesen kritisch zu hinterfragen und weiterzuentwickeln.

Mein letzter und gleichzeitig größter Dank gebührt jedoch meinen Eltern, deren Priorität es immer war, mir die besten Voraussetzungen sowohl für das Hochschulstudium als auch für die Promotion zu schaffen. Ohne ihren Rückhalt wäre ich heute schlichtweg keine promovierte Juristin.

Passau, im September 2023

Marie-Katrin Schach

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
-------------------------	----

Erstes Kapitel

Der Projektbegriff	19
---------------------------	----

A. Betriebswirtschaftlicher Projektbegriff des Projektmanagements	20
I. Projektdefinition	21
1. Projekt i. S. d. DIN 69901-5	22
2. Projekt i. S. d. DIN ISO 21500:2016-02	22
3. Zwischenergebnis	23
II. Funktion der Definition: Abgrenzung des Projekts zur Routineaufgabe und zum Prozess	23
1. Abgrenzung zur Routineaufgabe	23
2. Abgrenzung zum Prozess	23
3. Zwischenergebnis	24
III. Folge einer fehlerhaften Abgrenzung	24
B. Der Projektbegriff i. S. d. Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	24
I. Definition	25
II. Funktion der Definition: Abgrenzung der Projektaufgabe zur Daueraufgabe ...	26
III. Folge einer fehlerhaften Abgrenzung	27
C. Weitere Bedeutung des Projektbegriffs im Arbeitsrecht	27
I. Projekt i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	27
II. Projekt i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG	28
III. Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. § 1 AÜG bei Gemeinschaftsprojekten	29
D. Vergleich der Projektbegriffe des Projektmanagements und des TzBfG	30
E. Ergebnis des ersten Kapitels	31

Zweites Kapitel

Rechtsgrundlagen der Projektbefristung	33
---	----

A. Überblick über die Rechtsgrundlagen der Projektbefristung	33
--	----

B. Projektbefristung als Bedarfsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	34
I. Überblick über die Bedarfsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	34
II. Für alle Fallgruppen geltende Annahmen zur Bedarfsprognose	36
1. Inhalt der negativen Beschäftigungsprognose	36
a) Abgrenzung von vorübergehendem Bedarf und unternehmerischem Risiko durch Konkretisierung des Merkmals ‚vorübergehend‘	36
aa) Keine Konkretisierung allein aus dem Wortlaut möglich	38
bb) Keine Konkretisierung durch den Vergleich zur Verwendung des Begriffs ‚vorübergehend‘ an anderen Stellen im Gesetz	38
(1) § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG	38
(2) § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG und § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III	39
(3) Resümee zu zeitlichen Höchstgrenzen als Konkretisierungsmerkmal für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	40
cc) Konkretisierung durch den Vergleich zu (objektiven) betrieblichen Gründen	41
dd) Zwischenergebnis	42
b) Schlussfolgerung für die Bestimmung des vorübergehenden Bedarfs bei einer Dauer- bzw. Zusatzaufgabe	42
c) Keine eigene Rechtfertigung bzgl. der Dauer der Befristung	43
2. Prognosemaßstab der hinreichenden Sicherheit	43
3. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für den Nachweis der Richtigkeit der Bedarfsprognose sowie Anforderungen an die Darlegung im Einzelfall	44
a) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	44
b) Anforderungen an die Darlegung des vorübergehenden Bedarfs	45
4. Steigende Anforderungen an die Bedarfsprognose bei Mehrfachbefristung?	46
a) Unionsrechtliche Vorgaben für die arbeitgeberseitige Prognose gem. § 5 Nr. 1 lit. a EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung	47
b) Uneinheitliche Handhabung durch das BAG	47
c) Stand der Diskussion im deutschen Recht zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	48
d) Stand der Diskussion im deutschen Recht losgelöst von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	50
e) Stellungnahme: Keine Steigerung der Prognoseanforderungen bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	51
f) Zwischenergebnis	52
5. Zwischenergebnis	52
III. Bezugspunkte der Prognosen für die Fallgruppe Projektbefristung	53
1. Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs im Projekt	53
2. Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. überwiegender Beschäftigung des Arbeitnehmers mit Projektaufgaben	53
3. Keine Entbehrlichkeit der Prognose bei Einbezug des Verhaltens Dritter ...	54

IV.	Bezugspunkt der Prognosen für die übrigen Fallgruppen	54
1.	Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs im Betrieb	55
2.	Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. Deckung von Mehrbedarf und Einstellung (Kausalität)	55
V.	Rückschlüsse auf die Fallgruppe der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus einem Vergleich mit den übrigen Fallgruppen der Norm	56
C.	Projektbefristung als Finanzierungsbefristung, § 2 Abs. 2 WissZeitVG und ungeschriebener Sachgrund der ‚Drittmittelbefristung‘	57
I.	Überblick über die Projektbefristung als Finanzierungsbefristung	57
II.	Entwicklung des Befristungsgrundes der Drittmittelfinanzierung	57
1.	Drittmittelfinanzierung als Sachgrund für die Befristung i. S. d. § 620 BGB a. F.	58
2.	Drittmittelfinanzierung als Sachgrund für die Befristung gem. § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F.	59
3.	Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund, gestützt auf § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG	60
4.	Drittmittelfinanzierung als Sachgrund für die Befristung gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG	61
5.	Gegenüberstellung der historischen Tatbestände und § 2 Abs. 2 WissZeitVG	62
a)	Vergleich der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 620 BGB a. F. bzw. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG	62
b)	Vergleich von § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG	62
6.	Zwischenergebnis	63
III.	Prognose im Rahmen der Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG	63
1.	Bezugspunkt der Prognose: Finanzierung und/oder Bedarf an der Arbeitsleistung?	64
a)	Wortlautauslegung	64
b)	Systematische Auslegung	65
c)	Historische Auslegung	65
d)	Auslegung nach dem Telos der Norm, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich der Drittmittelforschung zu schaffen	66
aa)	‚Doppelte‘ Prognose als unbillig hohe Hürde für die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers	67
bb)	§ 2 Abs. 2 WissZeitVG als Bedarfsbefristung neben § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG überflüssig	67
cc)	Projektabschluss bei Befristungsende gerade keine Wirksamkeitsvoraussetzung, vgl. § 2 Abs. 2 Hs. 2 WissZeitVG	68
dd)	Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG	69
e)	Ergebnis der Auslegung	69

2. Auswirkungen der (prognosewidrigen) tatsächlichen Entwicklung auf die Wirksamkeit der Befristung	70
IV. Länge der Befristung: Vereinbarte Befristungsdauer ‚soll‘ dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen	70
1. Kürzere Befristungsdauer als Bewilligungszeitraum grundsätzlich zulässig	71
2. Längere Befristungsdauer als Bewilligungszeitraum grundsätzlich unzulässig	71
3. Zwischenergebnis	72
V. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Drittmittelprojektbefristung gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG im Einzelnen	72
1. Finanzierung der Stelle des befristeten Arbeitnehmers überwiegend aus Mitteln Dritter	72
a) Vorliegen von Drittmitteln	72
b) Überwiegende Finanzierung der Stelle aus diesen Mitteln	73
2. Bewilligung der Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer ..	74
a) Abgrenzung des Forschungsprojekts von der Daueraufgabe Forschung: Rein zeitliche oder auch qualitative Abgrenzungskriterien?	75
aa) Wortlautauslegung	76
bb) Historische Auslegung	77
cc) Auslegung nach dem Telos der Norm, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich der Drittmittelforschung zu schaffen	77
(1) Missbrauchsanfälligkeit der Befristung bei der Forderung von qualitativen Abgrenzungskriterien	78
(2) Förderung der Drittmittelforschung als gesetzgeberisches Ziel ...	78
(3) Projektbegriff des § 2 Abs. 2 WissZeitVG erfordert keine qualitative Abgrenzung	79
b) Zwischenergebnis	79
3. Überwiegende Beschäftigung des befristeten Arbeitnehmers entsprechend der Zweckbestimmung dieser Mittel	79
4. Persönlicher Anwendungsbereich: nur Personal i. S. d. § 1 Abs. 1 WissZeitVG ..	80
VI. Anerkennung der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund durch die Rechtsprechung und Teile der Literatur	82
VII. Verhältnis zwischen § 2 Abs. 2 WissZeitVG und dem sonstigen, ungeschriebenen Sachgrund der Drittmittelfinanzierung	82
1. Verdrängung des ungeschriebenen Sachgrunds im Anwendungsbereich des WissZeitVG	82
2. Prinzipielle Anwendbarkeit des ungeschriebenen Sachgrunds außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG	84
VIII. Keine Existenzberechtigung des ungeschriebenen Sachgrunds der Drittmittelfinanzierung	84
1. Entwickelte Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	85
2. Keine Rechtsprechung ersichtlich, in der es allein auf ungeschriebenen Sachgrund ankam	86

3. Hauptanwendungsbereich des ungeschriebenen Befristungsgrundes (Hochschulbereich) spezialgesetzlich durch § 2 Abs. 2 WissZeitVG geregelt	87
IX. Rückschlüsse auf die Fallgruppe der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus einem Vergleich mit der Drittmittelprojektbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG	87
1. Unterschiedliche Rechtfertigungsgründe (Finanzierung vs. Bedarf)	87
a) Unterschiedliche Abgrenzungskriterien zwischen der Daueraufgabe (Forschung) und einem (Forschungs-)Projekt	88
b) Unterscheidung der zugrunde liegenden Projektbegriffe	88
c) Tatbestandsmerkmal der überwiegenden projektbezogenen Beschäftigung des Arbeitnehmers bei beiden Befristungstatbeständen gleich	89
d) Zwischenergebnis: Keine Rückschlüsse von § 2 Abs. 2 WissZeitVG auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG möglich	89
2. Anwendbarkeit der beiden Befristungsgründe nebeneinander zulässig	89
3. Anwendbarkeit § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG, wenn Befristungszeitraum vom Bewilligungszeitraum des § 2 Abs. 2 WissZeitVG abweicht	90
a) Befristungszeitraum kürzer als Bewilligungszeitraum bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG	90
b) Befristungszeitraum länger als Bewilligungszeitraum bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG	90
4. Folgen der Herausnahme des akzessorischen Personals aus dem persönlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG in Bezug auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	91
a) Mögliches Auseinanderfallen der Befristungszeiten bei den unterschiedlichen Beschäftigtengruppen in einem ‚Projekt‘	91
b) Befristung des akzessorischen Personals nur nach allgemeiner Prognose i. S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	91
c) Gesetzgeberische Entscheidung zur Streichung des akzessorischen Personals macht Vermischung der Befristungsgründe deutlich	91
D. Projektbefristung als Haushaltsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	92
I. Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen der Haushaltsbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	92
II. Stand der aktuellen Diskussion in Bezug auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	92
III. Rückschlüsse auf die Fallgruppe der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus einem Vergleich mit der Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	93
E. Ergebnis des zweiten Kapitels	93

Drittes Kapitel

Zulässigkeit der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	95
A. Rechtsprechungsanalyse	95
I. Darstellung der Rechtsprechung	95
1. Fallgruppe: MBSE-Projekte	96
a) Sachverhalt	96
b) Entscheidung	96
2. Fallgruppe: Entwicklungshilfeprojekte	97
a) Sachverhalt	97
b) Entscheidung	97
3. Fallgruppe: Fremdfinanzierte Forschungsprojekte	98
a) Sachverhalt	98
b) Entscheidung	98
4. Weitere Einzelsachverhalte	99
a) Modellprojekt „Bürgerarbeit“	99
aa) Sachverhalt	99
bb) Entscheidung	99
b) Archäologische Rettungsgrabungen	100
aa) Sachverhalt	100
bb) Entscheidung	100
II. Auswertung der Rechtsprechung	101
III. Abgrenzung der Drei-Personen-Konstellation bei der Projektbefristung von der Arbeitnehmerüberlassung	102
IV. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf andere Bereiche	102
1. Projektbefristung in Zusammenhang mit der Durchführung agiler Projekte	102
2. Projektbefristung für die befristete Beschäftigung von Rentnern	103
3. Projektbefristung für Trainer im Profimannschaftssport und Theaterschauspieler	103
4. Zwischenergebnis	104
V. Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur zur Zulässigkeit der Projektbefristung	104
1. Darstellung der Kritik an der Zulässigkeit der Projektbefristung	105
a) Kritikpunkt: Keine Rechtfertigung der Modifikation der Prognose auf das „Projekt“ an sich	105
aa) Argument: Kein Anknüpfungspunkt für die Modifikation der Prognose im Wortlaut	105
bb) Argument: Gefahr der Befristung bei Dauerbedarf durch Modifikation der Prognose	106
b) Kritikpunkt: Fehlen einer tauglichen Projektdefinition	106

c) Kritikpunkt: Bereich der Entwicklungshilfe als ungerechtfertigte Sonderrechtsprechung	107
aa) Argument: Widerspruch bzgl. der Abgrenzungskriterien von Daueraufgabe und Projekt	107
bb) Argument: Ungerechtfertigte Privilegierung der GIZ gegenüber anderen Marktteilnehmern	108
2. Darstellung der zustimmenden Argumente zur Zulässigkeit der Projektbefristung	108
a) Befristungsrechtlich legitimes Arbeitgeberinteresse, stets den ‚Besten‘ einzustellen	108
b) Modifikation geschriebener Sachgründe wegen § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG erst recht zulässig	109
c) Keine Sonderrechtsprechung im Bereich der Entwicklungshilfe	109
d) Organisation des Betriebs und damit des ‚betrieblichen Bedarfs‘ durch den Arbeitgeber	110
e) Nur auf das Projekt begrenztes Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers	110
3. Resümee	111
B. Zulässigkeit der Projektbefristung aus unionsrechtlicher Perspektive	111
I. Vorgaben der Befristungsrichtlinie	112
1. Hintergründe und Ziel der Befristungsrichtlinie	112
2. Anforderungen des Unionsrechts an die Befristung aus sachlichem Grund	113
3. Anforderungen des Unionsrechts an den sachlichen Grund des vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs	113
4. Zwischenergebnis	114
II. Vereinbarkeit der vom BAG für die Projektbefristung aufgestellten Voraussetzungen mit den Anforderungen der Befristungsrichtlinie	115
1. Gefahr der Befristung bei Dauerbedarf	115
2. Schutz des Arbeitnehmers vor unsicheren („prekären“) Beschäftigungsverhältnissen	116
3. Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als „Normalarbeitsverhältnis“	116
III. Zwischenergebnis	117
C. Zulässigkeit der Projektbefristung nach nationalem Recht	117
I. Modifikation der Bedarfsprognose	117
1. „Anspruch auf den Besten“ kein legitimes Arbeitgeberinteresse für die Befristung	118
a) Begrenzung des „Erprobungsinteresses“ durch den Gesetzgeber	118
b) Hohe Anforderungen an die personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung durch die Rechtsprechung	119
2. Zwischenergebnis	120

II.	Überwiegende Beschäftigung mit Projektaufgaben	120
1.	Wortlautargument für die Ablehnung der Tatbestandsvoraussetzung nicht ausreichend	121
2.	Tatbestandsvoraussetzung dem System des Bedarfsbefristungsrechts fremd	121
a)	Vergleich zur Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	122
b)	Vergleich zu § 2 Abs. 2 WissZeitVG und § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	123
3.	Zwischenergebnis	123
III.	Zwischenergebnis	124
D.	Ergebnis des dritten Kapitels	124

Viertes Kapitel

	(Zusätzliche) Missbrauchsgrenzen bei der Projektbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	125
A.	Grundsatz der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle gem. § 242 BGB	125
B.	Entbehrlichkeit der Rechtsmissbrauchskontrolle im Falle der Projektbefristung?	127
I.	Keine pauschale Übertragbarkeit der für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG entwickelten Grundsätze auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	127
II.	Keine Übertragbarkeit auf die Saison- und Kampagnebefristungen gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG	128
III.	Höhere Prognoseanforderungen bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG im Vergleich zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	128
IV.	Keine Beispiele einer Notwendigkeit der Missbrauchskontrolle bei vorübergehendem Bedarf gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus der Rechtsprechung ...	129
C.	Ergebnis des vierten Kapitels	130

Fünftes Kapitel

	Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	131
	Literaturverzeichnis	136
	Stichwortverzeichnis	144

Einführung

Eine typische Form des Wirtschaftens ist, dass Arbeitgeber Zuwendungen von dritter Seite, insbesondere von öffentlichen Trägern, erhalten und auf diese Weise Arbeitsverhältnisse finanziert werden. Dieses Modell zeigt sich sowohl bei privaten als auch bei öffentlichen Arbeitgebern.¹

In der Privatwirtschaft kommen drittfinanzierte Arbeitsverhältnisse beispielsweise im Bereich der Sozialarbeit (Jugendhilfeeinrichtungen, Drogenarbeit, Erziehungsberatungsstellen etc.), der beruflichen Fortbildung und Umschulung von Arbeitnehmern sowie der freien Wohlfahrtspflege vor.²

Im Öffentlichen Dienst gibt es darüber hinaus ganze Branchen, die zumindest teilweise vom Staat finanziert werden.³ Ein plakatives Beispiel aus der Branche der ‚Entwicklungszusammenarbeit‘ bildet etwa die Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), eine privatrechtlich organisierte GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Bundesrepublik Deutschland und deren Hauptauftraggeber das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) ist.⁴ Die GIZ ist dabei Hauptdienstleisterin der Bundesrepublik Deutschland, mit dem Ziel, deren entwicklungspolitische Ziele zu erreichen. Im Jahr 2021 hatte die GIZ ein Geschäftsvolumen von ca. 3,7 Mrd. Euro.⁵

Die Rolle von Drittmitteln wird insbesondere in der Wissenschaftsfinanzierung immer bedeutender. Ohne entsprechende Zuwendungen von öffentlichen Geldgebern oder privaten Wirtschaftsunternehmen zur Finanzierung von speziellen Forschungsvorhaben wären daher deutsche Hochschulen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen im internationalen Vergleich nicht mehr konkurrenzfähig.⁶

¹ S. schon *Lakies*, NZA 1995, 296; *Plander*, DB 1982, 1216.

² *Lakies*, NZA 1995, 296; Ausführlich hierzu: *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 26 f.

³ S. hierzu die Aufstellung im Beteiligungsbericht des Bundes 2021, hrsg. v. Bundesministerium der Finanzen: https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs_und_Beteiligungs politik/Beteiligungs politik/Beteiligungsberichte/beteiligungsberichte.html (Stand: 19. 7. 2023).

⁴ *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761.

⁵ <https://www.giz.de/de/downloads/GIZ-2022-de-Jahresabschluss-2021.pdf> (S. 16) (Stand: 19. 7. 2023).

⁶ Vgl. *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 2.

Insgesamt beliefen sich die Drittmiteinnahmen der Hochschulen in Deutschland im Jahr 2020 auf rund 8,9 Mrd. Euro.⁷

Finanzierungen durch Dritte sind jedoch in der Regel nicht auf Dauer angelegt, sondern erfolgen jeweils speziell für einzelne Vorhaben, die dann häufig als ‚Projekte‘ bezeichnet werden – teilweise wohl auch deshalb, um zu verdeutlichen, dass es sich dabei um etwas ‚Einmaliges‘, ‚Besonderes‘ bzw. ‚Temporäres‘ handeln soll. In der Folge haben die (mehrheitlich öffentlichen) Arbeitgeber als Drittmittelempfänger daher ein Interesse daran, bestimmte Arbeitnehmer nur für den Finanzierungszeitraum bzw. zur Durchführung dieser Projekte zu beschäftigen. Neben der Möglichkeit, hierfür auf Leiharbeitnehmer zurückzugreifen, bieten sich aus Sicht der Arbeitgeber auch befristete Arbeitsverträge für die Dauer der einzelnen Vorhaben an. Dies führt jedoch auf Arbeitnehmerseite dazu, dass sich Projektmitarbeiter häufig von Projekt zu Projekt und damit von Befristung zu Befristung hangeln⁸ (sog. ‚Kettenbefristungen‘) und sich dadurch sozialer Unsicherheit ausgesetzt sehen. Diese negative Folgeerscheinung ist vor allem sozialpolitisch nicht gewollt. Als Normalarbeitsverhältnis wird nach wie vor der unbefristete Arbeitsvertrag angesehen, befristete Verträge sollen nur im Ausnahmefall zulässig sein.⁹ Zudem trägt grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko (§ 615 S. 3 BGB) und kann folglich die Unsicherheit in Bezug auf die wirtschaftliche Entwicklung und den personellen Bedarf seines Unternehmens nicht einfach auf den Arbeitnehmer abwälzen.

Die hohe praktische Relevanz des Themas bestätigt sich bei einem Blick auf die Beschäftigtenzahlen. Bei der bereits erwähnten GIZ sind knapp die Hälfte der 6.530 Beschäftigten mit deutschem Arbeitsvertrag befristet beschäftigt.¹⁰ Von den im Ausland tätigen – also den typischerweise in Entwicklungshilfeprojekten beschäftigten – Arbeitnehmern lag die Befristungsquote bei knapp 68 Prozent (1.628 von 2.402 AN).¹¹ Mit dem Sonderbefristungstatbestand des § 2 Abs. 2 WissZeitVG

⁷ Vgl.: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/03/PD22_125_213.html (Stand: 19.7.2023). Die größten Drittmittelgeber waren dabei die Deutsche Forschungsgemeinschaft (2,7 Mrd. Euro) sowie die gewerbliche Wirtschaft (1,5 Mrd. Euro).

⁸ Vgl. BAG 21.8.2019 – 7 AZR 572/17 NZA 2019, 1709 (fünf befristete Verträge, insgesamt 33 Monate); BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (sechseinhalb Jahre, sechsmalige Vertragsverlängerung); BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 (acht Verträge, insgesamt 29 Monate).

⁹ BeckOK ArbR/Bayreuther TzBfG, Vorbemerkung zu § 14.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 19/6968 (Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Grünen zu befristeten Beschäftigtenverhältnissen bei der GIZ). Einzelwerte entnommen aus: Antwort auf Frage 1, Tabelle 1 auf S. 2 (Personen mit deutschem Arbeitsvertrag), Antwort auf Frage 2a, Tabelle 1 auf S. 3 (befristet ohne Sachgrund) sowie Antwort auf Frage 2b, Tabelle 1 auf S. 4 (befristet mit Sachgrund); Stand der Zahlen: 31.12.2018.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 19/6968 (Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Grünen zu befristeten Beschäftigtenverhältnissen bei der GIZ). Einzelwerte entnommen aus: Antwort auf Frage 2a, Tabelle 1 auf S. 3 (befristet ohne Sachgrund), Antwort auf Frage 2b, Tabelle 1 auf S. 4 (befristet mit Sachgrund) sowie Antwort auf Frage 2c, Tabelle 2 auf S. 5; Stand der Zahlen: 31.12.2018.

sind derzeit insgesamt 7.200 Wissenschaftliche Mitarbeiter beschäftigt (Stichtag: 1. 12. 2020). Diese Zahl entspricht 23 Prozent der befristeten Verträge an Universitäten und die Tendenz hier ist aufgrund der immer höher werdenden Relevanz der Drittmittelforschung steigend.¹²

Projektbefristungen beschäftigen die Arbeitsgerichte daher schon seit jeher, wobei bis heute Rechtsunsicherheit hinsichtlich ihrer Zulässigkeit besteht. Dies hängt auch damit zusammen, dass sich das Befristungsrecht bis zum Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) am 1. 1. 2001¹³ im Wesentlichen auf entwickelte Rechtsprechungsgrundsätze zu § 620 BGB a.F. stützte und der Gesetzgeber trotz hoher praktischer Relevanz die Projektbefristung nicht ausdrücklich in den Sachgrundkatalog des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–8 TzBfG aufgenommen hat. Der siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) behilft sich deshalb seither mit der eigens geschaffenen Unterfallgruppe ‚Projektbefristung‘ i. S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG (vorübergehender Bedarf an Arbeitsleistung). Deren Voraussetzungen sind zwar am Gesetz orientiert, weichen aber dennoch vom Wortlaut der Norm ab.

Diese Rechtsprechung bildet den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit. Hierbei stellt sich zunächst die Frage nach der Zulässigkeit der Projektbefristung. Dabei ist zu beachten, dass es speziell für Drittmittelprojektbefristungen in Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen eine wechselhafte Historie zwischen Sonderbefristungsregelungen und entwickelter Rechtsprechung gibt, die 2007 durch Inkrafttreten des § 2 Abs. 2 WissZeitVG vorerst ihr Ende gefunden hat und die Frage nach der Zulässigkeit der ‚allgemeinen‘ Projektbefristung außerhalb des Sonderbefristungsrechts beeinflusst.

Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst der Projektbegriff definiert werden (Erstes Kapitel). Im Anschluss werden die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen für Projektbefristungen vorgestellt und auf Rückschlüsse für die Zulässigkeit der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG untersucht (Zweites Kapitel). Sodann wird anhand einer Analyse der Rechtsprechung zur Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG die hinter dieser Fallgruppe stehende Interessenlage herausgearbeitet. Auf dieser Grundlage kann schließlich die Frage nach der Zulässigkeit aus unionsrechtlicher und nationalrechtlicher Perspektive beantwortet werden (Drittes Kapitel).

Die Arbeit schließt mit der Frage nach den Grenzen der Projektbefristung (Viertes Kapitel). Darunter ist die Frage zu verstehen, ob die vom siebten Senat des

¹² Abschlussbericht der Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, S. 55 (Tabelle 7), abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2022/abschlussbericht-evaluation-wisszeitvg.html> (Stand: 19.7.2023). Zum Vergleich der Steigung: 2015 waren es 10 % und 2017 15 % drittmittelbefristete Verträge (vgl. S. 55–56 des Berichts).

¹³ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21.12.2000, BGBl. I., S. 1966.

BAG anhand eines Falls zur Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG entwickelten Grundsätze zur Missbrauchsprüfung nach § 242 BGB (sog. ‚Missbrauchsampel‘) auf die Fälle des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG übertragbar sind.

Der Projektbegriff

Der Projektbegriff ist maßgeblich für die Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG, weil nur bei Vorliegen eines Projekts die modifizierten Tatbestandsvoraussetzungen der BAG-Rechtsprechung Anwendung finden.¹⁴ Im TzBfG kommt der Projektbegriff allerdings nicht vor und bisher existiert keine abschließende, positiv gefasste Projektdefinition des BAG für die Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.

Auch darüber hinaus gibt es weder einen einheitlichen Projektbegriff noch ein einheitliches Begriffsverständnis für Projekte. Während in der Tendenz heute „*unterschiedslos alles Mögliche als Projekt bezeichnet wird, das nur irgendwie aus dem Alltäglichen herausragt*“¹⁵ und der Duden für die Alltagssprache recht allgemein für Projekte formuliert: „*[groß angelegte] geplante oder bereits begonnene Unternehmung; [groß angelegtes] Vorhaben*“¹⁶, gestaltet sich die Suche nach einer Definition in den verschiedenen Wissenschaftsbereichen (z.B. Betriebswirtschaftslehre, Rechtswissenschaften) wesentlich schwieriger.

Im deutschen Recht wird der Projektbegriff in verschiedenen Rechtsgebieten verwendet (z.B.: § 341r Nr. 5 HGB, § 34 BNatSchG, § 16f SGB II, § 132 Abs. 1 SGB IX a.F., § 2 Abs. 2 WissZeitVG, § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BetrVG). Da auch hier jeweils unterschiedliche Projektbegriffe zugrunde liegen,¹⁷ ist nicht von einem einheitlichen juristischen Begriffsverständnis auszugehen.

¹⁴ S. zuletzt: BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Rn. 174 (Rn. 12); BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 17).

¹⁵ Heintel/Krainz, Projektmanagement, S. 1.

¹⁶ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Projekt> (Stand: 19.7.2023). Als Beispiel wird hier das bautechnische Projekt genannt.

¹⁷ Vgl. z.B. zu § 341r HGB, BeckOGK/Kreipl/Müller, HGB § 341r Rn. 22: Projekte sollen definiert werden als operative Tätigkeiten, die sich nach einem einzigen Vertrag, einer Lizenz, einem Mietvertrag, einer Konzession oder ähnlichen rechtlichen Vereinbarungen richten und die Grundlage für Zahlungsverpflichtungen gegenüber einer staatlichen Stelle bilden. Falls allerdings mehrere solche Vereinbarungen wesentlich miteinander verbunden sind, sollten diese als Projekte betrachtet werden; zu § 34 BNatSchG, BeckOK UmweltR/Lüttgau/Kockler, BNatSchG § 34 Rn. 2 f.; BT-Drs. 16/12274, S. 65: Entsprechend der Rspr. des EuGH ist der Vorhabenbegriff des UVP-Rechts maßgeblicher Anhaltspunkt für die Auslegung und Anwendung des Projektbegriffs i. d. S. Diesem unterfallen dabei die Errichtung oder Änderung von baulichen oder sonstigen Anlagen sowie die Durchführung einer sonstigen in Natur und Landschaft eingreifenden Maßnahme.

Stattdessen unterscheiden sich die Projektdefinitionen je nach dem konkreten Bereich ihrer Verwendung bzw. je nach ihrer Funktion. Um sich mit der Projektbefristung auseinandersetzen zu können, ist es daher zunächst erforderlich, zu verstehen, wann ein Projekt im befristungsrechtlichen Sinne vorliegt.

Dafür sind die Projektbegriffe aus zwei Bereichen relevant: Neben dem Projektbegriff für die Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist auch jener des Projektmanagements, d. h. der Betriebswirtschaftslehre, von Bedeutung. Es wird sich zeigen, dass auch dieser Auswirkungen auf das Arbeitsrecht sowie im Speziellen auf das Befristungsrecht hat. Zudem stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es zumindest im Befristungs- oder Arbeitsrecht ein einheitliches Begriffsverständnis für Projekte gibt, d. h., ob etwa Rückschlüsse vom Projektbegriff der ausdrücklich geregelten Projektbefristung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG auf die Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gezogen werden können.

A. Betriebswirtschaftlicher Projektbegriff des Projektmanagements

Die Darstellung beginnt hier mit dem betriebswirtschaftlichen Projektbegriff des Projektmanagements. Dieser liegt i. d. R. dann zugrunde, wenn im Wirtschaftsleben etwas als ‚Projekt‘ bezeichnet wird. Projektarbeit wird in der betrieblichen Praxis in nahezu jeder Branche und jeder Unternehmensform praktiziert.¹⁸ So werden in Form von ‚Projekten‘ beispielsweise Bauvorhaben realisiert, Software und andere Produkte entwickelt oder aber auch größere Events durchgeführt.¹⁹ Das heißt, auch bei betrieblichen Vorhaben, die später als Fallgruppen für die Projektbefristung relevant werden (z. B. Entwicklungshilfeporhaben oder Forschungsprojekte²⁰), liegt zumindest häufig *auch* ein Projekt i. S. d. Projektmanagements, teils mit eigens dafür entwickelten Projektmanagementmethoden²¹, vor.

¹⁸ Vgl. *Dechange*, Projektmanagement schnell erfasst, S. 3; *Wagner/Grau/Dierig*, Basiswissen Projektmanagement, S. 20, 23.

¹⁹ *Kuster*, Handbuch Projektmanagement, S. 6; *Wagner/Grau/Dierig*, Basiswissen Projektmanagement, S. 23 ff.

²⁰ Vgl. *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 143, 182 ff., s. auch: D. II.

²¹ So nutzte die Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) in den 2000er Jahren für Entwicklungshilfeprojekte z. B. das Project Cycle Management (PCM). Verbindliches Projektmanagement-Tool ist heute wohl das Auftragsmanagement, vgl.: https://web.archive.org/web/20070824153114/http://www.gtz.de/de/publikationen/begriffswelt-gtz/de/include.asp?lang=D&file=8_26.inc (Stand: 19.7.2023). Zur Entwicklung einer neu entwickelten Projektmanagementmethode für die Entwicklungshilfe: *Gick*, Systemische Analyse von Problemen in Projekten der Entwicklungszusammenarbeit und Erarbeitung von Lösungsansätzen anhand einer neu entwickelten Projektmanagementmethode; siehe auch: *Hagedorn/Struck*, Projektmanagement in der deutschen bilateralen Technischen Entwicklungszusammenarbeit, S. 192 ff.

Der betriebswirtschaftliche Projektbegriff des Projektmanagements ist also maßgeblich für die Frage, ob ein Unternehmen ein Vorhaben als sog. ‚Projekt‘ durchführt und es dafür eines Projektmanagements, mithin einer eigenen Arbeitsorganisation, bedarf. Das Projektmanagement umfasst hierbei nämlich die Gesamtheit von Führungsaufgaben, -organisation, -techniken und -mitteln für die Initiierung, Definition, Planung, Steuerung und den Abschluss von Projekten,²² wobei die Umsetzung mithilfe sog. Projektmanagementmethoden erfolgt. Dabei handelt es sich um formalisierte und standardisierte Herangehens- und Vorgehensweisen zur Lösung projekttypischer Fragen und Aufgaben.²³ Es existieren zum einen traditionelle, klassische Projektmanagementmethoden, bei denen es stets einen Projektleiter gibt und die an relativ starre zeitliche Abfolgen verschiedener Phasen geknüpft sind (z.B. ‚Wasserfallmethode‘; ‚V-Methode‘)²⁴ und zum anderen auch agile Arbeitsmethoden, die sich in ihrer Durchführungsart gravierend von den traditionellen Projektmanagementmethoden unterscheiden. Diese werden dabei wesentlich autonomer und ohne Projektleiter, sondern durch ein ‚Projektteam als Ganzes‘ durchgeführt. Agile Arbeitsmethoden wie ‚Scrum‘ oder ‚Kanban‘ sind vor allem im Zusammenhang mit IT-Projekten relevant geworden.²⁵

Schon an dieser Stelle zeigt sich, dass solche Projekte jedenfalls dann auch Auswirkungen auf das Arbeitsrecht haben können, wenn es um arbeitsorganisatorische Fragen, wie z.B. den Verzicht auf das fachliche Weisungsrecht des Arbeitgebers während der Durchführung eines agilen Projekts, geht.²⁶

I. Projektdefinition

So vielfältig das Projektmanagement und die Projektmanagementmethoden an sich sind, so unterschiedlich ist auf den ersten Blick auch das Verständnis des Projektbegriffs i. d. S. Eine einheitliche, unumstrittene Projektdefinition gibt es daher auch für das Projektmanagement nicht. Stattdessen finden sich zahlreiche Definitionen und Definitionsversuche²⁷ bis hin zur Überzeugung, eine formale Begriffsdefinition werde der Praxis in den Organisationen nicht gerecht und sei daher sogar

²² DIN 69901-5:2009-01 3.64, S. 14.

²³ Vgl. DIN 69901-5:2009-01 3.67, S. 14.

²⁴ Zusammenfassend zur klassischen Vorgehensweise bei der Durchführung von Projekten: *Pfrang*, Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis, S. 174–178.

²⁵ *Dechange*, Projektmanagement schnell erfasst, S. 49; zur Durchführung der Scrum-Methode: *Pfrang*, Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis, S. 178–185 und *Stöckert*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Ein- und Durchführung der Scrum-Methode als Beispiel agiler Arbeitsmethoden, S. 23–29.

²⁶ Vgl. *Stöckert*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Ein- und Durchführung der Scrum-Methode am Beispiel agiler Arbeitsmethoden, S. 31 ff.

²⁷ Zusammenfassend: *Beck*, Die Projektorganisation und ihre Gestaltung, S. 43–47; *Pfrang*, Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis, S. 171–173.

hinderlich für das Projektmanagement.²⁸ Näher betrachtet unterscheiden sich die heute gängigen Definitionen und Definitionsansätze aber ohnehin nur in der Betonung einzelner Merkmale.²⁹

1. Projekt i.S.d. DIN 69901-5

Wird in dieser Arbeit von Projekten i. S. d. Projektmanagements gesprochen, so liegt diesen, da es sich meist um nationale Projekte handelt, i. d. R. der Projektbegriff des Deutschen Instituts für Normung zugrunde, welches für das Projektmanagement die wesentlichen Definitionen strukturiert und standardisiert hat.³⁰ Demnach ist ein Projekt ein

„Vorhaben, das im Wesentlichen durch die Einmaligkeit der Bedingungen in ihrer Gesamtheit gekennzeichnet ist, BEISPIEL

- Zielvorgabe
- zeitliche, finanzielle, personelle oder andere Begrenzungen
- projektspezifische Organisation.“³¹

Diese Merkmale haben insbesondere Bedeutung für die Planung der Durchführung des Projekts sowie dafür, dass Transparenz und Konsens zwischen den Beteiligten über z. B. Fristen und Kosten bestehen, die Rollen im Projekt definiert und beschrieben werden oder die personellen Ressourcen geplant sind und die Art der Zusammenarbeit geregelt ist.³²

2. Projekt i.S.d. DIN ISO 21500:2016-02

Bei einer internationalen Projektkooperation, die z. B. Relevanz für Entwicklungshilfeprojekte (s. Kap. 3, A. I. 2. a), S. 97) haben kann, ist auf die internationale Normung des Projektbegriffs zurückzugreifen. Danach sind

„Projekte eine einzigartige Gruppe von Prozessen, die auf eine Zielsetzung ausgerichtete, koordinierte und gesteuerte Vorgänge mit Beginn- und Fertigstellungsterminen umfassen. Zur Erreichung der Projektziele ist die Bereitstellung von Lieferobjekten erforderlich, die spezifische Anforderungen erfüllen. Jedes Projekt hat einen konkreten Beginn und ein konkretes Ende und ist für gewöhnlich in Phasen unterteilt.“³³

²⁸ Heintel/Krainz, Projektmanagement, S. 1.

²⁹ Vgl. z. B. der Überblick bei: Beck, Die Projektorganisation und ihre Gestaltung, S. 42–47; Pfrang, Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis, S. 171–174.

³⁰ Vgl. DIN 69901-5:2009-01, S. 5 „Anwendungsbereich“.

³¹ DIN 69901-5:2009-01 3.44, S. 11; s. auch: Richter/Kaufmann, AuA 2001, 491.

³² Vgl. zur Erklärung der einzelnen Merkmale: Dechange, Projektmanagement schnell erfasst, S. 6; zur Kritik an den einzelnen Merkmalen s. z. B.: Beck, Die Projektorganisation und ihre Gestaltung, 47 f.

³³ DIN ISO 21500:2016-02, 3.2., S. 10.

3. Zwischenergebnis

Bei Betrachtung beider Begriffe lassen sich zusammenfassend folgende Anforderungen an ein Projekt i. S. d. Projektmanagements festhalten: Es gibt stets das zeitliche Element mit klar definiertem Anfang und Ende, d.h. ein Projekt ist von vornherein stets zeitlich begrenzt und zudem in Bezug auf die Verwirklichung an einen bestimmten Personen- und Mittelkreis gebunden. Charakteristisch ist somit insbesondere die Einmaligkeit des Vorhabens.

II. Funktion der Definition: Abgrenzung des Projekts zur Routineaufgabe und zum Prozess

Die Klassifizierung eines Vorhabens als ‚Projekt‘ hat für das Projektmanagement eine Abgrenzungsfunktion. Das ‚Projekt‘ muss hierbei insbesondere von der Routineaufgabe und vom Prozess abgegrenzt werden.

1. Abgrenzung zur Routineaufgabe

Routineaufgaben sind einfache Standardaufgaben, die meist keine Vorbereitungszeit erfordern und einen niedrigen Komplexitätsgrad aufweisen. Einfach ausgedrückt handelt es sich dabei um das ‚Tagesgeschäft‘ eines Unternehmens.³⁴ Würde ein Vorhaben, das als Projekt zu kategorisieren ist, anstatt mit den oben beschriebenen Methoden des Projektmanagements, die auf die Komplexität und Eigenarten des Projekts abgestimmt sind, im Rahmen der Routine des ‚Tagesgeschäfts‘ bearbeitet werden, käme es wohl nicht zu einem erfolgreichen Abschluss.³⁵ Im Umkehrschluss wäre es wahrscheinlich genauso vergeblich und wirtschaftlich ineffizient, einfache Routineaufgaben mit Projektmanagementmethoden bearbeiten zu wollen.³⁶ Die richtige Abgrenzung zwischen Projekt und Routineaufgabe ist daher für eine wirtschaftlich effektive und effiziente Unternehmensführung unerlässlich.

2. Abgrenzung zum Prozess

Daneben ist das Projekt auch vom Prozess abzugrenzen. Prozesse werden in einer Organisation etabliert, wenn es sich um sich wiederholende Vorhaben handelt, die immer gleich durchlaufen werden. Es handelt sich daher beim Prozess, im Gegensatz zum Projekt (s. A. I. 3., S. 23), auch um standardisierte Abläufe. Ein Prozess besteht

³⁴ Dechange, Projektmanagement schnell erfasst, S. 5; vgl. auch: Heintel/Krainz, Projektmanagement, S. 195.

³⁵ Dechange, Projektmanagement schnell erfasst, S. 5.

³⁶ Dechange, Projektmanagement schnell erfasst, S. 5.

permanent und folgt einer übergeordneten Zielsetzung, während Projekte nur temporär sind und ihre Zielsetzung in sich tragen.³⁷

Der Unterschied eines Prozesses zur Routineaufgabe besteht wiederum darin, dass es für erfolgreiche Prozessabläufe auch seinerseits eigene Bearbeitungsmethoden gibt und bei der Durchführung verschiedene Rollen zusammenwirken.

Die Abgrenzungen eines Projekts sowie einer Routineaufgabe zum Prozess sind für diese Arbeit allerdings nicht weiter relevant und werden daher hier nicht weiter vertieft.

3. Zwischenergebnis

Die Aufteilung von betrieblicher Tätigkeit in (insbesondere) Projekte und Routineaufgaben erfolgt durch die Feststellung, dass es für die Durchführung eines Projekts einer eigenen Arbeitsorganisation bedarf. Die Unterscheidung hat daher wirtschaftliche Gründe. Es geht insbesondere darum, die für das jeweilige Vorhaben effizienteste Durchführungsmethode anzuwenden. Projekte i. d. S. haben jedoch an sich keine Auswirkungen auf die Art der Beschäftigungsverhältnisse, insbesondere also auf die Frage, ob Arbeitsverträge befristet werden oder nicht. ‚Projektarbeit‘ im Unternehmen erfolgt in den meisten Fällen allein mit dem Stammpersonal, welches je nach Art des Projekts entweder immer in der gleichen Konstellation oder in immer wieder neu zusammengestellten ‚Projektteams‘ (bestehend aus Mitarbeitern unterschiedlicher Abteilungen, Qualifikationen, Hierarchiestufen) zusammenarbeitet.

III. Folge einer fehlerhaften Abgrenzung

Folge einer fehlerhaften Abgrenzung von Projekt zu Routineaufgabe ist ein wirtschaftlich ineffizientes Vorgehen im Unternehmen.

B. Der Projektbegriff i. S. d. Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Die Befristung eines Arbeitsvertrags aufgrund eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG kann auch auf die Mitwirkung eines Arbeitnehmers an einem zeitlich begrenzten Projekt gestützt werden. Wie bereits beschrieben, hat der siebte Senat des BAG für diese Projektbefristung eigene, vom Wortlaut der Norm abweichende Tatbestandsvoraussetzungen entwickelt. Für deren Anwendung ist daher maßgeblich zu definieren, was ein Projekt i. d. S. ist. Wie

³⁷ Dechange, Projektmanagement schnell erfasst, S. 7, 24; Wagner/Grau/Waschek, Basiswissen Projektmanagement, S. 20.

bereits einleitend erwähnt, kommt der Projektbegriff im TzBfG jedoch nicht vor und bisher existiert keine abschließende, positiv gefasste Projektdefinition des BAG.

Wegen der Anforderungen, die das Unionsrecht an das Vorliegen eines sachlichen Grundes stellt („[...] genau bezeichnete, konkrete Umstände, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang die Verwendung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können [...]“)³⁸, kann es für diese Projektdefinition von vornherein nur auf die konkrete Projektstätigkeit bzw. -aufgabe des zu befristenden Arbeitnehmers ankommen. Das pauschale Abstellen auf das Gesamtprojekt oder die rein formale Bezeichnung eines Vorhabens als ‚Projekt‘ reicht nicht aus, um die Befristung zu begründen.³⁹ Es geht daher vielmehr um die Definition einer Projektaufgabe.

I. Definition

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG liegt eine solche Projektaufgabe vor, „wenn es sich bei den im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe handelt.“⁴⁰

Im Anschluss an diese Definition führt das BAG erläuternd aus, dass es sich bei Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist, nicht um eine Zusatzaufgabe handeln kann. Aus diesem Grund stelle z. B. die Übernahme eines Auftrags zur Erstellung eines bestimmten Bauwerks für ein Bauunternehmen kein Projekt dar, weil die Erbringung von baulichen Leistungen zu der fortlaufend verfolgten Unternehmenstätigkeit zähle, die auf die Ausführung weiterer Vorhaben gerichtet sei.⁴¹ Für das Vorliegen eines Projekts spreche es hingegen regelmäßig, wenn dem Arbeitgeber für die Durchführung der im Projekt verfolgten Tätigkeiten von einem Dritten finanzielle Mittel oder sonstige Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden.⁴²

Diese Definition lässt sich folgendermaßen erklären und konkretisieren:

³⁸ Grundlegend: EuGH 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443 (Rn. 69 f.); EuArbRK/Krebbler 500 RL 1999/70/EG § 5 Rn. 17; s. hierzu noch Kap. 3, B. I. 2., S. 113.

³⁹ Bader, NZA-RR 2022, 113 (116); EuGH 24.6.2021 – C-550/19 (Obras) ECLI:EU:C:2021:514 (Rn. 61 ff.); EuGH 19.3.2020 – C-103/18, C-429/18 (Sanchez Ruiz) ECLI:EU:C:2020:219 (Rn. 67) m. w. N.

⁴⁰ St. Rspr. seit BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 20); zuletzt: BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 (Rn. 12).

⁴¹ S. nur: BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 20).

⁴² Vgl. BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 20); BAG 20.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 17).

- Eine Projektaufgabe ist eine Aufgabe, die auf vorübergehende Dauer angelegt und mithin endlich ist.
- Bei einer Projektaufgabe muss es sich zwingend um eine sog. Zusatzaufgabe des Arbeitgebers handeln. Diese ist von der sog. Daueraufgabe abzugrenzen.
- Nach dem BAG sind Daueraufgaben solche Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist.⁴³ Verpflichtungen bestehen im öffentlichen Dienst bei staatlichen Pflichtaufgaben.⁴⁴
- Nach dem BAG liegt eine Zusatzaufgabe vor, wenn die Tätigkeit entweder nur unregelmäßig – z. B. nur aus besonderem Anlass – ausgeführt wird *oder* sie mit unvorhersehbaren, besonderen Anforderungen in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals verbunden ist. Daher verursache, so das BAG, die Zusatzaufgabe einen nicht planbaren Personalbedarf sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht.⁴⁵
- Diese Abgrenzungskriterien verhinderten es nach Auffassung des BAG, dass der Arbeitgeber sich im Bereich der Daueraufgaben selbst Befristungsmöglichkeiten schaffen könne, indem er seine Daueraufgabe künstlich in „Projekte“ zergliedere. Denn im Bereich der Daueraufgaben bestehe der Personalbedarf gerade unverändert fort.⁴⁶
- Gerade das sei aber auch der Grund, weshalb man in bestimmten Branchen nicht einfach von einer Daueraufgabe „Entwicklungshilfe“ oder „Forschung“ sprechen könne, sondern man immer anhand der konkreten Aufgabe, für die der Arbeitnehmer eingestellt wurde, prüfen müsse, ob sie im Rahmen des Betriebszwecks kontinuierlich und im Wesentlichen unverändert anfallt und mithin einen planbaren Personalbedarf verursache.⁴⁷

II. Funktion der Definition: Abgrenzung der Projektaufgabe zur Daueraufgabe

Der befristungsrechtliche Projektbegriff hat daher ebenfalls Abgrenzungsfunktion. Abgegrenzt wird hier die Zusatz- bzw. Projektaufgabe von der sog. Daueraufgabe. Bei Vorliegen einer Zusatzaufgabe habe der Arbeitgeber, so zumindest die

⁴³ BAG 20. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (612) Rn. 17.

⁴⁴ *Lakies*, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, 4. Kap., F., Rn. 253.

⁴⁵ BAG 21. 8. 2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, 1709 (Rn. 24); BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 27).

⁴⁶ Vgl. BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 27) *Oechslen/Yeats*, DB 2019, 1271.

⁴⁷ BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 27); vgl. auch BAG 21. 8. 2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, 1709 (Rn. 24).

Auffassung des BAG, keinen planbaren Personalbedarf in quantitativer und qualitativer Hinsicht und folglich ein legitimes Befristungsinteresse i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Die Abgrenzung hat also anders formuliert die Funktion, den Arbeitnehmer vor unzulässiger Befristung zu schützen.

III. Folge einer fehlerhaften Abgrenzung

Die Folge einer fehlerhaften Abgrenzung zwischen Projektaufgabe und Daueraufgabe ist, dass der Arbeitgeber u.U. unrechtmäßig befristete Arbeitsverträge schließt.

C. Weitere Bedeutung des Projektbegriffs im Arbeitsrecht

Der Projektbegriff kommt noch an weiteren Stellen im Arbeitsrecht vor und wird in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BetrVG sowie § 2 Abs. 2 WissZeitVG ausdrücklich genannt. Er kann zudem eine gewisse Bedeutung für § 1 AÜG im Zusammenhang mit Gemeinschaftsprojekten haben. Es stellt sich somit die Frage, was hier jeweils unter Projekt zu verstehen ist, d. h., ob von einem einheitlichen arbeitsrechtlichen Projektbegriff ausgegangen werden kann bzw. ob aus den genannten Normen Rückschlüsse auf den Projektbegriff der Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gezogen werden können.

I. Projekt i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kann für Unternehmen und Konzerne, soweit sie nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind und die Leitung der Sparte auch Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft, die Bildung von Betriebsräten in den Sparten (Spartenbetriebsräte) durch Tarifvertrag (oder gem. § 3 Abs. 2 BetrVG durch Betriebsvereinbarung) bestimmt werden, wenn dies der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient.

In § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG wird der Projektbegriff damit zwar ausdrücklich erwähnt, jedoch nicht legaldefiniert. Der Projektbegriff ist nur Teil der Legaldefinition der ‚Sparte‘ i. S. d. BetrVG. Aus der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG folgt, dass der *„projektbezogene Geschäftsbereich“*, sofern er organisatorisch abgrenzbar ist, gem. § 3 Abs. 5 BetrVG als eigener Betrieb gilt. Die Norm gibt somit im Ergebnis keinen Aufschluss darüber, was ein Projekt i. d. S. ist, sondern nur, wozu ein Projekt führt.

Für die Antwort auf die Frage, was unter einem Projekt i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu verstehen ist, ist daher der Hintergrund der Regelung relevant. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG dient der Flexibilisierung des Betriebsverfassungssystems. Der Repräsentationsbereich des Betriebsrats soll hier an die Organisationsstrukturen des Unternehmens angepasst werden.⁴⁸ Nach dem Grundprinzip der Betriebsverfassung werden Entscheidungen auf Betriebs- oder Unternehmensebene gefällt, sodass grundsätzlich der Betrieb der Anknüpfungspunkt für die betriebliche Mitbestimmung ist.⁴⁹ Dieses Verständnis entspricht allerdings nicht mehr an jeder Stelle der betriebswirtschaftlichen Praxis. Unternehmen bedienen sich einer Vielzahl betriebswirtschaftlicher Organisationsmodelle und -strukturen, die bezüglich ihrer Leitung nicht mehr mit dem Betrieb identisch sind.⁵⁰

Deshalb soll § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die betriebliche Mitbestimmung dort sicherstellen, wo sie durch neue Organisationsformen in der Wirtschaft an Effizienz verloren hat und Arbeitgeber und Betriebsräte dort zusammenführen, wo sie kompetent und verantwortungsvoll miteinander verhandeln und Entscheidungen treffen können.⁵¹

Nach der Spartendefinition des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG liegt eine Sparte z. B. dann vor, wenn das Unternehmen oder der Konzern nach projektbezogenen Geschäftsbereichen organisiert ist. Bezüglich des Projektbegriffs geht es hier somit um die Projektorganisation. Diese ist wiederum Teil des Projektmanagements⁵² und umfasst den ‚Ordnungsrahmen‘, in welchem die Projekte abgewickelt werden, das Projektmanagement und darüber hinaus noch Leitungs- und Führungsaspekte.⁵³ Daraus folgt, dass auch hier der Projektbegriff aus dem Projektmanagement verwendet wird. Projekte i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sind daher einmalige, zeitlich begrenzte Vorhaben, die durch die Komplexität und Neuartigkeit gekennzeichnet und interdisziplinär angelegt sind.⁵⁴

II. Projekt i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Nach § 2 Abs. 2 a. E. WissZeitVG soll die vereinbarte Befristungsdauer dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen. Die Norm regelt die Befristung wegen Drittmittelfinanzierung bei Drittmittelprojekten (s. hierzu ausführlich: Kap. 2, C.,

⁴⁸ Friese, RdA 2003, 92, 93.

⁴⁹ Vgl. Fitting, § 3 Rn. 7; Richardi/Bayreuther, § 13 Rn. 1; BT-Drs. 14/5741, S. 33.

⁵⁰ Friese, RdA 2003, 92.

⁵¹ Vgl. auch BT-Drs. 14/5741, S. 25.

⁵² Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, S. 84 m. w. N.

⁵³ Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, S. 84 m. w. N.

⁵⁴ Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, S. 85.

S. 57 ff.) und erwähnt den Projektbegriff ausdrücklich, ohne ihn jedoch legal zu definieren. Das Vorliegen eines Projekts ist für § 2 Abs. 2 WissZeitVG – im Gegensatz zur Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG – keine aktiv zu prüfende Voraussetzung (zu den Tatbestandsvoraussetzungen: Kap. 2, C. V., S. 72 ff.). Lediglich für die ‚Vorfrage‘, ob ein Drittmittelgeber ein Vorhaben als Drittmittelprojekt fördert und es somit befristete Stellen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG gibt, ist hier der Projektbegriff des Projektmanagements relevant.⁵⁵ Ein Forschungsvorhaben ist für den Drittmittelgeber dann entsprechend förderungswürdig, wenn zu erwarten ist, dass es zu wissenschaftlichem Fortschritt beiträgt und so die Ziele des Mittelgebers erfüllt.⁵⁶ Ob dies der Fall ist, wird anhand des eingereichten Projektantrags und -plans entschieden. In diesem Antrag wird mithilfe von Projektmanagementmethoden (z.B. der Meilensteintrendanalyse⁵⁷, SMART-Kriterien⁵⁸, GANT-Programmen⁵⁹ oder Netzplantechnik⁶⁰) dargelegt, wie das wissenschaftliche Ziel erreicht werden soll. Professionelles und effektives Projektmanagement ist somit für den Erfolg von Drittmittelprojekten in der Forschung unerlässlich.⁶¹ Während der Durchführung des Projekts wird deshalb auch mithilfe von Projektcontrolling und Projektmanagementmethoden gearbeitet (Zeit-, Mittel- und Ergebniskontrolle).⁶²

Damit ergibt sich für den Projektbegriff i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, dass ein Projekt i. d. S. ein Vorhaben ist, das zeitlich und im Budget begrenzt ist und am Ende ein konkretes Ergebnis hat (= Zielvorgabe). In der Forschung könnte solch ein konkretes Ergebnis z.B. Wissen oder ein Prototyp sein. Für die Zulässigkeit der Projektbefristung i. d. S. kommen indes noch weitere Voraussetzungen dazu (Kap. 2, C. V., S. 72 ff.).

III. Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. § 1 AÜG bei Gemeinschaftsprojekten

Die Durchführung von sog. ‚Gemeinschaftsprojekten‘ kann die Frage aufwerfen, ob eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. § 1 AÜG vorliegt, so-

⁵⁵ Vgl. *Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann*, Forschungsprojekte entwickeln, S. 14 ff.

⁵⁶ Vgl. *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 32.

⁵⁷ S. hierzu: *Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann*, Forschungsprojekte entwickeln, S. 113 (Rn. 26); *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 145.

⁵⁸ *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 183.

⁵⁹ *Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann*, Forschungsprojekte entwickeln, S. 113 (Rn. 29); *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 71.

⁶⁰ *Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann*, Forschungsprojekte entwickeln, S. 74.

⁶¹ Vgl. *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 143, 182 ff.

⁶² S. hierzu: *Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann*, Forschungsprojekte entwickeln, S. 114 f.; *Preuß*, Drittmittel für die Forschung, S. 183 f.

dass der Projektbegriff auch in diesem Zusammenhang Bedeutung hat. Hierbei ist zu untersuchen, was unter einem solchen Gemeinschaftsprojekt zu verstehen ist. Nach *Waas* liegt ein Gemeinschaftsprojekt vor, wenn mehrere Unternehmen in einer Betriebsstätte eines der beteiligten Unternehmen (i. d. R. zeitlich befristet) zusammenwirken.⁶³ Gemeinschaftsprojekte können Arbeitnehmerüberlassungen sein, müssen es aber nicht. Hierbei ist zu differenzieren: Handelt es sich um eine interne Zusammenarbeit (z. B. zwei Unternehmen stellen jeweils ihre getrennte Personalverwaltung auf EDV um, wofür sie gemeinsam im Betrieb des einen Unternehmens entsprechende Computerprogramme durch Mitarbeiter beider Unternehmen entwickeln lassen⁶⁴), so liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Träger dieses Gemeinschaftsprojekts ist aufgrund der gemeinsamen Zweckverfolgung eine reine Innen-GbR. Diese ist nicht funktioneller Arbeitgeber und kann somit auch nicht Entleiher i. S. d. § 1 Abs. 1 AÜG sein.⁶⁵ Gibt ein Unternehmen hingegen sein Weisungsrecht für die Dauer der Durchführung des Gemeinschaftsprojekts ganz auf, d. h. liegt der Beitrag zum Projekt einzig darin, Personal zur Verfügung zu stellen, so ist die Entleihereigenschaft des Unternehmens, in dem das Gemeinschaftsprojekt durchgeführt wird, zu bejahen.⁶⁶

Der Projektbegriff hat hier ebenfalls arbeitsorganisatorische Funktion bzgl. der Durchführung eines Vorhabens (z. B. Entwicklung eines Computerprogramms durch Mitarbeiter beider Unternehmen) und entspringt daher dem Projektmanagement.

D. Vergleich der Projektbegriffe des Projektmanagements und des TzBfG

Nach der Einführung beider Projektbegriffe ist nun zu fragen, inwiefern es inhaltliche Überschneidungen gibt und ob aus einem Vergleich beider Begriffe Rückschlüsse vom Projektbegriff des Projektmanagements auf den Projektbegriff für die Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gezogen werden können.

Für beide Fälle charakteristisch ist die zeitliche Begrenzung eines Projekts als wesentliches Abgrenzungsmerkmal zu sonstigen Aufgaben im Unternehmen. Die Abgrenzung verfolgt allerdings jeweils unterschiedliche Ziele: Die Abgrenzung eines Projekts i. S. d. des Projektmanagements von der Routineaufgabe („Tagesgeschäft“) hat allein arbeitsorganisatorische Gründe (realistische Planung des Vorhabens, z. B. durch Zeit-, Budget und Zielvorgabe, Festlegung des Projektteams, Rollenverteilung usw.) und keine Auswirkungen auf die Beschäftigungsart. Erfolgt die Abgrenzung zwischen Projekt und Routineaufgabe fehlerhaft, geht dies zu

⁶³ Thüsing/*Waas*, AÜG § 1 Rn. 47.

⁶⁴ Bsp. nach: Schüren/*Hamann/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 94.

⁶⁵ Schüren/*Hamann/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 94; Thüsing/*Waas*, AÜG § 1 Rn. 47.

⁶⁶ Schüren/*Hamann/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 94; Thüsing/*Waas*, AÜG § 1 Rn. 47.

Lasten des Unternehmens, welches als Folge nicht wirtschaftlich effektiv und effizient arbeitet.

Die Abgrenzung einer Projektaufgabe von der Daueraufgabe im TzBfG hat hingegen die Funktion, festzustellen, ob der Arbeitgeber einen nur vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung hat und mithin den für die Bearbeitung der Projektaufgabe eingestellten Arbeitnehmer nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG wirksam befristen kann. Eine nicht aufgedeckte fehlerhafte Abgrenzung ginge hier zu Lasten des Arbeitnehmers.

Diese unterschiedlichen Abgrenzungsfunktionen machen auch deutlich, dass die beiden Begriffe Routineaufgabe bzw. Daueraufgabe, von denen das Projekt jeweils abgegrenzt wird, unterschiedliche Bedeutungen haben. Während die Routineaufgabe stets das Alltagsgeschäft darstellt und mithin keine besondere Komplexität aufweist, enthält der Begriff der Daueraufgabe, die sich aus dem Betriebszweck ergibt, noch keine Wertung über die Komplexität der jeweiligen Aufgabe. Die Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen seines Betriebszwecks ausführt (z.B. einzelne Bauvorhaben in einem Bauunternehmen), können inhaltlich durchaus sehr komplex sein.

Diese Unterscheidung macht noch einmal deutlich, dass Projekte i.S.d. Projektmanagements gleichzeitig Daueraufgaben i.S.d. Befristungsrechts sein können. Allein die Bezeichnung eines betrieblichen Vorhabens als ‚Projekt‘ sowie die Durchführung desselben mit Projektmanagementmethoden rechtfertigen daher gerade nicht die Befristung von Arbeitsverträgen.⁶⁷

E. Ergebnis des ersten Kapitels

Insgesamt betrachtet gibt es keinen einheitlichen befristungsrechtlichen und auch keinen einheitlichen arbeitsrechtlichen Projektbegriff. Die Auslotung des Begriffs hängt jeweils vielmehr von der konkreten Regelung und dem konkreten Tatbestand ab, unter den ein bestimmtes Vorhaben subsumiert werden soll.

Für das Arbeitsrecht relevant sind sowohl der betriebswirtschaftliche Projektbegriff des Projektmanagements als auch der Projektbegriff i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.

Die Projektbegriffe haben dabei jeweils eine Abgrenzungsfunktion. Ein Projekt i.S.d. des Projektmanagements lässt sich von einer Routineaufgabe durch die Feststellung abgrenzen, dass für dieses eine gesonderte Arbeitsorganisation eingerichtet ist. Umgekehrt kann eine Routineaufgabe wirtschaftlich nicht sinnvoll als Projekt durchgeführt werden. Beim Projektbegriff der Projektbefristung i.S.d. § 14

⁶⁷ So auch: *Bauer/von Medem*, RAW 2015, 99 (101); *Richter/Kaufmann*, AuA 2001, 491 (492); *Lakies*, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, 4. Kap., F., Rn. 249, 257.

Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG steht dagegen die Abgrenzung zur Daueraufgabe eines Unternehmens im Mittelpunkt der Betrachtung.

Inhaltlich können daher keine Rückschlüsse vom Projektbegriff des Projektmanagements auf den Projektbegriff des TzBfG gezogen werden. Für die Projektbe-fristungstatbestände i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG und § 2 Abs. 2 WissZeitVG kann daher an dieser Stelle schon festgehalten werden, dass sie jeweils unterschiedliche Sachverhalte regeln (s. hierzu auch noch: Kap. 2, C. IX. 1., S. 87 ff.).

Zweites Kapitel

Rechtsgrundlagen der Projektbefristung

Für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses, welches einem Projekt zugeordnet ist, kommen mehrere Rechtsgrundlagen in Betracht.

Ziel des zweiten Kapitels ist es, durch einen Vergleich der verschiedenen Rechtsgrundlagen Erkenntnisse über die in dieser Arbeit im Mittelpunkt der Betrachtung stehende Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu erlangen.

Dazu werden die einzelnen Rechtsgrundlagen zunächst überblicksartig vorgestellt und kategorisiert (A.). Anschließend werden die unterschiedlichen Tatbestände im Detail betrachtet und jeweils mit der Projektbefristung als Fallgruppe der Bedarfsbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG verglichen (B. bis D.).

A. Überblick über die Rechtsgrundlagen der Projektbefristung

Mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG existiert zunächst nur eine ausdrücklich geregelte Rechtsgrundlage zur Befristung im Zusammenhang mit Drittmittelprojekten an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Daneben gibt es die von der Rechtsprechung entwickelte Projektbefristung als ‚Unterfallgruppe‘ des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG und nach überwiegender Meinung in Literatur und Rechtsprechung können auch § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG (Haushaltsbefristung) sowie die ‚Drittmittelfinanzierung‘ als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG Projektbefristungen erfassen.

Die Projektbefristungstatbestände sind hinsichtlich ihres Rechtfertigungsgrundes für die Befristung in folgende drei Kategorien aufzuteilen: Bedarfsbefristung, Finanzierungsbefristung und Haushaltsbefristung.

Bei der Projektbefristung als ‚Unterfallgruppe‘ des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG liegt die Rechtfertigung für die Befristung im künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs, sodass dieser nur vorübergehend besteht. Sie ist daher Bedarfsbefristung.⁶⁸

⁶⁸ Vgl. Sievers, TzBfG § 14 Rn. 228; Thüsing/Fütterer/Thieken, ZfA 2014, 3 (12 und 24).

Bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist Wirksamkeitsvoraussetzung das Vorliegen und der Einsatz von Drittmitteln, die an sich den sachlichen Grund verkörpern, der eine Befristung rechtfertigt. Die Norm zielt daher auf Finanzierungsbefristungen.⁶⁹ Zu dieser Kategorie kann an dieser Stelle – ausweislich der Bezeichnung durch das BAG – auch noch die ‚Drittmittelfinanzierung‘ als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG gezählt werden (s. hierzu aber: Kap. 2, C. VIII., S. 84 f.).

Die Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG setzt für die Wirksamkeit der Befristung dem Wortlaut nach voraus, dass der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und er demnach entsprechend beschäftigt wird. Das BAG legt das Merkmal ‚Haushaltsmittel‘ restriktiv aus und lässt dafür in der Regel nur ein formelles Haushaltsgesetz genügen.⁷⁰ In diesen Besonderheiten des Haushaltsrechts liegt im Übrigen die Rechtfertigung für die Befristung.

B. Projektbefristung als Bedarfsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

I. Überblick über die Bedarfsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht.

Der vorübergehende betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung kann zunächst in einem vorübergehenden Zuwachs von Arbeitsaufgaben bestehen.⁷¹ Dieser Zuwachs

⁶⁹ Für § 2 Abs. 2 WissZeitVG str.: *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 85; *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (12, 24); a. A.: *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 309 („Mischform aus Bedarfs- und Finanzierungsbefristung“); *Geis/Krause*, WissZeitVG § 2 Rn. 58, der auch bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG den vorübergehenden Personalbedarf als Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit der Befristung sieht; *Mandler*, OdW 2015, 217 (220); *Arnold/Gräfl/Rambach*, TzBfG § 2 WissZeitVG Rn. 45, 46 – beide mit Verweis auf die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/3438 S. 14, die ebenfalls den Bezugspunkt der Prognose „Wegfall des Beschäftigungsbedarfs“ nennt; *Annuß/Thüsing/Kühn*, TzBfG § 23 Rn. 216; *ErfK/Müller-Glöge*, WissZeitVG Rn. 9 („Prognose zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs“); kritisch zur Vermischung von Bedarfs- und Finanzierungsbefristungsbestand schon: *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (24), Diskussion siehe unter C. III., S. 63 ff.

⁷⁰ *BeckOK ArbR/Bayreuther*, TzBfG § 14 Rn. 74a; *Roth*, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 425; zu den durch das BAG konkretisierten Tatbestandsvoraussetzungen auch: *Backhaus*, FS Preis, S. 20–23.

⁷¹ BT-Drs. 14/4374, S. 19; *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 119; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 272; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 23.

kann nach der Rechtsprechung des BAG sowohl im Bereich der Daueraufgaben (zur Definition: Kap. 1, B. I., S. 26) des Arbeitgebers entstehen als auch durch die Übernahme eines Projekts oder einer Zusatzaufgabe (zur Definition: Kap. 1, B. I., S. 26), für deren Erledigung das Stammpersonal nicht ausreicht.⁷² Fallgruppen für den Mehrbedarf sind neben der zeitlich begrenzten Durchführung von Projekten typischerweise die Erledigung von Eilaufträgen, besondere Produktionsaufträge, starker Kundenandrang in Kaufhäusern vor Feiertagen, eine anstehende Inventur, Ausverkäufe sowie Saison- und Kampagnebetriebe.⁷³ In letzteren ist die Betriebszeit von vornherein auf nur wenige (oftmals auf nicht mehr als drei) Monate des Jahres beschränkt.⁷⁴ Beispiele hierfür sind Freibäder, Skischulen oder eine Zuckerrübenfabrik.⁷⁵ In Saisonbetrieben wird hingegen regelmäßig während einer bestimmten Jahreszeit mit mehr Arbeitnehmern als der Stammebelegschaft gearbeitet, z. B. in der Produktion für das Oster- und Weihnachtsgeschäft in der Süßwarenindustrie oder in Hotels in Urlaubsgebieten.⁷⁶

Daneben kann ein vorübergehender betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung auch dann vorliegen, wenn der vorhandene Bestand der Arbeitsmenge künftig abnimmt, der Arbeitgeber bis dahin aber noch eine zusätzliche Arbeitskraft benötigt, z. B. bei Abwicklungsarbeiten bis zur Betriebsschließung oder nach Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage.⁷⁷ Der künftige Minderbedarf ist jedoch für diese Arbeit nicht von Belang und wird deshalb nicht weiter vertieft. Bei der Projektbefristung steht stets ein vorübergehender Mehrbedarf in Frage.

Die Prüfung der Wirksamkeit der Befristung wegen des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung erfolgt grundsätzlich zweistufig. Es sind zwei arbeitgeberseitige Prognoseentscheidungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu treffen:⁷⁸ Auf der ersten Stufe ist die Prognose anzustellen, dass aufgrund greifbarer Tatsachen mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass der Beschäftigungsbedarf wegfällt.⁷⁹

⁷² S. zuletzt: BAG 21.8.2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, 1709 (1711) Rn. 21; BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (612) Rn. 16.

⁷³ Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 19; BeckOK ArbR/*Bayreuther*, TzBfG § 14 Rn. 28; *Eckert*, Die Vertretungsbefristung, S. 137; *Meinel/Heyn/Herms/Meinel*, TzBfG § 14 Rn. 90; *Laux/Schlachter/Schlachter*, TzBfG § 14 Rn. 36.

⁷⁴ *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 401; *Gragert*, FA 2004, 194; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 27.

⁷⁵ *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 401.

⁷⁶ *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 401.

⁷⁷ BT-Drs. 14/4374, S. 19; *Dörmer*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 274; *Loth*, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 151.

⁷⁸ Befristungskontrolle ist Vertragskontrolle, vgl. *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 55, 13; *Dörmer*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 156; *Sievers*, RdA 2004, 291 (292).

⁷⁹ *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 151; *Loth*, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 150; *Plander*, ZTR 2001, 499 (500); BT-Drs. 14/4374, S. 19.

Der Bezugspunkt dieser Prognose ist hierbei für die Fallgruppe ‚Projektbefristung‘ nach der Rechtsprechung des BAG ein anderer als für die sonstigen Fallgruppen.

Auf der zweiten Stufe wird geprüft, ob ein Kausalzusammenhang zwischen Mehrbedarf und Einstellung des befristeten Arbeitnehmers besteht.⁸⁰ Auch auf dieser Stufe unterscheidet sich der Prüfungsinhalt bei der ‚Projektbefristung‘ von dem der anderen Fallgruppen.

Bevor jedoch die Bezugspunkte der Prognosen in den jeweiligen Fallgruppen genauer vorgestellt werden (III.) und Rückschlüsse vom allgemeinen Tatbestand auf die Fallgruppe der Projektbefristung gezogen werden können (IV.), bedarf es der Vorstellung einiger allgemeiner Annahmen zur Bedarfsprognose, die für alle Fälle des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gelten.

II. Für alle Fallgruppen geltende Annahmen zur Bedarfsprognose

Die Anstellung der negativen Beschäftigungsprognose ist der erste und gleichzeitig zentrale Prüfungspunkt i. R. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Unabhängig davon, worauf man sie in den unterschiedlichen Fallgruppen genau bezieht, gibt es einige Grundsätze, die für den Befristungsgrund fallgruppenübergreifend von Relevanz sind. Dies betrifft (1.) den Prognoseinhalt, d. h. die Frage, welche Umstände tatsächlich in die Beschäftigungsprognose einbezogen werden dürfen. Hierfür muss insbesondere die Grenzlinie zwischen einem ‚echten‘ vorübergehenden Bedarf und dem unternehmerischen Risiko, welches nicht durch die Befristung auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden darf, konkretisiert werden. Daran anschließend werden (2.) der Prognosemaßstab sowie (3.) die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Richtigkeit der Prognose dargestellt. Den Abschluss des allgemeinen Teils bildet die Frage danach, (4.) ob die Anforderungen an die Anstellung bzw. den Inhalt der Prognose steigen müssen, wenn der gleiche Arbeitnehmer mehrfach hintereinander gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG befristet wird.

1. Inhalt der negativen Beschäftigungsprognose

a) Abgrenzung von vorübergehendem Bedarf und unternehmerischem Risiko durch Konkretisierung des Merkmals ‚vorübergehend‘

Die Gesetzesbegründung fordert für die Befristung des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG eine Abgrenzung, die für den Rechtsanwender in vielen Fällen faktisch nicht greifbar ist: Wo genau verläuft die Grenze zwischen einem „von vornherein fest-

⁸⁰ BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 (Rn. 15); BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 15); BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 27; Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG § 14 Rn. 89b.

stehenden, nur vorübergehenden Arbeitskräftebedarf“⁸¹ als sachlicher Befristungsgrund und der „*jeder wirtschaftlichen Tätigkeit innewohnenden Unsicherheit über die künftige Entwicklung*“⁸², die zwar einen wechselnden Bedarf an Arbeitskräften hervorruft, allerdings keinen sachlichen Grund für die Befristung darstellen kann? Auch die daraus entwickelte Rechtsprechung, nach welcher der Prognose, die Teil des Sachgrunds sei, „konkrete Anhaltspunkte“ zugrunde liegen müssten,⁸³ macht die Abgrenzung noch nicht wirklich greifbarer.

Um sich dieser Grenzlinie anzunähern, kann zunächst nach eindeutigen Fällen abgegrenzt werden: Eindeutig kein nur vorübergehender Beschäftigungsbedarf i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber von vornherein zu wenig Stammpersonal beschäftigt, d. h. die Personalplanung an sich fehlerkalkuliert war.⁸⁴ Dann ist der Bedarf an der Arbeitsleistung gerade kein vorübergehender, sondern ein dauerhafter.

Stets vorübergehender Beschäftigungsbedarf liegt hingegen im Rahmen eines Projekts vor. Bei einem Projekt i. d. S. handelt es sich nach dem BAG zwingend um eine Zusatzaufgabe, d. h. um eine Aufgabe, die nur für eine begrenzte Zeit durchzuführen ist und daher keinen auf längere Zeit planbaren Personalbedarf mit sich bringt.⁸⁵ Einleuchtend ist der von vornherein nur vorübergehende Beschäftigungsbedarf zudem bei Saison- und Kampagnebetrieben, bei denen die Betriebszeit von Anfang an nur auf einen Teil des Jahres beschränkt ist bzw. innerhalb einer bestimmten Zeit das Tätigkeitsvolumen erheblich erhöht ist. Außerhalb dieser Betriebszeiten besteht mithin der Beschäftigungsbedarf nachvollziehbarerweise nicht.

Neben diesen eindeutigen Fällen ist die Grenzlinie aber schwer zu ziehen. Um die Abgrenzungskriterien zu konkretisieren, ist am Tatbestandsmerkmal ‚vorübergehend‘ anzusetzen. Dieses Merkmal ist charakteristisch für den Sachgrund⁸⁶ und bedingt überhaupt erst die Prognose über den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob eine Definition von ‚vorübergehend‘ bzw. eine Präzision der Grenzlinie zwischen ‚echtem‘ vorübergehendem Bedarf einerseits und wirtschaftlichem Risiko des Arbeitgebers andererseits formuliert werden kann.

⁸¹ BT-Drs. 14/4374, S. 19.

⁸² BT-Drs. 14/4374, S. 19; z. B. Abschluss eines Vertrags nur für die Zeit, in der die gute Auftragslage andauert, vgl. *Hromadka*, BB 2001, 621 (622).

⁸³ BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 13); BAG 21.3.2017 – 7 AZR 222/15, NZA 2017, 631 (Rn. 28); BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 16); *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 276.

⁸⁴ BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, AP TzBfG § 14 Nr. 70 (Anm. *Boecken/Jacobsen* unter II.).

⁸⁵ BAG 21.9.2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, 1709 (1711) Rn. 23; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 25.

⁸⁶ *Loth*, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 150.

aa) Keine Konkretisierung allein aus dem Wortlaut möglich

Eine Legaldefinition für das Tatbestandsmerkmal ‚vorübergehend‘ in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG existiert nicht. Der Duden beschreibt den Begriff ‚vorübergehend‘ zunächst als „*zeitweilig, nur eine gewisse Zeit dauernd, momentan*“.⁸⁷ Der Begriff enthält daher ein zeitliches Element. Ab einem gewissen Punkt muss er an eine zeitliche Grenze stoßen. Wo diese genau liegt, lässt sich allein aus dem Begriff noch nicht ersehen. Auch im TzBfG ist keine zeitliche Höchstgrenze festgelegt, die den vorübergehenden Bedarf in irgendeiner Form begrenzt. Eine (zusätzliche) inhaltliche Komponente in Bezug auf die Art der Aufgabe lässt sich zudem aus dem Begriff selbst bzw. seiner Definition nicht entnehmen.

Der Wortlaut allein gibt daher keine Anhaltspunkte zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals.

bb) Keine Konkretisierung durch den Vergleich zur Verwendung des Begriffs ‚vorübergehend‘ an anderen Stellen im Gesetz

Möglicherweise könnten aber Rückschlüsse aus der Verwendung des Begriffs ‚vorübergehend‘ in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen gezogen werden. Zu untersuchen sind § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG, § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG sowie § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III.

(1) § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG

Nach § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG ist die Überlassung von Arbeitnehmern vorübergehend bis zu einer Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b S. 1 HS. 1 AÜG zulässig. Danach ist eine Überlassung vorübergehend, die – vorbehaltlich abweichender Tarifverträge – bis zu 18 Monate andauert. Damit stößt der Begriff ‚vorübergehend‘ i. d. S. durch Gesetz auf eine zeitliche Höchstgrenze. Durch die nur vorübergehende Erlaubnis der Arbeitnehmerüberlassung soll die Stammbesellschaft vor einer Verdrängung durch Leiharbeiter geschützt werden.⁸⁸

Relevant für die Frage, ob hieraus Rückschlüsse auf das TzBfG gezogen werden können ist weiterhin, ob das Merkmal ‚vorübergehend‘ i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG arbeitsplatz- oder arbeitnehmerbezogen auszulegen ist. Dies war lange Zeit – trotz Klarstellungsbemühungen des deutschen Gesetzgebers im Rahmen der AÜG-Reform 2017 – umstritten.⁸⁹ Der EuGH hat im März 2022 in Sachen *Daimler* klargestellt, dass der in Art. 1 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie⁹⁰ verwendete Begriff der ‚vorübergehenden Überlassung‘ auf die Überlassung des einzelnen Leiharbeitneh-

⁸⁷ <https://www.duden.de/rechtschreibung/voruebergehend> (Stand: 19. 7. 2023).

⁸⁸ BT-Drs. 18/9232, S. 15; Wank, RdA 2017, 100 (109).

⁸⁹ S. hierzu: Seiwerth, NZA 2020, 273 (274) m. w. N.

⁹⁰ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, Abl. EU 2008 L 327, S. 9 ff.

mers und nicht auf den Arbeitsplatz, auf dem der Leiharbeitnehmer beim entleihenden Unternehmer eingesetzt wird, bezogen sei. Es sei daher mit der Leiharbeitsrichtlinie vereinbar, einen Leiharbeitnehmer auf einem Arbeitsplatz zu beschäftigen, der dauerhaft vorhanden ist und nicht vertretungsweise besetzt wird (sog. ‚rollierende Systeme‘).⁹¹

Damit können jedoch keine weiteren Rückschlüsse aus dem AÜG auf die Verwendung des Begriffs ‚vorübergehend‘ in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gezogen werden. Bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist es nämlich – auch im Unterschied zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG – gerade nicht möglich, einen Dauerarbeitsplatz mit wechselnden, befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu besetzen und so die fehlerhafte Stammpersonalplanung des Arbeitgebers zu kompensieren.

(2) § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG und § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III

Gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG ist vorübergehende Mehrarbeit unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig. ‚Vorübergehend‘ bedeutet hier eine Beschränkung auf einzelne Stunden und Tage.⁹² Die Begrenzung ist somit rein zeitlich zu verstehen und nur auf einen sehr kurzen Zeitraum begrenzt, um dem Gesundheitsschutzgedanken des ArbZG Rechnung zu tragen.

Gem. § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III ist der Arbeitsausfall vorübergehend, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit für die überwiegende Zahl der kurzarbeitenden Arbeitnehmer wieder mit einem Übergang zur Vollarbeit zu rechnen ist und zu erwarten steht, dass den Arbeitnehmern aufgrund der Kurzarbeit Arbeitsplätze und dem Betrieb die eingearbeiteten Arbeitnehmer erhalten bleiben. Dies ist nicht der Fall, wenn der Zeitraum des Arbeitsausfalls voraussichtlich die Bezugsdauer des § 104 SGB III deutlich (um mehr als ein bis zwei Monate) überschreitet.⁹³ Bei einer absehbar längeren Dauer ist darzulegen, worauf sich die Erwartung stützt, dass der Arbeitsausfall nur vorübergehend sein wird.⁹⁴ Damit besteht auch hier eine zeitliche Höchstgrenze dafür, wann ein Arbeitsausfall als ‚vorübergehend‘ i. d. S. anzusehen ist.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass für alle genannten ‚vorübergehenden‘ Sachverhalte – bis auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG – durch Gesetz bzw. durch die Rechtsprechung fixe zeitliche Höchstgrenzen festgelegt wurden. Diese zeitlichen Höchstgrenzen sind dort das maßgebliche Abgrenzungskriterium zur ‚dauerhaften‘ Überlassung/Mehrarbeit bzw. zum dauerhaften Arbeitsausfall.

⁹¹ EuGH 17.3.2022 – C-232/20 (Daimler), ECLI:EU:C:2022:196; Arnold, FD-ArbR 2022, 447755; ErfK/Roloff, AÜG § 1 Rn. 49; BAG 14.9.2022 – 4 AZR 83/21, NZA 2023, 305 Rn. 12 ff.

⁹² BeckOK ArbR/Kock, ArbZG § 14 Rn. 5; ErfK/Roloff, ArbZG § 14 Rn. 3.

⁹³ BSG 17.5.1983 – 7 RAr 13/82, BeckRS 1983, 30710096; vgl. Brand/Kühl, SGB III § 96 Rn. 3.

⁹⁴ Brand/Kühl, SGB III § 96 Rn. 3.

(3) *Resümee zu zeitlichen Höchstgrenzen als Konkretisierungsmerkmal für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG*

Zunächst ist festzuhalten, dass sich keine direkten Rückschlüsse aus § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG, § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG sowie § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III darauf ziehen lassen, wo die Grenze zwischen dem vorübergehenden Beschäftigungsbedarf einerseits und dem unternehmerischen Risiko andererseits liegt. Allerdings lässt sich dem Umstand, dass für die dort relevanten ‚vorübergehenden‘ Sachverhalte fixe zeitliche Höchstgrenzen festgelegt wurden, entnehmen, dass auch der vorübergehende Beschäftigungsbedarf auf eine absolute zeitliche Höchstgrenze stoßen muss.

In einem nächsten Schritt ist daher zu untersuchen, ob man auch für ‚vorübergehend‘ in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG eine solche fixe zeitliche Höchstgrenze festlegen kann.⁹⁵ Das TzBfG selbst sieht für die Sachgrundbefristung keine starre zeitliche Höchstgrenze vor. Solange der Sachgrund vorliegt, bedarf die Länge der Befristung grundsätzlich keiner gesonderten Rechtfertigung.⁹⁶ Für den Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung hat der EuGH in der Rechtsache Popescu erklärt, dass ein Arbeitsverhältnis mit einer „*ununterbrochene[n] Dienstleistung von sechs Jahren und sieben Monaten*“ schon „*offenbar einen nicht nur vorübergehenden, sondern einen ständigen Bedarf deckte*“.⁹⁷ Nach dem EuGH schließt daher eine mehrjährige Beschäftigung einen vorübergehenden Bedarf aus.

Insgesamt wäre es an dieser Stelle jedoch nicht zielführend, (widerleglich oder unwiderleglich) zu vermuten, dass bis zu einer Befristungsdauer von ‚x-Monaten‘ oder ‚x-Jahren‘ stets ein vorübergehender Bedarf vorliegt, so wie das bei den zuvor dargestellten gesetzlichen Regelungen der Fall ist. Eine mehr oder weniger starre Zeitgrenze, bis zu der unabhängig von einer konkreten Bedarfsprüfung von einem vorübergehenden Bedarf ausgegangen werden kann, würde dazu führen, dass faktisch eine neue Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung geschaffen würde. Zeitliche Höchstgrenzen können daher den Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs i. S. d. TzBfG an sich nicht rechtfertigen. Ungewöhnlich lange Befristungszeiten oder Befristungsketten können aber dafür sprechen, dass der Arbeitgeber offenbar mit dem Wegfall des Beschäftigungsbedarfs nicht rechnete oder jedenfalls nicht zu rechnen brauchte.⁹⁸ Sie können daher als ein Merkmal indizieren, dass kein vorübergehender Bedarf vorlag.

⁹⁵ S. zu solchen Überlegungen, jedoch zusätzlich zur Sachgrundprüfung, auch: *Loth*, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 363 ff.

⁹⁶ S. Kap. 2, B. II. 1. c), S. 43.

⁹⁷ EuGH 21. 9. 2016 – C-614/15 (Popescu), ECLI:EU:C:2016:726 (Rn. 61).

⁹⁸ S. schon: *Wiedemann*, in: FS Lange, S. 395 (403).

cc) Konkretisierung durch den Vergleich zu (objektiven)
betrieblichen Gründen

Für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG müssen daher noch andere Abgrenzungskriterien herangezogen werden. Bei der Frage, wann die Unsicherheit hinsichtlich des künftigen Beschäftigungsbedarfs nicht zum wirtschaftlichen Risiko des Arbeitgebers gehören soll, man ihm also eine Befristungsmöglichkeit zubilligen will, geht es im Kern eigentlich um die Frage, wann es dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist, seinen Betrieb so umzuorganisieren, dass er den Arbeitsanfall mit seinem Stammpersonal bewerkstelligen kann – mithin geht es um das Vorliegen betrieblicher Gründe. Hierbei kann es nur auf objektive Umstände/Gründe ankommen.⁹⁹ Subjektive Erwägungen können schon deshalb keine Rolle spielen, weil sonst der ängstliche Unternehmer privilegiert würde, der schneller befürchtet, bald keinen Beschäftigungsbedarf mehr zu haben und dadurch mehr Risiko auf die Belegschaft abwälzen könnte.¹⁰⁰

Betriebliche Gründe sind im Arbeitsrecht auch aus anderen Regelungen bekannt, z. B. aus § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG oder auch § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BEEG. Hierbei handelt es sich jeweils um betriebliche Umstände, aufgrund derer der Arbeitgeber ‚nicht anders kann‘, als den in Frage stehenden Wunsch des Arbeitnehmers abzulehnen.¹⁰¹ In diesen Fällen liegt gerade kein Fall des von ihm zu tragenden Betriebsrisikos vor. Beispielsweise kann der Arbeitgeber etwa den Urlaubswunsch eines Arbeitnehmers nicht gem. § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG aus Gründen zurückweisen, die durch seine mangelnde Organisation oder Personalplanung entstanden sind.¹⁰² Erforderlich ist vielmehr, dass zusätzliche, vom Arbeitgeber unverschuldete Ereignisse eintreten, wie beispielsweise ein besonders langer Krankenstand, ein unerwarteter Auftrag, eine unvorhersehbare Produktionsnachfrage oder die Gefahr des Verderbens von Gütern bzw. Arbeitererzeugnissen.¹⁰³ Zudem können betriebliche Gründe i. d. S. aus der Eigenart des Betriebs stammen (z. B. Saison- und Kampagnezeiten, besondere Auftragsspitzen wie das Weihnachtsgeschäft oder ein Saisonschlussverkauf) und mithin einem Urlaubsverlangen des Ar-

⁹⁹ Vgl. auch: Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 56; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 276; *Däubler/Deinert/Zwanziger-Wroblewski*, KSchR § 14 TzBfG, Rn. 55.

¹⁰⁰ S. schon: *Wiedemann*, in FS Lange, S. 395 (403).

¹⁰¹ Vgl. für § 8 Abs. 4 TzBfG: *Laux/Schlachter/Laux*, TzBfG § 8 Rn. 139: Entscheidend ist, ob der Arbeitgeber im Falle der Reduzierung der Arbeitszeit auf den Teil der Arbeitszeit angewiesen ist, der entfällt oder nicht (...). Nicht erforderlich ist hier jedoch, dass objektive Gründe der Teilzeit entgegenstehen. Es kann sich auch um Gründe handeln, die sich aus dem subjektiv vom Arbeitgeber verfolgten bzw. vorgegebenen Organisationskonzept ergeben und so zur Unteilbarkeit des Arbeitsplatzes führen; vgl. für § 15 Abs. 7 Nr. 4 BEEG: *HWK/Gaul*, BEEG § 15 Rn. 17: Es sind alle denkbaren organisatorischen und personellen Maßnahmen zu prüfen und umzusetzen, ehe die Elternzeit abgelehnt werden kann.

¹⁰² *Hk-BUrlG/Oppermann*, § 7 BUrlG Rn. 20.

¹⁰³ Vgl. *Hk-BUrlG/Oppermann*, § 7 BUrlG Rn. 20.

beitnehmers entgegenstehen.¹⁰⁴ Die dargestellten Maßstäbe wären jeweils auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG übertragbar (s. die unter II. 1. a) angeführten Beispiele).

Zwar unterscheiden sich die Anforderungen an die (dringenden) betrieblichen Gründe sowie die Perspektiven, aus denen sie zu beurteilen sind, bei § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG, § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG und erst recht § 15 Abs. 7 Nr. 4 BEEG teilweise ganz erheblich.¹⁰⁵ Allen ist aber die Anforderung gemein, dass der Arbeitgeber, wenn er den entsprechenden Wunsch des Arbeitnehmers ablehnt, ‚nicht anders kann‘ als dies zu tun.

dd) Zwischenergebnis

Vorübergehend ist der Bedarf an der Arbeitsleistung dann, wenn dafür objektive betriebliche Gründe – wie sie z.B. auch aus § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG und § 15 Abs. 7 Nr. 4 BEEG bekannt sind – vorliegen. Dann ‚kann‘ der Arbeitgeber nicht anders, als im Einzelfall einen befristeten Arbeitsvertrag zu schließen und es liegt kein Fall des von ihm zu tragenden unternehmerischen Risikos vor. Die Ungewissheit über den künftigen Beschäftigungsbedarf darf daher insgesamt nicht auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitgebers beruhen.¹⁰⁶

b) Schlussfolgerung für die Bestimmung des vorübergehenden Bedarfs bei einer Dauer- bzw. Zusatzaufgabe

Bei den objektiven betrieblichen Gründen i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist hinsichtlich der Kriterien zwischen vorübergehendem Bedarf im Rahmen einer Daueraufgabe sowie vorübergehendem Bedarf im Rahmen einer Zusatzaufgabe zu differenzieren. Die Frage nach dem vorübergehenden Bedarf im Rahmen einer Daueraufgabe kann dabei nur anhand von quantitativen Merkmalen bestimmt werden (z.B. personeller Mehrbedarf im Rahmen einer Auftragsspitze oder bei Saisonarbeiten). Die Frage nach dem vorübergehenden Bedarf im Rahmen einer Zusatzaufgabe kann demgegenüber nur anhand von qualitativen Merkmalen (= Inhalt der Aufgabe) erläutert werden. Quantitative Erwägungen wären hier etwa die Unsicherheit bzgl. eines Folgeauftrags oder der Wunsch des Arbeitgebers, Personal auszuwechseln. Dies stellt aber keinen objektiven betrieblichen Grund dar, sondern wäre ein subjektiver Belang und mithin ein Fall des Abwälzens des unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer. Insoweit ist der Definition der Zusatzaufgabe des BAG, wonach der Arbeitgeber keinen planbaren Personalbedarf

¹⁰⁴ Vgl. BeckOK ArbR/Lampe, BUrlG § 7 Rn. 10; Schaub/Linck, § 104 Rn. 76; ErfK/Gallner, BUrlG § 7 Rn. 18.

¹⁰⁵ S. MHD B ArbR/Heinkel, 192 Rn. 7; BeckOK ArbR/Schrader, BEEG § 15 Rn. 54; Arnold/Gräfl/Vossen, TzBfG § 8 Rn. 71.

¹⁰⁶ S. schon: Wiedemann, in: FS Lange S. 395 (403).

in „*quantitativer oder qualitativer Hinsicht*“ habe¹⁰⁷, zu widersprechen, da nach der Definition die fehlende Planbarkeit auch hinsichtlich der Quantität bestehen kann. Das ist aber gerade abzulehnen.

c) Keine eigene Rechtfertigung bzgl. der Dauer der Befristung

Auch die vereinbarte Vertragsdauer erlangt für die Frage, ob ein sachlicher Grund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG vorliegt, Bedeutung. Sie wird allerdings nicht als eigenständiger Punkt im Rahmen der Bedarfsprognose geprüft, bedarf also keiner eigenen Rechtfertigung.¹⁰⁸ Aus der vereinbarten Vertragslaufzeit darf sich jedoch nicht ergeben, dass der Sachgrund tatsächlich nicht besteht oder nur vorgeschoben ist. Zu beachten ist hierbei, dass das bloße Zurückbleiben der vereinbarten Vertragsdauer hinter der bei Vertragsschluss voraussehbaren Dauer des vorübergehenden Bedarfs nicht stets und ohne weiteres geeignet ist, den Sachgrund in Frage zu stellen. Der Arbeitgeber kann daher beim Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG frei darüber entscheiden, ob er den Zeitraum des von ihm prognostizierten zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs ganz oder nur teilweise durch den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen abdeckt. Ein Zurückbleiben der Vertragslaufzeit hinter der voraussichtlichen Dauer des Bedarfs kann das Vorliegen des Sachgrundes nur dann in Frage stellen, wenn eine sinnvolle, dem Sachgrund entsprechende Mitarbeit des Arbeitnehmers nicht mehr möglich erscheint.¹⁰⁹

2. Prognosemaßstab der hinreichenden Sicherheit

Als Kriterium für die Bemessung der Prognosesicherheit wird als Maßstab verwendet, ob aufgrund greifbarer Tatsachen mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass der Beschäftigungsbedarf wegfällt.¹¹⁰ Daraus wird deutlich, dass zum einen keine absolute Gewissheit über den künftigen Entfall des Beschäftigungsbedarfs bestehen muss¹¹¹ und andererseits die ‚allgemeine Unsicherheit über die zukünftig bestehende Beschäftigungsmöglichkeit‘ die Befristung eben nicht rechtfertigen kann. Den Grad der absoluten Gewissheit kann eine Prognose schlichtweg nicht erreichen. Hier gäbe es für den Arbeitgeber faktisch kaum mehr eine Möglichkeit darzulegen, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Damit

¹⁰⁷ S. Kap. 1, B. I., S. 26.

¹⁰⁸ Vgl. BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 (Rn. 14); *Oberthür*, DB 2001, 2246; *Hromadka*, BB 2001, 621 (622).

¹⁰⁹ S. zum Ganzen: BAG 20.8.2008 – 7 AZR 950/06, AP TzBfG § 14 Nr. 45 (Rn. 19c); BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 (Rn. 14); *Hromadka*, BB 2001, 621 (622).

¹¹⁰ *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 151; *Loth*, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 150; BT-Drs. 14/4374, S. 19.

¹¹¹ *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 152; *Thüsing/Fütterer/Thicken*, ZfA 2014, 3 (20).

wäre seine unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG unverhältnismäßig stark eingeschränkt.¹¹²

Die allgemeine Unsicherheit über die zukünftig bestehende Beschäftigungsmöglichkeit gehört hingegen gerade zum unternehmerischen Risiko des Arbeitgebers, welches nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden darf.¹¹³ Der Arbeitgeber kann sich also bei nicht oder nur schwer voraussehbarem quantitativen Bedarf nicht einfach darauf berufen, mit befristeten Arbeitsverhältnissen leichter und schneller auf Bedarfsschwankungen reagieren zu können.¹¹⁴ Vor dem Hintergrund, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis der sozialpolitisch gewünschte Normalfall, die Befristung hingegen nur die Ausnahme sein soll¹¹⁵, ist dies ebenfalls konsequent: Als Instrument für den Abbau von überflüssigen Arbeitsplätzen sieht das deutsche Arbeitsrecht mit § 1 Abs. 2 Alt. 3 KSchG die Möglichkeit zur betriebsbedingten Kündigung vor.¹¹⁶ Die sozialen Interessen der Belegschaft werden hierbei durch die Vorgaben zur ordnungsgemäßen Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG gewahrt.

Der Prognosemaßstab der ‚hinreichenden Sicherheit‘ für den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs berücksichtigt daher im Ergebnis den Ausgleich der Grundrechtspositionen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen.¹¹⁷

3. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für den Nachweis der Richtigkeit der Bedarfsprognose sowie Anforderungen an die Darlegung im Einzelfall

a) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Insgesamt besteht für den Nachweis der Richtigkeit der Prognose eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Da es stets auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt (s.o.), ändern spätere Abweichungen von der Prognose grundsätzlich erstmal nichts an der Wirksamkeit der Befristung.¹¹⁸ Der Arbeitgeber hat die tat-

¹¹² Thüsing/Fütterer/Thielen, ZfA 2014, 3 (20).

¹¹³ BAG 15.5.2012 – 7 AZR 35/11, NZA 2012, 1366 (Rn. 30); Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 39, 57; KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 145; Loth, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 150; Sievers, RdA 2004, 291 (295); Thüsing/Fütterer/Thielen, ZfA 2014, 3 (6).

¹¹⁴ Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 39.

¹¹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 6 der EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse; BT-Drs. 14/4374, S. 12.

¹¹⁶ In diesem Zusammenhang: Sievers, RdA 2004, 192 (298); s. auch: Linck/Krause/Bayreuther/Krause, Einl. Rn. 71.

¹¹⁷ Beden, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 152; Thüsing/Fütterer/Thielen, ZfA 2014, 3 (17f.).

¹¹⁸ Loth, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 148.

sächlichen Grundlagen für die Prognose im Prozess darzulegen und ggf. zu beweisen.¹¹⁹

Bestätigt die tatsächliche Entwicklung der Durchführung des Vertrags die Prognose, so besteht eine Vermutung für deren Richtigkeit. Der Arbeitnehmer kann die Vermutung jedoch widerlegen, indem er Umstände vorträgt, die dafür sprechen, dass ein vernünftig handelnder Arbeitgeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von einem anderen Verlauf der Dinge hätte ausgehen müssen.¹²⁰ Tritt hingegen die prognostizierte Entwicklung nicht ein, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend konkrete Tatsachen vorlagen, die er zur Grundlage seiner Prognoseentscheidung machen durfte oder dass die tatsächliche Entwicklung aufgrund für ihn unvorhersehbarer Umstände anders verlaufen ist als ursprünglich prognostiziert. Gelingt dem Arbeitgeber dieser Beweis, ist die Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG trotz der andersartigen Entwicklung gerechtfertigt.¹²¹

b) Anforderungen an die Darlegung des vorübergehenden Bedarfs

Es reicht nicht, dass der vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorliegt, sondern der Arbeitgeber muss die Gründe hierfür auch „*exakt und detailliert*“ darlegen.¹²² Die Anforderungen daran sind mithin hoch.¹²³ Nicht ausreichend ist es z. B., wenn der Arbeitgeber lediglich Schwankungen der Arbeitsmenge vorträgt, ohne diese in Relation zum Personalbedarf zu setzen, der für die Bewältigung der Arbeitsmenge im ‚Normalzustand‘ erforderlich ist.¹²⁴ Nach der Rechtsprechung war daher in einem Fall nicht ausreichend, dass die Arbeitgeberin (Deutsche Post) für die Begründung eines vorübergehenden Mehrbedarfs lediglich vorgetragen hat, es gebe ein erhöhtes Sendungsaufkommen zu Weihnachten.¹²⁵ Sie hätte hier zunächst vielmehr den für die Bewältigung eines durchschnittlichen Sendungsaufkommens notwendigen Personalbedarf vortragen müssen und sodann die voraussichtliche Entwicklung des Sendungsaufkommens für die Weihnachtszeit aufzeigen und an-

¹¹⁹ S. zuletzt: BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 Rn. 16 m. w. N.; *Sievers*, RdA 2004, 291 (292).

¹²⁰ BAG 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, BeckRS 2008, 56307 Rn. 17; BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12, NZA 2015, 301 Rn. 22; BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 Rn. 16; BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 Rn. 11; BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 23; Arnold/Gräfl/Gräfl, TzBfG § 14 Rn. 73.

¹²¹ BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 23; Arnold/Gräfl/Gräfl, TzBfG § 14 Rn. 74 f.; BAG 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, BeckRS 2008, 56307 Rn. 17; vgl. auch *Oberthür*, DB 2001, 2246 (2250).

¹²² Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 57.

¹²³ KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 144; *Sievers*, RdA 2004, 291 (293).

¹²⁴ S. hierzu: BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 17, 20); s. auch: BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633 Rn. 16 ff.

¹²⁵ BAG 12.9.1996 – 7 AZR 790/95; AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 182; Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 57.

hand dessen einen zusätzlichen Personalbedarf ermitteln müssen, um den Anforderungen an die Darlegung der Bedarfsprognose zu genügen.¹²⁶ Je nach Einzelfall kann die Darlegung der Bedarfsprognose ein wissenschaftlich fundiertes, hochkomplexes Rechenwerk sein, sodass die Tatsachengerichte aus Gründen der Nachvollziehbarkeit ggf. auch angehalten sein können, auf Sachverständige zurückzugreifen.¹²⁷ Nach der Rechtsprechung ist es hingegen für die Erstellung der Bedarfsprognose nicht notwendig, dass die für die Erledigung des zusätzlichen Bedarfs eingestellten Arbeitnehmer namentlich benannt werden, um zu überprüfen, ob nicht mehr Arbeitnehmer als erforderlich befristet eingestellt wurden.¹²⁸

4. Steigende Anforderungen an die Bedarfsprognose bei Mehrfachbefristung?

Prozessual ist nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Befristungskontrolle nur der zuletzt abgeschlossene befristete Arbeitsvertrag gerichtlich überprüfbar.¹²⁹ Wegen der 3- Wochen-Frist in § 17 S. 1 TzBfG, § 7 KSchG werden vorherige Befristungen ohnehin regelmäßig¹³⁰ als wirksam fingiert.

Fraglich ist jedoch, ob bei Abschluss mehrerer befristeter Verträge hintereinander mit demselben Arbeitnehmer („Kettenbefristungen“) die Anforderungen an die arbeitgeberseitige Prognose mit jeder neuen Befristungsabrede steigen, oder ob die Prognoseanforderungen immer gleichbleiben, d. h., es aus materiellrechtlicher Sicht auch immer nur auf den zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrag ankommt. Dies wird vor allem für die Prognose bei der Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG und hierbei insbesondere bei der mittelbaren Vertretung sowie der sog. gedanklichen Zuordnung¹³¹ diskutiert.¹³² Im Rahmen von Vertretungsbefristungen gibt es zahlreiche Rechtsprechungsbeispiele für lange Befristungsketten, weshalb die Vertretungsbefristung als besonders missbrauchsanfällig gilt.¹³³

Die Vertretungsbefristung ist mit der Befristung wegen des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung verwandt und wird zuweilen als eine „Unterfall-

¹²⁶ BAG 12.9.1996 – 7 AZR 790/95; AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 182.

¹²⁷ S. für ein recht ausführliches Berechnungsbeispiel: BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 24).

¹²⁸ BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 17).

¹²⁹ BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (Rn. 11); BAG 24.2.2016 – 7 AZR 182/14, NZA 2016, 949 (Rn. 14); *Preis/Greiner*, RdA 2010, 148 (149).

¹³⁰ S. zu etwaigen (eher theoretischen) Ausnahmen: *Bayreuther*, NZA 2013, 23.

¹³¹ *Eisemann*, NZA 2009, 1113; *Lipke*, in: FS Etzel, S. 255 (261).

¹³² Vgl. *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 160; *Sievers*, RdA 2004, 291 (294).

¹³³ Z. B.: BAG 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 (11 befristete Verträge über mehr als 10 Jahre, dabei tw. extrem kurze Befristungszeiten von 1–2 Monaten); BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (13 befristete Verträge über knapp 11,5 Jahre); BAG 18.7.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359 (4 befristete Verträge über 7 3/4 Jahre).

gruppe‘ des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG bezeichnet.¹³⁴ Es gibt daher auch Stimmen, die gesteigerte Anforderungen an die negative Beschäftigungsprognose bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG fordern.¹³⁵

Im Rahmen dieser Arbeit ist allein von Interesse, ob die Anforderungen an die Bedarfsprognose i.R.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG bei Mehrfachbefristungen steigen. Zur Beantwortung dieser Frage werden zunächst die unionsrechtlichen Anforderungen an die Erstellung der Prognose (a)) sowie die Handhabung der gestellten Frage durch das BAG (b)) vorgestellt. Anschließend werden die Argumente aus der Literatur, insbesondere in Bezug auf die Vertretungsbefristung untersucht (c), d)), ehe daraus Rückschlüsse auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gezogen werden (e)).

*a) Unionsrechtliche Vorgaben für die arbeitgeberseitige Prognose
gem. § 5 Nr. 1 lit. a EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung*

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage sind die Vorgaben aus dem Unionsrecht. Um § 5 Nr. 1 lit. a der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung (BRV) über befristete Arbeitsverträge, die durch die Befristungsrichtlinie durchgeführt wurde¹³⁶, zu genügen, müssen nach dem EuGH zur Prüfung, ob nicht tatsächlich ein ständiger und dauerhafter Arbeitskräftebedarf vorliegt, stets alle Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Dabei sind namentlich die Zahl der mit derselben Person oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen, aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass der Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Verträge zurückgreift.¹³⁷

Die Tatsache, dass eine Kettenbefristung vorliegt, muss also im Einzelfall auf irgendeine Weise Berücksichtigung bei der Frage nach der Zulässigkeit der Befristung finden. Dass dies konkret durch Steigen der Prognoseanforderungen gesehen muss, gibt der EuGH nicht vor.

b) Uneinheitliche Handhabung durch das BAG

In seiner früheren Rechtsprechung ging das BAG davon aus, dass mit steigender Anzahl und Dauer der Befristungen die Anforderungen an den Sachgrund bzw. an die

¹³⁴ Vgl. Chaudhry, NZA 2018, 484 (486); KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 241.

¹³⁵ Vgl. KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 150; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 10; Plander, ZTR 2001, 499 (500, 502); Staudinger/Temming/Rolfs, § 620 Rn. 43.

¹³⁶ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG 1999 L 175, S. 43 ff.

¹³⁷ S. hierzu aus der Rechtsprechung des EuGHs grundlegend: EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük), ECLI:EU:C:2012:39 (Rn. 51); EuGH 26.11.2014 – C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 (Mascolo), ECLI:EU:C:2014:2401 (Rn. 103).

Prognose steigen müssen.¹³⁸ Mittlerweile ist es von dieser Ansicht – ohne Begründung oder Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung – abgewichen. Nach heute ständiger Rechtsprechung bleiben daher die Prognoseanforderungen auch bei Kettenbefristungen immer gleich.¹³⁹ Stattdessen führt das BAG – in Folge der Rechtsache Kücük¹⁴⁰ – auf einer zweiten, der Sachgrundprüfung nachgelagerten, Stufe eine sog. Rechtsmissbrauchskontrolle anhand von § 242 BGB durch, in deren Rahmen die Zahl der Verlängerungen der Arbeitsverträge eine maßgebliche Rolle spielt.¹⁴¹ Mit dieser Handhabe genügt das BAG den Anforderungen des EuGHs an die Einhaltung des § 5 Nr. 1 lit a BRV.¹⁴²

*c) Stand der Diskussion im deutschen Recht
zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG*

Die heute ganz herrschende Meinung im Schrifttum kritisiert den Rechtsprechungswechsel des BAG und fordert stattdessen ein Ansteigen der Prognoseanforderungen bei Kettenbefristungen, insbesondere bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG.¹⁴³

Die Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezieht sich bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG darauf, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in objektiver Hinsicht damit rechnen durfte, dass der Stammarbeitnehmer an seinen Arbeitsplatz zurückkehren wird, der Vertretungsbedarf nach Rückkehr des zu vertretenden Stammmitarbeiters also voraussichtlich wegfällt.¹⁴⁴ Davon kann der Ar-

¹³⁸ Vgl.: BAG 30.11.1977 – 5 AZR 561/76, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 44; BAG 21.1.1987 – 7 AZR 265/85, NZA 1988, 280; BAG 22.11.1995 – 7 AZR 252/95, NZA 1996, 878.

¹³⁹ BAG 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 (Rn. 35); BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (Rn. 19); BAG 18.7.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359 (Rn. 15); BAG 13.2.2013 – 7 AZR 225/11, NZA 2013, 777 Rn. 33.

¹⁴⁰ EuGH 26.1.2012 – C-586/10 – Kücük, NZA 2012, 135; BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351.

¹⁴¹ KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 150.

¹⁴² Eckert, Die Vertretungsbefristung, S. 253 f.

¹⁴³ Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 67; MüKoBGB/Hesse, TzBfG § 14 Rn. 17; Lipke, in: FS Etzel, 255 (261); KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 35, 144, 150; Loth, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 138 f.; ErfK/Müller-Glöße, TzBfG § 14 Rn. 10; Oberthür, DB 2001, 2246 (2249), Preis/Greiner, RdA 2010, 148 (149); Persch, Kernfragen des Befristungsrechts, S. 266; Staudinger/Temming/Rolfs (2022), § 620 Rn. 43; Laux/Schlachter/Schlachter, TzBfG § 14 Rn. 18; a. A. und damit dem BAG folgend: BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 25, 49; Beden, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 327 f.; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 308a; Eckert, Die Vertretungsbefristung, S. 250 f.; Gooren, ZESAR 2012, 225 (229); Kiel, JbArbR 50, S. 41; Kiel, NZA-Beilage 2016, 72 (83); HaKo-KSchG/Mestwerdt, § 14 TzBfG Rn. 60; Sievers, RdA 2004, 291 (294).

¹⁴⁴ BAG 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 Rn. 12; BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 43; KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 250; ErfK/Müller-Glöße, TzBfG § 14 Rn. 35; Oberthür, DB 2001, 2246 (2247 f.).

beitgeber – auch bei wiederholten Befristungen – grundsätzlich ausgehen, es sei denn, er weiß, dass der Vertretene nicht auf seinen Arbeitsplatz zurückkehren wird oder dass er daran aufgrund besonderer Umstände erhebliche Zweifel hat.¹⁴⁵ Kein Teil der Prognose ist hingegen die Frage, ob nach dem vorgesehenen Vertragsende auch kein dauerhafter betrieblicher Bedarf mehr an der Arbeitsleistung des Vertreters besteht.¹⁴⁶

Diese Prognoseanforderungen werden insgesamt, insbesondere aber im Falle von Kettenbefristungen, als zu ‚liberal‘ bzw. niedrig kritisiert.¹⁴⁷

So kritisiert etwa *Lipke* im Hinblick auf die Vertretungsbefristung im Krankheitsfall des Stammarbeitnehmers, dass der Arbeitgeber selbst bei mehrfacher Krankheitsvertretung davon ausgehen könne, dass die zu vertretende Stammkraft an ihren Arbeitsplatz zurückkehren wird, ohne dass er angehalten sei, Erkundigungen über die gesundheitliche Entwicklung des erkrankten Vertretenen einzuholen.¹⁴⁸ Dies gelte selbst dann, wenn aufgrund des bisherigen Krankheitsverlaufs erhebliche Zweifel an der Rückkehr bestehen.¹⁴⁹

Nach *Beden* würden gesteigerte Prognoseanforderungen in einem solchen Fall aber ohnehin nicht weiterhelfen, da der Vertretene gegenüber dem Arbeitgeber keine Aufklärungspflicht über die den Vertretungsbedarf begründenden Umstände, d.h. seinen voraussichtlichen Krankheitsverlauf, habe.¹⁵⁰ Gesteigerte Prognoseanforderungen machten daher nach *Beden* von vornherein nur dann Sinn, wenn der Arbeitgeber überhaupt die Möglichkeit habe, die prognoserelevanten Informationen einzuholen, mithin die Ursache für den Vertretungsbedarf von seiner Planungs- und Organisationsmacht gedeckt ist.¹⁵¹

Eckert lehnt die Forderung nach gesteigerten Anforderungen an die Prognose bei der Vertretungsbefristung gänzlich ab und verschiebt die Umsetzung des Ziels der Verhinderung von Kettenbefristungen auf die sich der Sachgrundprüfung anschließende Missbrauchskontrolle.¹⁵²

¹⁴⁵ BAG 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 Rn. 12 m. w. N.; *Eisemann*, NZA 2009, 1113 (1115).

¹⁴⁶ *Oberthür*, DB 2001, 2246 (2247 f.).

¹⁴⁷ *Lipke*, in: FS Etzel, S. 255 (261); KR-*Lipke/Bubach*, TzBfG § 14 Rn. 150; Laux/Schlachter/*Schlachter*, TzBfG § 14 Rn. 18.

¹⁴⁸ *Lipke*, in: FS Etzel, S. 255 (261).

¹⁴⁹ *Lipke*, in: FS Etzel, S. 255 (261).

¹⁵⁰ *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 161; s. hierzu auch: *Loth*, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 321 ff. sowie *Sievers*, RdA 2004, 291 (293, 294).

¹⁵¹ *Beden*, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 161.

¹⁵² *Eckert*, Die Vertretungsbefristung, S. 250 f.

*d) Stand der Diskussion im deutschen Recht
 losgelöst von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG*

Losgelöst von den spezifischen Argumenten für die Vertretungsbefristung wird für die Erhöhung der Prognoseanforderungen angeführt, dass mit zunehmender Dauer der Beschäftigung der Bestandsschutz des Arbeitnehmers wachse, auch weil er durch die andauernde Investition in den Erwerb betriebsspezifischer Kenntnisse und Erfahrungen schützenswerte Vorleistungen erbracht habe.¹⁵³ Zudem werde es mit der Zeit für ihn schwieriger, anderweitige Beschäftigungsalternativen zu finden, sodass seine Abhängigkeit von dem Betrieb wachse.¹⁵⁴ Auf Arbeitgeberseite steige daher die soziale Verantwortung für den nur befristet Beschäftigten.¹⁵⁵ *Kiel* hält dem entgegen, dass der allgemeine Grundsatz der steigenden sozialen Verantwortung des Arbeitgebers Ausdruck einer allgemeinen vertraglichen Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB sei, aber keinen Einfluss auf die Rückkehrprognose i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG haben dürfe.¹⁵⁶ Es bestehe zudem kein greifbarer Maßstab, an dem sich gesteigerte Prognoseanforderungen ausrichten ließen, was den Eindruck vermittele, Erstbefristungen unterlägen einem milderem Prüfungsmaßstab als Mehrfachbefristungen.¹⁵⁷ Eine ‚relative‘ Sachgrundprüfung, die nicht nur auf die Prognose bezogen ist, wäre jedoch mit den unionsrechtlichen Anforderungen an objektive und transparente Kriterien nicht in Einklang zu bringen.¹⁵⁸

Für einen strengeren Kontrollmaßstab wird noch angeführt, dass nur erneut befristet werden müsse, weil sich die ursprüngliche Prognose als unzutreffend erwiesen habe.¹⁵⁹

¹⁵³ Laux/Schlachter/Schlachter, TzBfG § 14 Rn. 17; s. auch: Annuß/Thüsing/Maschmann, TzBfG § 14 Rn. 10; Persch, Kernfragen des Befristungsrechts, S. 267.

¹⁵⁴ Laux/Schlachter/Schlachter, TzBfG § 14 Rn. 17; so auch noch: BAG 30.11.1977 – 5 AZR 561/76, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 44.

¹⁵⁵ Laux/Schlachter/Schlachter, TzBfG § 14 Rn. 17; so auch noch BAG 30.11.1977 – 5 AZR 561/76, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 44; dieser Gedanke der Fürsorgepflicht stammt aus den 1970er Jahren und damit einer Zeit, in der Beschäftigungsverhältnisse in der Regel von der Ausbildung bis zum Ruhestand beim selben Arbeitgeber ausgeführt wurden und hat demnach heute wohl etwas an Bedeutung verloren. Der Grundgedanke – Arbeitsverhältnis als Lebensgrundlage – ist aber freilich noch immer aktuell; vgl. Loth, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 138.

¹⁵⁶ *Kiel*, JbArbR 50, S. 41.

¹⁵⁷ *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 308a („Leerformel“); *Kiel*, JbArbR 50, S. 41.

¹⁵⁸ *Kiel*, JbArbR 50, S. 41.

¹⁵⁹ *Oberthür*, DB 2001, 2246 (2249); Staudinger/Temming/Rolfs (2022), § 620 Rn. 43; Laux/Schlachter/Schlachter, TzBfG § 14 Rn. 18; a. A. *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 308a.

*e) Stellungnahme: Keine Steigerung der Prognoseanforderungen
bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG*

Die Frage nach der Notwendigkeit der gesteigerten Prognosevoraussetzungen ist schon für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG fragwürdig, steht im Rahmen dieser Arbeit aber nicht zur Beantwortung.¹⁶⁰ Dass aber jedenfalls keine Notwendigkeit für die Steigerung der Prognoseanforderungen i. R. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG besteht, zeigt ein Vergleich der Prognoseanforderungen beider Befristungsgründe. Hinter den für die Steigerung bei der Vertretungsbefristung angeführten Argumenten steht insbesondere die Kritik, dass die Prognoseanforderungen hier insgesamt zu niedrig seien. Diese Kritik ist aber von vornherein nicht auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG übertragbar: Für die Wirksamkeit der Vertretungsbefristung ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber grundsätzlich genügend Stammpersonal hat, um seine Daueraufgaben zu erledigen.¹⁶¹ Für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG sind hingegen die Anforderungen an genau diese Überprüfung sehr hoch: Der Arbeitgeber muss mit hinreichender Sicherheit erwarten können, dass der Beschäftigungsbedarf wegfällt und dies auch noch konkret anhand von Berechnungen usw. darlegen (s.o., Kap. 2, B. II. 3. b), S. 45 f.). Diese Anforderungen gelten bereits bei der Erstbefristung. Bei ordentlicher Anstellung der Prognose durch den Arbeitgeber bzw. Überprüfung derselben durch die Fachgerichte ist schon auf Tatbestandsebene ausgeschlossen, dass bei Bestehen eines Dauerbedarfs wirksam befristet werden kann.

Grundsätzlich wird es von sich aus mit jeder neuen Befristung i. R. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG schwieriger für den Arbeitgeber, den nur vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung zu begründen, wenn er mit dem gleichen Arbeitnehmer wieder einen neuen befristeten Arbeitsvertrag schließt und daher noch immer Bedarf an dessen Arbeitsleistung hat. Umstände aus den vergangenen Befristungen sind für diese erneute Prognose natürlich heranzuziehen, sofern sie Aufschluss darüber geben, ob der Bedarf an der Arbeitsleistung des wieder nur befristet Beschäftigten tatsächlich nur vorübergehend besteht.¹⁶² Das kann bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG z. B. durch die Verwendung von Zahlen aus der Vergangenheit für die Bedarfsberechnung geschehen. Hierfür ist aber keine Anpassung des Prognosemaßstabes an sich notwendig. Es wäre auch unklar, wie diese gesteigerten Prognoseanforderungen bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG konkret ausgestaltet werden sollten: Was soll der Arbeitgeber anderes machen, außer rechnerisch darlegen, woher der Mehrbedarf stammt? Wie unterscheidet sich ein ‚normaler‘ Sachvortrag zur Prognose von einem ‚strengen‘?¹⁶³ Es wäre daher auch unbillig, dem Arbeitgeber hier einseitig immer

¹⁶⁰ Zu dieser Frage: *Eckert*, Die Vertretungsbefristung, S. 250 f.

¹⁶¹ BAG 24. 8. 2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 (Rn. 26).

¹⁶² S. hierzu für die Vertretungsbefristung: *Eckert*, Die Vertretungsbefristung, S. 226; *Kiel*, JbArb 50, S. 41.

¹⁶³ Vgl. hierzu die Kritik an der Vertretungsbefristung: *Eckert*, Die Vertretungsbefristung, S. 252; *Dörner* spricht in diesem Zusammenhang zu Recht von einer „Leerformel“, vgl. *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 308a.

höhere Anforderungen aufbürden zu wollen, zumal kein transparenter objektiver Maßstab ersichtlich ist, wie eine rein praktische Umsetzung bewerkstelligt werden könnte.

Auch die Begründung, die Prognoseanforderungen müssten aufgrund der erneuten Befristung steigen, weil die vorherige Prognose aus der nachträglichen Sicht erkennbar ‚falsch‘ war, überzeugt nicht. Eine andersartige Entwicklung kann dem Arbeitgeber nicht automatisch nachträglich vorgeworfen werden. So kann sich die tatsächliche Entwicklung z. B. dann als abweichend erweisen, wenn Kunden, anders als in der Weihnachtssaison üblich, in einem Jahr auch im Januar und Februar erheblich verstärkt Weihnachtsartikel nachfragen. Dann bestünde entgegen der Prognose auch noch in diesen beiden Monaten zusätzlicher Bedarf an Arbeitskräften. Gleiches gilt, wenn die Freibadsaison wegen ungewöhnlich heißem Wetter ausnahmsweise schon im April beginnt und/oder bis Ende Oktober dauert. In diesen Fällen kann nicht verlangt werden, dass der Arbeitgeber die Prognose für die Verlängerungsverträge noch sorgfältiger prüft. Er hätte den Verlauf der Dinge schlechthin so nicht vorhersehen können.

f) Zwischenergebnis

Bei Kettenbefristungen, die jeweils auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gestützt werden, bleiben die Prognoseanforderungen trotz wiederholter Befristung immer gleich. Aufgrund der hohen Anforderungen, die schon bei der Erstbefristung an die arbeitgeberseitige Prognose gestellt werden, ist – bei ordentlicher Anstellung der Prognose – von vornherein ausgeschlossen, dass bei Vorliegen eines Dauerbedarfs, den es aus unionsrechtlicher Sicht zu verhindern gilt, befristet wird.

5. Zwischenergebnis

Neben der Darstellung allgemeiner Grundsätze (keine eigene Rechtfertigung bzgl. der Dauer der Befristung, Prognosemaßstab der „hinreichenden Sicherheit“, Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast), konnten für die Bedarfsprognose noch folgende allgemeingültige Annahmen herausgearbeitet werden:

Das Tatbestandsmerkmal des vorübergehenden Bedarfs bedingt grundsätzlich eine Prognose bei Vertragsschluss, wonach der Beschäftigungsbedarf im Betrieb mit hinreichender Sicherheit nur bis zum Auslauf der Befristung besteht. ‚Vorübergehend‘ ist der Bedarf an der Arbeitsleistung, wenn objektive betriebliche Gründe vorliegen. Sodann handelt es sich gerade nicht um das unternehmerische Risiko des Arbeitgebers.

Diese Abgrenzung erfolgt bei Mehrbedarf i. R. d. Daueraufgaben (z. B. Saison- und Kampagnebetriebe) nur nach quantitativen, bei Mehrbedarf i. R. d. Zusatzaufgaben hingegen nur nach qualitativen Merkmalen.

Bei der Bedarfsbefristung bleiben die Anforderungen an die Prognose trotz Mehrfachbefristung immer gleich. Aufgrund der hohen Voraussetzungen an die Prognose, die schon bei der Erstbefristung bestehen, ist von vornherein ausgeschlossen, dass bei Vorliegen eines Dauerbedarfs befristet wird.

III. Bezugspunkte der Prognosen für die Fallgruppe Projektbefristung

1. Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs im Projekt

Die negative Beschäftigungsprognose muss sich nach der Rechtsprechung des BAG bei der Projektbefristung nur darauf beziehen, dass durch die Beendigung des konkreten Projekts dort – also im Projekt – kein Beschäftigungsbedarf mehr für den befristet eingestellten Arbeitnehmer besteht.¹⁶⁴ Unschädlich für die Wirksamkeit der Projektbefristung wäre es, wenn der Arbeitnehmer in einem Folgeprojekt oder mit sonstigen (Dauer-)Aufgaben des Arbeitgebers weiterbeschäftigt werden könnte. Nicht erforderlich für die Wirksamkeit der Projektbefristung ist demnach, dass die Prognose nach dem Ende des Projekts keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer im Betrieb ergibt.¹⁶⁵ Die Befristung wäre somit selbst dann wirksam, wenn eine entsprechende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitgeber bei Vertragsschluss schon vorhersehbar war, der Arbeitgeber also im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags wusste, dass er den Arbeitnehmer unbefristet beschäftigen könnte.¹⁶⁶

2. Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. überwiegender Beschäftigung des Arbeitnehmers mit Projektaufgaben

Für die Prognose hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Mehrbedarf und Einstellung besteht bei der Projektbefristung ebenfalls eine Besonderheit. Hier muss bei Vertragsschluss die Prognose gerechtfertigt sein, dass die projektbezogene Tätigkeit den Arbeitnehmer voraussichtlich überwiegend, d.h. mit mehr als 50 %,

¹⁶⁴ S. zuletzt: BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 17); BAG 21.8.2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, 1709 (Rn. 25); *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, S. 120; *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (7 u. 13); *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1026).

¹⁶⁵ S. zuletzt: BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 17); BAG 21.8.2019 – 7 AZR 572/17, NZA 2019, 1709 (Rn. 25) m. w. N. aus der Rspr.; *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, S. 120; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 25; *Sasse*, ArbRB 2021, 250 (251).

¹⁶⁶ *Sievers*, TzBfG § 14 Rn. 231.

beanspruchen wird.¹⁶⁷ Andernfalls könne demnach nicht angenommen werden, dass die Mitwirkung des Arbeitnehmers am Projekt ursächlich für den Vertragsschluss ist, da bereits vorher absehbar war, dass der Arbeitnehmer nach Ende der Vertragslaufzeit weiterhin in erheblichem Umfang mit projektfremden Tätigkeiten beschäftigt werden könne.¹⁶⁸

3. Keine Entbehrlichkeit der Prognose bei Einbezug des Verhaltens Dritter

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, besteht bei der Projektbefristung die Besonderheit, dass der Arbeitgeber typischerweise von einer dritten Stelle abhängig ist, die Finanzmittel für das Projekt zur Verfügung stellt und dadurch auch Einfluss auf die Personalplanung hat (S. hierzu auch noch die Rechtsprechungsanalyse, Kap. 3. A. II., S. 101). Dies macht die Vorhersehbarkeit der künftigen Entwicklungen und damit auch die Erstellung der Prognose für den Arbeitgeber schwerer, der nicht sicher weiß, ob und für wie lange der Dritte noch Geldmittel zur Verfügung stellt.¹⁶⁹ Dieser Umstand macht die Prognose aber dennoch nicht entbehrlich. Der Arbeitgeber hat hier vielmehr seine personelle Planungskompetenz freiwillig beschränkt.¹⁷⁰

IV. Bezugspunkt der Prognosen für die übrigen Fallgruppen

Für die sonstigen Fallgruppen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist der Bezugspunkt der Prognose bzgl. des Beschäftigungsbedarfs auf den Wegfall des betrieblichen Bedarfs gerichtet. Im Rahmen der Kausalitätsprüfung ist jedoch nicht von Bedeutung, ob der Arbeitnehmer tatsächlich mit dem ‚Mehrbedarf‘ oder mit sons-

¹⁶⁷ BAG 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, BeckRS 2008, 56307 (Rn. 16); BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12, NZA 2015, 301 (Rn. 21); BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 30; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 25a.

¹⁶⁸ BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12, NZA 2015, 301 (Rn. 21); Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 378; Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG § 14 Rn. 95; diese Rechtsprechung als zu großzügig ablehnend: Staudinger/Temming, BGB § 620 Rn. 97. Das LAG Köln (23.1.2015 – 4 Sa 773/14, BeckRS 2015, 67922 unter II. der Entscheidungsgründe) kritisiert hier, dass der AN bis zur Hälfte der Arbeitszeit für projektfremde Daueraufgaben eingesetzt werden könne. Das stelle eine Ungleichbehandlung zu Fällen der Vertretungsbefristung dar, welche nach Rechtsprechung unwirksam seien, wenn der zu vertretende AN in Teilzeit beschäftigt, der Vertreter aber in Vollzeit beschäftigt ist. Die Kritik überzeugt nicht, weil hier im Fall der Vertretungsbefristung schon die Kausalität zwischen Bedarf und Einstellung nicht gegeben ist und mithin auch keine Ungleichbehandlung vorliegt.

¹⁶⁹ KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 146; Oberthür, DB 2001 2246 (2248); Sievers, TzBfG § 14 Rn. 152; Sievers, RdA 2004, 291 (297).

¹⁷⁰ BAG 22.3.2000 – 7 AZR 758/98, NZA 2000, 881, (883); Sievers, RdA 2004, 291 (298).

tigen Aufgaben des Arbeitgebers, die dieser ihm im Rahmen des Weisungsrechts gem. § 106 GewO zuweisen könnte, befasst ist.

1. Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs im Betrieb

Bei den sonstigen Fallgruppen (z.B. Saison- und Kampagnebetrieb) des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist die negative Beschäftigungsprognose darauf zu richten, ob mit hinreichender Sicherheit zu erwarten war, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein dauerhafter¹⁷¹ betrieblicher Bedarf mehr besteht.¹⁷²

Betrieblich bedeutet hier betriebsfähigkeitsbezogen, ist also weder arbeitgeber- noch betriebsorganisationsbezogen auszulegen.¹⁷³ Unschädlich für die Wirksamkeit der Befristung wäre daher, wenn bei Vertragsabschluss eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens möglich wäre.¹⁷⁴ Maßgeblich ist insoweit das Direktionsrecht (§ 106 GewO) des Arbeitgebers: Die Befristung wäre unwirksam, wenn der betriebliche Bedarf an der vertraglichen Arbeitsleistung nach einer räumlichen und/oder organisatorischen Änderung weiter besteht und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Tätigkeit im Rahmen seines Direktionsrechts weiterhin zuweisen kann.¹⁷⁵

2. Arbeitgeberseitige Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzgl. Deckung von Mehrbedarf und Einstellung (Kausalität)

Weiterhin muss die befristete Einstellung des Arbeitnehmers gerade zur Deckung des konkreten Mehrbedarfs erfolgen und mithin ursächlich hierfür sein. Dafür trägt

¹⁷¹ Durch den Zusatz „dauerhaft“ hat das BAG mittlerweile klargestellt, dass eine kürzere Befristungsdauer als der objektive Bedarf an der Arbeitsleistung andauert, möglich ist (s. schon B. II. 3.); hierzu: *Joussen/Jacobsen*, Anm. zu BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08 AP TzBfG § 14 Nr. 70 (unter II.); *Sievers*, TzBfG § 14 Rn. 210 f. In früheren Entscheidungen, z. B. BAG 17.1.2007 – 7 AZR 20/06, NZA 2007, 566 (Rn. 28), forderte das BAG nur, dass „kein Bedarf“ mehr an der Arbeitsleistung bestehe.

¹⁷² S. zuletzt: BAG 24.2.2021 – 7 AZR 108/20, NZA 2021, 1187 (Rn. 40); *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 202; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 23.

¹⁷³ BAG 21.3.2017 – 7 AZR 222/15, NZA 2017, 631 (Rn. 30).

¹⁷⁴ BAG 21.3.2017 – 7 AZR 222/15, NZA 2017, 631 (Rn. 31); *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 205; *KR-Lipke*, TzBfG § 14 Rn. 186; *HaKo-KSchR/Mestwerdt*, TzBfG § 14 Rn. 69; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 23a; *Sievers*, TzBfG § 14 Rn. 217; *a. A.*: *MüKoBGB/Hesse*, TzBfG § 14 Rn. 22; *Plander/Witt*, DB 2002, 1002 (entscheidend sei, ob der Arbeitgeber als Unternehmensträger insgesamt in seinem Unternehmen einen solchen Bedarf prognostizieren könne); nach BAG 30.10.2008 – 8 AZR 855/07, NZA 2009, 723 (Rn. 30) ist im öffentlichen Dienst auf den Bedarf in der Dienststelle abzustellen.

¹⁷⁵ BAG 21.3.2017 – 7 AZR 222/15, NZA 2017, 631 (Rn. 33).

der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast.¹⁷⁶ Dies bedeutet, dass sich das Volumen der befristet eingestellten Arbeitnehmer im Rahmen des vorübergehenden Mehr- bzw. Minderbedarfs bewegen muss¹⁷⁷ und diesen Bereich zwar unter- aber nicht überschreiten darf.¹⁷⁸ Im Rahmen seines Direktionsrechts (§ 106 GewO) kann jedoch der Arbeitgeber die Arbeitsaufgaben nach Belieben verteilen. Befristet eingestellte Arbeitnehmer müssen daher nicht mit der Erledigung der zusätzlich anfallenden Arbeitsaufgaben betraut werden.¹⁷⁹

Ähnlich wie bei der Projektbefristung, besteht nach dem BAG im Saisonbetrieb die Besonderheit, dass die befristeten Arbeitsverhältnisse nur für solche Arbeitsplätze zulässig sind, wo sich der erhöhte Arbeitsanfall verwirklicht.¹⁸⁰ Der Arbeitnehmer muss somit unmittelbar oder mittelbar mit dem erhöhten Arbeitsanfall befasst sein.¹⁸¹

V. Rückschlüsse auf die Fallgruppe der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus einem Vergleich mit den übrigen Fallgruppen der Norm

Bei den von der Rechtsprechung für die Projektbefristung entwickelten Voraussetzungen handelt es sich auf der ersten Stufe der Prognose um eine fallgruppenspezifische Privilegierung des Arbeitgebers gegenüber den sonstigen Fallgruppen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.¹⁸² Die Beschränkung der Prognose auf die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Projekt ist dabei für den Arbeitgeber leichter zu führen als bei der Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb.¹⁸³ Die

¹⁷⁶ BAG 20.2.2008 – 7 AZR 950/06, BeckRS 2008, 53844 (Rn. 20); KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 198.

¹⁷⁷ Vom BAG als „Anzahl“ betitelt, gemeint sein kann aber nur das Volumen, um den Mehrbedarf zu decken: BAG 20.2.2008 – 7 AZR 950/06, BeckRS 2008, 53844 (Rn. 20); BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, AP TzBfG § 14 Nr. 70 (Rn. 15); Sievers, TzBfG § 14 Rn. 219.

¹⁷⁸ Gragert, FA 2004, 194 (195); KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 199.

¹⁷⁹ BAG 20.2.2008 – 7 AZR 950/06, BeckRS 2008, 53844 (Rn. 20); BAG 17.3.2010 – 7 AZR 640/08, AP TzBfG § 14 Nr. 70; BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 15); Gragert, FA 2004, 194 (195); Arnold/Gräfl/Gräfl, TzBfG § 14 Rn. 81; MüKoBGB/Hesse, TzBfG § 14 Rn. 22; KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 199; Loth, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, S. 151; i.E. auch: Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 282.

¹⁸⁰ BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 28; Beden, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 153; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 26a.

¹⁸¹ Däubler/Deinert/Zwanziger-Wroblewski, KSchR, § 14 TzBfG Rn. 64.

¹⁸² Vgl. KR/Lipke, TzBfG § 14 Rn. 189; Sasse, ArbRB 2021, 250 (251); Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1026).

¹⁸³ Beden, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, S. 153; KR-Lipke, § 14 TzBfG Rn. 189; Sasse, ArbRB 2021, 250 (251); Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1026);

zweite Stufe der Prognoseprüfung verschärft hingegen die Voraussetzungen für den Arbeitgeber: Er kann nicht i. R. d. § 106 GewO die Arbeitsverteilung vornehmen, sondern es muss vielmehr die Prognose gerechtfertigt sein, dass der Arbeitnehmer voraussichtlich überwiegend mit Projektaufgaben betraut wird.

Zieht man beides zusammen, ist es daher nicht treffend, bei der Projektbefristung von einer Privilegierung des Arbeitgebers zu sprechen. Die Projektbefristung ist somit vielmehr eine Alternative des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG, weil sie eigene Wirksamkeitsvoraussetzungen hat.

C. Projektbefristung als Finanzierungsbefristung, § 2 Abs. 2 WissZeitVG und ungeschriebener Sachgrund der ‚Drittmittelbefristung‘

I. Überblick über die Projektbefristung als Finanzierungsbefristung

Bei der Projektbefristung als Finanzierungsbefristung geht es um die Rechtsgrundlagen für Drittmittelprojektbefristungen. Hierfür existiert zunächst die ausdrücklich geregelte Befristungsmöglichkeit gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Die Definition von Projekt i. d. S. wurde bereits erläutert (Kap. 1, C. II., S. 29).

Nach der Rechtsprechung des BAG können ‚Drittmittelfinanzierungen‘ außerdem als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund auf § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG gestützt werden.

II. Entwicklung des Befristungsgrundes der Drittmittelfinanzierung

Der Befristungsgrund des § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist das Ergebnis einer seit Jahrzehnten existierenden und durch die Rechtsprechung geprägten, aber im Laufe der Zeit unterschiedlich ausgestalteten Befristungsregelung. Als Befristungsgrund war die Drittmittelfinanzierung zeitweise allein richterrechtlich anerkannt (als Sachgrund i. S. d. § 620 BGB a. F. und i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG) und zeitweise im Rahmen des Sonderbefristungsrechts ausdrücklich geregelt (§ 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F.). Die unterschiedlichen Ausprägungen dieses Befristungsgrundes haben noch heute Einfluss auf Auslegungsfragen des § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Ein kurzer Überblick über die früheren Regelungen sowie ein Vergleich derselben zu § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist nötig, um die heutige Ausgestaltung des Sachgrunds nachvollziehen

s. auch: *Henkel*, öAT 2020, 73 (74); *Traber*, FA 2005, 363 (365); kritisch: *Sievers*, TzBfG § 14 Rn. 222.

zu können. Im Rahmen dieser Arbeit sind dabei insbesondere der Inhalt der Prognose (Finanzierungs- vs. Bedarfelemente) sowie die Frage nach der (zusätzlichen) Rechtfertigung der Drittmittelfinanzierung als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG von Interesse.

1. Drittmittelfinanzierung als Sachgrund für die Befristung i. S. d. § 620 BGB a. F.

Die ergangene Rechtsprechung zur Drittmittelbefristung hat ihren Ursprung in haushaltsrechtlichen Erwägungen, die dann auf die Befristung wegen Drittmittelfinanzierung übertragen wurden.¹⁸⁴ Bis 1985 war der Sachgrund der Drittmittelfinanzierung als Sachgrund i. S. d. § 620 BGB a. F. anerkannt.¹⁸⁵ Die Befristung wurde dann als wirksam erachtet, wenn die Drittmittel (1) für einen konkreten Arbeitsplatz und (2) dort nur für eine genau bestimmte Zeit zur Verfügung gestellt wurden und (3) der Arbeitsplatz nach Auslaufen der Drittmittel fortfiel.¹⁸⁶ Damit sei davon auszugehen, dass sich sowohl der Arbeitgeber als auch der Mittelgeber gerade mit den Verhältnissen dieser Stelle befassen mussten und ihre Entscheidung über den Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes aus sachlichen Erwägungen getroffen haben.¹⁸⁷ Dies wurde dabei teilweise von der Rechtsprechung einfach unterstellt¹⁸⁸, teilweise aber auch ausdrücklich im Einzelfall geprüft und festgestellt.¹⁸⁹ Voraussetzung war somit die Kausalität zwischen der befristeten Einstellung des Arbeitnehmers und der Beschäftigung auf dem konkreten Arbeitsplatz, für den insbesondere der Drittmittelgeber die Finanzierung vorgesehen hatte.

Eine Unterscheidung zwischen drittmittelfinanzierten Arbeitsverhältnissen an Hochschulen bzw. sonstigen Forschungseinrichtungen und Arbeitsverhältnissen außerhalb der Wissenschaftseinrichtungen gab es bei dieser Ausprägung des Sachgrunds nicht.¹⁹⁰

¹⁸⁴ *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 32.

¹⁸⁵ S. z. B.: BAG 25. 1. 1980 – 7 AZR 69/78 AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 52; BAG 3. 12. 1982 – 7 AZR 622/80, NJW 1983, 2158; BAG 8. 5. 1985 – 7 AZR 183/84, BeckRS 1985, 4908; BAG 21. 1. 1987 – 7 AZR 265/85, NZA 1988, 280; BAG 26. 8. 1988 – 7 AZR 101/88, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 124; *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 31 f.

¹⁸⁶ *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und universitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 33.

¹⁸⁷ Vgl. die Rspr. in Fn. 185; Dieterich/Preis/Preis, S. 71; zusammenfassend: *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 242 f.

¹⁸⁸ Vgl. z. B.: BAG 25. 1. 1980 – 7 AZR 69/78, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 52; BAG 8. 5. 1985 – 7 AZR 183/84, BeckRS 1985, 4908.

¹⁸⁹ S. nur: BAG 3. 12. 1982 – 7 AZR 622/80, NJW 1983, 2158.

¹⁹⁰ *Zimmermann*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und universitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 33.

2. Drittmittelfinanzierung als Sachgrund für die Befristung gem. § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F.

Mit dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14.06.1985 wurde der Sachgrund der Drittmittelfristung zum ersten Mal positiv gesetzlich in § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F. geregelt.¹⁹¹ Die Norm galt gem. § 57f HRG a.F. für Arbeitsverträge, die ab dem 26.06.1985 geschlossen wurden und sollte dazu dienen, die Drittmittelforschung zu erleichtern sowie die vorher bestehenden, arbeitgeberseitigen Unsicherheiten zu eliminieren.¹⁹² In Abweichung zu den vom BAG bis dato aufgestellten Voraussetzungen musste die Befristung nach der neuen gesetzlichen Regelung fortan nicht mehr an der Dauer des Forschungsprojekts sowie einer Prognose zum Fortfall der Drittmittel ausgerichtet sein.¹⁹³

Die Befristung war nach dem Wortlaut der Norm durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, wenn (1) der wissenschaftliche Mitarbeiter (vgl. § 53 Abs. 1 HRG a.F.) (2) überwiegend aus Mitteln Dritter vergütet und (3) der Zweckbestimmung dieser Mittel entsprechend beschäftigt wurde.¹⁹⁴ Die Voraussetzung der zweckentsprechenden Beschäftigung sollte das Interesse des Drittmittelgebers schützen und zugleich verhindern, dass der aus Drittmitteln finanzierte Mitarbeiter anderweitig im Hochschulbetrieb eingesetzt wurde und damit der Befristungsgrund der zeitlich begrenzten Projektfinanzierung als Vorwand für die Erfüllung von Daueraufgaben an der Hochschule eingesetzt wurde.¹⁹⁵ Gem. § 57c Abs. 2 HRG a.F. konnte ein befristeter Arbeitsvertrag nach § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F. nur bis zur Dauer von fünf Jahren abgeschlossen werden. Mehrere entsprechend befristete Arbeitsverträge bei derselben Hochschule durften die Fünfjahresgrenze insgesamt nicht überschreiten.

Der Befristungstatbestand des § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F. trat 2002 mit dem 5. HRÄndG¹⁹⁶ außer Kraft. Insgesamt betrachtet gab es durch die Neukonzeption im HRG keine Sachgrundbefristung mehr, sondern gem. § 57b HRG n.F. nur noch personenbezogene sachgrundlose Befristungen mit zeitlichen Höchstgrenzen.¹⁹⁷

¹⁹¹ Vgl. BT-Drs. 10/2283, BGBl. 1985, S. 1065; kritisch zur Rechtslage seit 1985: Dieterich/Preis/Preis, S. 20–23; umfassend: Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 115 ff.

¹⁹² S. hierzu: BAG 22.11.1995 – 7 AZR 248/95, AP HRG § 57b Nr. 8; Dieterich/Preis/Preis, S. 21; Zimmermann, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, S. 37 f. m. w. N.

¹⁹³ Dieterich/Preis/Preis, S. 21.

¹⁹⁴ S. Bsp. aus der Rspr.: BAG 31.1.1990 – 7 AZR 125/89 AP HRG § 57b Nr. 1; BAG 22.11.1995 – 7 AZR 248/95, AP HRG § 57b Nr. 8; BAG 15.4.1999 – 7 AZR 645/97, AP HRG § 57b NR. 18; BAG 15.1.2003 – 7 AZR 616/01, NJOZ 2003, 2823.

¹⁹⁵ Dieterich/Preis/Preis, S. 23.

¹⁹⁶ Fünftes Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes und anderer Vorschriften vom 16.2.2002, BGBl. I S. 693.

¹⁹⁷ Preis/Ulber, WissZeitVG Einl. Rn. 22.

Im Hinblick auf die Abschaffung des Sachgrunds der Drittmittelfinanzierung argumentierte der Gesetzgeber, dass es den Hochschulen zuzumuten sei, „*die befristeten Arbeitsverhältnisse, die aus Drittmitteln finanziert werden, entsprechend dem Fördervolumen bzw. dem Bewilligungszeitraum auszurichten*“.¹⁹⁸ Dies bedeutete, dass diese Fälle fortan über § 14 TzBfG befristet werden sollten. Die Sicherstellung des Zwecks der Drittmittelfinanzierung sollte damit über das Haushaltsrecht erfolgen und nicht mehr über das Recht der befristeten Arbeitsverträge.¹⁹⁹

3. Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund, gestützt auf § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG

Mit Inkrafttreten des TzBfG zum 1.1.2001 wurde die Drittmittelfinanzierung fortan (auch) als ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG anerkannt. Ungeschriebene Sachgründe können im Einzelfall zugelassen werden, soweit sie sich an den in den Ziffern des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–8 TzBfG zum Ausdruck kommenden Wertmaßstäben orientieren.²⁰⁰

Mit Abschaffung des § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F. gab es zunächst keine ausdrückliche gesetzliche Regelung mehr für die Befristung wegen Drittmittelfinanzierung. Zur Begründung der Drittmittelfinanzierung als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund verwies das BAG auf die frühere Rechtslage zur Drittmittelfinanzierung als Sachgrund i. S. d. § 620 BGB a.F.²⁰¹ Die zu § 620 BGB a.F. entwickelten Grundsätze galten damit für den ungeschriebenen Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG weiter, sodass die Voraussetzungen im Wesentlichen gleich waren²⁰²: Nach der Rechtsprechung reichte für die Begründung der Drittmittelbefristung die Ungewissheit über die in Zukunft zur Verfügung stehenden Drittmittel nicht aus. Wurden jedoch die Mittel von vornherein lediglich für eine genau bestimmte Zeitdauer bewilligt und sollten diese anschließend wegfallen, war die Befristung sachlich gerechtfertigt. In diesem Fall war davon auszugehen, dass sich sowohl der Drittmittelgeber als auch der Arbeitgeber gerade mit den Verhältnissen dieser Stelle befasst und ihre Entscheidung über den Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes aus sachlichen Erwägungen getroffen hatten.²⁰³ Die reine Unsicherheit darüber, ob es zu

¹⁹⁸ BT-Drs. 14/6853, S. 31.

¹⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6853 S. 20; *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 184.

²⁰⁰ BT-Drs. 14/4374, S. 18; BeckOK ArbR/*Bayreuther*, TzBfG § 14 Rn. 78; *Hromadka*, BB 2001, 621 (622, 625); *Laux/Schlachter/Schlachter*, TzBfG § 14 Rn. 94.

²⁰¹ BAG 15.2.2006 – 7 AZR 241/05, BeckRS 2006, 42340.

²⁰² S. hierzu: *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 304.

²⁰³ BAG 15.2.2006 – 7 AZR 241/05, BeckRS 2006, 42340; zwischenzeitlich hatte das BAG einmal das Befassen mit einer konkreten Stelle und eine Entscheidung über den künftigen Wegfall nicht mehr nur unterstellt, sondern die Voraussetzungen konkret geprüft (BAG 22.6.2005 – 7 AZR 499/04, BeckRS 2005, 30358412); in der Folgezeit wurde dann aber

einer Verlängerung der Drittmittelfinanzierung kommen konnte, machte daher die Befristung nicht unwirksam.²⁰⁴

Der Tatbestand war nicht auf wissenschaftliche Mitarbeiter an Hochschulen oder sonstigen Forschungseinrichtungen begrenzt.²⁰⁵

4. Drittmittelfinanzierung als Sachgrund für die Befristung gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Seit dem 18.04.2007 existiert mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG wieder eine positiv-gesetzliche Grundlage für die Drittmittelprojektbefristung von wissenschaftlichen Mitarbeitern an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen gem. § 1 Abs. 1 S. 1, § 5 WissZeitVG.²⁰⁶ Regeltechnisches Ziel war es, die Drittmittelbefristung als sachlichen Befristungsgrund entsprechend der Rechtsprechung des BAG zu kodifizieren.²⁰⁷ § 2 Abs. 2 WissZeitVG wurde durch das erste Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016 noch einmal geändert.²⁰⁸ Zum einen wurde an § 2 Abs. 2 WissZeitVG der Hs. 2 („die vereinbarte Befristungsdauer soll dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen“) angehängt. Damit hat der Gesetzgeber auf Kritik an der bisherigen Regelung aus der Hochschul-landschaft reagiert. Diese sah sich außer Stande, einen endgültigen Wegfall der Drittmittel am Befristungsende zu prognostizieren, da Anschlussbewilligungen häufig nicht ausgeschlossen waren. Um Prozessrisiken zu vermeiden, wurde bis dato nur sporadisch von der Drittmittelbefristung i.S.d. WissZeitVG Gebrauch gemacht.²⁰⁹

Zudem wurde durch das Änderungsgesetz Satz 2 des § 2 Abs. 2 WissZeitVG ersatzlos gestrichen. Dieser hatte die Befristung des nichtwissenschaftlichen Personals (sog. akzessorisches Personal) im Zusammenhang mit Drittmittelprojekten ermöglicht.

Die Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Befristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG sind heute: (1) die Finanzierung der Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter („Drittmittel“); (2) die Bewilligung der Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer und (3) dass der Mitarbeiter überwiegend der Zweckbe-

wieder die alte Formel geprüft, s. BAG 29.7.2009 – 7 AZR 907/07, AP TzBfG § 14 Nr. 65; BAG 16.1.2018 – 7 AZR 21/16, NZA 2018, 663; BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174; s. auch: *Bieder*, ZfA 2019, 367 (402, 403).

²⁰⁴ Vgl. BAG 15.2.2006 – 7 AZR 241/05, BeckRS 2006, 42340 Rn. 16.

²⁰⁵ BAG 15.2.2006 – 7 AZR 241/05, BeckRS 2006, 42340.

²⁰⁶ Gesetz zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft vom 12.4.2007, in Kraft getreten am 18.4.2007, BGBl. I S. 506.

²⁰⁷ BT-Drs. 16/3438 S. 13.

²⁰⁸ BT-Drs. 18/6489, Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes vom 11.3.2016, in Kraft getreten am 17.3.2016, BGBl. I S. 442.

²⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 16/3438 S. 1; *Preis/Ulber*, WissZeitVG Einl. Rn. 33, 34.

stimmung der Drittmittel entsprechend beschäftigt wird. Zudem soll die vereinbarte Befristungsdauer dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen, was aber wegen der Formulierung ‚soll‘ keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Unter V. (S. 72 ff.) werden die Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG im Einzelnen vorgestellt und analysiert.

Neben § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist die Drittmittelbefristung als ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG auch trotz der spezialgesetzlichen Regelung heute noch als Befristungsgrund anerkannt (zum Verhältnis der beiden Tatbestände, s. Kap. 2, C. VII., S. 82 ff.).

5. Gegenüberstellung der historischen Tatbestände und § 2 Abs. 2 WissZeitVG

a) Vergleich der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 620 BGB a. F. bzw. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Sowohl die Ausgestaltungen der Drittmittelbefristung als ungeschriebener Sachgrund als auch § 2 Abs. 2 WissZeitVG setzt(en) voraus, dass die Drittmittel nur befristet zur Verfügung stehen. Für den ungeschriebenen Sachgrund war/ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsplatz beschäftigt wurde, für den die Drittmittel bestimmt waren. Diese Voraussetzung ist mit dem Tatbestandsmerkmal der ‚Beschäftigung entsprechend der Zweckbestimmung der Drittmittel‘ gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG vergleichbar.

Unterschiede bestehen hingegen hinsichtlich der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen. Für die Prüfung des ungeschriebenen Sachgrundes war/ist die Prognose darauf zu richten, dass der Arbeitsplatz nach Auslaufen der Drittmittel fortfällt. Auf den Wegfall des Arbeitsplatzes ist die Prognose, zumindest dem Wortlaut nach, bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht zu richten.²¹⁰

Für den ungeschriebenen Sachgrund war/ist der persönliche Anwendungsbereich nicht beschränkt. § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist hingegen nur auf wissenschaftliche Mitarbeiter i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1, § 5 WissZeitVG anwendbar.

b) Vergleich von § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG

§ 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. und § 2 Abs. 2 WissZeitVG sind die beiden ausdrücklich spezialgesetzlich geregelten Befristungsgründe für die Drittmittelfinanzierung. Beide Tatbestände sind im persönlichen Anwendungsbereich entsprechend beschränkt.

²¹⁰ Zur Frage nach dem Prognoseinhalt bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG unter C. III., S. 63 ff.

Wesentlicher Unterschied der beiden Befristungsgründe ist, dass § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. nicht die Befristung der Drittmittel als Voraussetzung hatte. Für § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. galt zudem die zeitliche Höchstgrenze des § 57c Abs. 2 HRG a. F. von fünf Jahren, während für § 2 Abs. 2 WissZeitVG kraft Gesetzes keine zeitliche Höchstgrenze existiert.

6. Zwischenergebnis

Bei einem Vergleich der unterschiedlichen Ausprägungen des Befristungsgrundes der Drittmittelfinanzierung fällt auf, dass sich die Tatbestände von ihren Voraussetzungen danach unterscheiden lassen, ob sie durch die Rechtsprechung entwickelt wurden (ungeschriebene Sachgründe i. S. d. § 620 BGB a. F. und § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG) oder der Gesetzgeber selbst tätig wurde (geschriebene Sachgründe gem. § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. und § 2 Abs. 2 WissZeitVG). Bei Drittmittelbefristungen als ungeschriebene Sachgründe war/ist jeweils die Prognose darauf zu richten, ob der Arbeitsplatz nach Drittmittelfortfall wegfällt, wobei der persönliche Anwendungsbereich nicht beschränkt war. Bei den ausdrücklich gesetzlich geregelten Tatbeständen war der persönliche Anwendungsbereich jeweils auf wissenschaftliche Mitarbeiter beschränkt. Hierbei handelt(e) es sich um Spezialgesetzgebung für Hochschulen und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen.

III. Prognose im Rahmen der Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Die Zulässigkeit der Befristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG bestimmt sich nach einer arbeitgeberseitigen Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.²¹¹ Diese Prognose ist über die drei Tatbestandsvoraussetzungen (1) Finanzierung der Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter („Drittmittel“), (2) Bewilligung der Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer und (3) überwiegende Beschäftigung des Mitarbeiters entsprechend der Zweckbestimmung der Drittmittel anzustellen.

Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen werden unter V. (S. 72 ff.) dargestellt. Zunächst soll der Bezugspunkt der anzustellenden Prognose bestimmt werden.

²¹¹ *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 85; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 586; *Müller*, öAT 2010, 224 (226); *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (8).

1. Bezugspunkt der Prognose: Finanzierung und/oder Bedarf an der Arbeitsleistung?

Ausgehend vom Wortlaut der Norm muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse mit einiger Sicherheit feststehen, dass die konkreten Drittmittel nur befristet gewährt werden, für die überwiegende Finanzierung der konkret bestimmten Stelle ausreichen und der Beschäftigte für die Dauer der Befristung überwiegend entsprechend der Projektbeschreibung eingesetzt wird.²¹² Bezugspunkt der Prognose scheint daher der Wegfall der Finanzmittel zu sein.

Die Gesetzesbegründung stellt hingegen zur Erklärung der gesetzgeberisch verfolgten Ziele der Tatbestandsvoraussetzung ‚Bewilligung der Drittmittelfinanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer‘ – zumindest bei isolierter Betrachtung der entsprechenden Passage – auf den späteren Wegfall des Beschäftigungsbedarfs ab (*„es wird eine solide Prognosegrundlage für den späteren Wegfall des Beschäftigungsbedarfs bei Vertragsschluss geschaffen“*²¹³). Dem folgen einige Stimmen in der Literatur²¹⁴ und vertreten die Auffassung, es sei zumindest auch der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zu prüfen. Das BAG wiederholt in einer Entscheidung die gerade angesprochene Stelle der Gesetzesbegründung.²¹⁵ *Domke* schließt daraus, dass es sich bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG um eine Mischform aus Bedarfs- und Finanzierungsbefristung handelt.²¹⁶

Aufgrund der dargestellten Diskrepanz insbesondere zwischen Wortlaut, Gesetzesbegründung und Rechtsprechung bleibt fraglich, ob der Rechtfertigungsgrund für die Befristung hier die Finanzierung oder der Bedarf ist oder ob die Norm gar einen Mischtatbestand aus Finanzierungs- und Bedarfsbefristung darstellt. In diesem Fall müssten die Voraussetzungen bzgl. Finanzierung und Bedarf kumulativ oder alternativ vorliegen.

Der Bezugspunkt der Prognose soll im Folgenden durch Auslegung ermittelt werden.

a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut der Norm enthält, wie soeben dargestellt, ausschließlich Prognosemerkmale, die sich auf die Finanzierung beziehen. Er setzt gerade nicht voraus, dass der Arbeitsplatz im Anschluss an die Drittmittelfinanzierung wegfällt.

²¹² *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 88, Rn. 118; s. konkret für die „überwiegende Beschäftigung“ auch BAG 8. 6. 2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 Rn. 21; *Kiel*, JbArbR 54, S. 71.

²¹³ BT-Drs. 16/3438, S. 14.

²¹⁴ S. Fn. 69.

²¹⁵ BAG 13. 2. 2013 – 7 AZR 284/11, NZA 2013, 1271 (Rn. 29).

²¹⁶ Vgl. *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 309.

b) Systematische Auslegung

Im Sachgrundkatalog des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG werden mit dem vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG und der Haushaltsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG Bedarf und Finanzierbarkeit als alternative Sachgründe für die Befristung genannt.²¹⁷ Die Haushaltsbefristung hat, ausgenommen der Besonderheiten des Haushaltsrechts, ähnliche Tatbestandsvoraussetzungen wie die Befristung wegen Drittmittelfinanzierung. Handelte es sich hierbei um Bedarfsbefristungen, so könnte zumindest die Haushaltsbefristung einfach als Unterfall bzw. Alternative der Bedarfsbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gesehen werden und wäre als eigener Befristungsgrund überflüssig. Aus der gesetzgeberischen Vorgehensweise, beide Normen getrennt zu regeln, kann somit geschlossen werden, dass Bedarfs- und Finanzierungsbefristung grundsätzlich alternative Befristungsgründe sind, die zwar nebeneinanderstehen, aber nicht vermischt werden.

c) Historische Auslegung

Mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG sollte die Drittmittelfinanzierung als Befristungsgrund entsprechend der Rechtsprechung des BAG kodifiziert werden.²¹⁸ Rechtsprechung gibt es dabei sowohl zur Drittmittelbefristung als ungeschriebenen Sachgrund als auch zur Sonderbefristungsregelung des § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F. Unmittelbar vor Einführung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG existierte nur die Drittmittelbefristung als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG. Wie bereits aufgezeigt (C. II. 6., S. 63), waren die Voraussetzungen der ungeschriebenen Sachgründe jedoch anders ausgestaltet als in § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F.

Die Gesetzesbegründung wiederholt die Rechtsprechung zur Drittmittelbefristung als ungeschriebene Sachgründe i.S.d. § 620 BGB a.F. und § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG, indem sie davon ausgeht, dass mit Anknüpfung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG an die Bewilligung der Drittmittelfinanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer feststehe, dass sich Arbeitgeber und Drittmittelgeber gerade mit den Verhältnissen des konkreten Arbeitsplatzes und der dort zu erledigenden Aufgaben beschäftigt hätten.²¹⁹ Die allgemeine Ungewissheit über den weiteren Zufluss an Mitteln nach Ablauf des vorgesehenen Bewilligungszeitraums reiche somit nicht aus, um einen sachlichen Grund für die Befristung zu begründen.²²⁰ Stattdessen müsse der für den Sachgrund konstitutive Bezug zwischen Drittmittelfinanzierung und einer bestimmten und begrenzten Aufgabenerledigung hergestellt werden.

²¹⁷ Thüsing/Fütterer/Thieken, ZfA 2014, 3 (24).

²¹⁸ BT-Drs. 16/3438, S. 13.

²¹⁹ BT-Drs. 16/3438, S. 14 (erster Bulletpoint).

²²⁰ BT-Drs. 16/3438, S. 14 (erster Bulletpoint).

Dieser Aufgabenerledigung werde durch das Element inhaltlicher Fremdbestimmung ihr Gepräge gegeben.²²¹ Darüber hinaus werde mit Anknüpfung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG an die Bewilligung der Drittmittelfinanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer eine solide Prognosegrundlage für den späteren Wegfall des Beschäftigungsbedarfs geschaffen.²²²

Insgesamt spricht der gesetzgeberische Wille daher eher dafür, dass sich die Auslegung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG an den ungeschriebenen Sachgründen der Drittmittelbefristung orientiert und die Norm eine Bedarfsprognose enthalten sollte. Unklar bleibt jedoch, weshalb der Gesetzgeber dann nicht die Voraussetzung ‚Wegfall des Arbeitsplatzes‘ ausdrücklich in den Wortlaut aufgenommen hat.

d) Auslegung nach dem Telos der Norm, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich der Drittmittelforschung zu schaffen

Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist es, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich der Drittmittelprojektbefristung zu schaffen.²²³ Drittmittelforschung soll damit gefördert und ein Beitrag zur Pflege der freien Wissenschaft in Deutschland geleistet werden.²²⁴

Zuvor blieb den Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen neben dem sonstigen, ungeschriebenen Sachgrund ‚Drittmittelfinanzierung‘ im Wesentlichen die Möglichkeit, das im Projekt beschäftigte Personal in den Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos bzw. nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu befristen. Für letzteren Befristungsgrund ist jedoch erforderlich, dass das Ende des Forschungsprojekts bzw. der endgültige Wegfall der Drittmittel am Fristende bei Vertragsabschluss hinreichend sicher prognostiziert werden kann.²²⁵ Diese bestehenden, ausdrücklich geregelten Befristungsmöglichkeiten haben sich allerdings für Drittmittelforschungsprojekte als nicht sachgerecht und damit rechtsunsicher erwiesen:

Nach Beobachtung des Gesetzgebers laufen Forschungsprojekte vielfach über einen ersten Mittelbewilligungszeitraum hinaus und Anschlussbewilligungen konnten oftmals nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Aufgrund der zentralen Rolle, die Drittmittelprojekte für die Forschung an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen spielen, seien daher die Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen darauf angewiesen, das für die

²²¹ BT-Drs. 16/3438, S. 14 (erster Bulletpoint).

²²² BT-Drs. 16/3438, S. 14 (zweiter Bulletpoint).

²²³ BT-Drs. 16/3438, S. 2, 8, 10.

²²⁴ BT-Drs. 16/3438, S. 8.

²²⁵ Vgl. BT-Drs. 16/3438, S. 8.

Durchführung von Drittmittelprojekten erforderliche Personal in zeitlicher Konkordanz zum jeweiligen Projekt beschäftigen zu können.²²⁶

Dem Sinn und Zweck der Norm liefe es insgesamt zuwider, wenn sich die Prognose (auch) auf Bedarfselemente erstrecken würde. Eine ‚doppelte‘ Prognose stellt unbillig hohe Hürden an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers hinsichtlich der Richtigkeit der Prognose (aa)) und § 2 Abs. 2 WissZeitVG wäre als Bedarfsbefristung neben § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG überflüssig (bb)). Dieses Ergebnis wird dadurch verstärkt, dass der Projektabschluss bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG gerade keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Befristung ist (cc)). Schließlich spricht auch die zu berücksichtigende Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) dafür, § 2 Abs. 2 WissZeitVG als reine Finanzierungsbefristung zu verstehen (dd)).

aa) ‚Doppelte‘ Prognose als unbillig hohe Hürde für die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers

Dem dargestellten Zweck der Norm liefe es zuwider, wenn der Arbeitgeber zusätzlich zur Befristung der Drittmittel darlegen müsste, dass nach Ablauf der Förderdauer kein Bedarf mehr an der Arbeitsleistung bestehe. Solch doppelte Anforderungen würden für den Arbeitgeber unbillig hohe Hürden an die Darlegungs- und Beweislast der Prognose darstellen.²²⁷ Der Gesetzgeber führt in der Gesetzesbegründung selbst aus, dass die Hürden der Bedarfsprognose der Realität der Drittmittelprojekte nicht gerecht werden.²²⁸ Weshalb er eine Bedarfsprognose dann selbst fordert (s. unter III. 1. c), S. 65) bleibt unverständlich.

bb) § 2 Abs. 2 WissZeitVG als Bedarfsbefristung neben § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG überflüssig

Für die Prognose i. R. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist es ausreichend, wenn die konkret bewilligten Mittel – ohne Berücksichtigung einer Anschlussfinanzierung – mit hinreichender Sicherheit wegfallen. Nicht maßgeblich ist hingegen, dass die Prognose ergibt, dass mit hinreichender Gewissheit auch keine erneute Bewilligung von Drittmitteln erfolgt.²²⁹ Die Befristung wäre daher auch wirksam, wenn eine Anschlussförderung möglich, aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bewilligt ist, sodass mithin eine Unsicherheit hinsichtlich der Verlängerung der Mittelbewilligung besteht.²³⁰

²²⁶ Zum Ganzen: BT-Drs. 16/3438, S. 8.

²²⁷ S. auch: *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (25).

²²⁸ S. dazu die Ausführungen unter C. II. 4., S. 61.

²²⁹ *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (9) unter Verweis auf BAG 13.2.2013 – 7 AZR 284/11, NZA 2013, 1271 (Rn. 32f.).

²³⁰ *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3 (10).

Diese beschriebene Unsicherheit reicht jedoch für die negative Beschäftigungsprognose i. R. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gerade nicht aus.²³¹ Ist eine Anschlussförderung möglich, kann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Beschäftigungsbedarf nach Vertragsende entfallen würde.²³² Finanzierungs- und Bedarfsprognose kommen daher hier für die Wirksamkeit der Befristung zu unterschiedlichen Ergebnissen. Fordert man für § 2 Abs. 2 WissZeitVG nun ebenfalls eine hinreichend sichere Prognose bzgl. des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs, käme man zum gleichen Ergebnis wie bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. § 2 Abs. 2 WissZeitVG wäre damit neben § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG schlichtweg überflüssig.²³³ Zudem geht der Gesetzgeber ja selbst davon aus, dass genau diese Bedarfsprognose nicht praktikabel für die Drittmittelbefristung sei.²³⁴

cc) Projektabschluss bei Befristungsende
gerade keine Wirksamkeitsvoraussetzung,
vgl. § 2 Abs. 2 Hs. 2 WissZeitVG

Der Wirksamkeit der Befristung steht es bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht entgegen, wenn das Drittmittelprojekt im Zeitpunkt des Befristungsendes noch nicht abgeschlossen ist (s. auch die „Soll“-Formulierung in § 2 Abs. 2 Hs. 2 WissZeitVG). Das kann z. B. der Fall sein, wenn die Bewilligung der Mittel nur abschnittsweise erfolgt oder die Projektgesamtdauerzeit und der konkrete Bewilligungszeitraum auseinanderfallen.²³⁵ In diesen Fällen wäre aber – wie erneut der Vergleich zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG belegt – die Bedarfsprognose nicht erfüllt.²³⁶

Dieser Unterscheid zeigt abermals, dass es für die Prognose bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht darauf ankommen kann, dass der Bedarf endlich ist, sondern nur, dass die Finanzierung begrenzt ist.²³⁷

²³¹ S. dazu: B. II. 1., S. 36 ff.

²³² Vgl. auch die Erläuterung in BT-Drs. 16/3438, S. 8.

²³³ I. E. auch: *Thüsing/Fütterer/Thielen*, ZfA 2014, 3 (25).

²³⁴ S. dazu: C. II. 4., S. 61.

²³⁵ BT-Drs. 16/3438, S. 14.

²³⁶ *Thüsing/Fütterer/Thielen*, ZfA 2014, 3 (12); *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 85; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt*, WissZeitVG § 2 Rn. 44; BT-Drs. 18/6489, S. 11.

²³⁷ S. auch schon: *Thüsing/Fütterer/Thielen*, ZfA 2014, 3 (12). Hiervon solle nach *Thüsing/Fütterer/Thielen* nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn bereits bei Vertragsschluss sicher ist, dass die Stelle exakt so weitergeführt und nach Auslaufen der Drittmittel eigens finanziert wird. Dieser Fall wirkt allerdings eher konstruiert und es wäre schon fraglich, ob der Arbeitgeber hier nicht von vornherein einen unbefristeten Arbeitsvertrag schließen würde bzw. einen befristeten Vertrag orientiert an der Dauer des Mehrbedarfs gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG und nicht auf Grundlage des Bewilligungszeitraums der Drittmittel nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG.

dd) Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit
gem. Art. 5 Abs. 3 GG

Für das WissZeitVG als Sonderbefristungsrecht sind grundrechtliche Wertungen zu beachten, die es den Hochschulen und außeruniversitären Einrichtungen erleichtern, befristete Arbeitsverträge abzuschließen.

In der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG ist der Auftrag an den Gesetzgeber enthalten, der Wissenschaft personelle, finanzielle und organisatorische Mittel zur Verfügung zu stellen und den akademischen Nachwuchs sachgerecht zu fördern.²³⁸ Von dieser Verpflichtung ist auch die Aufforderung umfasst, die erforderlichen arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Beschäftigung des wissenschaftlichen Personals an den Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu gewährleisten.²³⁹ Würde der Gesetzgeber mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG verlangen, dass die Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen (zusätzlich) in die Prognose einbeziehen, ob das Projekt auch ohne die Drittmittel fortgeführt wird und mithin noch Beschäftigungsbedarf bestünde, würde dies ggf. die Bereitschaft mindern, Drittmittelprojekte durchzuführen.²⁴⁰ Zudem könnten, sofern wissenschaftliche Mitarbeiter nach Auslaufen der Stellenfinanzierung ggf. weiterbeschäftigt werden müssten, dadurch Stellen blockiert werden, die eine Universität für andere Projekte oder nicht projektbezogene Aufgaben benötigt. Das Risiko einer Entfristung in diesen Fällen könnte ebenfalls ihre Bereitschaft mindern, Drittmittelprojekte durchzuführen. Dies zu vermeiden ist daher ein gemäß Art. 5 Abs. 3 GG legitimes Ziel.²⁴¹ Die Auslegung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG unter Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG spricht daher dafür, § 2 Abs. 2 WissZeitVG als reine Finanzierungsbefristung zu verstehen.

e) Ergebnis der Auslegung

Der Anknüpfungspunkt für die Prognose bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist die Finanzierung und nicht (auch nicht zusätzlich) der Bedarf. Zumindest nach derzeitiger Ausgestaltung des Sachgrundes durch den Gesetzgeber zielt § 2 Abs. 2 WissZeitVG auf Finanzierungsbefristungen. Diese ‚erleichterte‘ Möglichkeit der Befristung ist für das WissZeitVG (und früher auch § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a.F.) als Sonderbe-

²³⁸ BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71, BeckRS 1973, 104803 Rn. 79; BeckOK GG/Kempen, Art. 5 Rn. 186; Thüsing/Fütterer/Thielen, ZfA 2014, 3 (23).

²³⁹ Vgl. BT-Drs. 18/6489, S. 7; Thüsing/Fütterer/Thielen, ZfA 2014, 3 (19).

²⁴⁰ Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 48; Löwisch, NZA 2007, 479 (481); Thüsing/Fütterer/Thielen, ZfA 2014, 3 (23); s. auch schon: BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157 (1160).

²⁴¹ Vgl. BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157 (1160).

fristungsrecht verfassungsrechtlich zulässig. Die Sachgründe „Finanzierung und Bedarf“ stehen somit alternativ zueinander.²⁴²

Die von Anfang an feststehende Begrenztheit der bewilligten Finanzierung führt indes dazu, dass zumindest im Finanzierungszeitraum auch ein Mehrbedarf an Personal besteht. Bei der Finanzierungsbefristung ist der Mehrbedarf daher indiziert und schon deswegen nicht eigenständig zu prüfen.

2. Auswirkungen der (prognosewidrigen) tatsächlichen Entwicklung auf die Wirksamkeit der Befristung

Die spätere, tatsächliche (ggf. prognosewidrige) Entwicklung berührt die Wirksamkeit der Befristung grundsätzlich nicht. Hier gelten jedoch die gleichen allgemeinen Voraussetzungen wie bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG: Erweist sich die Prognose des Arbeitgebers später als unzutreffend, z. B. weil Teilmittel unvorhersehbar nicht, nicht rechtzeitig oder nicht in voller Höhe bereitgestellt wurden, wird die Befristung deswegen nicht automatisch unwirksam.²⁴³ Andererseits wird die Befristung auch dann nicht nachträglich wirksam, wenn z. B. die Drittmittel später doch wegfallen.²⁴⁴

IV. Länge der Befristung: Vereinbarte Befristungsdauer „soll“ dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen

Mit der Frage nach dem Prognoseinhalt verknüpft ist die Frage nach der zulässigen Dauer der Befristung. Nach § 2 Abs. 2 Hs. 2 WissZeitVG soll die vereinbarte Befristungsdauer dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen. Durch die Ausgestaltung als Soll-Vorschrift handelt es sich hierbei nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Solange keine rechtsmissbräuchlich kurze Befristungsdauer vereinbart wurde, hat ein Verstoß somit grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit der Befristung zur Folge.²⁴⁵ Abzustellen ist hierbei aber nicht starr auf die konkrete haushaltsmäßige Mittelbereitstellung, sondern den durch den Drittmittelgeber bewilligten Projektzeitraum.²⁴⁶ Beide können nämlich auseinanderfallen, wenn z. B. bei mehrjährigen Projekten die konkrete Mittelbereitstellung aus haushaltsrechtli-

²⁴² I. E. auch: *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 85; *Thüsing/Fütterer/Thielen*, ZfA 2014, 3 (24, 25); s. auch: LAG Brandenburg 28.2.2003 – 5 Sa 616/02, BeckRS 2003, 30798159 Punkt 2.2.3.2.

²⁴³ *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 89; *Thüsing/Fütterer/Thielen*, ZfA 2014, 3 (23); *Müller*, öAT 2010, 224 (226).

²⁴⁴ *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 86.

²⁴⁵ *Steinberger/von Weschpfennig*, WissR 2016, 217 (249); s. auch: *ErfK/Müller-Glöge*, WissZeitVG § 2 Rn. 10; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt*, WissZeitVG § 2 Rn. 44; *Staudinger/Temming/Rolfs*, § 620 BGB Rn. 284.

²⁴⁶ BT-Drs. 18/6489, S. 11; *Maschmann/Konertz*, NZA 2016, 257 (264).

chen Gründen jährlich erfolgt.²⁴⁷ Damit kommt es auch nicht auf die voraussichtliche Dauer des Projekts als Referenzgröße an.²⁴⁸

Fraglich ist, welche Auswirkungen es auf die Zulässigkeit der Befristung hat, wenn die Befristungsdauer den Bewilligungszeitraum unter- bzw. überschreitet.

1. Kürzere Befristungsdauer als Bewilligungszeitraum grundsätzlich zulässig

Die Befristungsdauer ist dann kürzer als der Bewilligungszeitraum, wenn z. B. der befristete Vertrag für ein Jahr geschlossen ist, der Bewilligungszeitraum aber zwei Jahre beträgt.

Ein Zurückbleiben der Vertragsdauer hinter dem Projektbewilligungszeitraum ist möglich und stellt die Befristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht grundsätzlich in Frage.²⁴⁹ Zu denken ist hierbei an Vertragsabschlüsse während eines laufenden Projekts, einer schon begonnenen Bewilligungsperiode²⁵⁰ oder, dass innerhalb eines Projekts aufeinander aufbauende Schritte unterschiedliche fachliche Kompetenzen erfordern, die nicht von einer einzigen Person erbracht werden können.²⁵¹ Erscheint jedoch aufgrund der verkürzten Vertragslaufzeit eine projektdienliche Tätigkeit in sinnvollem Umfang nicht möglich, kann dies ein Indiz für das Fehlen des Sachgrundes sein.²⁵² Zusammenfassend muss daher nicht notwendigerweise so lange befristet werden, wie Finanzmittel existieren. Eine Befristungsdauer, die den Bewilligungszeitraum unterschreitet, ist daher zulässig.

2. Längere Befristungsdauer als Bewilligungszeitraum grundsätzlich unzulässig

Die Befristungsdauer wäre dann länger als der Bewilligungszeitraum, wenn z. B. die Bewilligung für zwei Jahre erfolgt wäre, die Befristungsdauer aber drei Jahre beträgt. In diesem Fall wäre die Befristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG grundsätzlich von Anfang an unwirksam.²⁵³ Dieses Ergebnis lässt sich bereits aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 WissZeitVG herauslesen: Nach Ablauf des Bewilligungszeitraums liegen keine Drittmittel mehr vor, sodass es schon allein deshalb keine zweckentsprechende Beschäftigung mehr geben kann. Außerdem liegt die Recht-

²⁴⁷ Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257 (264).

²⁴⁸ Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, S. 130.

²⁴⁹ Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 92; Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG § 2 Rn. 18; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, § 2 Rn. 44

²⁵⁰ Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257 (264).

²⁵¹ Steinberger/von Weschpfennig, WissR 2016, 217 (248).

²⁵² Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 92.

²⁵³ Vgl. Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 93; etwas unklar: Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG § 2 Rn. 44.

fertigung für die Befristung ja gerade in der Begrenztheit der Mittelbewilligung, sodass im Anschluss an den Bewilligungszeitraum keine Rechtfertigung des Befristungsgrundes gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG mehr vorliegt.²⁵⁴ Etwas anders gilt nur bei aus rein formalen Gründen erfolgenden Abschnittsbewilligungen.²⁵⁵ Eine Befristungsdauer, die den Bewilligungszeitraum überschreitet, ist daher grundsätzlich unzulässig.

3. Zwischenergebnis

Die zulässige Befristungsdauer bestimmt sich nach der Zusage der Mittelgewährung seitens des Dritten. Die Befristungsdauer kann nur insoweit vom Bewilligungszeitraum abweichen, als sie kürzer als dieser ist. Eine Befristungsdauer, die den Bewilligungszeitraum übersteigt, wäre damit unzulässig (zur Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG in diesen Fällen, vgl. IX. 3., S. 90).

V. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Drittmittelprojektbefristung gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG im Einzelnen

1. Finanzierung der Stelle des befristeten Arbeitnehmers überwiegend aus Mitteln Dritter

Die Stelle des befristeten Arbeitnehmers muss überwiegend aus Mitteln Dritter („Drittmitteln“) finanziert werden.

a) Vorliegen von Drittmitteln

Es müssen daher zunächst Drittmittel vorliegen. Dies ist formal zu bestimmen.²⁵⁶

Der Drittmittelbegriff wird im WissZeitVG nicht legaldefiniert. Ausgehend von der Regelung des § 25 Abs. 1 S. 1 HRG a.F. sind Drittmittel in diesem Zusammenhang solche Mittel, die der Hochschule (oder sonstigen Forschungseinrichtung) über die laufenden Haushaltsmittel hinaus zufließen.²⁵⁷ Dritt- und Haushaltsmittel schließen sich somit gegenseitig aus.²⁵⁸ Zum einen kann die Zuwendung von dritter

²⁵⁴ Vgl. Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 92.

²⁵⁵ Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 194; Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 93.

²⁵⁶ Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 96; Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 52.

²⁵⁷ BT-Drs. 16/3438, S. 13; Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 96; ErfK/Müller-Glöße, WissZeitVG § 2 Rn. 10; Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 52; Kortstock, ZTR 2007, 2 (4).

²⁵⁸ Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 52.

privater Seite durch natürliche oder juristische Personen kommen, z. B. von Stiftungen, Verbänden oder Wirtschaftsunternehmen stammen.²⁵⁹ Zum anderen können die Mittel aber auch mittelbar oder unmittelbar aus staatlichen bzw. öffentlichen Quellen stammen, z. B. aus Forschungsförderprogrammen der EU, von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) oder von Bundes- und Landesministerien.²⁶⁰ Drittmittel können aber auch vom Unterhaltsträger der Hochschule selbst herrühren.²⁶¹

Keine Drittmittel sind z. B. Mittel zur Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen durch die Agenturen für Arbeit, Preisgelder, die Professoren für Verdienste in Forschung und Lehre erhalten, eine von Dritten finanzierte Lehrtätigkeit (z. B. Stiftungsprofessuren)²⁶² oder Studiengebühren und Hochschulbeiträge. Da Studiengebühren keine Haushaltsmittel sind, kommt diesen zwar keine spezifische Zweckbindung zu, allerdings dienen sie der Verbesserung der Studienbedingungen und Lehre und nicht der Forschung.²⁶³

b) Überwiegende Finanzierung der Stelle aus diesen Mitteln

Die Finanzierung der konkreten Stelle muss überwiegend, d. h. zu mehr als 50 %, aus Drittmitteln erfolgen.²⁶⁴ Nicht erforderlich ist daher, dass die Stelle vollständig durch Drittmittel finanziert wird.²⁶⁵ Für die Beurteilung kommt es ausschließlich auf die Finanzierung der konkreten Stelle, hingegen nicht auf die Finanzierung des gesamten Projekts an.²⁶⁶ Eine Mischfinanzierung aus Dritt- und Haushaltsmitteln ist grundsätzlich zulässig, solange mehrheitlich Drittmittel verwendet werden. Dies kann, ausgehend vom Wortlaut der Norm, auch soweit gehen, dass die Finanzierung der Stelle so aufgeteilt wird, dass der Beschäftigte zunächst vollständig aus Drittmitteln und anschließend für eine kürzere Restlaufzeit der Beschäftigung (> 50 %)

²⁵⁹ Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 52; Bsp. für Stiftungen: VolkswagenStiftung, Fritz Thyssen Stiftung, Alexander von Humboldt-Stiftung, Hans-Böckler-Stiftung; bspw. für Wirtschaftsunternehmen: Audi, Novartis, E.on, Beispiele entnommen aus: Preuß, Drittmittel für die Forschung, S. 14; Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann, Forschungsprojekte entwickeln, S. 85; Domke, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 276.

²⁶⁰ Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 52; Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 96; Übersicht bei: Preuß, Drittmittel für die Forschung, S. 10 ff.

²⁶¹ Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 52.

²⁶² Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 96.

²⁶³ Hans, Befristung wissenschaftlichen Personals im Spannungsfeld von Arbeitnehmerschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 183; Hauck-Scholz, öAT 2013, 89; Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 57.

²⁶⁴ Geis/Krause WissZeitVG § 2 Rn. 69; Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 99; Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG § 2 Rn. 15.

²⁶⁵ Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 99.

²⁶⁶ Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 99; Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG § 2 Rn. 15; Kortstock, ZTR 2007, 2 (4), Domke, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 301.

vollständig aus Haushaltsmitteln vergütet wird.²⁶⁷ Die Beschäftigung ist insoweit als Ganzes – d. h. bezogen auf die gesamte Befristungsdauer – zu sehen. Zu beachten ist bei einer solchen Aufteilung, dass die Gesamtlaufzeit der Befristung den Bewilligungszeitraum der Drittmittel insgesamt nicht überdauern darf. Wenn jedoch der Drittmittelgeber beispielsweise bei einem Bewilligungszeitraum von fünf Jahren den Betrag X an Drittmitteln von Anfang an zur Verfügung stellt und die Hochschule von Anfang an den Betrag Y aus Haushaltsmitteln zur Verfügung hat, dann bedarf es der Entscheidung der Hochschule, ob sie die Stelle innerhalb des Bewilligungszeitraums zunächst nur mit Drittmitteln und erst am Ende des Bewilligungszeitraums mit Haushaltsmitteln finanzieren will oder von Anfang an durchgehend eine gemischte Finanzierung anstrebt.²⁶⁸ Für die Zulässigkeit der Befristung entscheidend ist, dass sie jedenfalls nicht länger als – ausgehend vom Beispiel – fünf Jahre andauert.

2. Bewilligung der Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer

Die Drittmittel müssen für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt werden, mithin zweckgebunden sein. Die Zweckbindung („bestimmte“) bezieht sich hierbei sowohl auf die Aufgabe als auch auf die Zeitdauer.²⁶⁹ Voraussetzung ist somit, dass sowohl der Inhalt der Tätigkeit des befristet Beschäftigten durch den Drittmittelgeber festgelegt wird als auch, dass von vornherein ein Enddatum für die Finanzierung feststeht (sog. feststehender Bewilligungszeitraum). Ausgehend vom Zweck des Befristungsgrundes, der auf die Erleichterung der Drittmittelforschung gerichtet ist, kann die Aufgabe inhaltlich nur ein Forschungsvorhaben sein.²⁷⁰

Die Hochschule bzw. außeruniversitäre Forschungseinrichtung als Arbeitgeber ist daher in dieser Hinsicht fremdbestimmt.²⁷¹ Diese Fremdbestimmung des Arbeitgebers ist also konstitutiv für den Befristungsgrund.²⁷²

²⁶⁷ I. E.: Geis/Krause, *WissZeitVG* § 2 Rn. 69, *Preis/Ulber*, *WissZeitVG* § 2 Rn. 101; a. A. *Hans*, Befristung wissenschaftlichen Personals im Spannungsfeld von Arbeitnehmerschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 185.

²⁶⁸ Vgl. *Preis/Ulber*, *WissZeitVG* § 2 Rn. 101 („von vornherein feststehende Förderungs-laufzeit“).

²⁶⁹ BAG 8. 6. 2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (Rn. 19); BAG 13. 2. 2013 – 7 AZR 284/11, NZA 2013, 1271 (Rn. 24 f.).

²⁷⁰ *Löwisch*, AR § 2 *WissZeitVG* Rn. 14; *Löwisch*, NZA 2017, 479 (481); *Preis/Ulber*, *WissZeitVG* § 2 Rn. 106.

²⁷¹ *Nomos-BR/Joussen*, *WissZeitVG* § 2 Rn. 16; nach der zu § 57 Abs. 2 Nr. 4 HRG ergangenen Rechtsprechung des BAG (BAG 15. 1. 1997 – 7 AZR 158/96, NZA 1998, 29) konnte die Zweckbestimmung auch von der Hochschule vorgenommen werden. Sie findet auf § 2 Abs. 2 *WissZeitVG* keine Anwendung, vgl. *Müller*, öAT 2010, 224 (225); *Preis/Ulber*, *WissZeitVG* § 2 Rn. 105; *Geis/Krause*, § 2 *WissZeitVG* Rn. 63 m. w. N.

²⁷² BAG 23. 5. 2018 – 7 AZR 875/16, NZA 2018, 1399 Rn. 20; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt*, *WissZeitVG* § 2 Rn. 40.

Wie bereits unter C. III. 1. d) bb), S. 67 erläutert wurde, ist für die Frage nach der ‚Finanzierung für eine bestimmte Zeitdauer‘ nur zu prüfen, ob hinreichend sicher ist, dass die konkret bereitgestellten Drittmittel wegfallen werden, nicht aber, ob auch hinreichend sicher ist, dass keine erneute Bewilligung von Mitteln erfolgen würde.

*a) Abgrenzung des Forschungsprojekts von der Daueraufgabe Forschung:
Rein zeitliche oder auch qualitative Abgrenzungskriterien?*

Auch bei der Drittmittelprojektbefristung ist zwischen einem Forschungsprojekt und der Daueraufgabe Forschung abzugrenzen.²⁷³ Eine temporäre Beschäftigung mit Daueraufgaben kann eine Befristung nicht rechtfertigen. Dass diese Abgrenzung vorgenommen werden muss, lässt sich schon aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 a. E. WissZeitVG, der von einem ‚Projektzeitraum‘ spricht, ableiten. Zudem ist sie auch wegen der unionsrechtlichen Anforderungen an einen sachlichen Grund i. S. d. § 5 Nr. 1a BVR zwingend geboten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGHs ist der Begriff des sachlichen Grundes so zu verstehen, dass er

„genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den Einsatz aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung solche Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen ergeben oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedsstaat.“²⁷⁴

Um den Anforderungen des Unionsrechts zu genügen, muss sich die zeitliche Begrenzung der Befristungsdauer hinreichend aus dem Grund ableiten können.²⁷⁵ Außerdem bedarf es stets eines Bezugs zur betreffenden Tätigkeit.²⁷⁶ Andernfalls könnte nämlich solange befristet werden, wie Drittmittel zur Verfügung stünden. Allein die Existenz von Drittmitteln wie auch die allgemeine Ungewissheit darüber,

²⁷³ BT-Drs. 16/3438 S. 14; s. Geis/Krause, § 2 WissZeitVG Rn. 67; Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 110; ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG § 2 Rn. 9a; KR-Treber, WissZeitVG § 2 Rn. 53; Däubler/Deinert/Zwanziger-Nebe, KSchR, § 2 WissZeitVG Rn. 53; Mandler, OdW 2015, 2017 (220); a. A.: Löwisch, NZA 2007, 479 (481), der § 2 Abs. 2 WissZeitVG anknüpfend an § 57b II Nr. 4 HRG sieht und dazu ausführt: „nicht erforderlich, dass das Forschungsvorhaben, für das der Mitarbeiter eingestellt wurde, eine bestimmte Laufzeit aufwies und dass die Drittmittel für diese Laufzeit auch zugewiesen wurden. Vielmehr genügte es, dass die Bewilligung für einen zeitlich begrenzten Teilabschnitt erfolgte“; s. auch AR/Löwisch, WissZeitVG § 2 Rn. 14.

²⁷⁴ Grundlegend: EuGH 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443 (Rn. 69 f.); s. auch: EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 38); 28.2.2018 – C-46/17 (John), ECLI:EU:C:2018:131 (Rn. 53).

²⁷⁵ Vgl. BAG 13.2.2013 – 7 AZR 284/11, NZA 2013, 1271 (Rn. 27).

²⁷⁶ S. in Bezug auf Haushaltsmittel: Preis/Sagan/Brose, EuArbR, Rz. 13.148.

ob sie in Zukunft weiterhin zur Verfügung stünden, kann den Abschluss befristeter Arbeitsverträge aber gerade nicht rechtfertigen.²⁷⁷

Fraglich ist, welche Umstände genau die Daueraufgabe Forschung von einem Forschungsprojekt unterscheiden. Kommt es für die Abgrenzung (wie im TzBfG) auf qualitative Abgrenzungskriterien an, d. h. muss es sich um ein ‚Sonderforschungsvorhaben‘ o. ä. handeln, welches der Arbeitgeber nur ausnahmsweise durchführt und welches sich daher inhaltlich/thematisch von der sonstigen Forschung am Lehrstuhl/Institut abhebt? Oder ist ein Forschungsprojekt i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG ein Vorhaben, welches auch zur Daueraufgabe Forschung gehören könnte und nur deshalb im Einzelfall nicht als solche zu kategorisieren ist, weil eine temporäre Fremdfinanzierung vorliegt?

In jedem Fall kein Forschungsprojekt, sondern ein Teil der Daueraufgabe Forschung liegt vor, wenn die Hochschule das Projekt nicht von der Finanzierung durch den Drittmittelgeber abhängig macht, sondern als eigene Forschung betreibt.²⁷⁸ Nicht ausreichend ist außerdem, wenn sich die Mittelbewilligung automatisch verlängert. Hier liegt dann kein für § 2 Abs. 2 WissZeitVG notwendiger Bewilligungszeitraum für eine begrenzte Dauer vor.²⁷⁹

Darüber hinaus bereitet diese Abgrenzung durchaus Schwierigkeiten. *Domke* spricht sich für eine zweistufige Abgrenzung zwischen Daueraufgabe Forschung und Forschungsprojekt aus: Auf der ersten Stufe erfolge eine inhaltliche, auf der zweiten Stufe eine zeitliche Abgrenzung.²⁸⁰ Inhaltlich müsse die Aufgabe über diejenigen Bereiche hinausgehen, die ohnehin von den Wissenschaftlern im Hauptamt zu erfüllen sind, sie dürfe also nicht zum ständigen Forschungsbereich gehören. Das folge aus dem Charakter und dem Zweck des Drittmiteleinsatzes.²⁸¹

Im Folgenden soll durch Auslegung ermittelt werden, ob es für die Abgrenzung nur auf zeitliche oder (auch) auf qualitative (= inhaltliche) Abgrenzungskriterien ankommt.

aa) Wortlautauslegung

Nach dem Wortlaut ist Tatbestandsvoraussetzung, dass die Finanzierung für eine „bestimmte Zeitdauer und Aufgabe“ bewilligt ist. Im Wortlaut finden sich keine Hinweise darauf, dass diese bestimmte Aufgabe eine besondere Qualität haben muss. Solange die Aufgabe vom Drittmittelgeber individualisiert („bestimmt“) wurde, ist

²⁷⁷ BT-Drs. 16/3438, S. 19, s. auch: BAG 13.2.2013 – 7 AZR 284/11, NZA 2013, 1271 Rn. 27.

²⁷⁸ *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 110.

²⁷⁹ BAG 13.2.2013 – 7 AZR 284/11, NZA 2013, 1271 (Rn. 34).

²⁸⁰ Vgl. *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 304.

²⁸¹ *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 304.

die Voraussetzung erfüllt. Die Individualisierung lässt sich regelmäßig dem Projektantrag entnehmen.²⁸²

Der Wortlaut enthält daher keine Anhaltspunkte dafür, dass es (auch) auf qualitative Abgrenzungskriterien ankommen soll.

bb) Historische Auslegung

Hinsichtlich der Abgrenzungsfrage führt die Gesetzesbegründung aus, dass umso genauer geprüft werden müsse, ob nicht tatsächlich über Drittmittelprojekte eigentliche Daueraufgaben erfüllt werden sollen, je langfristiger die Projekte ausgestaltet sind. Als Beispiel nennt der Gesetzgeber hier die sogenannten „Langfristvorhaben“ der Union der Deutschen Akademien der Wissenschaft, die Bund und Länder gemeinsam fördern und die von vornherein auf 25 Jahre angelegt sein können. In derartigen Fällen sei das Arbeitsvolumen so groß und die bereits am Projektanfang prognostizierte Projektlaufzeit so lang, dass an die Darlegung des Arbeitgebers, ob tatsächlich ein Projekt vorliegt und nicht die Tätigkeit der in dem Projekt Beschäftigten von Anfang an das Gepräge einer Daueraufgabe hat, hohe Anforderungen zu stellen sind.²⁸³

Die Wortwahl des Gesetzgebers „je langfristiger [...]“, „Arbeitszeitvolumen so groß [...]“ sowie „prognostizierte Projektlaufzeit so lang [...]“ wird deutlich, dass er hier auch eine rein zeitliche Grenzlinie zieht. Qualitative, inhaltliche Anforderungen an das Forschungsvorhaben (z. B. Vorliegen eines Sonderforschungsprogramms) werden nicht genannt.

cc) Auslegung nach dem Telos der Norm, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich der Drittmittelforschung zu schaffen

Der Zweck des § 2 Abs. 2 WissZeitVG wurde bereits erläutert.²⁸⁴ Er besteht darin, Rechtssicherheit und Transparenz im Bereich der Drittmittelprojektbefristung zu schaffen und die Drittmittelforschung in Deutschland zu fördern. Qualitative Kriterien für die Abgrenzung eines befristungsrechtlich zulässigen Projekts von der insoweit unzulässigen Daueraufgabe würden diesem Zweck gerade zuwiderlaufen. Zum einen wäre die Grenzlinie bei qualitativen Merkmalen in der Praxis nicht eindeutig und damit rechtssicher zu ziehen, sodass qualitative Abgrenzungskriterien missbrauchsanfällig wären (1). Dies steht dem gesetzgeberischen Ziel, Drittmittelforschung zu fördern, entgegen (2). Zudem erfordert der Projektbegriff i. d. S. keine qualitative Abgrenzung (3).

²⁸² Vgl. *Hans*, Befristung wissenschaftlichen Personals im Spannungsfeld von Arbeitnehmerschutz und Wissenschaftsfreiheit, S. 185.

²⁸³ BT-Drs. 16/3438 S. 14.

²⁸⁴ S. Kap. 2, C. III. 1. d), S. 66.

(1) Missbrauchsanfälligkeit der Befristung bei der Forderung von qualitativen Abgrenzungskriterien

Die Forderung qualitativer, inhaltlicher Abgrenzungskriterien wäre missbrauchsanfällig und würde damit dem Ziel, durch die gesetzliche Regelung mehr Rechtssicherheit zu schaffen, entgegenstehen. In der Praxis wäre unklar und in gewisser Weise willkürlich festzulegen, wo genau die Grenze zwischen ‚typischem‘ Forschungsbereich der Einrichtung und qualitativ davon abzugrenzenden ‚Sondervorhaben‘ verläuft. Zudem kommt es dem Drittmittelgeber, der den Projekterfolg im Blick hat, oftmals gerade auf eine entsprechende Expertise der Projektmitarbeiter an, sodass er auch danach den Kooperationspartner auswählt.²⁸⁵ Eine solche Expertise ist eher vorhanden, wenn es sich beim geförderten Forschungsvorhaben qualitativ nicht um etwas gänzlich anderes handelt, als sonst am Lehrstuhl/Institut erforscht wird.

(2) Förderung der Drittmittelforschung als gesetzgeberisches Ziel

Gesetzgeberisches Ziel ist es, mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG einen Beitrag zur Förderung der Drittmittelforschung und damit zur Pflege der freien Wissenschaft in Deutschland zu leisten. Für den Drittmittelgeber ist der Forschungsantrag dann attraktiv und förderungswürdig, wenn das Vorhaben wissenschaftlich innovativ und aussichtsreich ist, die Problemstellung und Zielsetzung wissenschaftlichen Fortschritt und gesellschaftlichen Nutzen versprechen, die Methoden den Zielen angemessen sind und der Bedarf an Zeit und Ressourcen realistisch erscheint, um die geplanten Arbeiten in der nötigen Qualität durchführen zu können. Dabei ist für den Drittmittelgeber z. B. auch von Bedeutung, dass der Antragssteller über angemessene Qualifikationen und institutionellen Rückhalt verfügt und ihm folglich zuzutrauen ist, die geplanten Arbeitsprozesse problem- und zielorientiert sowie im Rahmen der beantragten Mittel und Zeitmargen zu organisieren und durchführen zu können.²⁸⁶ Aus Sicht des Drittmittelgebers kann es daher sogar von Vorteil sein, wenn sich die durchführende Organisation bzw. die im Drittmittelprojekt beschäftigten Arbeitnehmer auch inhaltlich gut mit der Thematik auskennen, d. h. es sich inhaltlich nicht um etwas völlig anderes handelt. Dies fördert dann wiederum auch die Forschung. Hat der Drittmittelgeber den Antrag bewilligt, so wäre es für das gesetzgeberische Ziel der Förderung der Drittmittelforschung kontraproduktiv, wenn anschließend im Rahmen der Frage nach der Wirksamkeit der Befristungen inhaltliche Anforderungen an das Projekt überprüft würden, um bspw. zu bewerten, ob es sich tatsächlich um ein ‚Sonderprojekt‘ o. ä. handelt. Eine solche Grenzziehung wäre zudem missbrauchsanfällig (s. hierzu schon (1)).

²⁸⁵ Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann, Forschungsprojekte entwickeln, S. 89 Rn. 31 f.

²⁸⁶ Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann, Forschungsprojekte entwickeln, S. 16 f.

(3) Projektbegriff des § 2 Abs. 2 WissZeitVG erfordert keine qualitative Abgrenzung

Forschungsprojekte i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG knüpfen an den betriebswirtschaftlichen Projektbegriff des Projektmanagements an.²⁸⁷ Die hier vorzunehmende Abgrenzung zwischen Projekt („komplexes Vorhaben“) und Routineaufgabe („Tagesgeschäft“/„einfach“) ist nicht so zu verstehen, dass hier qualitativ von typischen Forschungsinhalten am Lehrstuhl/Institut abzugrenzen ist. Auch lehrstuhleigene Forschungsprojekte wären nicht als Routineaufgabe i. d. S. zu kategorisieren, da Forschungsvorhaben stets einer eigenen Arbeitsorganisation bedürfen und nicht einfach im ‚Tagesgeschäft‘ erledigt werden können.²⁸⁸ Zum befristungsrechtlich relevanten Drittmittelprojekt i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG wird das Forschungsprojekt, wenn die Finanzierung durch einen Dritten und dies nur befristet („bestimmte Zeitdauer“) erfolgt.

b) Zwischenergebnis

Ergebnis der Auslegung ist, dass es für die Abgrenzung zwischen ‚Forschungsprojekt‘ und ‚Daueraufgabe Forschung‘ aus befristungsrechtlicher Perspektive nur auf zeitliche Abgrenzungskriterien ankommen kann.²⁸⁹ Qualitativ/inhaltlich könnte ein Drittmittelprojekt i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG auch zur eigenen Forschung und damit zur ‚Daueraufgabe Forschung‘ gehören. Im Einzelfall handelt es sich nur deshalb um ein befristungsrechtlich relevantes Drittmittelprojekt i. d. S., wenn die Finanzierung durch einen Dritten und dies nur befristet erfolgt.

3. Überwiegende Beschäftigung des befristeten Arbeitnehmers entsprechend der Zweckbestimmung dieser Mittel

Der gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG befristet beschäftigte Arbeitnehmer muss überwiegend der Zweckbestimmung der Drittmittel entsprechend, d. h. überwiegend projektbezogen beschäftigt werden.²⁹⁰ Die projektbezogene Tätigkeit überwiegt, wenn sie mehr als die Hälfte der Arbeitszeit umfasst und die Gesamttätigkeit prägt.²⁹¹

²⁸⁷ Kap. 1, C. II., S. 29.

²⁸⁸ S. zur Anwendung von Projektmanagementmethoden auch bei Lehrstuhleigener Forschung: *Bauer/Bleck-Neuhaus/Dombois/Wehrmann*, Forschungsprojekte entwickeln, S. 17.

²⁸⁹ Zudem werden zeitliche Höchstgrenzen für die die Befristung diskutiert, wofür nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/3438, S. 14) jedoch erstmal kein Raum besteht. Teilweise werden zehn Jahre (Däubler/Deinert/Zwanziger/*Nebe*, KSchR § 2 WissZeitVG Rn. 53) bzw. zwölf Jahre (*Preis/Ulber*, WissZeitVG § 2 Rn. 110) noch als unproblematisch eingestuft. Diese Frage wird hier nicht weiter vertieft, da der Vergleich von zeitlichen Höchstgrenzen für Rückschlüsse von § 2 Abs. 2 WissZeitVG auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nicht weiterhilft.

²⁹⁰ BAG 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (Rn. 20); ErfK/Müller-Glöge, WissZeitVG § 2 Rn. 11; AR/Löwisch, WissZeitVG § 2 Rn. 17; *Maschmann/Konertz*, NZA 2016, 257 (264).

Hierbei ist auf die gesamte Laufzeit des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Der Mitarbeiter muss daher nicht kontinuierlich zu mehr als 50 % seiner Arbeitszeit für das drittmittelfinanzierte Projekt eingesetzt werden.²⁹² Hintergrund der Regelung ist, dass die Drittmittel nicht nur als Vorwand für die Befristung verwendet werden, sondern auch stets die Interessen des Drittmittelgebers gewahrt sind.²⁹³ Da dieser die Stelle finanziert, hat er wohl die berechnete Erwartung, dass der Mitarbeiter auch für das Projekt tätig wird.²⁹⁴ Andererseits wäre die Befristung unwirksam, wenn etwa im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Prognose gerechtfertigt wäre, dass der Arbeitnehmer im Einvernehmen mit dem Drittmittelgeber überwiegend projektfremd eingesetzt wird.²⁹⁵ Die überwiegende zweckentsprechende Beschäftigung ist konstitutive Tatbestandsvoraussetzung für § 2 Abs. 2 WissZeitVG.

4. Persönlicher Anwendungsbereich: nur Personal i. S. d. § 1 Abs. 1 WissZeitVG

Nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist der persönliche Anwendungsbereich des Befristungsgrundes auf das in § 1 Abs. 1 WissZeitVG erfasste, mithin das wissenschaftliche und künstlerische Personal an staatlichen Hochschulen sowie an Forschungseinrichtungen i. S. d. § 5 WissZeitVG,²⁹⁶ begrenzt. Bis zum Inkrafttreten des 1. Gesetzes zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes 2016²⁹⁷ war auch das wissenschaftsunterstützende (akzessorische) Personal (z. B. Technische Angestellte, Verwaltungsangestellte, Laborpersonal, Personal für das Projektmanagement, Bibliothekspersonal)²⁹⁸ vom persönlichen Anwendungsbereich ausschließlich des Befristungsgrundes gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG erfasst. Die ursprüngliche Gesetzesbegründung führte zur Einbeziehung des akzessorischen Personals aus, dass der Erfolg eines Drittmittelprojekts ganz wesentlich vom Unterstützungspersonal abhinge, welches die Arbeit der Wissenschaftler erst möglich machte bzw. die

²⁹¹ Brose, EuZA 2017, 256 (258); Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 119; Domke, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 306; Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 196–198.

²⁹² BAG 8. 6. 2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (Rn. 20); Geis/Krause, WissZeitVG Rn. 72.

²⁹³ Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 117; Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 196.

²⁹⁴ Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG § 2 Rn. 43; Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 71.

²⁹⁵ Geis/Krause, WissZeitVG § 2 Rn. 72.

²⁹⁶ S. hierzu: Löwisch/Wertheimer, in: HSchR-Praxishandbuch, S. 613.

²⁹⁷ S. Fn. 206.

²⁹⁸ BT-Drs. 16/3438, S. 15; weitere Beispiele noch bei: Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 123.

notwendigen Rahmenbedingungen sicherstellte.²⁹⁹ Durch die Aufnahme des akzessorischen Personals in den persönlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG könne daher ein Gleichlauf zwischen wissenschaftlichem bzw. künstlerischem und akzessorischem Personal geschaffen werden, was für einen reibungsloseren Ablauf in der Projektverwirklichung durch die Beschäftigung aufeinander abgestimmter und eingespielter Teams Sorge.³⁰⁰ Die nachträgliche Streichung wurde vom Gesetzgeber damit begründet, dass für das akzessorische Personal einer der zentralen Begründungspfeiler für das wissenschaftsspezifische Sonderbefristungsrecht (Bedarf einer ständigen Fluktuation und Zufluss neuer Ideen, um Exzellenz zu erzeugen) nicht gelte.³⁰¹ Er meint, diese Personen seien fortan (wieder) über § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu befristen.³⁰²

Die Möglichkeit, auch das akzessorische Personal über § 2 Abs. 2 WissZeitVG zu befristen, stellte bis dato eine Privilegierung des Arbeitgebers dar. Die Prognose ist hier leichter zu begründen als bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Daher wird an der Streichung auch kritisiert, dass die alleinige Befristungsmöglichkeit des akzessorischen Personals über das TzBfG (wieder) zu mehr Rechtsunsicherheit in diesem Bereich führen würde³⁰³ und in schwierigen Randbereichen ein ‚äußerst heikles Unterfangen‘ werden könne.³⁰⁴ Der Arbeitgeber sei zudem hinsichtlich der Finanzierung beider Beschäftigungsgruppen gleichermaßen von der projektweisen Bewilligung der Drittmittel abhängig, was dafür spreche, ihn entsprechend zu privilegieren und beide Gruppen über die gleiche Norm befristen zu können³⁰⁵ (s. zu den für diese Arbeit relevanten Schlussfolgerungen aus dieser Diskussion, IX. 4., S. 91).

²⁹⁹ BT-Drs. 16/3438, S. 15; s. auch: *Löwisch*, NZA 2007, 479 (481).

³⁰⁰ BT-Drs. 16/3438, S. 15.

³⁰¹ BT-Drs. 18/6489, S. 12.

³⁰² Vgl. BT-Drs. 18/6489, S. 12; der Streichung i. E. zustimmend: *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 315 ff.; *Nomos-BR/Joussen*, WissZeitVG § 2 Rn. 18; s. hierzu schon: *Rüder/Steinheimer*, PersR 2007, 328 (332); a. A. s. insb: *Blum/Vehling*, OdW 2015, 189 (197); *Kroll*, ZTR 2016, 235 (238); *Mandler/Meißner*, OdW 2016, 33 (43); *Maschmann/Konertz*, NZA 2016, 257 (265); *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, S. 169; *Sievers*, TzBfG Anh. 7 Rn. 113; zur Thematik s. auch schon: *Löwisch*, NZA 2007, 479 (481).

³⁰³ *Mandler/Meißner*, OdW 2016, 33 (43); *Maschmann/Konertz*, NZA 2016, 257 (265); s. hierzu auch: Abschlussbericht der Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 154; abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2022/abschlussbericht-evaluation-wisszeitvg.html> (Stand: 19. 7. 2023).

³⁰⁴ *Maschmann/Konertz*, NZA 2016, 257 (265).

³⁰⁵ *Kroll*, ZTR 2016, 235 (238); *Löwisch*, NZA 2007, 479 (481); *Mandler/Meißner*, OdW 2016, 33 (43); *Maschmann/Konertz*, NZA 2016, 257 (265).

VI. Anerkennung der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund durch die Rechtsprechung und Teile der Literatur

Nach der Rechtsprechung³⁰⁶ und gewichtigen Teilen der Literatur³⁰⁷ können Drittmittelbefristungen als ungeschriebener Sachgrund auch trotz Einführung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG zudem noch als sonstiger, ungeschriebener Sachgrund auf § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG gestützt und dabei im Zusammenhang mit der Befristung der Durchführung von Projekten angewandt werden. Die auch heute noch geltenden Tatbestandsvoraussetzungen wurden bereits unter C. II. 3., S. 60 dargestellt.

VII. Verhältnis zwischen § 2 Abs. 2 WissZeitVG und dem sonstigen, ungeschriebenen Sachgrund der Drittmittelfinanzierung

Grundsätzlich ist gem. § 1 Abs. 2 WissZeitVG das TzBfG neben dem WissZeitVG anwendbar. Daraus folgt, dass sich die Hochschule von vornherein dazu entscheiden kann, Personal nach den Regelungen des TzBfG anstelle des WissZeitVG zu befristen.

1. Verdrängung des ungeschriebenen Sachgrunds im Anwendungsbereich des WissZeitVG

§ 1 Abs. 2 WissZeitVG eröffnet jedoch nicht die Möglichkeit, anstelle des § 2 Abs. 2 WissZeitVG den sonstigen, ungeschriebenen Sachgrund der Drittmittelfinanzierung zur Rechtfertigung einer Befristung heranzuziehen. Soweit eine Drittmittelbefristung unter § 2 Abs. 2 WissZeitVG subsumierbar ist, verdrängt diese Regelung das insoweit weniger spezielle TzBfG.³⁰⁸ Mit der Wiedereinführung des

³⁰⁶ S. zuletzt: BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 (Rn. 24 f.); BAG 16.1.2018 – 7 AZR 21/16, NZA 2018, 663 (Rn. 26 ff.).

³⁰⁷ Für die eigenständige Anerkennung und Bedeutung als Befristungsgrund: *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 221 f.; *Arnold/Gräfl/Gräfl*, TzBfG § 14 Rn. 287, 297; *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, S. 117 (123 ff.); *Herfs-Röttgen*, NZA 2023, 398 (400); *Kade*, in: *Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung*, Teil 1, Kapitel D, Rn. 333; *Henssler/Willemsen/Kalb/Rennpferdt*, § 14 TzBfG Rn. 53; *Staudinger/Temming/Rolfs* (2022), BGB § 620 171 ff.; *Laux/Schlachter/Schlachter*, TzBfG § 14 Rn. 89; *Sievers*, TzBfG § 14 Rn. 532 ff.; gegen die Anerkennung: *KR-Lipke*, TzBfG § 14 Rn. 480; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 80; kritisch auch: *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 308; *Meinel/Heyn/Herms/Meinel*, TzBfG § 14 Rn. 96.

³⁰⁸ BAG 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (1469) Rn. 42; *Kiel*, JbArbR 54, S. 68–69; *Sievers*, TzBfG Anh. 7 Rn. 36; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt*, WissZeitVG § 2 Rn. 57; *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 304; *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 1 Rn. 121; *KR-Treber/Waskow*, WissZeitVG § 1 Rn. 70, 76; *a. A.*: *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 284 („§ 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG und § 2 Abs. 2 WissZeitVG schließen einander nicht aus, sie bestehen vielmehr parallel.“).

geschriebenen Sachgrundes der Drittmittelbefristung im Hochschulbereich gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG sollte das Befristungsrecht, wie es sich in der Rechtsprechung des BAG bis dahin zeigte (also u. a. anhand des ungeschriebenen Sachgrundes), kodifiziert, konturiert und rechtssicher ausgestaltet werden.³⁰⁹ Es sollte daher mit § 2 Abs. 2 WissZeitVG kein Tatbestand neben der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund geschaffen werden.³¹⁰

Voraussetzung für eine Verdrängung des ungeschriebenen Sachgrundes ist, dass die Spezialnorm (§ 2 Abs. 2 WissZeitVG) höhere Voraussetzungen oder eine andere Rechtsfolge hat.³¹¹ Dies ist hier zumindest insofern der Fall, als dass das WissZeitVG mit dem Zitiergebot des § 2 Abs. 4 eine formal höhere Voraussetzung hat.³¹² Dass die Tatbestandsvoraussetzungen ansonsten divergieren (Bedarfselemente vs. ausschließlich Finanzierungselemente) würden, steht der Verdrängung nicht entgegen.

Entgegen einiger Stimmen aus der Literatur muss die Sperrwirkung (gerade) dann gelten, wenn das Zitiergebot des § 2 Abs. 4 WissZeitVG nicht eingehalten wurde.³¹³ Nach § 2 Abs. 4 S. 1 WissZeitVG ist daher im Arbeitsvertrag anzugeben, ob die Befristung auf dem WissZeitVG beruht. Rechtsfolge bei Verletzung des Zitiergebots ist jedoch nicht, dass die Befristung an sich unwirksam ist, sondern nur, dass sie dann nicht auf das WissZeitVG gestützt werden kann (vgl. § 2 Abs. 4 S. 2 WissZeitVG). Die Befristung nach dem TzBfG bleibt hingegen grundsätzlich möglich.³¹⁴ Allerdings kann es nicht sein, dass nach Verletzung des Zitiergebots eine Drittmittelbefristung einfach auf den ungeschriebenen Sachgrund gestützt wird. Es wäre nämlich nicht nachvollziehbar, wieso in diesem Fall eine Berufung auf einen Sachgrund möglich sein soll, der von vornherein gesperrt gewesen wäre. Damit könnte ganz einfach das Zitiergebot umgangen werden und die Regelung des § 2 Abs. 4 S. 1 WissZeitVG hätte keinerlei Mehrwert. Bei Verletzung des Zitiergebots bleibt daher in Drittmittelprojektfällen nur ggf. der Rückgriff auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.³¹⁵

³⁰⁹ BT-Drs. 16/3438, S. 10, 13, s. auch: BAG 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (1469) Rn. 45; *Kiel*, JbArbR 54, S. 68.

³¹⁰ BAG 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (1469) Rn. 45.

³¹¹ Vgl. *Reimer*, Juristische Methodenlehre, C Rn. 204.

³¹² A. A. *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 281, die lediglich einen Vorzug der geschriebenen Regelung vor richterlichen Rechtsprechungsgrundsätzen bejaht, aber keine Spezialität annehmen will.

³¹³ Wie hier: BAG 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (1469) Rn. 45; *Kiel*, JbArbR 54, S. 69; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt*, WissZeitVG § 2 Rn. 57; *Sievers*, TzBfG Anh. 7 Rn. 36; a. A.: *Laux/Schlachter*, Anh. § 1 Rn. 15; *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 284; etwas unklar: *KR-Treber/Waskow*, WissZeitVG § 2 Rn. 75 (eher allgemein auf § 14 TzBfG abstellend).

³¹⁴ *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 1 Rn. 121.

³¹⁵ BAG 8.6.2016 – 7 AZR 259/14, NZA 2016, 1463 (1469) Rn. 47; *Preis/Ulber*, WissZeitVG § 1 Rn. 129; *Hans*, Befristung wissenschaftlichen Personals im Spannungsfeld von Arbeitnehmerschutz und Wissenschaftsfreiheit S. 191.

Anders sieht die Frage nach der Sperrwirkung bei Verletzung des Zitiergebots *Domke*, die auf die praktischen Auswirkungen hinweist: Führe die Verletzung des Zitiergebots zu Entfristungen, so würde dies wiederum eine Reihe von betriebsbedingten Kündigungen zur Folge haben, da für die Personengruppe über die Drittmittel hinaus weder Gelder noch Arbeitsplätze vorhanden wären. Deshalb müsse eine Berufung auf den ungeschriebenen Sachgrund bei einer Verletzung des Zitiergebots möglich bleiben.³¹⁶ Dieses Argument kann jedoch schon aus oben genannten Gründen zur ‚Umgehung‘ des Zitiergebots nicht überzeugen. Zudem bildet es auch kein rechtliches Argument, sondern einen bloßen Hinweis auf die praktischen Auswirkungen von Entfristungen. Die Verantwortung für die wirksame Gestaltung einer Befristung obliegt allerdings allein dem Arbeitgeber. Dieser ist hier nicht in besonderer Weise schutzwürdig, da es seine Verantwortung ist – und auch keine besondere Hürde –, einen dem § 2 Abs. 4 S. 1 WissZeitVG genügenden Passus in den Arbeitsvertrag aufzunehmen und so dem Zitiergebot zu genügen. Zudem ist zu beachten, dass – sofern die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 WissZeitVG vorliegen – dies in der Regel auch einen vorübergehenden Mehrbedarf an Arbeitskräften indiziert, sodass die Befristung über § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gerechtfertigt sein könnte und es am Ende nicht zu den von *Domke* befürchteten betriebsbedingten Kündigungen kommt.

Im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG bleibt daher für die Drittmittelfristung als ungeschriebener Sachgrund unter keinen Umständen eine Rechtfertigung. § 2 Abs. 2 WissZeitVG verdrängt insoweit den ungeschriebenen Sachgrund der Drittmittelfinanzierung.

2. Prinzipielle Anwendbarkeit des ungeschriebenen Sachgrunds außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG

Außerhalb des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 2 WissZeitVG bleibt die Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund grundsätzlich anwendbar.³¹⁷

VIII. Keine Existenzberechtigung des ungeschriebenen Sachgrunds der Drittmittelfinanzierung

Für die Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund existiert heute jedoch faktisch kein eigener Anwendungsbereich mehr. Die Bezeichnung als ‚Drittmittelfristung‘ durch die Rechtsprechung ist bei Betrachtung der entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen nicht treffend. Hier wird keine Befristung der

³¹⁶ *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 283.

³¹⁷ Vgl. *Reimer*, Juristische Methodenlehre, C Rn. 205; s. auch: LAG Berlin-Brandenburg 23.11.2012 – 17 Sa 1315/12, NZA-RR 2013, 191 unter I.4. der Gründe.

Drittmittel, zielend auf Finanzierungsbefristungen, geprüft, sondern ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung. Die Fälle sind daher richtigerweise unter § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu subsumieren.³¹⁸

1. Entwickelte Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Entscheidend für die Anerkennung der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Befristungsgrund durch die Rechtsprechung ist, dass die Drittmittel vom Drittmittelgeber für eine genau bestimmte Zeitdauer bewilligt wurden, anschließend wegfallen sollen und der Arbeitgeber sich gerade aufgrund der Drittfinanzierung zur Durchführung eines Vorhabens entschließt.³¹⁹ Gerade aus der klaren Zweck- und Zeitbestimmung des Drittmittelgebers resultiert damit die organisatorische Entscheidung des Arbeitgebers als Drittmittelempfänger, das drittfinanzierte Vorhaben nur für die Dauer der Drittmittelbewilligung durchführen zu lassen.³²⁰ In Abgrenzung dazu soll deshalb dann nicht befristet werden können, wenn der Drittmittelgeber die Drittmittel nicht für bestimmte Arbeitsplätze, sondern vielmehr allgemein zur Aufstockung des Personalbestandes über die Stammebelegschaft hinaus zur Verfügung stellt und eben nicht zur Finanzierung einer konkreten Stelle.³²¹ In diesem Fall könnte sich der Arbeitgeber nach Auslaufen der Drittmittel nämlich nicht darauf berufen, dass er nach Auslaufen der Drittmittelfinanzierung keinen Bedarf mehr für die Beschäftigung des aus Drittmitteln finanzierten Arbeitnehmers habe.³²²

Die Folge davon ist, dass auf einem Arbeitsplatz bestimmte Aufgaben und Tätigkeiten verrichtet werden, bei denen von Anfang an klar ist, dass sie zu einem bestimmten Zeitpunkt endgültig abgeschlossen werden, sodass der Arbeitsplatz endgültig wegfällt.³²³ Es handelt sich bei der nur aufgrund der Drittfinanzierung durchgeführten Aufgabe somit um eine Zusatzaufgabe, wie sie auch von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG bekannt ist. Bei den durch die Rechtsprechung zur Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund entwickelten Voraussetzungen ist daher nicht die ‚Drittmittelfinanzierung‘ der Sachgrund für die Befristung, sondern die

³¹⁸ So i.E. auch: KR-Lipke/Bubach, TzBfG § 14 Rn. 480; Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG § 14 Rn. 96; Stiller, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 239 ff.; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 80 ordnet die Sachverhalte indes § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG zu; a.A.: Herfs-Röttgen, in: FS LAG Köln, 119 (123 f., 131), die für eine „Renaissance der Drittmittelbefristung“ als eigenen Sachgrund plädiert, um Entwicklungshilfeprojekte befristen zu können.

³¹⁹ S. Kap. 2, C. II. 3., S. 60.

³²⁰ Stiller, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 243.

³²¹ BAG 7.4.2004 – 7 AZR 441/03, NJOZ 2004, 2824; Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 305; s. auch schon: Stiller, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 244.

³²² Stiller, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 244.

³²³ Stiller, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 244.

Begrenztheit der vom Arbeitnehmer zu erledigenden Aufgabe, mithin der nur vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung.³²⁴ Vergleichbare Fälle sind auch solche, bei denen der Arbeitgeber von vornherein beschließt, ausnahmsweise und nur für eine bestimmte Zeit mit Eigenmitteln eine bestimmte Tätigkeit oder Aufgabe durchführen zu lassen. Diese kann auch wesentlich außerhalb seines gewöhnlichen Tätigkeitsbereichs liegen.³²⁵

Wird bei den Drittmittelbefristungsfällen der Prüfungs- und Prognosemaßstab des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zugrunde gelegt, wäre der mit hinreichender Sicherheit eintretende Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zu bejahen, wenn der Drittmittelgeber nur eine zeitlich begrenzte Finanzierung des Arbeitsplatzes verfolgt und der Arbeitgeber daraufhin die Entscheidung trifft, die drittmittelfinanzierten Aufgaben nur für die Dauer der Zuwendung durchzuführen. Die Prognose wäre hingegen nicht gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer nur allgemeine Daueraufgaben verrichtet, die auch nach Wegfall der Fremdfinanzierung fortgeführt werden oder, wenn zwar die Beendigung der Aufgaben zu irgendeinem Zeitpunkt feststeht, dies jedoch erst in unabsehbarer Zukunft der Fall sein wird.³²⁶ In diesem Fall hätte sich der Drittmittelgeber auch gerade nicht mit dem konkreten Arbeitsplatz und dessen Wegfall nach Ende des Finanzierungszeitraums befasst, sodass die Befristung nicht nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gerechtfertigt wäre. Allerdings könnte sich der Arbeitgeber in der zweiten Konstellation auch nicht auf den ungeschriebenen Befristungsgrund der Drittmittelfinanzierung berufen.

Die Fallkonstellation, die der Rechtsprechung des ungeschriebenen Sachgrunds der Drittmittelbefristung zugrunde liegt, beschreibt daher einen Anwendungsfall des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Dabei handelt es sich um einen nur vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung. Dieser Befristungsgrund ist mit § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ausdrücklich geregelt. Dazu bedarf es keines Rückgriffs auf einen ungeschriebenen („ungeregelten“) Sachgrund.

2. Keine Rechtsprechung ersichtlich, in der es allein auf ungeschriebenen Sachgrund ankam

Die Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund wird, wenn überhaupt, im Anschluss an § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG geprüft. Dies kommt typischerweise bei Projektsachverhalten vor. Allerdings gibt es in keiner Entscheidung ein Auseinanderfallen der beiden Befristungsgründe. Demnach werden § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG und der ungeschriebene Sachgrund jeweils mit gleicher Begründung bejaht oder verneint.³²⁷ Die Rechtsprechungsbeispiele stärken das Ergebnis,

³²⁴ Vgl. *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 246.

³²⁵ *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 246.

³²⁶ *Stiller*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, S. 247.

³²⁷ S. hierzu: Fälle der archäologischen Rettungsgrabungen: BAG 23. 1. 2019 – 7 AZR 212/17, AP § 14 TzBfG Nr. 174 (Rn. 24, 25); BAG 23. 1. 2019 – 7 AZR 236/17, BeckRS 2019,

dass die für den ungeschriebenen Sachgrund entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen mit denen des Befristungsgrunds des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung identisch sind.

3. Hauptanwendungsbereich des ungeschriebenen Befristungsgrundes (Hochschulbereich) spezialgesetzlich durch § 2 Abs. 2 WissZeitVG geregelt

Der ungeschriebene Sachgrund der Drittmittelbefristung wurde ursprünglich für den Hochschulbereich geschaffen³²⁸, hatte hier also seinen Hauptanwendungsbereich und wurde nun durch den spezielleren und ausdrücklich geregelten § 2 Abs. 2 WissZeitVG abgelöst. Im Umkehrschluss zu den von § 2 Abs. 2 WissZeitVG persönlich und sachlich erfassten Sachverhalten sollte es nach dem Willen des Gesetzgebers darüber hinaus keinen Anwendungsbereich für Drittmittelfinanzierung als Befristungsgrund geben.³²⁹ Die Fälle, in denen § 2 Abs. 2 WissZeitVG – egal aus welchem Grund – nicht greift, sind § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zuzuordnen. Die Voraussetzungen, die das BAG für die Drittmittelbefristung als ungeschriebenen Sachgrund geschaffen hat, können aber als ‚Indiz‘ für einen vorübergehenden Bedarf i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG angesehen werden.

IX. Rückschlüsse auf die Fallgruppe der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus einem Vergleich mit der Drittmittelprojektbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG

In Folge verbleibt für einen Vergleich zur Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nur noch die Drittmittelprojektbefristung gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Fraglich ist, ob aus der spezialgesetzlichen Norm Rückschlüsse auf den allgemeinen Projektbefristungstatbestand möglich sind.

1. Unterschiedliche Rechtfertigungsgründe (Finanzierung vs. Bedarf)

Die Befristungstatbestände basieren auf unterschiedlichen Rechtfertigungsgründen. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist Bedarfsbefristung, § 2 Abs. 2 WissZeitVG zielt auf Finanzierungsbefristungen. Rechtfertigung für die Befristung ist hier die

6369 (Rn. 24, 25); BAG 23.1.2019 – 7 AZR 243/17, BeckRS 2019, 6370 (Rn. 25) [drei Parallelverfahren]; BAG 29.7.2009 – 7 AZR 907/07, AP TzBfG § 14 Nr. 65 (Rn. 32 ff.); Sozialpädagogen in Berufsschulen, finanziert durch Arbeitsagentur: BAG 16.1.2018 – 7 AZR 21/16, NZA 2018, 663 (Rn. 26 ff.); BAG 16.1.2018 – 7 AZR 22/16, BeckRS 2018, 5950 (Rn. 26 ff.); in der Sache auch schon BAG 8.5.1985 – 7 AZR 183/84, BeckRS 1985, 4908.

³²⁸ Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 305; vgl. auch: *Lübbert*, Befristete Arbeitsverhältnisse im Hochschulbereich und außeruniversitären Forschungseinrichtungen, S. 182.

³²⁹ *Kiel*, JbArbR 54, S. 68.

von vornherein feststehende nur temporäre Finanzierung eines Vorhabens durch einen Dritten. Bedarfelemente haben bei der Drittmittelbefristung innerhalb der Prognosebeurteilung keine Bedeutung. Die unterschiedlichen Rechtfertigungsgründe führen zu Unterschieden hinsichtlich der Abgrenzungskriterien zwischen Daueraufgabe und Projekt (a)). Zudem liegen den Tatbeständen unterschiedliche Projektbegriffe zugrunde (b)).

a) Unterschiedliche Abgrenzungskriterien zwischen der Daueraufgabe (Forschung) und einem (Forschungs-)Projekt

Bei beiden Tatbeständen ist für die Zulässigkeit der Befristung die Daueraufgabe vom Projekt bzw. der Zusatzaufgabe abzugrenzen. Bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG geht es darum, das unternehmerische Risiko nicht in unzulässigerweise auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG soll sichergestellt werden, dass die Hochschule das ihr obliegende Finanzierungsrisiko nicht auf die wissenschaftlichen Mitarbeiter abwälzt.

Die Kriterien zur Abgrenzung sind bei den Befristungsgründen jeweils unterschiedlich. Im Rahmen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG sind nur qualitative (inhaltliche) Abgrenzungskriterien von Bedeutung.³³⁰ Bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG können hingegen nur zeitliche Kriterien eine Rolle spielen. Inhaltlich könnte ein Projekt i.S.d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG damit gleichermaßen zur Daueraufgabe Forschung gehören. Im Einzelfall ist das Vorhaben nur deshalb als Projekt zu kategorisieren, weil es temporär und von einem Dritten finanziert wird.

b) Unterscheidung der zugrunde liegenden Projektbegriffe

Obwohl der Projektbegriff für beide Tatbestände identisch genannt wird, ist die Verwendung des Begriffs nicht deckungsgleich. Beiden Befristungsgründen liegen jeweils unterschiedliche Sachverhalte zugrunde.

Beim Projektbegriff des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG geht es um die Abgrenzung zwischen einer Daueraufgabe des Unternehmens und einem Projekt, welches nur vorübergehenden Bedarf an Arbeitskräften auslöst. § 2 Abs. 2 WissZeitVG liegt der Projektbegriff des Projektmanagements zugrunde. Die Übernahme eines Forschungsauftrags für eine Forschungseinrichtung wie die Universität stellt jedenfalls kein Projekt i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG dar, weil die Erbringung von Forschungsleistungen zur fortlaufend verfolgten Tätigkeit der Universität gehört.³³¹

³³⁰ S. Kap. 2, B. II. 1. b), S. 42.

³³¹ Vgl. insoweit: BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 20) am Beispiel „Bauprojekte“ bei Bauunternehmen.

Thematisch sind Projekte i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG durch die Regelung im Spezialgesetz zudem auf Forschungsprojekte beschränkt. Projekte i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG unterliegen hingegen thematisch keiner Einschränkung.

c) Tatbestandsmerkmal der überwiegenden projektbezogenen Beschäftigung des Arbeitnehmers bei beiden Befristungstatbeständen gleich

Gemeinsam haben beide Befristungsgründe, dass nach der Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein muss, dass der Arbeitnehmer überwiegend mit Projektstätigkeiten beschäftigt wird. In § 2 Abs. 2 WissZeitVG ist das Tatbestandsmerkmal ausdrücklich genannt, in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nach dem Wortlaut eigentlich gerade nicht. Hier basiert das Merkmal auf der Rechtsfortbildung durch das BAG, welches dadurch die Zulässigkeitsvoraussetzungen zweier unterschiedlicher Befristungsgründe in unzulässiger Weise vermischt (s. hierzu auch noch: Kap. 3, C. II. 2., S. 121 ff.).

d) Zwischenergebnis: Keine Rückschlüsse von § 2 Abs. 2 WissZeitVG auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG möglich

Aufgrund der Unterschiede zwischen den Befristungstatbeständen sind Rückschlüsse von einem auf den anderen Tatbestand nicht möglich.

2. Anwendbarkeit der beiden Befristungsgründe nebeneinander zulässig

Zwar haben § 2 Abs. 2 WissZeitVG und die Fallgruppe ‚Projektbefristung‘ gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen und basieren auf unterschiedlichen Rechtfertigungsgründen für die Befristung (Finanzierung vs. Bedarf). Dennoch stehen beide Tatbestände nebeneinander und schließen sich gegenseitig nicht aus.³³²

Sachverhalte, die unter § 2 Abs. 2 WissZeitVG fallen, können i. d. R. auch unter § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG subsumiert werden. Die befristete Finanzierung führt im Finanzierungszeitraum zu einem Mehrbedarf an Arbeitskräften. Der Unterschied ist aber, dass bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG gerade nicht geprüft werden muss, ob der Bedarf nach Ende der Finanzierung wegfällt. Besteht hingegen Ungewissheit über die Fortführung des Projekts, ist die Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG unwirksam. Bei Ungewissheit über die erneute Bewilligung von Drittmitteln und damit über die Fortführung des Drittmittelprojekts, ist die Befristung gemäß § 2 Abs. 2 WissZeitVG dennoch wirksam.³³³

³³² Domke, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals, S. 284; LAG Rheinland-Pfalz, 22.1.2018 – 3 Sa 130/17, BeckRS 2018, 14863 (Rn. 58). Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, WissZeitVG § 2 Rn. 60; s. auch Henkel, öAT 2020, 73.

³³³ Thüsing/Fütterer/Thieken, ZfA 2014, 3 (13).

Die für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG anzustellende Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist wegen der Vielzahl an Drittmittelprojekten und der zahlreichen Anschlussförderungen allerdings, wie auch schon dargestellt, in der Praxis nicht einfach zu anzustellen, weshalb die Hochschulen im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG selten Gebrauch machen.³³⁴

3. Anwendbarkeit § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG, wenn Befristungszeitraum vom Bewilligungszeitraum des § 2 Abs. 2 WissZeitVG abweicht

a) Befristungszeitraum kürzer als Bewilligungszeitraum bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Ist der Befristungszeitraum kürzer als der Bewilligungszeitraum, so kann für die Befristung neben § 2 Abs. 2 WissZeitVG grundsätzlich auch § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG herangezogen werden. Dies ist insbesondere in Fällen relevant, in denen das Zitiergebot des § 2 Abs. 4 WissZeitVG nicht eingehalten wurde. Während des Bewilligungszeitraums ist ein Mehrbedarf an Arbeitskräften zunächst einmal indiziert. Im Rahmen der Prognoseprüfung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist dann zu fragen, ob tatsächlich kein Bedarf mehr an der Arbeitsleistung besteht, obwohl noch Finanzmittel vorhanden sind. Dies wäre z. B. dann anzunehmen, wenn in nachfolgenden Projektphasen unterschiedliche fachliche und inhaltliche Anforderungen an die Arbeitsleistung der einzelnen Arbeitnehmer zu stellen sind.

b) Befristungszeitraum länger als Bewilligungszeitraum bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Ist der Befristungszeitraum länger als der Bewilligungszeitraum, so scheidet § 2 Abs. 2 WissZeitVG als Befristungsgrund grundsätzlich aus. Dann ist nur § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG anwendbar, allerdings nicht die Fallgruppe der ‚Projektbefristung‘. Bei der Übernahme eines Forschungsvorhabens durch die Universität handelt es sich um deren Daueraufgabe Forschung. Im Rahmen der einfachen, auf den betrieblichen Bedarf gerichteten Prognose wäre dann danach zu fragen, ob Mehrbedarf im Rahmen der Daueraufgabe Forschung bestünde. Dies bestimmt sich nach quantitativen Merkmalen (Kap. 2, B. II. 1. b), S. 42), die jedoch andere sein müssen als die bloße Unsicherheit der weiteren Finanzierbarkeit. Diese kann ja gerade keine Befristung rechtfertigen. Ein entsprechender Nachweis wird sich daher wohl als schwierig erweisen.

³³⁴ Müller, öAT 2010, 224.

4. Folgen der Herausnahme des akzessorischen Personals aus dem persönlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG in Bezug auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

a) Mögliches Auseinanderfallen der Befristungszeiten bei den unterschiedlichen Beschäftigtengruppen in einem ‚Projekt‘

Werden die Wissenschaftler nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG und das akzessorische Personal gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG für das gleiche Projekt befristet, kann dies aufgrund der divergierenden Tatbestandsvoraussetzungen zu unterschiedlichen Befristungszeiten führen. Dies spielt in der Praxis allerdings eher nur bei langfristig angelegten Großprojekten eine Rolle, für die speziell akzessorisches Personal eingestellt wird.³³⁵ Im Rahmen kürzerer Projekte wird der Drittmittelgeber die Finanzierung eines Vorhabens häufig davon abhängig machen, dass die Hochschule bzw. außeruniversitäre Forschungseinrichtung die notwendige Infrastruktur selbst stellt, das akzessorische Personal also nicht extra für die Durchführung des Drittmittelprojekts angestellt wird.³³⁶

b) Befristung des akzessorischen Personals nur nach allgemeiner Prognose i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Die Fallgruppe ‚Projektbefristung‘ i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist auf Drittmittelprojekte im Hochschulbereich nicht anwendbar.

In Betracht kommt daher nur die Befristung nach dem allgemeinen Tatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG (vorübergehender Mehrbedarf i. R. d. Daueraufgabe Forschung). Hinsichtlich der negativen Beschäftigungsprognose wäre der Blickwinkel daher auch nicht nur auf den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs im ‚Projekt‘ beschränkt, sondern darauf zu richten, ob das akzessorische Personal beispielsweise an einem anderen Lehrstuhl/Institut weiterbeschäftigt werden könnte.

c) Gesetzgeberische Entscheidung zur Streichung des akzessorischen Personals macht Vermischung der Befristungsgründe deutlich

Indem der Gesetzgeber meint, das akzessorische Personal könne einfach nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG befristet werden, wird deutlich, dass auch der Gesetzgeber nicht klar vor Augen hat, dass es sich bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG und § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG um zwei zu unterscheidende Befristungskategorien (Finanzierungs- und Bedarfsbefristung) mit unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen handelt. Die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 2 WissZeitVG war nach Ansicht des Gesetzgebers ja gerade erforderlich, weil sich die Befristungsmöglichkeit

³³⁵ Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, S. 169; *Mandler/Meißner*, OdW 2016, 33 (43).

³³⁶ Vgl. schon Löwisch, NZA 2007, 479 (481).

über § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG in der Hochschulpraxis nicht bewährt hat. Jetzt wiederum zu argumentieren, das akzessorische Personal sei über § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu befristen, überzeugt daher nicht.

D. Projektbefristung als Haushaltsbefristung, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG

I. Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen der Haushaltsbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG

Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG liegt ein Sachgrund für die Befristung vor, (1) wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird; (2) die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind; (3) und er entsprechend beschäftigt wird.

Diese Norm soll ausweislich der Gesetzesbegründung für projektbezogene Befristungen in Betracht kommen, sofern die Haushaltsmittel nur befristet für ein bestimmtes Forschungsprojekt zur Verfügung stehen.³³⁷ Nicht von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG umfasst sind hingegen Projekte eines privaten Arbeitgebers, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanziert werden. Dies sind dann Fälle des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG bzw. – sofern die speziellen Voraussetzungen vorliegen – des § 2 Abs. 2 WissZeitVG.³³⁸

II. Stand der aktuellen Diskussion in Bezug auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG

Der Tatbestand ist europarechtlich und verfassungsrechtlich hoch umstritten³³⁹, sodass das BAG ihn in Folge der europarechtlichen Bedenken zumindest restriktiv dahingehend auslegt, dass die Haushaltsmittel im Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung für eine befristete Beschäftigung aufgebracht sein müssen (staatlich formelles Haushaltsgesetz). Die für die Vergütung des befristet eingestellten Arbeitnehmers verfügbaren

³³⁷ BT-Drs. 14/4374, S. 19; BeckOK ArbR/Bayreuther, § 14 Rn. 75; Preis/Greiner, RdA 2010, 148 (155); Schaub/Koch, § 40 Rn. 13a.

³³⁸ KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 478.

³³⁹ Vgl. dazu die Vorlage des BAG nach BAG 27. 10. 2010 – 7 AZR 485/09, NZA-RR 2011, 272, sowie auch die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 15. 09. 2011, C-313/10 (Jansen); BAG 28. 09. 2016 – 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249 (Rn. 43). Das Verfahren hatte sich vor einer Entscheidung des EuGHs in der Sache allerdings anderweitig erledigt; für die Europarechtswidrigkeit plädiert auch Backhaus, in: FS Preis, S. 19 (S. 24 ff.).

Haushaltsmittel müssen daher für eine Aufgabe von nur vorübergehender Dauer vorgesehen sein. Dabei müssen die Rechtsvorschriften, mit denen die Haushaltsmittel ausgebracht werden, selbst die inhaltlichen Anforderungen für die im Rahmen der befristeten Arbeitsverträge auszuübenden Tätigkeiten oder die Bedingungen, unter denen sie auszuführen sind, enthalten.³⁴⁰

III. Rückschlüsse auf die Fallgruppe der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus einem Vergleich mit der Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG

Aufgrund ihrer zahlreichen Besonderheiten (Rechtfertigung allein für den öffentlichen Arbeitgeber, Beachtung der Besonderheiten des Haushaltsrechts) eignet sich die Untersuchung des Befristungstatbestands nicht für aussagekräftige Erkenntnisse zur Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.³⁴¹ Zudem soll die Haushaltsbefristung noch in der aktuellen Legislaturperiode ersatzlos gestrichen werden.³⁴² § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG wird daher im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter als Grundlage für Projektbefristungen thematisiert.

E. Ergebnis des zweiten Kapitels

Für einen Vergleich zur Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG kommt im Ergebnis nur die Drittmittelprojektbefristung i. S. d. § 2 Abs. 2 WissZeitVG in Betracht.

Der sonstige, ungeschriebene Sachgrund der Drittmittelfinanzierung hat faktisch keinen eigenen Anwendungsbereich mehr und ist daher als Rechtsgrundlage abzulehnen. Aus § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG können aufgrund der zahlreichen Eigenheiten der Haushaltsbefristung von vornherein keine Rückschlüsse auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gezogen werden.

Der Vergleich von § 2 Abs. 2 WissZeitVG und § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG führt zu der Erkenntnis, dass die beiden Befristungsgründe auf unterschiedlichen Rechtfertigungsgründen (Finanzierung vs. Bedarf) beruhen. Mithin sind die Abgrenzungskriterien zwischen Daueraufgabe und Projekt jeweils zu unterscheiden

³⁴⁰ S. zuletzt: BAG 23.5.2018 – 7 AZR 16/17, NZA 2018, 1549 (Rn. 15); BAG 28.9.2016 – 7 AZR 549/14, NZA 2017, 249 (Rn. 38 f.); Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 144.

³⁴¹ Vgl. Feuerborn, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, S. 659.

³⁴² Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 70, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Stand: 19.7.2023); kritisch zu den Abschaffungsplänen z. B.: Möller/Ott, ArbRAktuell 2022, 87.

und den beiden Normen liegen unterschiedliche Projektbegriffe zugrunde. Rückschlüsse von einem auf den anderen Tatbestand sind daher nicht möglich.

Folglich ist es nicht überzeugend, wenn das BAG in seine Rechtsprechung zur Projektbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG Merkmale übernimmt, die eigentlich aus § 2 Abs. 2 WissZeitVG stammen. Auch der Gesetzgeber vermischt die beiden Befristungsgründe. Dies wird z. B. in seiner Begründung für die Streichung des akzessorischen Personals aus dem persönlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 WissZeitVG deutlich.

Drittes Kapitel

Zulässigkeit der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

In diesem Kapitel geht es nur noch um die Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Dabei stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der entwickelten Rechtsprechung durch das BAG. Hierfür soll zunächst die ergangene Rechtsprechung des BAG zur Projektbefristung dargestellt und analysiert werden (A.). Anschließend werden diese sowie die daraus folgenden modifizierten Tatbestandsmerkmale unionsrechtlich überprüft (B.) und auch im Spiegel des nationalen Arbeitsrechts (C.) betrachtet.

A. Rechtsprechungsanalyse

Zunächst stellt sich die Frage, welche Fälle das BAG unter die modifizierten Tatbestandsvoraussetzungen der Projektbefristung subsumiert, d.h. wo die Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieser Fälle liegen und welche Interessenlage an der Befristung besteht. Nach der Auswertung der Rechtsprechung folgen Überlegungen zur Übertragbarkeit derselben auf andere Fallkonstellationen. Im Anschluss soll die in Literatur und Instanzenrechtsprechung aufgekommene Kritik an der Rechtsprechung zur Projektbefristung dargestellt werden.

I. Darstellung der Rechtsprechung

Projektbefristungen i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG beschränken sich nicht auf eine Branche. Die erste Fallgruppe für die Projektbefristung i.S.e. vorübergehenden Mehrbedarfs – noch vor Inkrafttreten des TzBfG – beinhaltet sog. ‚MBSE-Projekte‘ (‚Maßnahmen zur Berufsvorbereitung und sozialen Eingliederung junger Ausländer‘) in den 1980er Jahren. Auf sie wird heute zur Begründung der Projektbefristung i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG noch immer Bezug genommen, weshalb diese Fallgruppe zuerst dargestellt wird.

Daneben lassen sich heute die Fallgruppen ‚Entwicklungshilfeprojekte‘ und ‚fremdfinanzierte Forschungsprojekte‘ herausbilden. Jenseits der genannten Fallgruppen finden sich Entscheidungen zu ganz unterschiedlichen Einzelsachverhalten.

Die Darstellung der Rechtsprechung beschränkt sich hier darauf, die typischen Sachverhalte der jeweiligen Sachgruppe zu umreißen und die maßgeblichen Entscheidungspunkte des BAG darzustellen. Auf Details der einzelnen Urteile, auf die es für die Einordnung in die Fallgruppen zur Projektbefristung nicht ankommt, wird hingegen verzichtet.

1. Fallgruppe: MBSE-Projekte³⁴³

a) Sachverhalt

Die Kläger waren als Sozialpädagogen³⁴⁴ oder Lehrkräfte³⁴⁵ im Rahmen der Durchführung von sog. MBSE-Projekten für eine Volkshochschule des beklagten Landes tätig. Die MBSE-Projekte wurden als Sonderprogramme zu 75 % mit Mitteln der Bundesanstalt für Arbeit sowie zu 12,5 % mit Mitteln des Bundes und zu 12,5 % mit Mitteln des jeweiligen Landes finanziert. Anhand der vorhandenen Teilnehmerzahl wurden vom zuständigen Arbeitsamt zu Beginn einer Maßnahme die Personal- und Sachmittel jeweils für ein Jahr (1.9. bis 31.8.) bewilligt.

b) Entscheidung

Das BAG hielt die Befristung für rechtswirksam. Begründung im Kern war, dass die Durchführung der Maßnahmen bedarfsabhängig ist, sie überwiegend fremdfinanziert wurden und die Arbeitgeber inhaltlich fremdbestimmt waren, mithin rechtlich und tatsächlich eine Unsicherheit über die weitere Durchführung weiterer MBSE-Maßnahmen bestand.³⁴⁶ Die Bundesanstalt für Arbeit als Hauptfinanzier entschied in eigener Autonomie darüber, welche Einrichtungen mit der Durchführung betraut wurden und gab genaue Richtlinien über Aufgabe, Ziel, Inhalt, Finanzierungszeitraum und Organisation der Maßnahme vor („ob und wie“).³⁴⁷ Dies galt v. a. auch bzgl. des Personalschlüssels sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht.³⁴⁸ Deshalb bilde der projektbedingt verursachte personelle Mehrbedarf einen Sachgrund für die Befristung. Teilweise stellte das BAG aufgrund der

³⁴³ Vgl. für die Fallgruppe der MBSE-Projekte: BAG 28.5.1986 – 7 AZR 581/84 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 101; BAG 28.5.1986 – 7 AZR 25/85 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 102; BAG 28.5.1986 – 7 AZR 571/84 -juris.

³⁴⁴ BAG 28.5.1986 – 7 AZR 571/84 -juris.

³⁴⁵ BAG 28.5.1986 – 7 AZR 581/84 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 101; BAG 28.5.1986 – 7 AZR 25/85 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 102.

³⁴⁶ Vgl. BAG 28.5.1986 – 7 AZR 581/84 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 101; BAG 28.5.1986 – 7 AZR 25/85 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 102; BAG 28.5.1986 – 7 AZR 571/84 -juris.

³⁴⁷ Vgl. BAG 28.5.1986 – 7 AZR 581/84 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 101.

³⁴⁸ Vgl. BAG 28.5.1986 – 7 AZR 581/84 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 101.

Fremdfinanzierung zudem auf den von ihm so bezeichneten „*Mischtatbestand*“ zwischen Bedarfsbefristung und Drittmittelfinanzierung als Sachgrund ab.³⁴⁹

2. Fallgruppe: Entwicklungshilfeprojekte³⁵⁰

a) Sachverhalt

Die Kläger waren insbesondere in „*beratender Funktion*“³⁵¹ bzw. als „*Team-/Projektleiter*“³⁵² im Rahmen der Durchführung von Entwicklungshilfepvorhaben bei der Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) bzw. ihren Rechtsvorgängern befristet beschäftigt, deren Alleingesellschafterin die Bundesrepublik Deutschland ist. Die Beschäftigten waren entweder im Auslandsdienst³⁵³ oder auch am Sitz der GIZ in Bonn³⁵⁴ tätig. Die GIZ erhält ihre Aufträge zur Durchführung eines konkreten Entwicklungshilfepvorhabens i. d. R. vom Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ)³⁵⁵, welches die Vorhaben auch finanziert, allerdings bzgl. der Art der Durchführung kein Weisungsrecht hat. Die GIZ kann aber auch direkt von anderen internationalen Auftraggebern, z. B. von der Europäischen Union, UN-Organisationen oder nationalen Regierungen beauftragt werden³⁵⁶, die im Einzelfall weisungsbefugt z. B. bezüglich der konkreten Personalauswahl sein können.³⁵⁷

b) Entscheidung

Das BAG hält die Befristung in dieser Fallgruppe für rechtswirksam, wenn im Einzelfall die Auftragserteilung für das Entwicklungshilfepprojekt durch eine externe Stelle erfolgt ist, d. h. Fremdbestimmung bzgl. des ‚Ob‘ der Durchführung des

³⁴⁹ Vgl. BAG 28.5.1986 – 7 AZR 581/84 AP BGB § 620 Befristeter Vertrag Nr. 101.

³⁵⁰ BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611; LAG Hessen 16.12.2016 – 14 Sa 978/15, BeckRS 2016, 124662; LAG Hessen, 4.6.2019, 9 Sa 506/18 – juris; BAG 25.8.2004 – 7 AZR 7/04, NZA 2005, 357; BAG 1.12.1993 – 7 AZR 59/93, BeckRS 1993, 30915921; BAG 4.4.1990 – 7 AZR 29/89, BeckRS 1990, 30733769; LAG Köln 31.7.2014 – 7 Sa 587/13, BeckRS 2015, 68480.

³⁵¹ Vgl. BAG 1.12.1993 – 7 AZR 59/93, BeckRS 1993, 30915921.

³⁵² Vgl. BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611.

³⁵³ Vgl. z. B.: BAG 25.8.2004 – 7 AZR 7/04, NZA 2005, 357 (Pakistan und Bangladesch); BAG 1.12.1993 – 7 AZR 59/93, BeckRS 1993, 30915921 (Saudi-Arabien); BAG 4.4.1990 – 7 AZR 29/89, BeckRS 1990, 30733769 (Jordanien).

³⁵⁴ BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611.

³⁵⁵ Vgl. BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611; BAG 25.8.2004 – 7 AZR 7/04, NZA 2005, 357.

³⁵⁶ S. auch: *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761.

³⁵⁷ Vgl. BAG 1.12.1993 – 7 AZR 59/93, BeckRS 1993, 30915921.

Vorhabens und des konkret notwendigen Personalbedarfs vorliegt.³⁵⁸ Das BAG stellte darauf ab, dass aufgrund der unterschiedlichen Art der durchzuführenden Entwicklungshilfeporhaben unterschiedlichste Anforderungen an den jeweiligen Personalbedarf zu stellen seien (Tätigkeit in mind. 20 Sektorenbereichen, Projektbesonderheiten in Bezug auf sprachliche, kulturelle, politische Anforderungen an die AN), die teilweise auch plötzlichem und nicht vorhersehbarem Wandel unterlägen.³⁵⁹

Ob die 100%ige Fremdfinanzierung der GIZ durch die BRD hier taugliches Abgrenzungskriterium für Daueraufgabe/Projektaufgabe ist, lässt das BAG offen und vertritt die Auffassung, Drittmittelfinanzierung sei nur ein Indiz, das regelmäßig für das Vorliegen eines Projekts spreche, nicht aber dessen notwendige Voraussetzung.³⁶⁰

3. Fallgruppe: Fremdfinanzierte Forschungsprojekte³⁶¹

a) Sachverhalt

Die Kläger waren in verschiedenen Positionen (z. B. Projektassistenten/-administration³⁶² oder Wissenschaftler³⁶³) im Rahmen von fremdfinanzierten Forschungsprojekten bei Forschungseinrichtungen des Bundes oder der Länder beschäftigt. Die Voraussetzungen der Drittmittelfinanzierung gem. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG (oder auch § 2 Abs. 2 WissZeitVG bzw. der Vorgängernorm) lagen aus unterschiedlichen Gründen jeweils nicht vor.

b) Entscheidung

Das BAG hat in diesen Fällen in der Sache größtenteils nicht entschieden, sondern die Sachverhalte an das jeweilige LAG zurückverwiesen. Die Begründungen für die Zurückweisungen waren zwar unterschiedlich, im Wesentlichen ging es dem BAG aber darum, dass das jeweilige LAG als Tatsachengericht nicht hinreichend zwischen Dauer- und Projektaufgabe differenziert habe³⁶⁴ oder nicht hinreichend untersucht habe, ob die Prognose bzgl. der überwiegenden Beschäftigung mit Projektaufgaben

³⁵⁸ Vgl. BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 30, 32); s. auch schon: BAG 1.12.1993 – 7 AZR 59/93, BeckRS 1993, 30915921.

³⁵⁹ Vgl. BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 29 f.).

³⁶⁰ Vgl. BAG 21.11.2018 – 7 AZR, 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 33).

³⁶¹ BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467; BAG 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, BeckRS 2008, 56307; BAG 16.11.2005 – 7 AZR 81/05, NZA 2006, 784; BAG 7.4.2004 – 7 AZR 441/03, NJOZ 2004, 2824; BAG 5.6.2002 – 7 AZR 241/01, NZA 2003, 149.

³⁶² Vgl. BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467.

³⁶³ Vgl. BAG 7.4.2004 – 7 AZR 441/03, NJOZ 2004, 2824; vgl. BAG 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, BeckRS 2008, 56307 (Diplom-Lebensmittelchemiker); BAG 5.6.2002 – 7 AZR 241/01, NZA 2003, 149 (Diplom-Chemiker).

³⁶⁴ Vgl. z. B.: BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467.

gerechtfertigt war.³⁶⁵ Relevante Punkte für die Abgrenzung wären nach dem BAG insbesondere gewesen, ob die Aufgabe organisatorisch von anderen Aufgaben des Arbeitgebers abgrenzbar gewesen wäre³⁶⁶, ob es eine andere Aufgabenstruktur als bei sonstigen Aufgaben gab³⁶⁷ oder ob der Arbeitgeber die Aufgabe nur bei zumindest zeitweiliger Unterstützung Dritter wahrnehmen konnte, um so den nur vorübergehenden projektbedingten Mehrbedarf zu begründen.³⁶⁸

4. Weitere Einzelsachverhalte

Neben den drei soeben dargestellten Fallgruppen lässt sich die Rechtsprechung des BAG nur schwer systematisieren. Es handelt sich im Wesentlichen um Einzelfallrechtsprechung.

a) Modellprojekt ‚Bürgerarbeit‘³⁶⁹

aa) Sachverhalt

Die Klägerin war zur Mitarbeit im Projekt ‚Bürgerarbeit‘ befristet beim Landkreis als ‚Jobcoach‘ beschäftigt. Dieser war anstelle der Agentur für Arbeit als sog. ‚Optionskommune‘ gem. § 6a SGB II als Träger bestimmter Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende zugelassen. Der Landkreis nahm diese Aufgabe über das Jobcenter wahr. Das Modellprojekt ‚Bürgerarbeit‘ wurde nach erfolgreicher Bewerbung des Landkreises durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) zweckgebunden mit Mitteln des Europäischen Sozialfonds (ESF) zu 50 % fremdfinanziert und sah die Erprobung eines neuen Lösungsansatzes vor, um erwerbsfähige Leistungsberechtigte nach dem SGB II dabei zu unterstützen, eine Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu finden. Mit der Durchführung des konkreten Projekts wurde die Kreisvolkshochschule beauftragt.

bb) Entscheidung

Das BAG hat nicht in der Sache entschieden, sondern den Sachverhalt an das LAG zurückverwiesen. Die Begründung für die Zurückweisung war, dass das LAG nach den in Kap. 1, B. I., S. 26 genannten Kriterien nicht hinreichend geprüft habe, ob es sich bei dem Modellprojekt ‚Bürgerarbeit‘ um die für die Projektbefristung untaugliche, sozialstaatliche Daueraufgabe der ‚Arbeitsförderung‘ oder ein davon

³⁶⁵ Vgl. z.B.: BAG 16.11.2005 – 7 AZR 81/05, NZA 2006, 784 (789); BAG 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, BeckRS 2008, 56307 (Rn. 22 ff.).

³⁶⁶ Vgl. BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 34).

³⁶⁷ BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 36).

³⁶⁸ BAG 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rn. 34).

³⁶⁹ BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, NZA 2016, 1531.

abgrenzbares, für die Projektbefristung taugliches, Projekt handele.³⁷⁰ Das BAG führte bzgl. der Abgrenzungsfrage im Kern die Erwägung an, dass das Projekt ‚Bürgerarbeit‘ auf einem anderen methodischen Ansatz beruhe als die sonstigen Aufgaben der Jobcenter bei der Grundsicherung Langzeitarbeitsloser.³⁷¹ Zudem kritisierte das BAG, dass es keine hinreichende Prüfung des LAG gegeben habe, welche Aufgaben die ‚Jobcoaches‘ genau ausgeführt hätten.³⁷² Darüber hinaus hätte das LAG nicht gewürdigt, dass die Wahrnehmung der Projektaufgaben mit der Einrichtung von drei zusätzlichen Arbeitsplätzen verbunden war.³⁷³

*b) Archäologische Rettungsgrabungen*³⁷⁴

aa) Sachverhalt

Die Kläger waren aufgrund mehrerer Verträge befristet bei Landesämtern zur Durchführung archäologischer Grabungen beschäftigt, die von diesen aufgrund des jeweiligen Denkmalschutzgesetzes der Länder vor der Durchführung von Baumaßnahmen durchgeführt wurden. Die Träger der Baumaßnahmen (= Dritte) trugen die überwiegenden Kosten für die Grabungen.

bb) Entscheidung

Das BAG hat in der Sache nicht entschieden, sondern den Sachverhalt an das LAG zurückverwiesen, da dieses nicht hinreichend geprüft habe, ob es sich bei den Rettungsgrabungen nach den in Kap. 1, B. I., S. 26 genannten Kriterien um eine Daueraufgabe oder ein Projekt handele.³⁷⁵ Insbesondere monierte das BAG die widersprüchliche Darstellung des LAG, nach der bei der konkreten Rettungsgrabung einerseits ein Projekt vorliege, da die Rettungsgrabung durch ein konkretes Bauvorhaben ausgelöst und fremdfinanziert wurde, es sich aber bei der konkreten Rettungsgrabung andererseits um eine Daueraufgabe handele, weil das Land fortgesetzt solche Ausgrabungen selbst durchgeführt hätte. Daueraufgabe und Projekt schließen sich jedoch nach dem BAG gegenseitig aus.³⁷⁶

³⁷⁰ BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, NZA 2016, 1531 (Rn. 20 ff.).

³⁷¹ BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, NZA 2016, 1531 (Rn. 22).

³⁷² BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, NZA 2016, 1531 (Rn. 22).

³⁷³ BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, NZA 2016, 1531 (Rn. 22).

³⁷⁴ BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174; BAG 29.07.2009 – 7 AZR 907/07, AP TzBfG § 14 Nr. 65.

³⁷⁵ Vgl. BAG 23.01.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 (Rn. 16 ff.); BAG 29.07.2009 – 7 AZR 907/07, AP TzBfG § 14 Nr. 65 (Rn. 29 ff.).

³⁷⁶ Vgl. BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 (Rn. 14).

II. Auswertung der Rechtsprechung

Obwohl die entschiedenen Fälle zur Projektbefristung aus unterschiedlichen Branchen stammen, lässt sich die Gemeinsamkeit feststellen, dass den Fällen der Projektbefristung stets eine Drei-Personen-Konstellation zugrunde liegt: Der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber sowie eine dritte Stelle, die das Vorhaben zumindest teilweise fremdfinanziert und/oder Einfluss auf die Durchführung hat.

Darüber hinaus lassen sich folgende Erkenntnisse aus der Rechtsprechung ziehen:

- In den untersuchten Sachverhalten war der Arbeitgeber bzgl. des ‚Ob‘ der Durchführung des Projekts abhängig von der Auftragserteilung durch die dritte Stelle. Daraus schließt die Rechtsprechung, dass er im Hinblick auf die im Projekt eingesetzten Arbeitnehmer keinen quantitativ und qualitativ planbaren Personalbedarf hat. Dass die fehlende Planbarkeit hinsichtlich der Quantität der Arbeitnehmer für die Abgrenzung einer Zusatzaufgabe (Projekt) von der Daueraufgabe unzulässig ist, wurde bereits erörtert (Kap. 2, B. II. 1. b), S. 42).
- Alle bisherigen Urteile beziehen sich auf Sachverhalte aus dem Öffentlichen Dienst i. w. S. Sie betreffen jeweils Fälle, in denen der Staat als Mittelgeber nicht erwerbswirtschaftlich tätig ist, sondern Pflichten erfüllt (z.B. Pflichtaufgabe Entwicklungshilfe, Denkmalschutz). In der Privatwirtschaft sind vergleichbare Sachverhalte, auf welche die seitens der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen übertragen werden können, kaum anzutreffen. Das liegt zum einen daran, dass private Auftraggeber erwerbswirtschaftlich tätig sind und ihre ‚Bezahlung‘ typischerweise nicht an ein Mitspracherecht im Personalschlüssel binden.
- Kernproblem war in allen Fällen die Abgrenzung zwischen Dauer- und Projektaufgabe. Dies gelang den LAGs häufig nicht hinreichend, sodass es zu Rückverweisungen durch das BAG kam. An dieser Stelle wird das Defizit der bisherigen Abgrenzungskriterien durch das BAG deutlich.
- Die aus arbeitsorganisatorischen Gründen gewählte Bezeichnung eines Vorhabens als ‚Projekt‘ (z.B. ‚Entwicklungshilfeprojekt German-Health-Care-Partnership‘³⁷⁷, ‚Projekt Job Assist-Bürgerarbeit‘³⁷⁸) hat hingegen keine Auswirkungen auf die Frage, ob es sich um ein Projekt i. S. d. der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG in Abgrenzung zu einer Daueraufgabe handelt.
- Die ‚Fremdfinanzierung‘ allein kann eine Projektbefristung im Übrigen nicht rechtfertigen. Insbesondere, wenn ein Arbeitgeber, wie die GIZ bei Entwicklungshilfeprojekten, zu 100 % fremdfinanziert wird, ist daher die Fremdfinanzierung kein taugliches Indiz für das Vorliegen einer Projektaufgabe.

³⁷⁷ Vgl. BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Sachverhaltsangabe).

³⁷⁸ Vgl. BAG 27.7.2016 – 7 AZR 545/14, NZA 2016, 1531 (Sachverhaltsangabe).

III. Abgrenzung der Drei-Personen-Konstellation bei der Projektbefristung von der Arbeitnehmerüberlassung

Trotz der (teilweisen) Fremdfinanzierung und den daraus resultierenden Dritteinflüssen bzgl. des ‚Ob und Wie‘ der Durchführung, handelt es sich bei den Drei-Personen-Konstellationen der Projektbefristung nicht um Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. AÜG. Hierfür fehlt es nämlich bereits an einer vertraglichen Beziehung zwischen Drittmittelgeber und Arbeitnehmer. Dieser hat eben keinen (un-)befristeten Arbeitsvertrag mit dem Drittmittelgeber, welcher ihn vorübergehend für die Dauer des Projekts an den Arbeitgeber verleiht und diesem das fachliche Weisungsrecht überträgt, sondern der Arbeitnehmer hat einen für die Dauer des Projekts befristeten Arbeitsvertrag mit dem Drittmittelempfänger. Somit steht nur der Arbeitgeber durch Abschluss des Projektvertrags in vertraglicher Beziehung zum Drittmittelgeber, in welcher beide die Details der Drittmittelvergabe regeln.

IV. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf andere Bereiche

Neben den bisher dargestellten Bereichen wird die Projektbefristung in der Literatur auch für weitere Sachverhaltskonstellationen diskutiert und zwar insbesondere im Zusammenhang mit der Befristung bei agilen Projekten, der befristeten Beschäftigung von Altersrentnern oder der Befristung von Sporttrainern und Schauspielern.

1. Projektbefristung in Zusammenhang mit der Durchführung agiler Projekte

In der Literatur werden Überlegungen angestellt, im Rahmen der wiederkehrenden Neuformierung von agilen Projektteams und deren späteren Auflösung nach erledigter Arbeit (z. B. bei Arbeiten nach der SCRUM-Methode), auf befristete Arbeitsverträge zurückzugreifen. Als möglicher Befristungsgrund wird die Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ins Spiel gebracht.³⁷⁹

Eine Rechtfertigung als Projektbefristung kommt für Beschäftigte hier allerdings im Ergebnis in der Regel nicht in Betracht. Die Vorhaben sind zwar Projekte i. S. d. Projektmanagements, stellen aber typischerweise Aufgaben i. R. d. Betriebszwecks und damit Daueraufgaben i. S. d. TzBfG dar. Sie sind mithin keine Projekte i. S. d. TzBfG.

³⁷⁹ *Bähr*, Fremdpersonaleinsatz im Rahmen agiler Projektstätigkeit, S. 85; *Eufinger/Bur-bach*, DB 2019, 1147 (1148); Küttner Personalbuch 2022/*Kania*, Agiles Arbeiten Rn. 12.

2. Projektbefristung für die befristete Beschäftigung von Rentnern

Die Projektbefristung wird weiterhin in Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigung sowie der Neueinstellung von Altersrentnern diskutiert.³⁸⁰ Als Beispiel wird die Vollendung eines noch laufenden Projekts genannt, in welches der ausscheidende Arbeitnehmer involviert ist und dessen Erfolg aufgrund des fehlenden Knowhows gefährdet wird.³⁸¹ Darüber hinaus wird ein Projekt, für das Spezialwissen eines ehemaligen, bereits verrenteten Mitarbeiters oder eines ‚fremden‘ Altersrentners benötigt wird, als Beispiel erwähnt.³⁸² In beiden Fällen kommt die Projektbefristung nur dann in Betracht, wenn es sich bei den Vorhaben tatsächlich um Projekte, d. h. in jedem Fall Zusatzaufgaben, i. S. d. TzBfG handelt. Nicht zu vorschnell darf hier die Projektbefristung angenommen werden, wenn es ‚nur‘ um Projekte i. S. d. Projektmanagements geht, die befristungsrechtlich als Daueraufgaben einzuordnen und mithin untauglich für die Projektbefristung sind.

3. Projektbefristung für Trainer im Profimannschaftssport und Theaterschauspieler

Zudem wird die Projektbefristung für Trainer im professionellen Mannschaftssport diskutiert, wenn es eine öffentliche Sportförderung – mithin fremde Geldmittel – gibt.³⁸³ Bei diesen handelt es sich jedoch i. d. R. um keine Drittmittel i. S. d. Rechtsprechung, sondern um Sponsorenbeiträge und ähnliche Geldgeber.³⁸⁴ Trainertätigkeiten im professionellen Mannschaftssport sind zudem klassische Daueraufgaben, sodass die Prognose dahingehend, dass eine Trainerstelle im professionellen Mannschaftssport einfach wegfalle, i. d. R. nicht gestellt werden kann.³⁸⁵ Auch bei einer ‚überraschenden‘ Teilnahme an einem Turnier nach der Qualifikation einer Mannschaft handelt es sich nicht um ein Projekt i. S. d. Befristungsrechtsprechung, für das speziell und nur für die Turnierzeit ein Trainer engagiert werden kann. Hierin liegt somit keine zusätzliche Tätigkeit, die nicht schon im regulären Spielbetrieb von

³⁸⁰ Vgl. *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1017 (1020); *Heinz*, BB 2016, 2037 (2038); *Müller*, Beschäftigung von Rentnern unter arbeits- und sozialrechtlichen Aspekten, S. 202.

³⁸¹ *Müller*, Beschäftigung von Rentnern unter arbeits- und sozialrechtlichen Aspekten, S. 203.

³⁸² *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1017 (1020); *Müller*, Beschäftigung von Rentnern unter arbeits- und sozialrechtlichen Aspekten, S. 203.

³⁸³ *Vogt*, Befristungs- und Optionsvereinbarungen im professionellen Mannschaftssport, S. 45; LAG Rheinland-Pfalz, 8.4.2008 – 3 Sa 758/07, BeckRS 2008, 54356.

³⁸⁴ *Vogt*, Befristungs- und Optionsvereinbarungen im professionellen Mannschaftssport, S. 46.

³⁸⁵ *Vogt*, Befristungs- und Optionsvereinbarungen im professionellen Mannschaftssport, S. 46; vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz, 8.4.2008 – 3 Sa 758/07, BeckRS 2008, 54356.

Trainern wahrgenommen wird. Daher besteht in diesen Fällen auch kein nur vorübergehender Bedarf an der Arbeitskraft.³⁸⁶

Gleiches gilt für die befristete Anstellung von Schauspielern. Obwohl ggf. die einzelnen Stücke/Serien als ‚Projekte‘ bezeichnet werden, liegt hier keine Zusatzaufgabe und damit auch kein Projekt i. S. d. Rechtsprechung vor. Bei entsprechenden Arbeitgebern werden vielmehr laufend Produktionen durchgeführt, sodass nicht nur ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung besteht.³⁸⁷

4. Zwischenergebnis

Die vorgestellten Beispiele (aus der Privatwirtschaft) sind jeweils nicht vergleichbar mit den Konstellationen, für welche die Rechtsprechung entwickelt wurde. Mithin wäre eine Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG wohl jeweils nicht zulässig. Die Darstellung stärkt die These, dass die Fallgruppe in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht tauglich für Sachverhalte der Privatwirtschaft ist. Bei den für die Befristung angedachten ‚Projekten‘ handelt es sich jeweils nur um solche des Projektmanagements, die allerdings gleichzeitig Daueraufgaben i. S. d. TzBfG darstellen.

V. Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur zur Zulässigkeit der Projektbefristung

Das Schrifttum und die Instanzenrechtsprechung reagieren unterschiedlich auf die Auslegung des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG durch das BAG in Bezug auf die Projektbefristung, wobei es in der Literatur sowohl Zustimmung zur Herangehensweise des BAG³⁸⁸ als auch Kritik gibt.³⁸⁹ In der Instanzenrechtsprechung äußert

³⁸⁶ Vogt, Befristungs- und Optionsvereinbarungen im professionellen Mannschaftssport, S. 46.

³⁸⁷ Vgl. Pallasch, RdA 2019, 61 (63, 64).

³⁸⁸ ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 23b; 25, 25a; MüKoBGB/Hesse, TzBfG § 14 Rn. 22; KR-Lipke, § 14 TzBfG Rn. 189, 202; HK-TzBfG/Boecken, § 14 Rn. 54; HWK/Rennpferdt, § 14 TzBfG Rn. 51 f.; Arnold/Gräfl/Gräfl, TzBfG, § 14 Rn. 69 f.; Annuß/Thüsing/Maschmann, TzBfG § 14 Rn. 27; Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1030); Traber, FA 2005, 363 (366); Herfs-Röttgen, FS LAG Köln, 117–130; Herfs-Röttgen, in: Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Teil 1, Kapitel C, Rn. 134; Herfs-Röttgen, NZA 2023, 398; Kade, in: Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Teil 1, Kapitel D, Rn. 332 ff.; 337; differenzierend zwischen Entwicklungshilfe und Denkmalschutz: Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund für Befristung, S. 228.

³⁸⁹ Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 379; Sievers, TzBfG § 14 Rn. 238 f.; Däubler/Deinert/Zwanziger/Wroblewski, TzBfG, § 14 Rn. 57; BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 29; Laux/Schlachter/Schlachter, TzBfG § 14 Rn. 36; Petrovicki, NZA 2006, 411; speziell zur Projektbefristung bei Entwicklungshilfeprojekten: Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 320; Bader/Hohmann, NZA 2017, 761 (765).

etwa das LAG Köln³⁹⁰, welches aufgrund eines Unternehmenssitzes der GIZ in Bonn³⁹¹ häufig für Entfristungsklagen in Zusammenhang mit der befristeten Anstellung für einzelne Entwicklungshilfeporhaben örtlich zuständig ist, grundsätzliche Bedenken gegenüber der Zulässigkeit der Projektbefristung.

Die in der Literatur und Instanzenrechtsprechung angebrachte Kritik (1.) und Zustimmung (2.) soll im Folgenden dargestellt werden. Die Auswertung erfolgt sodann an den entsprechenden Stellen im Rahmen der Frage nach der Zulässigkeit aus unionsrechtlicher (B.) und nationalrechtlicher (C.) Perspektive.

1. Darstellung der Kritik an der Zulässigkeit der Projektbefristung

a) Kritikpunkt: Keine Rechtfertigung der Modifikation der Prognose auf das ‚Projekt‘ an sich

Die Beschränkung des Prognosemaßstabs auf das Projekt anstelle des Betriebs wird mit unterschiedlichen Argumenten als ungerechtfertigt abgelehnt:

aa) Argument:

Kein Anknüpfungspunkt für die Modifikation der Prognose im Wortlaut

Erstens sei eine Unterscheidung zwischen dem allgemeinen betrieblichen Mehrbedarf und dem speziell projektbedingten Mehrbedarf im Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nicht angelegt. Das Gesetz verwende den Projektbegriff nicht, sodass kein Anlass bestehe, Projektbefristungen gegenüber anderen Fallgruppen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu privilegieren.³⁹² Auch eine analoge Anwendung, wonach der Sachgrund nicht nur bei vorübergehendem Bedarf an der Arbeitsleistung, sondern allein bei der Beschäftigung für ein Projekt bestünde, komme nicht in Betracht. Es sei abwegig anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber der Erteilung von Projektaufträgen im Geschäftsverkehr nicht bewusst gewesen ist und die Projektbefristung nur versehentlich nicht geregelt hat. Mithin bestehe keine planwidrige Regelungslücke.³⁹³

³⁹⁰ AG Köln 23. 1. 2015 – 4 Sa 773/14, BeckRS 2015, 67922; LAG Köln 31. 7. 2014 – 7 Sa 587/13, BeckRS 2015, 68480. Das LAG Hessen, welches aufgrund des zweiten Unternehmenssitzes der GIZ in Eschborn ebenfalls für Befristungen i. R. v. Entwicklungshilfepjekten zuständig ist (vgl. Nachweis in Fn. 391) argumentiert indes auf einer Linie mit dem BAG, vgl. LAG Hessen 9. 12. 2016 – 3 Sa 294/16, BeckRS 2016, 123832; LAG Hessen 16. 12. 2016 – 14 Sa 978/15, BeckRS 2016, 124662; LAG Hessen 23. 1. 2017 – 16 Sa 703/16, BeckRS 2017, 126664.

³⁹¹ S. Integrierter Unternehmensbericht der GIZ 2021, S. 6, abrufbar unter: <https://www.giz.de/de/downloads/giz2022-de-integrierter-unternehmensbericht-2021.pdf> (Stand: 19. 7. 2023).

³⁹² Sievers, TzBfG § 14 Rn. 239; Petrovicki, NZA 2006, 411 (413).

³⁹³ Petrovicki, NZA 2006, 411 (413).

bb) Argument:

Gefahr der Befristung bei Dauerbedarf durch Modifikation der Prognose

Zweitens werde gerade durch die Modifikation der Prognose eine Befristung trotz Bestehen eines Dauerbedarfs an der Arbeitsleistung ermöglicht. Dadurch, dass der Blickwinkel nur auf den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs im Projekt, nicht hingegen auf etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb gerichtet werde, wäre die Befristung selbst dann sachlich gerechtfertigt, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon absehbar sei, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf der Befristung unbefristet mit vertragsgerechten Aufgaben beschäftigt werden könne und damit eigentlich ein dauerhafter Bedarf an seiner Arbeitsleistung vorliege.³⁹⁴

Es bestehe daher die Gefahr, dass sich der Arbeitgeber selbst Befristungsgründe schaffe, indem er seinen Unternehmenszweck immer wieder variiert (z.B. statt Unternehmenszweck: ‚Herstellung von Industrieanlagen‘ Bezeichnung als Projekt 1 ‚Bau einer Industrieanlage in A-Stadt‘; Projekt 2 ‚Bau einer Industrieanlage in B-Stadt‘ usw.), was durch den modifizierten Blickwinkel auf den Beschäftigungsbedarf erst möglich werde.³⁹⁵ Infolgedessen entstehen daher Zweifel an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Projektbefristung.³⁹⁶

b) Kritikpunkt: Fehlen einer tauglichen Projektdefinition

Ein weiterer Kritikpunkt an der Rechtsprechung des BAG besteht darin, dass es nach wie vor keine Definition des ‚Projekts‘ bzw. der ‚Zusatzaufgabe‘ i. S. d. TzBfG in Abgrenzung zur Daueraufgabe gebe³⁹⁷, die auch die teleologische Aufgabe einer solchen Definition erfüllen könne, die Rechtsfolge zu rechtfertigen, dass anders als bei den übrigen Fällen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG der Bestand des Arbeitsvertrages auf die Laufzeit des Projekts befristet werden darf, auch wenn in anderen Bereichen des Betriebs oder Folgeprojekten Weiterbeschäftigungsbedarf bestehen kann.³⁹⁸

³⁹⁴ Sievers, TzBfG § 14 Rn. 238; Däubler/Deinert/Zwanziger/Wroblewski, TzBfG, § 14 Rn. 58; Petrovicki, NZA 2006, 411 (412); LAG Köln 31.7.2014 – 7 Sa 587/13, BeckRS 2015, 68480.

³⁹⁵ BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 29; s. hierzu auch: Däubler/Deinert/Zwanziger/Wroblewski, TzBfG, § 14 Rn. 57; LAG Köln 24.5.2013 – 4 Sa 1187/12, BeckRS 2013, 71734; a. A. Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1029).

³⁹⁶ Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG, § 14 Rn. 379; BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 29; s. auch LAG Köln 23.1.2015 – 4 Sa 773/14, BeckRS 2015, 67922; Schaich, in: Freyler/Gräf (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht? S. 191–204; s. hierzu ausführlich unter B.

³⁹⁷ Sievers, TzBfG § 14 Rn. 239.

³⁹⁸ Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 379; LAG Köln 23.1.2015 – 4 Sa 773/14, BeckRS 2015, 67922 (A. II. der Gründe); die in diesem Urteil angebrachte Kritik zur Unklarheit der Abgrenzung durch das BAG von „Projektaufgaben“ zu „Daueraufgaben“, nämlich, dass, da alles menschliche Tun endlich sei, streng genommen auch jeder Beschäfti-

*c) Kritikpunkt: Bereich der Entwicklungshilfe
als ungerechtfertigte Sonderrechtsprechung*

Wie im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse ersichtlich geworden ist, spielt die Projektbefristung für die Vertragsgestaltung der GIZ bei Entwicklungshilfeprojekten eine maßgebliche Rolle.

Kritisiert wird jedoch, dass das BAG bei der Beurteilung dieser Fallgruppe von den eigens entwickelten Grundsätzen abweiche und mithin ‚Sonderrecht‘ gelte.³⁹⁹

aa) Argument:

Widerspruch bzgl. der Abgrenzungskriterien von Daueraufgabe und Projekt

Erstens würden für die Entwicklungshilfe die eigens vom BAG aufgestellten Kriterien zur Abgrenzung zwischen Projekt und Daueraufgabe gerade nicht greifen, obwohl das BAG die Vorhaben als Projekte subsumiere. Einerseits arbeite die GIZ praktisch ausschließlich in Gestalt von Projekten (die Entwicklungshilfe sei Daueraufgabe), von denen die einzelnen Vorhaben grundsätzlich⁴⁰⁰ nicht abgrenzbar seien und daher keine Projekte i. S. d. Rechtsprechung darstellten.⁴⁰¹ Auch ansonsten bliebe unklar, worin die Abgrenzungskriterien in diesen Fällen genau liegen sollen.⁴⁰² Das Abgrenzungskriterium ‚Finanzierung durch einen Dritten‘ sei etwa für die Fälle der GIZ nicht stichhaltig, da die gesamte Tätigkeit der GIZ drittmittelfinanziert sei.⁴⁰³ Aus der Fremdfinanzierung könne hier also gerade nicht folgen, dass es sich um eine Zusatzaufgabe handle.⁴⁰⁴ Daneben sei auch von vornherein fraglich, ob es sich bei der Finanzierung durch die Bundesrepublik Deutschland überhaupt um eine Finanzierung durch einen ‚Dritten‘ handeln könne, weil die GIZ nach ihrem

gungsbedarf nur „vorübergehend“ und nicht „dauerhaft“ sei, ist für die Diskussion in keiner Weise gewinnbringend, weil zum einen das Gesetz in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG den nur *vorübergehenden* Bedarf an der Arbeitsleistung ausdrücklich anerkennt und die Begriffe *vorübergehend*/dauerhaft vom LAG Köln hier nicht i. S. d. TzBfG verwendet werden. Sie wird daher im Folgenden nicht weiter aufgegriffen.

³⁹⁹ *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761; a. A.: *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1031).

⁴⁰⁰ Ausnahme sei einzig, wenn es sich um die Projektstätigkeit eines hochspezialisierten Arbeitnehmers im Ausland handelt, bei dem Auswahl, Einsatz und Beendigung der Tätigkeit einem fremdbestimmten Dispositionsrecht eines ausländischen Vertragspartners unterliege und für den die GIZ ansonsten keinerlei Verwendung habe, s.: *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761 (765); BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, AP TzBfG § 14 Nr. 173 (Anmerkung *Hohmann*) unter 4.

⁴⁰¹ *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761 (764); BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, AP TzBfG § 14 Nr. 173 (Anmerkung *Hohmann*) unter 4.

⁴⁰² *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761 (764); BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, AP TzBfG § 14 Nr. 173 (Anmerkung *Hohmann*) unter 4.

⁴⁰³ *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761 (765).

⁴⁰⁴ *Bader/Hohmann*, NZA 2017, 761 (765).

Gesellschaftsvertrag zu 100 % von der Bundesrepublik Deutschland finanziert werde.⁴⁰⁵

bb) Argument:

Ungerechtfertigte Privilegierung der GIZ gegenüber anderen Marktteilnehmern

Zweitens konkurriere die GIZ bei Projekten, die auf die Zusammenarbeit mit der Wirtschaft abzielten (Geschäftsbereich ‚International Services‘), auf dem Markt mit anderen Entwicklungshilfeanbietern (z. B. politisch oder weltanschaulich geprägte Stiftungen), die ihre Finanzmittel auch immer wieder neu einwerben müssten und stets dem Risiko ausgesetzt seien, sich auch künftig gegen konkurrierende Anbieter auf dem Markt durchzusetzen. Diese Situation sei vergleichbar mit jener von Dienstleistungsunternehmen, welche ihre Leistungen ausschließlich oder überwiegend an einen Abnehmer erbringen.⁴⁰⁶ Das bestehende Risiko, auch zukünftig Mittel einzuwerben, um entsprechende Sonderaufträge durchzuführen, sei also das normale Auftrags- und Betriebsrisiko eines Unternehmens, welches aber gerade nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden dürfe. Daher seien diese ‚Sonderaufträge‘ der GIZ keine tauglichen Projekte i. S. d. Befristungsrechts.⁴⁰⁷

2. Darstellung der zustimmenden Argumente zur Zulässigkeit der Projektbefristung

a) Befristungsrechtlich legitimes Arbeitgeberinteresse, stets den ‚Besten‘ einzustellen

Um eine Modifikation der Prognose zu rechtfertigen, wird argumentiert, die einzelnen dem Arbeitgeber übertragenen Projektaufgaben würden ihn vor immer neue Herausforderungen stellen sowie müsse er sich jeweils auf andere Anforderungen einstellen und völlig neue Aufgabenbereiche bedienen.⁴⁰⁸ Daher sei es gerechtfertigt, ihm als Ausgleich zu ermöglichen, stets die für das Fachgebiet bestqualifizierten Bewerber einzustellen und sich nicht darauf verweisen lassen zu müssen, dass ein anderer Arbeitnehmer im Rahmen dieser Aufgabe schlicht auch

⁴⁰⁵ Bader/Hohmann, NZA 2017, 761 (765); a. A.: LAG Hessen 9. 12. 2016 – 3 Sa 294/16, BeckRS 2016, 123832 Rn. 53 f.; kein Problem an dieser Stelle sehen Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1030).

⁴⁰⁶ Vgl. Bader/Hohmann, NZA 2017, 761 (765); BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, AP TzBfG § 14 Nr. 173 (Anmerkung Hohmann) unter 4; Ascheid/Preis/Schmidt, TzBfG § 14 Rn. 320; Traber, FA 2005, 363 (365); s. zu diesen Argumenten auch schon (Lehrkraft bei einem gemeinnützigen privaten Bildungsträger, Abgrenzung zum „Sonderprogramm“ der MBSE-Maßnahmen): BAG 28. 10. 1992 – 7 AZR 464/91, BeckRS 1992, 30742938.

⁴⁰⁷ Bader/Hohmann, NZA 2017, 761 (765); BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, AP TzBfG § 14 Nr. 173 (Anmerkung Hohmann) unter 4; Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 320.

⁴⁰⁸ Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1029, 1030).

beschäftigt werden könnte.⁴⁰⁹ Zweiteres wäre aber ggf. die Konsequenz, wenn die Prognose von vornherein auf den betrieblichen Bedarf an der Arbeitsleistung gerichtet wird.

*b) Modifikation geschriebener Sachgründe
wegen § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG erst recht zulässig*

Ein weiteres Argument, das die Modifikation der Prognose rechtfertigen soll, ist, dass es dem BAG freistehe, i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG selbst gänzlich neue Sachgründe zu schaffen. Deshalb müsse das BAG – argumentum a maiore ad minus – auch geschriebene Sachgründe modifizieren dürfen.⁴¹⁰

c) Keine Sonderrechtsprechung im Bereich der Entwicklungshilfe

Es wird zudem abgelehnt, dass es sich bei der Rechtsprechung zur Projektbefristung bei Entwicklungshilfeporhaben um eine Sonderrechtsprechung handle. Zwar könne die Abgrenzung zwischen Dauer- und Projektaufgabe insbesondere hier schwierig sein, diffizile Abgrenzungsfragen seien aber kein Argument gegen die Zulässigkeit der Projektbefristung an sich.⁴¹¹

Gegen die Einordnung der Entwicklungshilfe als Daueraufgabe wird zunächst auf Linie mit der Rechtsprechung argumentiert, die bei der Entwicklungshilfe zu erbringenden Aufgaben setzten aufgrund der potenziell weit gefächerten Tätigkeitsbereiche (Bildung, Gesundheitswesen, Bevölkerungspolitik, Wasser und Abwasser und Abfall, Krisenprävention und Konfliktlösung, Transport und Lagerhaltung, Kommunikation, Energieerzeugung, Finanzwesen, Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Fischereiwesen, Bodenschätze und Bergbau, Bauwesen, Handelspolitik, Tourismus, Umweltschutz allgemein, Nahrungsmittelhilfe und -sicherung, Wiederaufbauhilfe, Katastrophenprävention etc.) sowie der fachlichen, sprachlichen, regionalen, kulturellen und politischen Besonderheiten der Einsatzländer, die sich zudem stets unvermittelt verändern können, äußerst spezielle Kenntnisse und Kompetenzen der eingesetzten Arbeitnehmer voraus und hätten als einzige Gemeinsamkeit, dass sie

⁴⁰⁹ *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1029); s. auch *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, 117 (121); *Herfs-Röttgen*, NZA 2023, 398 (399).

⁴¹⁰ *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1029).

⁴¹¹ *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1028); *Herfs-Röttgen* und *Kade* unterscheiden begrifflich zwischen ‚Standardprojekten‘, die laufend wahrgenommen werden und damit befristungsrechtlich den Daueraufgaben zuzuordnen sind und ‚Sonderprojekten‘, die nur in Ausnahmefällen durchgeführt werden oder besondere, sonst nicht oder selten benötigte Qualifikationen der Projektmitarbeiter erfordern und daher die Projektbefristung rechtfertigen sollen. Vgl. *Herfs-Röttgen*, NZA 2023, 398 (399); *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, 119 (119, 122, 130); *Kade*, in: *Herfs-Röttgen*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Teil 1, Kapitel D, Rn. 337.

zeitlich begrenzt und inhaltlich (höchst) unterschiedlich seien.⁴¹² Daher wäre es hier kaum sinnvoll, von einer (einzigen) ‚weiten‘ Daueraufgabe ‚Entwicklungshilfe‘ zu sprechen.⁴¹³ Verglichen wird diese Situation sodann mit der eines Bodenreinigungsunternehmens, welches sich im Rahmen eines größeren Auftrags verpflichtet, ausnahmsweise auch Fenster zu reinigen, wofür jedoch neues Personal benötigt wird. Es wäre daher unbillig, hierfür den Oberbegriff ‚Reinigung‘ zu wählen und einen vorübergehenden Mehrbedarf abzulehnen.⁴¹⁴

*d) Organisation des Betriebs und damit des ‚betrieblichen Bedarfs‘
durch den Arbeitgeber*

Dem Kritikpunkt, durch die Modifikation der Prognose bestehe die Gefahr, dass trotz Vorliegen eines Dauerbedarfs befristet werden könne⁴¹⁵, wird damit begegnet, dass der Arbeitgeber den Betrieb – und damit den betrieblichen Bedarf – organisiere. So sei es unvermeidbar, dass der Arbeitgeber durch Gestaltung seines Betriebs auch Einfluss auf den Arbeitsbedarf habe. Damit konform sei die unternehmerische Entscheidung, einen wesentlichen Teil der betrieblichen Tätigkeit als Zusatzaufgaben im Sinne der Rechtsprechung bestehen zu lassen.⁴¹⁶

*e) Nur auf das Projekt begrenztes Bestandsschutzinteresse
des Arbeitnehmers*

Während bei der betriebsbedingten Kündigung das arbeitnehmerseitige Bestandsschutzinteresse an seinem Arbeitsplatz den Arbeitgeber zu einer Prüfung anderweitiger Einsatzmöglichkeiten für den betroffenen Arbeitnehmer zwingt, begrenze bei der Projektbefristung der projektbedingt nur vorübergehende Bedarf von vornherein das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers.⁴¹⁷ Dies dürfe durch

⁴¹² Vgl. LAG Hessen 9. 12. 2016 – 3 Sa 294/16, BeckRS 2016, 123832; Rn. 50; *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1029); *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, 119 (122); *Herfs-Röttgen*, NZA 2023, 398 (399); in diese Richtung auch LAG Hessen 16. 12. 2016 – 14 Sa 978/15, BeckRS 2016, 124662 Rn. 35.

⁴¹³ *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1029).

⁴¹⁴ *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1028, 1029); konträr zu dieser Ansicht argumentiert *Traber* am Beispiel eines Straßenbauunternehmens, welches auf Asphaltierarbeiten spezialisiert ist und kein Personal für Betonierarbeiten hat. Führe dieses Unternehmen einmalig Betonierarbeiten durch, so bestehe ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitskraft. Nimmt der Arbeitgeber in Folge einen weiteren Betonierauftrag an, wird es schwieriger, hier prognostisch einen nur vorübergehenden Bedarf zu begründen, vgl. *Traber*, FA 2005, 363 (366).

⁴¹⁵ Darstellung unter: V. 1. a) bb), S. 106.

⁴¹⁶ *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1029); Ob etwas Dauer- oder Zusatzaufgabe ist, ist aber gerade nicht Teil der unternehmerischen Entscheidung, sondern objektiv nach dem Betriebszweck zu bestimmen, vgl. Kap. 2, B. II. 1. b), S. 42.

⁴¹⁷ *Herfs-Röttgen*, FS LAG Köln, 119 (121); *Herfs-Röttgen*, NZA 2023, 398 (399).

eine zusätzliche Prüfung der projektüberschreitenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht unterlaufen werden, wobei eine solche Prognose ohnehin nicht zuverlässig getroffen werden könne. Denn schließlich müsse diese – anders als im Fall der Kündigung – bereits bei Vertragsschluss gestellt werden, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber, der eine Vielzahl von Projekten durchführt, noch nicht weiß, ob und welcher – drittgesteuerte und drittfinanzierte – Tätigkeitsbedarf später bestehen werde.⁴¹⁸

3. Resümee

Die Diskussion in Literatur und Rechtsprechung dreht sich zunächst schwerpunktmäßig um die Legitimation der modifizierten Prognose an sich. Im Kern geht es dabei um den Austausch von Argumenten für/gegen das arbeitnehmerseitige Interesse auf Bestandsschutz und das dem Arbeitgeber von den Befürwortern der BAG-Rechtsprechung zugesprochene berechnete Interesse, für jedes ‚Projekt‘ stets den Besten einstellen zu können.

Zweitens führt das Fehlen einer eindeutigen Projektdefinition zu Unklarheiten bei der Abgrenzung eines Projekts zur Daueraufgabe. In der Diskussion wird dies insbesondere für die Fälle der Entwicklungshilfe deutlich, die von den Kritikern als ‚Sonderrechtsprechung‘ abgelehnt wird, während die Fürsprecher sich vor allem darauf stützen, dass man die Entwicklungshilfe aufgrund ihrer Vielschichtigkeit nicht einheitlich als Daueraufgabe des Staates betrachten könne. Die Abgrenzung sei hier zwar zuweilen schwierig, aber dennoch vorzunehmen.

B. Zulässigkeit der Projektbefristung aus unionsrechtlicher Perspektive

Die zentrale Frage im Hinblick auf Projektbefristungen ist die nach ihrer unionsrechtlichen Zulässigkeit.⁴¹⁹ Die Projektbefristung muss den Vorgaben der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG zur UNICE/CEEP/EGB Rahmenvereinbarung über befristete Verträge⁴²⁰ entsprechen. Die Richtlinie ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV für alle Mitgliedstaaten verbindlich und musste durch diese umgesetzt werden. Der Umsetzung ist Deutschland insbesondere durch die Einführung des § 14 TzBfG nachgekommen.⁴²¹ Die unionsrechtliche Perspektive fand in der Rechtsprechung, die

⁴¹⁸ Herfs-Röttgen, FS LAG Köln 119 (121); Herfs-Röttgen, NZA 2023, 398 (399); zur Bewertung dieses Punktes: B. I. 1.

⁴¹⁹ Hierzu schon: Schaich, in: Freyler/Gräf (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht? S. 191 – 204.

⁴²⁰ S. Fn. 136.

⁴²¹ Vgl. BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG Vorbemerkung zu § 14.

sich – wie gesehen – noch sehr an einer überkommenen nationalen, kameralistischen Sichtweise orientiert, bislang zu wenig Beachtung.

Im Rahmen der Untersuchung der Zulässigkeit der Projektbefristung aus unionsrechtlicher Perspektive stellt sich die Frage, welche Anforderungen die Befristungsrichtlinie an die Befristung durch sachlichen Grund allgemein stellt (I.); welche Anforderungen die Befristungsrichtlinie an den sachlichen Grund des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung stellt (II.) sowie, ob die Fallgruppe der Projektbefristung diesen Anforderungen genügt (III.).

I. Vorgaben der Befristungsrichtlinie

1. Hintergründe und Ziel der Befristungsrichtlinie

Grundlage der unionsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit der Befristung ist § 5 der UNICE/CEEP/EGB Rahmenvereinbarung über befristete Verträge (BRV). Ziel ist gem. § 5 Nr. 1 BRV (s. hierzu auch § 1 lit. b sowie Erwägungsgrund 7 BRV) die Verhinderung von Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse (sog. „Kettenbefristungen“⁴²²). Die Richtlinie ist daher nicht auf Erstbefristungen anwendbar.⁴²³ Nach Erwägungsgrund 6 BRV soll das unbefristete Arbeitsverhältnis das „Normalarbeitsverhältnis“, eine Befristung im Umkehrschluss nur die Ausnahme sein. Das unbefristete Arbeitsverhältnis trage zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit bei.

Zur Umsetzung des Ziels aus § 5 BRV müssen die Mitgliedstaaten, sofern dort keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, alternativ oder kumulativ gem. § 5 Nr. 1 lit. a BRV sachliche Gründe, welche die Verlängerung der befristeten Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen, gem. § 5 Nr. 1 lit. b BRV die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse oder/und gem. § 5 Nr. 1 lit. c BRV die zulässige Zahl der Verlängerungen befristeter Verträge gesetzlich regeln.

Setzt ein Mitgliedstaat zur Umsetzung der Richtlinie auf die Einführung von Sachgründen, so muss daher durch die Sachgründe gewährleistet sein, dass Missbrauch durch aufeinanderfolgende Arbeitsverträge verhindert wird, um den Arbeitnehmer gegen unsichere („prekäre“) Beschäftigungsverhältnisse zu schützen und um nicht den Grundsatz auszuhöhlen, dass befristete Arbeitsverhältnisse nur in Ausnahmefällen geschlossen werden sollen.⁴²⁴

⁴²² Preis/Sagan/Brose, EuARbR, Rz. 13.130.

⁴²³ EuGH 22. 11. 2005 – C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709 (Rn. 41–43); *Kreber*, EuZA 2017, 3 (7).

⁴²⁴ EuGH 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443 (Rn. 73); *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 43.

2. Anforderungen des Unionsrechts an die Befristung aus sachlichem Grund

Der Begriff des sachlichen Grundes i. S. d. § 5 Nr. 1 lit. a der BRV ist nach der ständigen Rechtsprechung des EuGHs so zu verstehen, dass er

„genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang die Verwendung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung solche Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen ergeben oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedsstaat.“⁴²⁵

3. Anforderungen des Unionsrechts an den sachlichen Grund des vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs

Der nur vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung ist als Sachgrund i. S. d. BRV anerkannt.⁴²⁶ Darunter fällt auch die zeitweise Vertretung anderer Arbeitnehmer.⁴²⁷ Entscheidend ist dabei, dass die Verlängerung der aufeinanderfolgenden befristeten Verträge nur der Deckung eines zeitweiligen („besonderen“)⁴²⁸ Bedarfs dient und nicht eingesetzt wird, um einen ständigen und dauerhaften Bedarf an der Arbeitsleistung zu decken.⁴²⁹ Nach den Ausführungen des EuGHs zur Sache Sanchez Ruiz steht die Rahmenvereinbarung einer nationalen Vorschrift und einer nationalen Rechtsprechung entgegen,

„wonach die aufeinanderfolgende Verlängerung befristeter Arbeitsverträge allein deswegen als durch ‚sachliche Gründe‘ gerechtfertigt angesehen wird, weil sie den in diesen Rechtsvorschriften vorgesehenen Gründen für die Einstellung (Erforderlichkeit, Dring-

⁴²⁵ Grundlegend: EuGH 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler), ECLI:EU:C:2006:443 (Rn. 69 f.); s. auch: EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 38); EuGH 28.2.2018 – C-46/17 (John), ECLI:EU:C:2018:131 (Rn. 53); *Bader*, NZA-RR 2022, 113 (114).

⁴²⁶ EuGH 21.9.2016 – C-614/15 (Popescu), ECLI:EU:C:2016:726 (Rn. 54); EuArbRK/*Krebber*, § 5 RL 1999/70/EG 500 Rn. 21; Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG § 14 Rn. 18; Ein vorübergehender Bedarf kann nach dem EuGH auch bei zeitlich begrenzten Projekten im Kulturbereich bestehen, vgl. EuGH 26.2.2015 – C-238/14 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2015:128 (Rn. 46). Für die Frage nach der Legitimation der modifizierten Prognose i. S. d. Projektbefristung spielt diese Entscheidung jedoch keine Rolle, wird davon ausgegangen, dass es sich bei einzelnen ‚Kulturprojekten‘ um die Daueraufgabe eines Kulturbetriebs handelt.

⁴²⁷ EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücüik), ECLI:EU:C:2012:39 (Rn. 30); EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 44); EuGH 19.3.2020 – C-103/18, C-429/18 (Sanchez Ruiz), ECLI:EU:C:2020:219 (Rn. 72).

⁴²⁸ EuGH 21.9.2016 – C-614/15 (Popescu), ECLI:EU:C:2016:726 (Rn. 69).

⁴²⁹ EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 47); EuGH 21.9.2016 – C-614/15 (Popescu), ECLI:EU:C:2016:726 (Rn. 65); *Krebber*, ZfA 2018, 323 (370).

lichkeit oder Durchführung von Programmen zeitlich begrenzter, konjunktureller oder außerordentlicher Art) genügt, soweit die nationalen Rechtsvorschriften und die nationale Rechtsprechung den betreffenden Arbeitgeber nicht daran hindern, in der Praxis mit solchen Verlängerungen einen ständigen und dauerhaften Bedarf zu decken.“⁴³⁰

Zu konkreten Abgrenzungskriterien des vorübergehenden Bedarfs vom Dauerbedarf hat der EuGH wiederholt Stellung genommen.⁴³¹ Zum einen wird nach dem Inhalt der Aufgabe abgegrenzt, d. h. danach gefragt, ob befristete Arbeitsverhältnisse zum Zwecke einer ständigen und dauerhaften Wahrnehmung von Aufgaben verlängert werden, die zur normalen Tätigkeit des festangestellten Personals gehören.⁴³² Zum anderen dürfe die Befristung keine von vornherein unzureichende Stammpersonalplanung kompensieren.⁴³³ In der Sache Popescu erklärte der EuGH eine „*ununterbrochene Dienstleistung von sechs Jahren und sieben Monaten*“ schon als „*offenbar nicht vorübergehend*“, sondern einen ständigen Bedarf deckend.⁴³⁴ Er stellte somit auf eine zeitliche Höchstgrenze ab, woraus geschlussfolgert werden kann, dass ein vorübergehender Bedarf bei langjähriger Beschäftigung ausscheidet.⁴³⁵

4. Zwischenergebnis

Insgesamt stellt der EuGH strenge Anforderungen an das Vorliegen des sachlichen Grundes eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung und lässt zur Abgrenzung zum Dauerbedarf unterschiedliche Abgrenzungskriterien zu. Demnach muss durch die Auslegung der nationalen Gerichte in jedem Fall verhindert werden, dass trotz eines Dauerbedarfs befristet wird.⁴³⁶

⁴³⁰ EuGH 19.3.2020 – C-103/18, C-429/18 (Sanchez Ruiz) ECLI:EU:C:2020:219 (Rn. 65, 80).

⁴³¹ S. hierzu insbesondere: EuGH 23.4.2009 – C-378/07, C-379/07, C-380/07 (Angelidaki), ECLI:EU:C:2009:250; EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük), ECLI:EU:C:2012:39; EuGH 13.3.2014 – C-190/13 (Samohano), ECLI:EU:C:2014:146; EuGH 26.11.2014 – C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 (Mascolo), ECLI:EU:C:2014:2401; EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679; EuGH 21.9.2016 – C-614/15 (Popescu), ECLI:EU:C:2016:726; EuGH 19.3.2020 – C-103/18, C-429/18 (Sanchez Ruiz), ECLI:EU:C:2020:219.

⁴³² EuGH 13.3.2014 – C-190/13 (Samohano), ECLI:EU:C:2014, 146 (Rn. 58); EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 47); EuGH 19.3.2020 – C-103/18, C-429/18 (Sanchez Ruiz), ECLI:EU:C:2020:219 (Rn. 75, 78).

⁴³³ EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 51, 55); EuGH 19.3.2020 – C-103/18, C-429/18 (Sanchez Ruiz), ECLI:EU:C:2020:219 (Rn. 78, 79); s. auch: EuGH 26.11.2014 – C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 (Mascolo), ECLI:EU:C:2014:2401 (Rn. 109).

⁴³⁴ EuGH 21.9.2016 – C-614/15 (Popescu), ECLI:EU:C:2016:726 (Rn. 61).

⁴³⁵ Vgl. auch EuArbRK/Krebbler, § 5 RL 1999/70/EG 500 Rn. 21.

⁴³⁶ S. schon: *Schaich*, in: Freyler/Gräf (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht? S. 191 (197).

II. Vereinbarkeit der vom BAG für die Projektbefristung aufgestellten Voraussetzungen mit den Anforderungen der Befristungsrichtlinie

Damit stellt sich die Frage, ob ein Bedarf nur vorübergehend entsprechend der europäischen BRV sein kann, wenn die Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergibt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nach Auslaufen des Vertrags zwar im Projekt kein Weiterbeschäftigungsbedarf mehr besteht, im Betrieb hingegen schon. Auch der siebte Senat des BAG hat diese Problematik erkannt, ist jedoch der Ansicht, die entwickelten Anforderungen zur Projektbefristung genügen den dargestellten Anforderungen des Europarechts. Es bestehe demnach nicht die Gefahr, dass der Arbeitgeber einen Sachgrund gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG dadurch selbst herbeiführen kann, dass im Wesentlichen unveränderte Daueraufgaben in organisatorisch eigenständige ‚Projekte‘ aufgeteilt werden, während in Wirklichkeit ein ständiger und dauerhafter Bedarf besteht.⁴³⁷ Eine inhaltliche Begründung, wie die projektbezogene Prognose in jedem Fall verhindert, dass nicht in Wirklichkeit trotz Vorliegen eines Dauerbedarfs befristet wird, wird nicht geliefert.

Zur Untersuchung der Frage, ob die für die Projektbefristung aufgestellten Tatbestandsvoraussetzungen den Anforderungen der Befristungsrichtlinie genügen, sind daher die diesen Fällen zugrunde liegenden Kriterien auf ihre Richtlinienkonformität zu überprüfen.

1. Gefahr der Befristung bei Dauerbedarf

Bei Vorliegen eines ‚echten‘ Projekts i.S.d. BAG-Rechtsprechung besteht zunächst keine Gefahr, dass in Wirklichkeit trotz eines Dauerbedarfs befristet wird. Ist die (schwierige) Abgrenzung korrekt erfolgt, so besteht tatsächlich nur vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung im Projekt. Allerdings birgt die Beschränkung der Prognose auf das Projekt dennoch aus mehreren Gründen das Risiko, dass in Wirklichkeit trotz eines Dauerbedarfs befristet wird, weil die Erstellung der modifizierten Prognose an sich missbrauchsanfällig ist. Es ist daher für den Arbeitgeber leichter, die Schwierigkeit der Abgrenzung von Daueraufgaben und Projekten dadurch zu umgehen, dass er durch Variation seines Betriebszwecks Daueraufgaben in einzelne Projekte aufzuteilen versucht und dann jeweils vorgibt, dass der Beschäftigungsbedarf in diesem ‚Projekt‘ wegfällt.⁴³⁸ Durch den modifizierten Blickwinkel bei der Prognose fällt dann bei der gerichtlichen Kontrolle schwerer auf, dass eigentlich ein Dauerbedarf besteht. Mithin kann auch das Argument nicht überzeugen, der Arbeitnehmer habe nur ein auf das Projekt begrenztes Bestandsschutzinteresse, sodass die Projektbefristung zulässig sei, weil der Arbeitgeber bei einer Vielzahl von Projekten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht wisse, ob und welcher

⁴³⁷ BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 35).

⁴³⁸ S. hierzu: BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 29.

Tätigkeitsbedarf in Zukunft bestehe.⁴³⁹ Dieses Argument beschreibt nämlich gerade das unternehmerische Risiko, welches nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden darf.

Zudem kann auch die bei Projektfällen fehlende Planbarkeit bzgl. der Quantität des Personals nicht dafür herangezogen werden, dass der Arbeitgeber projektbezogen befristen soll. Die fehlende Planbarkeit bzgl. der Quantität des Personals ist üblicherweise Kern des unternehmerischen Risikos, welches nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden darf (s.o.). Führt der Arbeitgeber regelmäßig Projekte durch und setzt dabei auf immer neue Befristungen, so hätte er wohl von Anfang an mehr Personal einstellen müssen.⁴⁴⁰

2. Schutz des Arbeitnehmers vor unsicheren („prekären“) Beschäftigungsverhältnissen

Die Modifikation der Prognose führt auch dazu, dass kürzere Befristungszeiten möglich sind (z. B. Verlängerung des Vertrags für Folgeprojekt 1 und Folgeprojekt 2). Diese ständigen, kurzen Befristungszeiten führen zu sozialer Unsicherheit, welche nach der Befristungsrichtlinie gerade verhindert werden soll. Dem könnte jedoch begegnet werden, indem die Prognose von vornherein auf den *betrieblichen* Mehrbedarf gestützt wird. Ist nämlich von vornherein mit hinreichender Sicherheit zu erwarten oder sogar sicher, dass es Folgeprojekte bzw. anderweitigen Beschäftigungsbedarf geben wird, so wäre die Befristung bei Blick der Prognose auf den Betrieb von vornherein unwirksam bzw. würde wohl von vornherein ein längerer Zeitraum befristet werden.⁴⁴¹ Dies würde jedenfalls diesem Ziel der Richtlinie eher gerecht werden.

3. Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als „Normalarbeitsverhältnis“

Entscheidend für die Begrenzung der Prognose auf das Projekt ist nach der Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber keine Planbarkeit bzgl. der Qualität des Personals habe. Hier wird zuweilen argumentiert, der Arbeitgeber müsse sich bei Projekten stets auf komplett neue Aufgaben einstellen und habe daher ein Interesse daran, immer wieder den bestqualifizierten Bewerber einzustellen.⁴⁴² Dieser Gesichtspunkt kann jedoch nicht als Grundlage für einen Sachgrund akzeptiert werden.

⁴³⁹ Darstellung des Arguments unter: V. 2. e), S. 110.

⁴⁴⁰ Vgl. hierzu auch die Argumentation bei: EuGH 14.9.2016 – C-16/15 (Perez Lopez), ECLI:EU:C:2016:679 (Rn. 51, 55).

⁴⁴¹ Eine kürzere Befristungsdauer als die Dauer des Mehrbedarfs führt nicht per se zur Unwirksamkeit der Befristung, vgl. BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 711 (Rn. 14).

⁴⁴² Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1029).

Jeder Arbeitgeber hat zwar ein Interesse daran, immer nur die leistungsstärksten und persönlich am besten geeigneten Arbeitnehmer beschäftigen zu wollen. Im Hinblick auf die Zulassung von Befristungen wäre hierbei jedoch zu erwarten, dass der Abschluss befristeter Arbeitsverträge zur Regel würde und der Arbeitgeber mithin nach kurzen Befristungszeiten immer wieder prüfen würde, ob er jemand besseren findet.⁴⁴³ Die Anerkennung dieses Interesses ist indes nicht mit der BRV vereinbar, die gerade das unbefristete Arbeitsverhältnis als Normalfall vorsieht und ‚prekäre‘ Beschäftigungsverhältnisse, u. a. durch kurze Befristungszeiten und häufige Verlängerungen, verhindern will.

III. Zwischenergebnis

Insgesamt sind die vom BAG für die Projektbefristung aufgestellten Voraussetzungen zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG mit den Anforderungen der Befristungsrichtlinie nicht vereinbar und werden daher den unionsrechtlichen Anforderungen an einen Befristungsgrund nicht gerecht.⁴⁴⁴

C. Zulässigkeit der Projektbefristung nach nationalem Recht

Zudem ist fraglich, ob sich die besonderen Tatbestandsvoraussetzungen der Projektbefristung i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG in die Gesamtsystematik des deutschen Arbeitsrechts einfügen. Bedenken bestehen sowohl hinsichtlich der modifizierten Bedarfsprognose (I.) als auch hinsichtlich der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer überwiegend projektbezogen beschäftigt werden muss (II.).

I. Modifikation der Bedarfsprognose

Aus Sicht des Arbeitgebers ist die Prognose ausschließlich auf den Bedarf im Projekt zu richten, weil er ein Interesse daran hat, für jedes neue Projekt den jeweils Besten einzustellen und nicht einen anderen Arbeitnehmer einfach weiter beschäftigen zu müssen. Der siebte Senat des BAG erkennt dieses arbeitgeberseitige Interesse an, in dem er in seinen Urteilsbegründungen anführt, Projekte seien mit unvorhersehbaren besonderen Anforderungen auch in Bezug auf die Qualifikation

⁴⁴³ LAG Köln 15. 10. 2015 – 7 Sa 532/15, BeckRS 2016, 67780 (Rn. 30 ff.).

⁴⁴⁴ I. E. auch: Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 379; s. auch: *Schaich*, in: Freyler/Gräf (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht? S. 191 (203); ebenfalls unter Bezugnahme auf das Unionsrecht auf den betrieblichen Bedarf abstellend: BeckOK ArbR/*Bayreuther*, TzBfG § 14 Rn. 29; unionsrechtliche Zweifel hegt auch: LAG Köln 23. 1. 2015 – 4 Sa 773/14, BeckRS 2015, 67922; a. A. BAG 21. 11. 2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (Rn. 35); *Kade*, in: Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Teil I, Kapitel D, Rn. 337.

des benötigten Personals verbunden und deshalb bestehe – auch in qualitativer Hinsicht – kein vorhersehbarer Personalbedarf. An dieser Stelle der Arbeit ist zu untersuchen, ob sich ebendieses arbeitgeberseitige Interesse des ‚Anspruchs auf den Besten‘ in das System des Arbeitsrechts einfügt und damit als Rechtfertigung für die modifizierte Prognose herangezogen werden kann.

1. ‚Anspruch auf den Besten‘ kein legitimes Arbeitgeberinteresse für die Befristung

Im Personalauswahlprozess mag der Arbeitgeber zwar ein berechtigtes Interesse daran haben, in den Grenzen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) den für sich am besten passenden Bewerber auszuwählen und schlussendlich einzustellen. Im laufenden Arbeitsverhältnis bzw. für die Fragen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber aber grundsätzlich kein berechtigtes Interesse mehr, den Arbeitnehmer einfach auszutauschen, wenn dieser zwar weiterbeschäftigt werden könnte, es aber eine andere Person gibt, die noch besser geeignet wäre. Dies wird sowohl an der Begrenzung des Erprobungsinteresses durch den Gesetzgeber (a)) deutlich als auch an den hohen Hürden, welche das Bundesarbeitsgericht an die personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung stellt (b)).

a) Begrenzung des ‚Erprobungsinteresses‘ durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat dem Arbeitgeber nur begrenzte Möglichkeiten gegeben, auch noch im laufenden Arbeitsverhältnis die Eignung und Fähigkeiten des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. seine Personalentscheidung zu revidieren: Zum einen kann während der sechsmonatigen Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 KSchG ohne Kündigungsgrund gekündigt werden. Damit soll dem Arbeitgeber die Chance gegeben werden, den neuen Arbeitnehmer kennenzulernen und zu ‚testen‘, ohne befürchten zu müssen, sich von ihm im Falle des ‚Nichtgefallens‘ nicht oder nur schwer trennen zu können.⁴⁴⁵ Zum anderen ist eine Erprobungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG möglich, die i. d. R.⁴⁴⁶ für sechs Monate zulässig ist und das Arbeitsverhältnis am Ende der Befristungszeit sogar dann beendet, wenn sich der Arbeitnehmer eigentlich bewährt hat.⁴⁴⁷ Schlussendlich käme in den Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG auch eine sachgrundlose Befristung zur ‚Erprobung‘ bzw. zur Auswechslung eines Arbeitnehmers in Betracht.

⁴⁴⁵ *Fischinger*, Arbeitsrecht, § 12 Rn. 971.

⁴⁴⁶ S. hierzu sowie zu Ausnahmen: *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 49a; *BeckOK ArbR/Bayreuther*, TzBfG § 14 Rn. 61.

⁴⁴⁷ Vgl. *Fischinger*, Arbeitsrecht § 13 Rn. 1215.

*b) Hohe Anforderungen an die personenbedingte Kündigung
wegen Minderleistung durch die Rechtsprechung*

Auch die personenbedingte⁴⁴⁸ Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Minderleistung gem. § 1 Abs. 2 Alt. 1 KSchG unterliegt hohen, durch die Rechtsprechung entwickelten, Hürden: Im laufenden Arbeitsverhältnis schuldet der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber eine Leistung nach seiner subjektiven Leistungsfähigkeit oder mit anderen Worten ausgedrückt, er muss das tun, was er soll und zwar so gut, wie er kann.⁴⁴⁹ Im Rahmen des Arbeitsvertrags gem. § 611a BGB als Unterfall des Dienstvertrags gem. § 611 BGB ist daher kein Leistungserfolg („Werk“), sondern ein reines Tätigwerden („Wirken“) geschuldet, vgl. auch § 614 S. 1 BGB.⁴⁵⁰ Allein, wenn der Arbeitnehmer den durchschnittlichen Leistungsstandards nicht genügt, kommt nach der Rechtsprechung des BAG eine personenbedingte Kündigung noch nicht in Betracht. Eine leistungsbedingte personenbedingte Kündigung kann nur erfolgen, wenn der Arbeitnehmer auf Dauer erheblich, d. h. in der Regel 33 %, hinter dem objektiven Maßstab zurückbleibt.⁴⁵¹ In einem solchen Fall ist jedoch vor Ausspruch der Kündigung im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob z. B. die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz, auf dem der Arbeitnehmer die dort verlangte Tätigkeit anforderungsgerecht ausführen kann, als milderes Mittel in Betracht kommt.⁴⁵² Zudem hat der Arbeitgeber alters- und krankheitsbedingtes Nachlassen von Leistungsvermögen hinzunehmen, wobei hier auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen können.⁴⁵³

Im Kleinbetrieb mögen die Voraussetzungen, einen Arbeitnehmer zu kündigen, weil dem Arbeitgeber dessen Leistung nicht passt oder er einen aus seiner Sicht (noch) ‚besser‘ geeigneten Kandidaten gefunden hat, zwar im Vergleich zum soeben Dargestellten niedriger sein, weil der Arbeitgeber hier nur die allgemeinen Unwirksamkeitsgründe (§ 134 BGB ggf. i. V. m. § 7 AGG, §§ 138, 242, 612a, 613a

⁴⁴⁸ Etwas anderes ist freilich die verhaltensbedingte Kündigung wegen Minderleistung. Diese beruht allerdings auf einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, der nicht unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet, vgl. BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784 (786); HaKo-KSchR/Denecke, KSchG § 1 Rn. 602; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

⁴⁴⁹ BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784; ErfK/Preis, BGB § 611a Rn. 736; HaKo-KSchR/Zimmermann, KSchG § 1 Rn. 387; HaKo-KSchR/Denecke, KSchG § 1 Rn. 602; Weber, DB 2015, 1899 (1900); a. A. Linck/Krause/Bayreuther/Krause, § 1 Rn. 652, 421 ff., der auf die objektive Normalleistung abstellt.

⁴⁵⁰ Fischinger, Arbeitsrecht § 2 Rn. 22, 24; ErfK/Preis, § 611a Rn. 102; BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784 (786).

⁴⁵¹ Vgl. BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784 (786); BAG 26.9.1991 – 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073.

⁴⁵² Hunold, BB 2003, 2345 (2351); Fuhlrott/Mückl/Figura/Tietje, Kap. 12 Rn. 81.

⁴⁵³ Vgl. HaKo-KSchR/Denecke, KSchG § 1 Rn. 603; BAG 17.1.2008 – 2 AZR 536/706, NZA 2008, 693 (Rn. 19); BAG 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719 – hier musste der Arbeitgeber hinnehmen, dass die Arbeitnehmerin in Folge von Krankheit nachtdienstuntauglich geworden ist.

Abs. 4 BGB) beachten muss und den besonderen (gesetzlichen) Kündigungsverböten unterliegt. Diese Privilegierung des Arbeitgebers liegt aber in der besonderen Situation des Kleinbetriebs begründet. Im Kleinbetrieb hängt der Geschäftserfolg in höherem Maße als in Großbetrieben von der Leistung jedes einzelnen Mitarbeiters ab.⁴⁵⁴ Zudem findet häufig noch eine direkte persönliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer statt, sodass es umso wichtiger ist, dass beide Seiten (persönlich) ‚miteinander können‘. Zuletzt sollen Kleinbetriebe davor geschützt werden, überproportional durch Kündigungsschutzprozesse belastet zu werden.⁴⁵⁵ Insgesamt überwiegen damit in diesem Fall die Interessen des Arbeitgebers die Bestandsschutzinteressen des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz.⁴⁵⁶ Diese erleichterten Kündigungsmöglichkeiten stellen allerdings die oben genannten allgemein hohen Hürden der leistungsbedingten, personenbedingten Kündigung sowie die Grundprinzipien des Arbeitsrechts, wonach ein Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis nicht einfach ausgetauscht werden kann, nicht in Frage.

2. Zwischenergebnis

Aus den genannten Beispielen wird deutlich, dass es dem deutschen Arbeitsrecht insgesamt fremd ist, dass der Arbeitgeber immer Anspruch auf den ‚Besten‘ haben soll und Arbeitnehmer einfach nach Belieben austauschen kann. Der Arbeitgeber hat demnach nur Anspruch darauf, dass der schon beschäftigte Arbeitnehmer sein Bestes gibt.

Das Interesse des Arbeitgebers, stets die am besten qualifizierte Person für jedes einzelne Projekt einstellen zu können, ist daher auch im Spiegel des nationalen Rechts nicht zur Rechtfertigung der modifizierten Beschäftigungsprognose geeignet. Kommt es einem Unternehmen darauf an, für zeitlich begrenzte Projekte stets den ‚Besten‘ einzustellen, muss das beispielsweise entweder befristet in den Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG, durch Abschluss eines eigenständigen Werk- bzw. (sofern zulässig) Dienstvertrags oder im Wege der Arbeitnehmerüberlassung erfolgen.

II. Überwiegende Beschäftigung mit Projektaufgaben

Die Tatbestandsvoraussetzung der überwiegenden Beschäftigung des Arbeitnehmers mit Projektaufgaben ist, wie unter (Kap. 2, B. V., S. 57) dargestellt, der von der Rechtsprechung geschaffene ‚Ausgleich‘ zur Privilegierung des Arbeitgebers auf der ersten Prüfungsstufe. Sie weicht zunächst vom Grundsatz ab, dass Fragen der Arbeitsorganisation, wie z. B. die Zuteilung von Aufgaben an bestimmte Arbeitnehmer, Sache des Arbeitgebers sind.

⁴⁵⁴ *Preis/Temming*, Individualarbeitsrecht, Rz. 2754.

⁴⁵⁵ *Fischinger*, Arbeitsrecht § 12 Rn. 960.

⁴⁵⁶ Vgl. *Preis/Temming*, Individualarbeitsrecht, Rz. 2754.

Im Spiegel des deutschen Arbeitsrechts erscheint die Rechtfertigung der Voraussetzung der ‚überwiegenden Beschäftigung‘ insgesamt fraglich. Sie ergibt sich zum einen nicht aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG (1.) und ist vom BAG aus den Tatbeständen der Finanzierungs- und Haushaltsbefristungsbefristung für die Projektbefristung übernommen worden, dem System der Bedarfsbefristung aber ansonsten fremd (2.).

1. Wortlautargument für die Ablehnung der Tatbestandsvoraussetzung nicht ausreichend

Die Voraussetzung der überwiegenden Beschäftigung mit Projektaufgaben ist nicht ausdrücklich vom Wortlaut erfasst und auch für die anderen Fallgruppen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG keine Wirksamkeitsvoraussetzung (Kap. 2, B. IV. 2., S. 54f.). Daraus kann im Ergebnis jedoch noch nicht folgen, dass sie insgesamt abzulehnen ist. Die in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG aufgeführten Sachgründe sind nicht abschließend, sondern nur eine Aufzählung typischer Gründe, die vor Inkrafttreten des TzBfG von der Rechtsprechung als Befristungsgründe akzeptiert waren.⁴⁵⁷ Nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG („insbesondere“) ist das BAG berechtigt, zusätzlich gänzlich neue Sachgründe zu schaffen, sofern sie den in § 14 Abs. 1 TzBfG zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßstäben entsprechen und den im Sachgrundkatalog des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG genannten Sachgründen von ihrem Gewicht her gleichwertig sind.⁴⁵⁸ Daraus folgt, dass dann aber auch schon bestehende Sachgründe modifiziert werden dürfen („argumentum a maiore ad minus“).⁴⁵⁹

2. Tatbestandsvoraussetzung dem System des Bedarfsbefristungsrechts fremd

Insgesamt erscheint die Voraussetzung der ‚überwiegenden Beschäftigung‘ dem System des Bedarfsbefristungsrechts als Teil der gesamten Arbeitsrechtsordnung fremd. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG (a)) sowie ein Vergleich zum Finanzierungsbefristungstatbestand des § 2 Abs. 2 WissZeitVG und dem Haushaltsbefristungstatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG (b)).

⁴⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 18.

⁴⁵⁸ Vgl. BAG 16. 1. 2018 – 7 AZR 21/16, NZA 2018, 663, 665 (Rn. 28); BAG 8. 6. 2016 – 7 AZR 467/14, NZA 2016, 1535, 1536 (Rn. 16).

⁴⁵⁹ Zum gleichen Begründungsansatz für die Voraussetzung der modifizierten Prognose s. *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1029).

a) Vergleich zur Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG

Die Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG ist Bedarfsbefristung und wird zuweilen auch als ‚Unterfallgruppe‘ des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG bezeichnet.⁴⁶⁰ Der Unterschied zwischen beiden Befristungsgründen ist, dass bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG der Bedarf an der Arbeitsleistung vorübergehend erhöht ist, während der Bedarf an der Arbeitsleistung bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG unverändert bleibt, aber (vorübergehende) Lücken in der Personaldecke zu schließen sind.⁴⁶¹

Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vertretungsbefristung ist neben der Prognose des Arbeitgebers über den Wegfall des Vertretungsbedarfs nach Rückkehr des zu vertretenden Arbeitnehmers auf zweiter Prüfungsstufe das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen zeitweiligem Ausfall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft.⁴⁶² Hierbei muss sichergestellt werden, dass die Vertretungskraft gerade wegen des durch den zeitweiligen Ausfall des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen, vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs eingestellt worden ist.⁴⁶³ Keine Voraussetzung ist, dass der Vertreter mit den gleichen Aufgaben wie der Vertretene betraut wird. Das Weisungsrecht in Form der Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse bleibt beim Arbeitgeber.⁴⁶⁴ Für die Zulässigkeit der Befristung ist daher die mittelbare Vertretung der Stammkraft durch den befristet beschäftigten Arbeitnehmer ausreichend.⁴⁶⁵ Für die anderen Fallgruppen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist ebenfalls allein die Kausalität zwischen Mehrbedarf und Einstellungsvolumen entscheidend.⁴⁶⁶ Das ist jeweils auch konsequent: Bei Bedarfsbefristungen hat der Arbeitgeber (durch die anzustellende negative Bedarfsprognose) objektiv nachvollziehbaren temporären Mehrbedarf an Arbeitskräften. Wie die Aufgaben konkret verteilt sind, nimmt auf diesen objektiven Mehrbedarf selbst keinen Einfluss. Unabhängig davon, wem der Arbeitgeber bestimmte Aufgaben zuweist, bleibt der Bedarf gleichermaßen erhöht. Folglich muss dieses einfache Kausalitätserfordernis auch für die ‚Unterfallgruppe Projektbefristung‘ des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gelten.

⁴⁶⁰ Chaudhry, NZA 2018, 484 (486); KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 241.

⁴⁶¹ ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 34a; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 298.

⁴⁶² BAG 21.2.2018 – 7 AZR 696/17, NZA 2018, 1003 (1004) Rn. 14, 15.

⁴⁶³ BAG 21.2.2018 – 7 AZR 696/17, NZA 2018, 1003 (1004) Rn. 15.

⁴⁶⁴ BAG 21.2.2018 – 7 AZR 696/17, NZA 2018, 1003 (1004) Rn. 15.

⁴⁶⁵ BAG 21.2.2018 – 7 AZR 696/17, NZA 2018, 1003 (1004) Rn. 15; BAG 6.11.2013 – 7 AZR 96/12, NZA 2014, 430 (432) Rn. 23; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn. 37; BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 42.

⁴⁶⁶ Kap. 2, B. IV. 2., S. 55.

b) Vergleich zu § 2 Abs. 2 WissZeitVG und § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG

Anders verhält es sich bei § 2 Abs. 2 WissZeitVG und § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG. Hier liegt der Befristungsgrund gerade in dem von vornherein zeitlich begrenzten Finanzierungszeitraum des Vorhabens mit Dritt- bzw. Haushaltsmitteln.⁴⁶⁷ Daher muss jeweils sichergestellt werden, dass die erhaltenen Dritt- bzw. Haushaltsmittel nicht nur als Vorwand für die Befristung verwendet werden, sondern der Arbeitnehmer tatsächlich entsprechend der Zwecksetzung der Haushaltsmittel beschäftigt wird⁴⁶⁸ bzw. die Interessen des Drittmittelgebers gewahrt werden.⁴⁶⁹

E contrario zum Bedarfsbefristungstatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG sieht der Wortlaut des § 2 Abs. 2 WissZeitVG daher ausdrücklich vor, dass der Arbeitnehmer überwiegend der Zweckbestimmung dieser Mittel entsprechend, d.h. überwiegend projektbezogen, beschäftigt wird. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG verlangt ebenfalls, dass der Arbeitnehmer „entsprechend“ beschäftigt wird. Nach der Rechtsprechung des BAG genügt hierfür die Prognose im Zeitpunkt des Vertragschlusses, sodass der Arbeitnehmer über die gesamte Vertragslaufzeit zumindest überwiegend entsprechend der Zwecksetzung der ausgebrachten Haushaltsmittel eingesetzt wird.⁴⁷⁰

Die Tatbestandsvoraussetzung der ‚überwiegenden Beschäftigung‘ erweist sich für die Projektbefristung als Bedarfsbefristung i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG daher als systemfremd. Der siebte Senat des BAG vermischt an dieser Stelle Elemente der zwingend zu unterscheidenden Finanzierungs-, Haushalts- und Bedarfsbefristung.

3. Zwischenergebnis

Die Voraussetzung einer ‚überwiegenden projektbezogenen Beschäftigung‘ fügt sich nicht in das System der Bedarfsbefristung als Teil des gesamten Arbeitsrechtssystems ein und ist daher insgesamt abzulehnen. Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Projektbefristung kommt es stattdessen auf zweiter Prüfungsstufe nur darauf an, ob Kausalität zwischen (projektbedingtem) Mehrbedarf und Einstellung besteht. Eine nur mittelbare Projektstätigkeit (auch unter 50 %) ist für die Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ebenfalls ausreichend.

⁴⁶⁷ Kap. 2, A., S. 33 f.

⁴⁶⁸ KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 466, 467; Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG § 14 Rn. 201.

⁴⁶⁹ Preis/Ulber, WissZeitVG § 2 Rn. 117; Lehmann-Wandschneider, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 196.

⁴⁷⁰ BAG 14.2.2007 – 7 AZR 193/06, NZA 2007, 871 (872) Rn. 11; Dörner, in: FS Otto, S. 55 (61); KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 467; Roth, Tätigkeitsbezug als Sachgrund für Befristung, S. 424.

III. Zwischenergebnis

Insgesamt fügen sich die beiden vom siebten Senat des BAG entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen der Projektbefristung, d.h. sowohl die projektbezogene Bedarfsprognose als auch die Prognose hinsichtlich der überwiegenden Beschäftigung des Arbeitnehmers mit Projektaufgaben, nicht in das System des nationalen Arbeitsrechts ein. Sie sind daher abzulehnen.

D. Ergebnis des dritten Kapitels

Die Projektbefristung in Auslegung durch den siebten Senat des BAG ist unionsrechtlich unzulässig und die entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen fügen sich auch nicht in die Gesamtsystematik des deutschen Arbeitsrechts ein. Daher gilt: Es ist zwar zulässig, jemanden für ein Projekt zu befristen, allerdings gelten dafür die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.

In der Praxis läuft die modifizierte Prognose in weiten Teilen aber ohnehin mit der normalen Prognose gleich: Nach Beendigung des Projekts besteht i. d. R. auch kein betrieblicher Bedarf mehr an der Arbeitsleistung, der nicht durch Stammarbeitskräfte bewältigt werden könnte. Damit wäre sowohl nach der modifizierten als auch nach der einfachen Prognose die Befristung gerechtfertigt. Besteht hingegen voraussichtlich noch betrieblicher Bedarf außerhalb des Projekts, so gibt es keinen Grund dafür, dem Arbeitnehmer nicht den sozialpolitisch erwünschten Dauerarbeitsplatz zur Verfügung zu stellen bzw. den Arbeitgeber durch eine Befristungsmöglichkeit zu privilegieren.

Wird für die Projektbefristung die ‚einfache‘ Prognose zugrunde gelegt, so bedarf es allein der Abgrenzung zwischen Daueraufgabe und der Zusatzaufgabe ‚Projekt‘. Hierfür können jedoch nur qualitative Merkmale in Bezug auf die Aufgabe relevant sein, nicht aber solche hinsichtlich der Qualifikation des Arbeitnehmers.⁴⁷¹ Diese Abgrenzung ist auch für die Projektbefristung relevant, weil es ‚Projekte‘ gibt, mit denen Daueraufgaben des Arbeitgebers erfüllt werden (z.B. Bauprojekte eines Bauunternehmens). In diesen Fällen besteht daher ein quantitativ planbarer Personalbedarf, sodass eine Befristung nicht gerechtfertigt ist. Eine weitere Differenzierung zwischen ‚allgemeiner‘ Zusatzaufgabe und ‚spezieller‘ Projektaufgabe hat im Übrigen keinen Mehrwert. Daher bedarf es auch keiner Formulierung einer abschließenden Projektdefinition.

Will das BAG dennoch an seiner Rechtsprechung festhalten, müsste es die Projektbefristung dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorlegen.

⁴⁷¹ S. hierzu: Kap. 2, B. II. 1. b), S. 42.

(Zusätzliche) Missbrauchsgrenzen bei der Projektbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Schließlich stellt sich noch die Frage nach den Grenzen der Projektbefristung. Das BAG nimmt bei der Sachgrundbefristung zusätzlich zur Sachgrundprüfung („1. Stufe“) eine Kontrolle anhand der Rechtsfigur des „*institutionellen Rechtsmissbrauchs*“ gem. § 242 BGB („2. Stufe“) vor.⁴⁷² Fraglich ist jedoch, ob diese auch auf die Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG Anwendung findet oder ob sich die Grenze der Zulässigkeit von (Projekt-)Befristungen in der Bedarfsprognose erschöpft.

A. Grundsatz der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle gem. § 242 BGB

In Deutschland unterliegt die Befristung mit Sachgrund grundsätzlich keiner zeitlichen Höchstgrenze und es existiert auch keine Vorgabe bzgl. der Maximalanzahl zulässiger Vertragsverlängerungen.⁴⁷³ Die Befristung ist daher erstmal so lange zulässig, wie ein Sachgrund vorliegt.⁴⁷⁴ Um den Vorgaben der europäischen BRV zu genügen, dürfen sich die nationalen Gerichte bei der Befristungskontrolle allerdings nicht grundsätzlich nur auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrundes beschränken. Denn allein das Vorliegen eines Sachgrundes stellt bei Befristungen über einen längeren Zeitraum nicht automatisch sicher, dass die Möglichkeit einer weiteren Befristung ab einem bestimmten Zeitpunkt ausscheidet.⁴⁷⁵ Daher müssen die Gerichte

⁴⁷² Kritisch zur Zweistufigkeit der Prüfung: KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 180 m. w. N.

⁴⁷³ Der Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP sieht auf S. 70 vor, eine Höchstbefristungsgrenze von sechs Jahren für Verträge beim selben Arbeitgeber einzuführen, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Stand: 19. 7. 2023); s. hierzu: *Grau/Kruppa*, RdA 2022, 73 (82); kritisch: *Möller/Ott*, ArbR Aktuell 2022, 87 (90).

⁴⁷⁴ *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 46; BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 24; *ErfK/Müller-Glöge*, TzBfG § 14 Rn. 19.

⁴⁷⁵ Vgl. *Krebber*, EuZA 2017, 3 (16).

„stets alle Umstände des Einzelfalls prüfen und dabei namentlich die Zahl der mit derselben Person oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen befristeten Verträge berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zurückgreifen.“⁴⁷⁶

Diese Anforderungen prüft der siebte Senat des BAG seit der Rechtssache Kücük, einem Fall zur Vertretungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG, auf einer zweiten, der Sachgrundprüfung nachgelagerten Stufe nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB).⁴⁷⁷ Ein gewisser Schwerpunkt der Prüfung liegt dabei auf der Länge bzw. der Anzahl der Verlängerungen der Befristungen.⁴⁷⁸ Anknüpfend an die Wertungen des § 14 Abs. 2 TzBfG hat das BAG hierfür inzwischen anhand der sog. ‚Missbrauchsampel‘ Bereiche ausgewiesen, in denen es eine Befristung für eher unproblematisch bzw. problematisch hält.⁴⁷⁹ Demnach ist die Ampel ‚grün‘ und es besteht kein Anlass zur Missbrauchskontrolle, wenn nicht mindestens das Vierfache eines Wertes nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG oder das Dreifache beider Faktoren überschritten ist. Beträgt einer der Faktoren mehr als das Vierfache oder übersteigen beide Werte das Dreifache der Werte des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG (acht Jahre oder zwölf Verlängerungen), ist eine Rechtsmissbrauchskontrolle durchzuführen, auch wenn damit ein institutioneller Rechtsmissbrauch noch nicht indiziert ist (‚Gelbphase‘). Es liegt dann am Arbeitnehmer, weitere Umstände vorzutragen, die den Rechtsmissbrauch begründen. Die Ampel ist ‚rot‘, wenn die Zahl der wiederholten Befristungen einen der Schwellenwerte des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG um mehr als das Fünffache überschreitet oder beide Schwellenwerte mehr als das jeweils Vierfache betragen (zehn Jahre oder mehr als 15 Verlängerungen). In diesen Fällen ist ein Rechtsmissbrauch indiziert.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Grundlegend: EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük), ECLI:EU:C:2012:39 (Rn. 51); s. auch: EuGH 26.11.2014 – C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 (Mascolo), ECLI:EU:C:2014:2401 (Rn. 103); BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (Rn. 37).

⁴⁷⁷ BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (Rn. 38 f.); folgend auf: EuGH 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük), ECLI:EU:C:2012:39.

⁴⁷⁸ BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (Rn. 44); Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 77.

⁴⁷⁹ Grundlegend: BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382 (Rn. 26 f.); den Begriff der ‚Rechtsmissbrauchsampel‘ prägend: Kiel, JbArbR 50, S. 46.

⁴⁸⁰ Zu den verschiedenen ‚Ampelphasen‘: BeckOK ArbR/Bayreuther, TzBfG § 14 Rn. 50; Kiel, NZA-Beilage 2016, 72 (83–84).

B. Entbehrlichkeit der Rechtsmissbrauchskontrolle im Falle der Projektbefristung?

Die vom BAG durchgeführte Rechtsmissbrauchskontrolle ist im Falle der Projektbefristung aus den folgenden Gründen inhaltslos und deshalb im Ergebnis entbehrlich.

I. Keine pauschale Übertragbarkeit der für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG entwickelten Grundsätze auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Die skizzierten Grundsätze der institutionellen Missbrauchskontrolle sind anhand eines Falles zur Vertretungsbefristung entwickelt worden.⁴⁸¹ Hier ergibt sich die Missbrauchsanfälligkeit daraus, dass beim Arbeitgeber ein ständiger Bedarf an Vertretungen (erst Vertretung Urlaub für Arbeitnehmer 1, dann Vertretung Elternzeit für Arbeitnehmer 2, dann Vertretung Sabbatical für Arbeitnehmer 3) bestehen kann, der zwar jeder für sich eine Vertretungsbefristung rechtfertigt, in der Gesamtschau aber missbräuchlich ist.

Mittlerweile führt die Rechtsprechung die Rechtsmissbrauchskontrolle aber auch beim Vorliegen anderer Sachgründe, namentlich der Haushaltsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG⁴⁸², der Befristung durch gerichtlichen Vergleich gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG⁴⁸³ sowie der Befristung wegen vorübergehenden Mehrbedarfs (und damit auch der Projektbefristung) gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG durch.⁴⁸⁴ Hingegen ist die Missbrauchsprüfung nach dem BAG auf den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG ausdrücklich nicht anwendbar, da in diesen Fällen der Sachgrund selbst eine umfassende Interessenabwägung verlangt.⁴⁸⁵ Für die Fälle der Erprobungsbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG oder der Befristung im Anschluss an eine Ausbildung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG ist die Prüfung nicht wirklich relevant, da diese Befristungsgründe i. d. R. nur einmal eingesetzt werden und deshalb keine Befristungsketten entstehen.⁴⁸⁶

⁴⁸¹ Vgl. *Schlachter*, in FS Wank, S. 503.

⁴⁸² BAG 13.2.2013 – 7 AZR 225/11, NZA 2013, 777 (Rn. 39 f.).

⁴⁸³ BAG 14.1.2015 – 7 AZR 2/14, NZA 2016, 39 (Rn. 38).

⁴⁸⁴ BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (39 f.); BAG 24.9.2014 – 7 AZR 987/12, NZA 2015, 301 (Rn. 34).

⁴⁸⁵ BAG 30.8.2017 – 7 AZR 864/15, NZA 2018, 229 (Rn. 49); zustimmend: *Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 98; *Kuckuk*, NZA 2019, 22 (23); s. auch: *Pallasch*, RdA 2019, 61 (66); nach *Feuerborn* gilt dies indes für alle Befristungsgründe, vgl. *Feuerborn*, FS Preis, 219 (230); kritisch: *BeckOK ArbR/Bayreuther*, TzBfG § 14 Rn. 55 m. w. N.

⁴⁸⁶ *Kamanabrou*, NZA 2016, 385 (389).

Daraus wird deutlich, dass die Missbrauchskontrolle nicht zwingend bei jeder Sachgrundbefristung Anwendung findet, sondern es sich nach dem Inhalt des jeweiligen Befristungsgrunds richten muss, ob eine zusätzliche Missbrauchskontrolle notwendig ist.

II. Keine Übertragbarkeit auf die Saison- und Kampagnebefristungen gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

Von vornherein aus den Überlegungen auszuschließen sind die unter § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG fallenden Sachverhalte der Saison- und Kampagnebefristung. Sie bilden keinen Problemfall für die Kettenbefristung. Es kann zwar eine beachtliche Anzahl an befristeten Verträgen zwischen den gleichen Arbeitsvertragsparteien bestehen, indem ein Arbeitnehmer mehrere Jahre hintereinander z.B. jeweils für zwei Monate zum Spargelstechen („Spargelsaison“) oder im Weihnachtsgeschäft des Arbeitgebers eingesetzt wird.⁴⁸⁷ Allerdings entsteht bei wiederholter Saison- oder Kampagnebefristung für den Arbeitnehmer nicht die gleiche soziale Unsicherheit wie bei durchgängiger Beschäftigung mit Befristungsketten, weil sowohl die Saison- als auch die Kampagnetätigkeit von vornherein nicht geeignet sind, den Lebensunterhalt des Arbeitnehmers zu sichern.⁴⁸⁸ Weiterhin liegt aufgrund der langen Unterbrechungszeiten⁴⁸⁹ zwischen den einzelnen Saisons/Kampagnen keine Befristungskette i. S. d. BRV vor. Im Falle der Saison- und Kampagnebefristung besteht daher keine Notwendigkeit, den Arbeitnehmer vor Missbrauch i. S. d. Rahmenvereinbarung zu schützen. Problematische Fälle der Kettenbefristung sind dagegen diejenigen, in denen die Beschäftigung durchgehend oder im Verhältnis zur Vertragsdauer mit kurzen Unterbrechungen erfolgt. Denn je öfter die Befristung verlängert wird, desto stärker ist die Erwartung beim Arbeitnehmer, dass es sich bei den Verlängerungen um ein ‚noch nicht‘ unbefristetes Arbeitsverhältnis handle und ‚es schon irgendwie weiter geht‘, weshalb eine besondere Schutzbedürftigkeit besteht.⁴⁹⁰

III. Höhere Prognoseanforderungen bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG im Vergleich zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG

Für die Missbrauchskontrolle verbleibt somit immer dann ein Anwendungsbereich, wenn durch die Sachgrundprüfung auf der ersten Stufe nicht alle Risiken

⁴⁸⁷ Kamanabrou, NZA 2016, 385 (389).

⁴⁸⁸ Kamanabrou, NZA 2016, 385 (389).

⁴⁸⁹ Nach dem EuGH reicht eine Unterbrechung von 60 Tagen zwischen zwei befristeten Verträgen aus, damit diese nicht mehr als „aufeinanderfolgend“ angesehen werden, vgl. EuGH 3.7.2014 – C-362/13 (Fiamingo), ECLI:EU:C:2014:2044 (Rn. 74).

⁴⁹⁰ Kamanabrou, NZA 2016, 385 (390); Schlachter, in: FS Wank, S. 503 (509 f.).

abgedeckt und umfassend untersucht werden können – so auch im Rahmen der Vertretungsbefristung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG.

Sowohl bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 als auch bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG handelt es sich um Fälle des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung.⁴⁹¹ Im Gegensatz zur Prognose bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG muss sich jedoch die arbeitgeberseitige Prognose bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG nur darauf beziehen, dass der Vertretungsbedarf nach Rückkehr des zu vertretenden Stammmitarbeiters voraussichtlich wegfällt und nicht darauf, dass für den befristet eingestellten Arbeitnehmer mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende kein dauerhafter betrieblicher Bedarf mehr besteht.⁴⁹²

Daher ist für die Wirksamkeit der Befristung im Rahmen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG – im Gegensatz zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG – unerheblich, ob der Arbeitgeber grundsätzlich genügend Stammpersonal hat, um seine Daueraufgaben zu erledigen.⁴⁹³ Aufgrund des Inhalts der Prognoseprüfung bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist deshalb, bei ordentlicher Prüfung der Prognose, bereits auf Tatbestandsebene ausgeschlossen, dass trotz eines Dauerbedarfs befristet wird. Gerade diese Anforderung besteht bei der Prognoseprüfung i. R. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG aber nicht.

IV. Keine Beispiele einer Notwendigkeit der Missbrauchskontrolle bei vorübergehendem Bedarf gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus der Rechtsprechung

Die These, dass für eine Missbrauchskontrolle im Rahmen der Projektbefristung kein Anwendungsbereich verbleibt, wird dadurch bestätigt, dass es keine Beispiele aus der Rechtsprechung gibt, in denen eine Missbrauchskontrolle notwendig gewesen wäre und zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre als die Sachgrundprüfung. Sowohl das BAG als auch die Instanzgerichte prüfen im Rahmen von ‚Missbrauchskontrollen‘ bei Fällen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG (und hierbei auch Projektbefristungen) Fragen, die systematisch richtigerweise bereits in der Prognose zu prüfen gewesen wären.

Hat das BAG in Fällen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG die Missbrauchskontrolle eröffnet, so lagen die Zeiten bisher immer im ‚grünen‘ Ampelbereich, weshalb im Ergebnis kein Rechtsmissbrauch festzustellen war.⁴⁹⁴ Allerdings haben die In-

⁴⁹¹ S. schon: Kap. 2, B. II. 4., S. 46 ff.

⁴⁹² Vgl. Meinel/Heyn/Herms/Meinel, TzBfG § 14 Rn. 125; Oberthür, DB 2001, 2246 (2247 f.).

⁴⁹³ BAG 24.8.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 (Rn. 26); ErfK/Müller-Glöße, TzBfG § 14 Rn. 35b.

⁴⁹⁴ Vgl. BAG 21.8.2019 – 7 AZR 572/17 NZA 2019, 1709 (fünf befristete Verträge, insgesamt 33 Monate); BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17, NZA 2019, 611 (sechseinhalb Jahre,

stanzgerichte vereinzelt Rechtsmissbrauch i. S. d. § 242 BGB bejaht. Hierbei haben die Gerichte jedoch ‚offengelassen‘, ob der Sachgrund des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG vorlag und die Unwirksamkeit der Befristung in Folge der Einzelfallabwägung nach § 242 BGB begründet. Inhaltlich handelte es sich bei den dort angestellten Erwägungen jedoch eher um eine „Sachgrundprüfung light“⁴⁹⁵, z. B. durch die Feststellung, dass die von der Klägerin ausgeübten Tätigkeiten so projektspezifisch gewesen seien, dass sie einen bereichsübergreifenden Dauerbedarf darstellen⁴⁹⁶ oder die Monierung der Tatsache, dass die Beklagte den ‚Saisonbetrieb‘ nicht ausreichend dargelegt hätte.⁴⁹⁷ Dies sind indes Prüfungspunkte, die i. R. d. anzustellenden Prognose schon auf Sachgrundebene dazu hätten führen müssen, den vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung zu verneinen. Das Vorgehen der Instanzgerichte steht somit nicht in Einklang mit dem vom BAG entwickelten zweistufigen Prüfungsaufbau und ist schon vor diesem Hintergrund abzulehnen.

C. Ergebnis des vierten Kapitels

Eine Übertragbarkeit der Missbrauchsprüfung auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist im Ergebnis zu verneinen.⁴⁹⁸ Die Wirksamkeitsanforderungen an den Befristungsgrund stellen sicher, dass nur vorübergehender Bedarf und nicht trotz eines Dauerbedarfs befristet wird. Kommt es i. R. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu häufigen Verlängerungen und langen Beschäftigungszeiten, ist schon auf Sachgrundebene (‚1. Stufe‘) in Frage zu stellen, ob es sich noch um einen vorübergehenden Bedarf handelt. Dies ist hingegen keine Frage der Prüfung des institutionellen Rechtsmissbrauchs auf der ‚2. Stufe‘.

Aus der Rechtsprechung des BAG und der LAGs wird daher vielmehr ersichtlich, dass diese den ‚Rettungsanker‘ der Missbrauchskontrolle verwenden, um die im Rahmen der Prognose versäumten Erwägungen nachzuholen. Dies ist jedoch nicht nur systematisch falsch, sondern erfolgt auch ohne anzuknüpfendes Tatbestandsmerkmal ‚im luftleeren Raum‘ und ist damit unnötigerweise unbestimmt bzw. willkürlich.

sechsmalige Vertragsverlängerung); BAG 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, AP TzBfG § 14 Nr. 174 (insgesamt 29 Monate, acht Verträge).

⁴⁹⁵ Begriff übernommen von *Juncker*, öAT 2021, 192; vgl. LAG Berlin-Brandenburg 6.5.2021 – 5 Sa 1472/20, BeckRS 2021, 19240 (Rn. 25); LAG Berlin-Brandenburg 4.2.2015 – 15 Sa 1947/14, BeckRS 2015, 66788; LAG Berlin-Brandenburg 27.10.2015 – 6 Sa 244/14, BeckRS 2016, 66248 (Rn. 27 f.).

⁴⁹⁶ LAG Berlin-Brandenburg 6.5.2021 – 5 Sa 1472/20, BeckRS 2021, 19240 (Rn. 25, 27).

⁴⁹⁷ LAG Berlin-Brandenburg 4.2.2015 – 15 Sa 1947/14, BeckRS 2015, 66788.

⁴⁹⁸ Vage in diese Richtung: *Thüsing*, JM 2018, 239 (241); a. A. *Bayreuther*, NZA 2013, 23 (26), der sich für Anwendung der Missbrauchskontrolle auch auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ausspricht, damit verhindert wird, dass der Arbeitgeber sein unternehmerisches Risiko in unzulässiger Weise auf den Arbeitnehmer abwälzt. Dies ist indes schon auf der ‚1. Stufe‘ zu prüfen.

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

Anlass für diese Arbeit gibt, dass insbesondere im Umfeld des Öffentlichen Dienstes (z.B. im Bereich Entwicklungshilfe oder bei Drittmittelforschung an Hochschulen) der Abschluss und die Verlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen davon abhängig gemacht wird, dass ‚Dritte‘ dem Arbeitgeber zur Durchführung eines bestimmten Vorhabens Finanzmittel zur Verfügung stellen. Arbeitnehmer werden dann jeweils nur für die Dauer des konkreten Vorhabens befristet eingestellt und zwar unabhängig davon, ob im Anschluss daran noch Beschäftigungsbedarf besteht. Im Folgenden werden diese Fälle als ‚Projektbefristung‘ bezeichnet. Diese Befristungspraxis führt auf Arbeitnehmerseite zu sozialer Unsicherheit und passt nicht damit zusammen, dass der Arbeitgeber gem. § 615 S. 3 BGB das Betriebsrisiko trägt. Es stellt sich daher die Frage nach Zulässigkeit und Grenzen dieser Befristungen.

Der Projektbegriff

1. Das Befristungsrecht (und erst recht nicht das Arbeitsrecht insgesamt) kennt keine einheitliche Definition für ‚Projekt‘. Vielmehr hängt die Auslotung des Begriffs jeweils von der konkreten Regelung und dem konkreten Tatbestand ab, unter den ein bestimmtes Vorhaben subsumiert werden soll.
2. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sowie das Gemeinschaftsprojekt i. S. d. § 1 AÜG knüpfen an den betriebswirtschaftlichen Projektbegriff des Projektmanagements an. Dort lässt sich ein Projekt von einer Routineaufgabe durch die Feststellung abgrenzen, dass für dieses eine gesonderte Arbeitsorganisation eingerichtet ist. Umgekehrt kann eine Routineaufgabe wirtschaftlich nicht sinnvoll als Projekt durchgeführt werden. Beim Projektbegriff des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG steht dagegen die Abgrenzung zwischen einer Daueraufgabe des Unternehmens und einem Projekt im Mittelpunkt der Betrachtung.

Rechtsgrundlagen der Projektbefristung

3. Im Arbeitsleben finden sich im Wesentlichen drei Ausprägungen von Projektbefristungen: Bedarfs-, Finanzierungs- und Haushaltsbefristungen. Bedarfsbefristungen sind § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zuzuordnen.

§ 2 Abs. 2 WissZeitVG zielt auf Finanzierungsbefristungen. Rechtfertigung für die Befristung ist hierbei die Endlichkeit der Bewilligung der Finanzierung.

Bedarfselemente haben hingegen keine Bedeutung innerhalb der Prognosebeurteilung.

Haushaltsbefristungen unterfallen § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG.

4. Projekte stellen einen Unterfall des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung i. S. d. Regelung des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG dar.
5. Das Tatbestandsmerkmal des ‚vorübergehenden‘ Bedarfs bedingt grundsätzlich eine Prognose bei Vertragsschluss, wonach der Beschäftigungsbedarf im Betrieb mit hinreichender Sicherheit nur bis zum Auslaufen der Befristung besteht.
6. Aus der Beschreibung des Begriffs ‚vorübergehend‘ in den Regelungen der § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG, § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG oder § 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III lassen sich keine direkten Rückschlüsse darauf ziehen, wo die Grenze zwischen dem ‚vorübergehenden‘ Beschäftigungsbedarf einerseits und dem unternehmerischen Risiko andererseits liegt. Von Interesse sind sie hier aber insoweit, als für die jeweils relevanten ‚vorübergehenden‘ Sachverhalte durch Gesetz bzw. die Rechtsprechung fixe zeitliche Höchstgrenzen festgelegt wurden. Dem lässt sich der auch hier relevante Grundsatz entnehmen, dass der ‚vorübergehende‘ Beschäftigungsbedarf auf eine absolute zeitliche Höchstgrenze stoßen muss.
7. ‚Vorübergehend‘ ist der Bedarf an der Arbeitsleistung dann, wenn dafür objektive betriebliche Gründe – wie sie z. B. auch aus § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG und § 17 Abs. 1 S. 7 Nr. 4 BEEG bekannt sind – vorliegen.
8. Ein betrieblicher Mehrbedarf kann sich sowohl im Rahmen einer Daueraufgabe als auch dann einstellen, wenn der Arbeitgeber eine Zusatzaufgabe erbringt. Die Abgrenzung eines Mehrbedarfs im Rahmen einer Daueraufgabe vom allgemeinen Unternehmerrisiko vollzieht sich dabei nach quantitativen, die eines betrieblichen Mehrbedarfs im Rahmen einer Zusatzaufgabe nach qualitativen Abgrenzungsmerkmalen. Bei letzterem können quantitative Abgrenzungsmerkmale schon deshalb keine Rolle spielen, weil die Unsicherheit über den zukünftigen Umfang der im Unternehmen anfallenden Arbeiten schlicht das unternehmerische Risiko widerspiegelt, das dem Arbeitgeber auferlegt ist.
9. Das BAG hat für die Projektbefristung zwei eigenständige Tatbestandsvoraussetzungen entwickelt. Die lediglich projektbezogene negative Beschäftigungsprognose ist für den Arbeitgeber zunächst leichter zu führen als die Prognose bei den sonstigen Fallgruppen. Bei der zweiten Voraussetzung, der überwiegenden Beschäftigung des Arbeitnehmers mit Projektaufgaben, treffen den Arbeitgeber dagegen höhere Voraussetzungen als „im Normalfall“. Damit handelt es sich bei der Fallgruppe ‚Projektbefristung‘ insgesamt nicht um eine Privilegierung des Arbeitgebers, sondern nur um eine alternative Fallgruppe des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.
10. Die Befristungstatbestände des § 2 Abs. 2 WissZeitVG und § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG unterscheiden sich erheblich. Sie basieren auf unterschiedlichen Rechtfertigungsgründen (Finanzierung vs. Bedarf). Deshalb sind Rückschlüsse

von einem Tatbestand auf den anderen nicht möglich. Daher ist es nicht überzeugend, wenn der siebte Senat des BAG in seine Rechtsprechung zur Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG Merkmale übernimmt, die eigentlich aus § 2 Abs. 2 WissZeitVG stammen (Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Beschäftigung mit Projektaufgaben sowie die Drittmittelvergabe als Indiz für das Vorliegen eines Projekts). Das BAG vermischt dadurch die Zulässigkeitsvoraussetzungen zweier unterschiedlicher Befristungsgründe.

11. Die Unterschiede schließen aber nicht aus, dass die Befristungsgründe im Einzelfall nebeneinander anwendbar sind. Die (befristete) Finanzierung eines Projekts durch einen Dritten führt im fraglichen Zeitraum nämlich zu einem vorübergehenden Mehrbedarf an Arbeit i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Dennoch kann es so sein, dass sich eine Finanzierungsbefristung alleine auf § 2 Abs. 2 WissZeitVG stützen lässt, weil hier nicht geprüft werden muss, ob der Beschäftigungsbedarf nach Ende der Finanzierung wegfällt. Besteht der Beschäftigungsbedarf daher auch nach Wegfall der Finanzierung durch den Dritten fort (und muss dann eben nur anderweitig finanziert werden), ist § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nicht einschlägig.
12. Projekte lassen sich unter den Haushaltsbefristungstatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG subsumieren, wenn in einem staatlichen, formellen Haushaltsgesetz zeitlich befristete Mittel für ein Projekt bereitgestellt werden. Diesem Tatbestand wurde in dieser Arbeit auch deshalb nicht weiter nachgegangen, da er noch in der aktuellen Legislaturperiode ersatzlos gestrichen werden soll. Jedenfalls lassen sich aus ihm wegen seiner zahlreichen Eigenheiten (Rechtfertigung allein zu Gunsten des öffentlichen Arbeitgebers, Beachtung der Besonderheiten des Haushaltsrechts) keine Rückschlüsse auf den projektbefristungsrechtlichen Grundtatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ziehen.
13. Nach der Rechtsprechung des BAG können ‚Drittmittelfinanzierungen‘ als ungeschriebener Sachgrund auf § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG gestützt werden. Bei näherem Hinsehen erweist sich das aber als bedeutungslos. Soweit eine Drittmittelbefristung unter § 2 Abs. 2 WissZeitVG subsumierbar ist, verdrängt diese Regelung das insoweit weniger spezielle TzBfG. Darüber hinaus sind die seitens des BAG zur Subsumtion der Drittmittelfinanzierung als ungeschriebener Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG formulierten Voraussetzungen mit denen des vorübergehenden Bedarfs i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG identisch. Einschlägige Fallgestaltungen sollten daher unter diesen ausdrücklich geregelten Sachgrund gefasst werden.

Unionsrechtliche Zulässigkeit der Projektbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

14. Zentrale Frage bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Projektbefristungen i. S. d. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist die nach ihrer unionsrechtlichen Zu-

lässigkeit. Sie muss den Vorgaben der Befristungsrichtlinie (1999/70/EG) genügen. Diese findet in der Rechtsprechung, die sich noch sehr an einer überkommenen nationalen, kameralistischen Sichtweise orientiert, bislang zu wenig Beachtung.

15. Grundsätzlich sieht das Unionsrecht den vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung als tauglichen Sachgrund an. Für die danach notwendige Abgrenzung zwischen einem nur vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung und einem Dauerbedarf hat der EuGH zahlreiche Abgrenzungskriterien entwickelt (insbes. nach Inhalt der Aufgabe, keine Kompensation bei von vornherein unzureichender Personalplanung durch Befristungen, zeitliche Höchstgrenzen). An die Prüfung, ob diese vorliegen, richtet er aber strenge Anforderungen.
16. Diesen Anforderungen wird man nicht gerecht, wenn man bei der Prognoseprüfung nur auf das einzelne, aktuelle Projekt abstellt:
 - a) Zunächst besteht die Gefahr, dass ein tatsächlich bestehender, dauerhafter Bedarf an der Arbeitsleistung nicht erkannt wird.
 - b) Die fehlende Planbarkeit des zukünftigen Einsatzes der Projektmitarbeiter kann auch nicht dazu herhalten, den ansonsten vorherrschenden Prognosemaßstab zu modifizieren. Sie rechnet vielmehr zum Kern des unternehmerischen Risikos.
 - c) Weiterhin besteht das Risiko, dass es zu einer Aneinanderreihung von Kurzzeitebefristungen kommt. Das widerspricht dem von der Richtlinie intendierten Schutz des Arbeitnehmers vor prekären Beschäftigungsverhältnissen.
 - d) Die Anerkennung des arbeitgeberseitigen Interesses, für jedes Projekt den am besten qualifizierten Arbeitnehmer neu einzustellen sowie die Berücksichtigung, dass der Arbeitgeber die aus seiner Sicht gewünschte Qualität des Personals nicht vorhersehen kann, würde dazu führen, dass der Abschluss befristeter Verträge die Regel würde und der Arbeitgeber nach kurzen Befristungszeiten immer wieder prüfen würde, ob er jemand besseren findet. Dies ist mit dem Leitbild des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als ‚Normalfall‘ sowie dem Schutz des Arbeitnehmers vor prekären Beschäftigungsverhältnissen unvereinbar.

Die Rechtsprechung des BAG zur Projektbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG im Spiegel des nationalen Arbeitsrechts

17. Die vom BAG entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen zur Projektbefristung fügen sich auch nicht in die Gesamtsystematik des deutschen Arbeitsrechts ein.
 - a) Der Arbeitgeber hat keinen Anspruch darauf, für jede einzelne Arbeitsaufgabe den jeweils besten Kandidaten einsetzen zu können. Vielmehr ist Wesensgehalt des Dienstvertragsrechts, dass ein reines Tätigwerden ge-

schuldet ist. Deshalb stellt die Rechtsprechung bspw. an die Kündigung von ‚Low Performern‘ hohe Hürden. Deutlich wird das aber auch daran, dass der Gesetzgeber das Erprobungsinteresse des Arbeitgebers nur in dem durch die § 1 Abs. 1 KSchG, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG und § 14 Abs. 2 TzBfG beschriebenen Rahmen anerkennt.

- b) Die Tatbestandsvoraussetzung der ‚überwiegenden Beschäftigung mit Projektaufgaben‘ passt systematisch gesehen nur für die Finanzierungs- bzw. Haushaltsbefristung und stellt dort sicher, dass der Befristungsgrund nicht nur vorgeschoben ist. Bei einer Bedarfsbefristung bewirkt sie hingegen eine nicht erklärbare Beschränkung des Arbeitgebers in seiner Arbeitsorganisation.

Zusätzliche (Missbrauchs-)Grenzen der Projektbefristung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG

- 18. Die Grundsätze der Rechtsprechung zur Missbrauchskontrolle von Vertretungsbefristungen können nicht auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG übertragen werden. Bei der Saison- und Kampagnebefristung besteht keine entsprechende Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. In allen übrigen Fällen sind die Anforderungen an die negative Beschäftigungsprognose schon bei der Erstbefristung so hoch, dass eine Befristung nur möglich ist, wenn tatsächlich ein nur vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung vorliegt. Damit erübrigt sich ein weitergehender Vergleich mit der Vertretungsbefristung.

Fazit und Ausblick

Der siebte Senat des BAG hat mit der ‚Projektbefristung‘ eine Fallgruppe entwickelt, die sich nicht mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG in Einklang bringen lässt. Einerseits wird die Bedarfsprognose auf den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs im Projekt begrenzt. Andererseits wird zur Voraussetzung gemacht, dass der Arbeitnehmer voraussichtlich überwiegend mit Projektaufgaben beschäftigt wird. Dies ist weder mit dem Unionsrecht vereinbar, noch fügt sich dies in den Kontext des nationalen Arbeitsrechts ein. Es ist daher im Ergebnis zwar *zulässig*, jemanden für die Mitarbeit in einem Projekt zu befristen, es gelten aber die allgemeinen Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG.

Die *Grenze* der Zulässigkeit von (Projekt-)Befristungen nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG erschöpft sich in der ordnungsgemäß durchgeführten negativen Beschäftigungsprognose. Die zu § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG entwickelten Grundsätze einer zusätzlichen ‚Missbrauchskontrolle‘ sind nicht auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG übertragbar.

Wollte das BAG hingegen an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten, müsste es dem EuGH die Frage vorlegen, ob diese Rechtsprechung mit dem Unionsrecht vereinbar ist (Art. 267 AEUV, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

Literaturverzeichnis

Hinweis: Für alle zitierten Websites gilt der Stand: 19.7.2023.

Ahrendt, Martina/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Rinck, Ursula/Treber, Jürgen/Vogelsang, Heinrich, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Auflage 2021 (zitiert: *Schaub/Bearbeiter*).

Annuß, Georg/Thüsing, Gregor, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: *Annuß/Thüsing/Bearbeiter*, TzBfG).

Arnold, Christian, EuGH „vorübergehende“ Überlassung eines Leiharbeitnehmers auch bei Beschäftigung auf Dauerarbeitsplatz, FD-ArbR 2022, 447755.

Arnold, Christian/Zeh, Ricarda, Die befristete Beschäftigung von Rentnern, NZA 2019, 1017 – 1023.

Arnold, Manfred/Gräfl, Edith, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 5. Auflage 2021 (zitiert: *Arnold/Gräfl/Bearbeiter*, TzBfG).

Backhaus, Ludger, Haushaltsbefristung und Unionsrecht, in: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Wiebke Brose/Stefan Greiner/Christian Rolfs/Adam Sagan/Angie Schneider/Markus Stoffels/Felipe Temming/Daniel Ulber, 2021, S. 19–30.

Bader, Peter, Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu befristeten und auflösend bedingten Arbeitsverträgen, NZA-RR 2022, 113–120.

Bader, Peter/Fischermeier, Ernst/Gallner, Inken u. a., KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Auflage 2022 (zitiert: *KR-Bearbeiter*).

Bader, Peter/Hohmann, Roger, Befristungen im Bereich der Entwicklungshilfe – Sonderrecht für projektbezogene Befristungen?, NZA 2017, 761–765.

Bähr, Yannick, Fremdpersonaleinsatz im Rahmen agiler Projektstätigkeit, 2022.

Bauer, Jobst-Hubertus/Medem, Andreas von, Flexibilität durch Befristung – Chancen und Risiken der Befristung von Arbeitsverhältnissen und einzelner Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung neuerer Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung, RAW 2015, 99–105.

Bauer, Waldemar/Bleck-Neuhaus, Jörn/Dombois, Rainer/Wehrmann, Ingo, Forschungsprojekte entwickeln – Von der Idee bis zur Publikation, 2. Auflage 2018.

Bayreuther, Frank, Kettenbefristung zur Vertretung von Arbeitnehmern, NZA 2013, 23–26.

Beck, Thomas, Die Projektorganisation und ihre Gestaltung, 1996.

Beden, Yannik, Arbeitsrechtliche Prognoseentscheidungen, 2020.

Bieder, Marcus, Die Rechtsprechung des BAG zum Individualarbeitsrecht im Jahr 2018, ZfA 2019, 367–418.

- Blum, Nikolaus/Vehling, Katrin*, „Alles wird gut?“ – Anmerkungen zur geplanten Novellierung des WissZeitVG, *OdW* 2015, 189–198.
- Boecken, Winfried/Jacobsen, Daniel C.*, Anmerkung zu BAG 17.03.2010–7 AZR 640/08, in: AP TzBfG § 14 Nr. 70.
- Boecken, Winfried/Joussen, Jacob*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 6. Aufl. 2019 (zitiert: HK-TzBfG/*Bearbeiter*).
- Brand, Jürgen*, Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung – SGB III –, 9. Aufl. 2021 (zitiert: Brand/*Bearbeiter*, SGB III, § ... Rn ...).
- Brose, Wiebke*, Die Missbrauchskontrolle bei Kettenbefristungen an Hochschulen, *EuZA* 2017, 256–266.
- Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Beteiligungsbericht des Bundes 2021, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/beteiligungsbericht-des-bundes-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=6.
- Chaudhry, Bettina*, Doppelbefristungen in Vertretungsfällen und Befristungsdauer, *NZA* 2018, 484–487.
- Däubler, Wolfgang/Deinert, Olaf/Zwanziger, Bertram* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 11. Auflage 2020 (zitiert: Däubler/Deinert/Zwanziger-*Bearbeiter*, KSchR, § Gesetz).
- Dechange, André*, Projektmanagement schnell erfasst, 1. Auflage 2020.
- Dieterich, Thomas/Preis, Ulrich*, Befristete Arbeitsverhältnisse in Wissenschaft und Forschung – Konzept einer Neuregelung im Hochschulrahmengesetz, 2001 (zitiert: Dieterich/Preis/*Bearbeiter*).
- Domke, Friedrun*, Das Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals an deutschen Hochschulen zwischen wissenschaftlicher Dynamik und sozialer Sicherheit – Eine Untersuchung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, 2020 (zitiert: *Domke*, Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals).
- Dornbusch, Gregor/Fischermeier, Ernst/Löwisch, Manfred*, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2021 (zitiert: AR/*Bearbeiter*).
- Dörner, Hans-Jürgen*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Auflage 2011.
- Dörner, Hans-Jürgen*, Die Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG, in: Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2009, hrsg. v. Rüdiger Krause und Roland Schwarze, 2007, S. 55–70.
- Eckert, Niklas*, Die Vertretungsbefristung – Ein Befristungsgrund zur dauerhaften Beschäftigung?, 2016 (zitiert: *Eckert*, Die Vertretungsbefristung).
- Eisemann, Hans Friedrich*, Befristung und virtuelle Dauervertretung, *NZA* 2009, 1113–1117.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 53. Edition, Stand 15.11.2022 (zitiert: BeckOK GG/*Bearbeiter*).
- Eufinger, Alexander/Burbach, Nils*, New Work – eine arbeitsrechtliche Standortbestimmung, *DB* 2019, 1147–1153.
- Feuerborn, Andreas*, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht, 2003.

- Feuerborn*, Andreas, Die Kontrolle rechtsmissbräuchlicher Kettenbefristungen von Arbeitsverträgen durch das Bundesarbeitsgericht – Zur historischen Entwicklung und zur aktuellen Handhabung des Sachgrunderfordernisses, in: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Wiebke Brose/Stefan Greiner/Christian Rolfs/Adam Sagan/Angie Schneider/Markus Stoffels/Felipe Temming/Daniel Ulber, 2021, S. 219–231.
- Fischinger*, Philipp S., Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021.
- Fitting*, Karl (Begr.)/*Schmidt*, Ingrid/*Trebing*, Yvonne/*Linsenmaier*, Wolfgang/*Scholz*, Hanna/*Schmidt*, Kristina, BetrVG, 31. Auflage 2022 (zitiert: *Fitting*).
- Franzen*, Martin/*Gallner*, Inken/*Oetker*, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage 2020 (zitiert: *EuArbRK/Bearbeiter*).
- Friese*, Birgit, Die Bildung von Spartenbetriebsräten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, RdA 2003, 92.
- Fuhlrott*, Michael/*Mückl*, Patrick (Hrsg.), Praxishandbuch Low-Performance, Krankheit, Schwerbehinderung, 2014 (zitiert: *Fuhlrott/Mückl/Bearbeiter*).
- Gallner*, Inken/*Mestwerdt*, Wilhelm/*Nägele*, Stefan (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage 2021 (zitiert: *HaKo-KSchR/Bearbeiter*).
- Geis*, Max-Emanuel, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Ordner 3, 38. AL Juli 2011 (zitiert: *Geis/Bearbeiter*, *WissZeitVG*).
- Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Integrierter Unternehmensbericht 2021, abrufbar unter: <https://www.giz.de/de/downloads/giz2022-de-integrierter-unternehmensbericht-2021.pdf>.
- Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Jahresabschlussbericht 2021, abrufbar unter: <https://www.giz.de/de/downloads/GIZ-2022-de-Jahresabschluss-2021.pdf>.
- Gick*, Robert Karl, Systemische Analyse von Problemen in der Entwicklungszusammenarbeit und Erarbeitung von Lösungsansätzen anhand einer neu entwickelten Projektmanagementmethode, 2011.
- Giesberts*, Ludger/*Reinhardt*, Michael (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht, 63. Edition, Stand: 01. 12. 2022 (zit. BeckOK UmweltR/*Bearbeiter*).
- Gooren*, Paul, Vertretungsbedingte Kettenbefristungen nach dem Kücük-Urteil des EuGH, ZESAR 2012, 225–230.
- Grager*, Nicola, Befristungen nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG wegen vorübergehenden betrieblichen Bedarfs, FA 2004, 194–196.
- Grau*, Timon/*Kruppa*, Sophie, Die arbeitsrechtliche Agenda der neuen Bundesregierung – Entwicklungen im Arbeitsrecht nach dem Koalitionsvertrag von SPD, Grüne und FDP, RdA 2022, 73–85.
- Hagedorn*, Michael/*Struck*, Gabi, Projektmanagement in der deutschen bilateralen Technischen Entwicklungszusammenarbeit, in: Entwicklungszusammenarbeit gestalten – Inhalte und Methoden für ein erfolgreiches Wirken in einem komplexen Berufsfeld, hrsg. v. Karin Fiege/Theo Rauch, 2012, S. 192–206.
- Hans*, Susanne, Befristung wissenschaftlichen Personals im Spannungsfeld von Arbeitnehmerschutz und Wissenschaftsfreiheit, 2019.

- Hartmer, Michael/Detmer, Hubert* (Hrsg.), Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis, 4. Auflage 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HSchR-Praxishandbuch, S.).
- Hauck-Scholz, Peter*, Aktuelle Probleme des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG), öAT 2013, 89.
- Heintel, Peter/Krainz, Ewald E.*, Projektmanagement, 6. Auflage 2015.
- Heinz, Katharina*, „65 Jahre + x“ und arbeitswillig – Rechtliche Möglichkeiten der befristeten (Weiter-)Beschäftigung von Rentnern, BB 2016, 2037–2041.
- Henkel, Iris*, Die Projektbefristung im Hochschul- und Forschungsbereich, öAT 2020, 73–76.
- Henssler, Martin* (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR HGB, Stand 15.10.2022 (zitiert: BeckOGK/*Bearbeiter*, HGB).
- Henssler, Martin/Willemsen Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen*, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022 (zitiert: HWK/*Bearbeiter*).
- Herfs-Röttgen, Ebba*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, 2019 (zitiert: Herfs-Röttgen/*Bearbeiter*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Teil ..., Kapitel ..., Rn. ...).
- Herfs-Röttgen, Ebba*, Projektbefristung und Drittmittelfinanzierung am Beispiel der Entwicklungszusammenarbeit – Eine kritische Würdigung der Rechtsprechung zur Sachgrundbefristung aus anwaltlicher Beratersicht, in: FS zum Gründungsjubiläum des Landesarbeitsgerichts Köln 1982–2022, hrsg. v. Jürgen vom Stein, 2022, S. 117–130.
- Herfs-Röttgen, Ebba*, Drittmittelfinanzierung als eigener Befristungsgrund, NZA 2023, 398.
- Hohmeister, Frank/Oppermann, Angelika*, Bundesurlaubsgesetz Handkommentar, 3. Aufl. 2013 (zitiert: Hk-BUrlG/*Bearbeiter*).
- Hromadka, Wolfgang*, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001 621–626.
- Hunold, Wolf*, Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund, BB 2003, 2345–2351.
- Joussen, Jacob*, Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 2. Online-Auflage 2018 (zitiert: Nomos-BR/Joussen, WissZeitVG).
- Juncker, Maximilian*, Institutioneller Rechtsmissbrauch bei Kettenbefristung einer Studienassistentin, öAT 2021, 192.
- Kamanabrou, Sudabeh*, Das Recht der Kettenbefristung in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, NZA 2016, 385–394.
- Kiel, Heinrich*, Vertretungsbefristung und Rechtsmissbrauch: Die Konzeption des Bundesarbeitsgerichts zur Befristungskontrolle bei Befristungsketten, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 50, Dokumentation für das Jahr 2012 (Hrsg. Ingrid Schmidt), S. 25–49.
- Kiel, Heinrich*, Die Rechtsprechung des Siebten Senats zu Befristungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 54, Dokumentation für das Jahr 2016 (Hrsg. Ingrid Schmidt), S. 51–82.
- Kiel, Heinrich*, Einstellung auf Zeit, NZA-Beilage 2016, 72–85.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 Individualarbeitsrecht II, 5. Aufl. 2021 (zitiert: MHdB ArbR/*Bearbeiter*).

- Kortstock*, Ulf, Reform des Hochschulbefristungsrechts – Entwurf eines Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, ZTR 2007 2–11.
- Krebber*, Sebastian, Die unionsrechtlichen Vorgaben zur Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverhältnissen, EuZA 2017, 3–22.
- Krebber*, Sebastian, Unionsrechtliches Arbeitsrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union in den Jahren 2016 und 2017, ZfA 2018, 323–373.
- Kroll*, Sebastian, Die Novellierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, ZTR 2016, 235–238.
- Kuckuk*, Meike, Missbrauchskontrolle bei der Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung, NZA 2019, 22–25.
- Küttner*, Wolfdieter (Hrsg.), Personalbuch 2022, 29. Auflage 2022 (zitiert: Personalbuch 2022/*Bearbeiter*, Stichwort Rn.).
- Lakies*, Thomas, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, 2. Auflage 2011.
- Lakies*, Thomas, Drittfinanzierte Arbeitsverhältnisse in der Privatwirtschaft und deren Beendigung, NZA 1995, 296–300.
- Laux*, Helga/*Schlachter*, Monika, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Auflage 2011 (zitiert: *Laux/Schlachter/Bearbeiter*).
- Lehmann-Wandschneider*, Ulrike, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, 1. Aufl. 2008.
- Linck*, Rüdiger/*Krause*, Rüdiger/*Bayreuther*, Frank, Kündigungsschutzgesetz, 16. Aufl. 2019 (zitiert: *Linck/Krause/Bayreuther/Bearbeiter*).
- Linck*, Rüdiger/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 6. Auflage 2021 (zitiert: *Ascheid/Preis/Schmidt/Bearbeiter*).
- Lipke*, Gert-Albert, Die Sachgrundprognose zur Befristung des Arbeitsverhältnisses – Verstoß gegen das Unionsrecht?, in: Festschrift für Gerhard Etzel zum 75. Geburtstag, hrsg. v. Peter Bader/Gert-Albert Lipke/Friedhelm Rost/Horst Weigand, 2011, S. 255–269.
- Loth*, Katharina, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, 2014.
- Löwisch*, Manfred, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479–484.
- Lübbert*, Joachim, Befristete Arbeitsverhältnisse im Hochschulbereich und in außeruniversitären Forschungseinrichtungen, 1985.
- Mandler*, Tobias, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 217–227.
- Mandler*, Tobias/*Meißner*, Markus, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotenzial, OdW 2016, 33–50.
- Maschmann*, Frank, Die mangelhafte Arbeitsleistung, NZA-Beil. 2006, 13–21.
- Maschmann*, Frank/*Konertz*, Roman, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform: Die Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, NZA 2016, 257–267.
- Meinel*, Gernod/*Heyn*, Judith/*Hermes*, Sascha, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 6. Auflage 2022.

- Meißner*, Markus, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016.
- Möller*, Lars Christian/*Ott*, Janina, Befristung an der Kette statt Kettenbefristung – bedarf es der roten Ampel?, *ArbR Aktuell* 2022, 87–90.
- Müller*, Carsten, Die Drittmittelbefristung nach Wissenschaftszeitvertragsgesetz (Wiss-ZeitVG), *öAT* 2010, 224–227.
- Müller*, Sonja Charlotte, Beschäftigung von Rentnern unter arbeits- und sozialrechtlichen Aspekten, 2015.
- Müller-Glöge*, Rudi/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023 (zit. *ErfK/Bearbeiter*).
- Oberthür*, Nathalie, das Prognoseprinzip im Befristungsrecht, *DB* 2001, 2246–2250.
- Oechslen*, Verena/*Yeats*, Neil, Anforderungen an eine wirksame Projektbefristung – Abgrenzung zu Daueraufgaben, *DB* 2019, 1271.
- Pallasch*, Ulrich, Befristung und Kündigung von Schauspielerverträgen – Zugleich Besprechung des Urteils BAG v. 30.8.2017 – 7 AZR 864/15, *RdA* 2019, 61–68.
- Persch*, Sven, Kernfragen des Befristungsrechts: Die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz, 2010.
- Petrovici*, Kolja, Projektbefristung von Arbeitsverhältnissen, *NZA* 2006, 411–413.
- Pfrang*, Sebastian Ferdinand, Das Ausbleiben arbeitsrechtlicher Weisungen im Arbeitsverhältnis, 2020.
- Plander*, Harro, Drittfinanzierte Arbeitsverhältnisse und deren betriebsbedingte Kündigung, *DB* 1982, 1216–1223.
- Plander*, Harro, Sachgründe für Kettenarbeitsverhältnisse und deren Grenzen nach neuem Recht, *ZTR* 2001, 499–502.
- Plander*, Harro/*Witt*, Alexander, Der nur vorübergehende Arbeitsbedarf als Befristungsgrund, *DB* 2002, 1002–1005.
- Preis*, Ulrich/*Greiner*, Stefan, Befristungsrecht – Quo vadis?, *RdA* 2010, 148–162.
- Preis*, Ulrich/*Sagan*, Adam, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage 2019 (zitiert: *Preis/Sagan/Bearbeiter*, *EuArbR Rz.*).
- Preis*, Ulrich/*Temming*, Felipe, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage 2020.
- Preis*, Ulrich/*Ulber*, Daniel, *WissZeitVG*, 2. Auflage 2017.
- Preuß*, Stefanie, Drittmittel für die Forschung. Grundlagen, Erfolgsfaktoren und Praxistipps für das Schreiben von Förderanträgen, 2017.
- Pütz*, Laura, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020.
- Räder*, Evelyn/*Steinheimer*, Karl-Heinrich, Das neue Wissenschaftszeitvertragsgesetz – Ausufernde Möglichkeiten für Befristungen in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, *PersR* 2007, 328–332.
- Reimer*, Franz, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2020.
- Richardi*, Reinhard/*Bayreuther*, Frank, Kollektives Arbeitsrecht, 5. Auflage 2023.

- Richter, Achim/Kaufmann, Markus*, Projektarbeit als Lückenbüßer?, *AuA* 2001, 491–494.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (zitiert: BeckOK ArbR/Bearbeiter), 66. Edition, Stand: 01.12.2022.
- Roth, Christian*, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, 2020.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, 8. Auflage 2020 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*).
- Sasse, Stefan*, Die Projektbefristung – Begriff und aktuelle Anforderungen, *ArbRB* 2021, 250–252.
- Schaich, Marie-Katrin*, Die Zulässigkeit der Projektbefristung – eine Analyse aus unionsrechtlicher Perspektive, in: *Freyler, Carmen/Gräf, Stephan* (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht? Dokumentation der 11. Assistentinnen- und Assistententagung im Arbeitsrecht vom 28.–30. Juli 2022, 1. Aufl. 2023, S. 191–204 (zitiert: *Freyler/Gräf* (Hrsg.), Arbeitsrecht als Richterrecht?).
- Schlachter, Monika*, Das Konzept des Missbrauchs im EU-Befristungsrecht, in: *Moderne Arbeitswelt – Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. *Martin Henssler/Jacob Joussen/Martin Maties/Ulrich* Preis, 2014, S. 503–512.
- Schüren, Peter* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 6. Auflage 2022 (zitiert: *Schüren/Hamann/Bearbeiter*).
- Seiwerth, Stephan*, Der Arbeitsplatzbezug in Leiharbeits- und Befristungsrichtlinie, *NZA* 2020, 273–278.
- Sievers, Jochen*, Befristungsrecht, *RdA* 2004, 291–303.
- Sievers, Jochen*, *TzBfG – Kommentar*, 7. Auflage 2022.
- Sommer, Jörn/Jongmanns, Georg/Book, Astrid/Rennert, Christian*, Abschlussbericht Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, 2022, abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2022/abschlussbericht-evaluation-wisszeitvg.html>.
- SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP*, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021–2025, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173/eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 2, Schuldrecht, Updatestand: 15.10.2022 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Steinberger, Martin/Wischpffennig, Armin von*, Neues zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) – Novellierung und flankierendes Landesrecht, *WissR* 2016, 217–256.
- Stiller, Jörn*, Das drittmittelfinanzierte Arbeitsverhältnis, 2000.
- Stöckert, Susanna*, Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Ein- und Durchführung der Scrum-Methode als Beispiel agiler Arbeitsmethoden, 2021.
- Thüsing, Gregor*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2018 (zitiert: *Thüsing/Bearbeiter, AÜG*).
- Thüsing, Gregor*, Quo vadis Arbeitsrecht?, *JM* 2018, 239–242.

- Thüsing, Gregor/Fütterer, Johannes/Thieken, Jan*, Prognosesicherheit und Befristung, *ZfA* 2014, 3–27.
- Traber, Othmar K.*, Projektbefristung und Prognoseentscheidung, *FA* 2005, 363–366.
- Vogt, Aegidius*, Befristungs- und Optionsvereinbarungen im professionellen Mannschaftssport, 2013.
- Wagner, Reinhard/Grau, Nino* (Hrsg.), *Basiswissen Projektmanagement – Grundlagen der Projektarbeit*, 1. Aufl. 2013 (zitiert: *Wagner/Grau/Bearbeiter, Basiswissen Projektmanagement*).
- Wank, Rolf*, Änderungen im Leiharbeitsrecht, *RdA* 2017, 100–115.
- Weber, Christian*, Zum (richtigen) Umgang mit Low-Performern, *DB* 2015, 1899–1903.
- Wiedemann, Herbert*, Zur Typologie zulässiger Zeitarbeitsverträge, in: *Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Kurt Kuchinke, 1970, S. 395–411.
- Winzer, Thomas/Abend, Tobias/Fischels, André*, Projektbefristung am Maßstab von § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG – Wenn die Zusatzaufgabe keine Daueraufgabe ist, *NZA* 2018, 1025–1030.
- Zimmermann, Wolfgang*, Befristete Arbeitsverhältnisse an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Drittmittelfinanzierung, 2001.

Stichwortverzeichnis

Akzessorisches Personal 61, 80, 91

Bedarfsprognose *siehe* Prognose

Befristungsrichtlinie 25, 47, 111 ff.

- Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes 25, 113
- Anforderungen an den sachlichen Grund des vorübergehenden Bedarfs 114
- Unvereinbarkeit der Projektbefristung mit der Richtlinie 115–117

Betriebliche Gründe 41

Betriebsrisiko *siehe* unternehmerisches Risiko

Daueraufgabe

- Abgrenzung zum Projekt 26–27, 42, 88
- Definition 26
- vorübergehender Bedarf 42–43

Dauerhafter Bedarf an der Arbeitsleistung 52, 106, 110, 114, 115

Drittmittelbefristung

- als ungeschriebener Befristungsgrund i. S. d. § 14 TzBfG 33, 60 f., 82 ff.
 - als ungeschriebener Befristungsgrund i. S. d. § 620 BGB a. F. 58 f.
 - gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG 33, 61, 63, 72–80
 - gem. § 57b Abs. 2 Nr. 4 HRG a. F. 59
- Drittmittelbegriff 72–73

Entwicklungshilfe *siehe* Projekt

Finanzierungsbefristung 33–34, 57 ff., 69–70, 87

Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) 15, 16, 97 f., 101, 107

Haushaltsbefristung 33, 65, 92 f., 123, 127

Komplexität der Aufgabe 23, 28, 31

Küçük Rechtsprechung 48, 126

Leiharbeitsrichtlinie 38 f.

Modifikation der Prognose 53, 117–120

Prekäre Beschäftigungsverhältnisse 112, 116

Prognose

- Inhalt § 2 Abs. 2 WissZeitVG 63–69
- Inhalt § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG 35, 53–56
- Inhalt § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG 48, 122, 129
- keine Steigerung der Prognoseanforderungen bei § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG 51
- Maßstab 43

Projekt

- agil 21, 102
- Archäologische Rettungsgrabungen 100
- Bürgerarbeit 99
- Entwicklungshilfe 16, 20, 22, 26, 97, 101, 107 f.
- Forschung 75 ff., 88, 98
- Maßnahmen zur Berufsvorbereitung und sozialen Eingliederung junger Ausländer (MBSE) 96

Projektbegriff

- § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG 27 f.
- Alltagssprache 19
- Projektmanagement 20 f., 88
- TzBfG 25–27, 106, 107, 124
- WissZeitVG 28 f., 75–79, 88

Prozess 23 f.

Rechtsmissbrauchskontrolle 125 f., 129 f.

Routineaufgabe 23, 24, 79

- Saison- und Kampagnebefristung 35, 37, 41, 52, 55, 56, 128
- Überwiegende Beschäftigung mit Projekt-
aufgaben 53 f., 79 f., 89, 120–124
- Ungeschriebene Befristungsgründe 60
- Unternehmerisches Risiko 16, 36–42, 108
- Vertretungsbefristung 46, 48 f., 122, 126–
129
- Vorübergehender Beschäftigungsbedarf
- Anforderungen des Unionsrechts 113 f.
 - Begriff 36–42
 - Prüfungspunkte für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1
TzBfG 36 ff.