

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 373

Die Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse

Zur Freiheit und Bindung des Arbeitgebers
im vertraglich vorgeprägten Raum

Von

Paulina Holle



Duncker & Humblot · Berlin

PAULINA HOLLE

Die Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 373

Die Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse

Zur Freiheit und Bindung des Arbeitgebers
im vertraglich vorgeprägten Raum

Von

Paulina Holle



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2022 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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18668-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58668-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Der Promotionsausschuss der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg, hat diese Arbeit im März 2022 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 27. April 2022 statt. Rechtsprechung und Literatur habe ich bis zum Zeitpunkt der Einreichung der Arbeit im November 2021 berücksichtigt.

Prof. Dr. Matthias Jacobs hat diese Arbeit betreut und das Erstgutachten erstellt. Während meiner vielen Jahre als Mitarbeiterin seines Lehrstuhls haben mich seine Lebensfreude, sein Rückhalt und seine Ratschläge fachlich wie persönlich geprägt. Dafür möchte ich mich von ganzem Herzen bedanken.

Prof. Dr. Eva Kocher danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Hans-Böckler-Stiftung hat mich während meiner Promotionszeit mit einem Promotionsstipendium gefördert. Für diese Unterstützung bedanke ich mich.

Ich möchte mich ferner bei meiner „PR III-Familie“, bei Dr. Maximilian Münster und bei Sophia Schamberg bedanken, die mit mir den Weg zur Promotion bestritten haben und mich mit ihrer Freundschaft und mit fachlichen Anregungen motiviert und vorangebracht haben. Es war mir ein Vergnügen!

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Familie – insbesondere meinen Eltern und meiner Schwester Marie – sowie Carla Reuter und Caroline Sosat: für liebevolle und geduldige Aufmunterung, Ermutigung und Unterstützung in allen Lebenslagen.

Berlin, im Mai 2022

Paulina Holle

Inhaltsübersicht

Einleitung	31
A. Problemstellung: Die (Nicht-)Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse als verfassungs- und arbeitsrechtlicher Brennpunkt	31
B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	36
C. Begriffsbestimmungen	37

1. Teil

Die Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz	40
--	----

1. Kapitel

Vertragsfortsetzungsfreiheit als Korrelat eingeschränkter Bestandsschutzes	40
A. Problem: Konfliktlage bei Ende eines befristeten Arbeitsvertrags	40
B. Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis	41
C. Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen	48
D. Vertragsfreiheit und Bestandsschutz im befristeten Arbeitsverhältnis	63
E. Ergebnisse des ersten Kapitels	79

2. Teil

Selbstbindung von Arbeitgeber:innen an eine Vertragsfortsetzung	81
--	----

2. Kapitel

Rechtsgeschäftliche und außerrechtsgeschäftliche Bindung	81
A. Problem: Ambiguität erwartungserzeugender Verhaltensweisen	81
B. Rechtsgeschäftliche Bindung	82
C. Bindung durch die Schaffung eines Vertrauenstatbestands	87
D. Besonderheiten bei Kettenbefristungen, insbesondere in Saisonarbeitsverhältnissen	112

E. Ergebnisse des zweiten Kapitels	121
--	-----

3. Kapitel

Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Grenze der Vertragsfortsetzungsfreiheit 123

A. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vertragsfortsetzung	123
B. Verbot der Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer:innen gem. § 4 I TzBfG bei der Vertragsfortsetzung	156
C. Ergebnisse des dritten Kapitels	160

3. Teil

Benachteiligungsverbote als Grenze der Vertragsfortsetzungsfreiheit 161

4. Kapitel

Dogmatische Grundlegung zu arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverboten 161

A. Ziel und Notwendigkeit einer dogmatischen Grundlegung	161
B. Schutz vor Diskriminierungen aufgrund persönlicher Merkmale gem. § 7 AGG	163
C. Schutz zulässiger Rechtsausübungen durch Maßregelungsverbote	200
D. Ergebnisse des vierten Kapitels	223

5. Kapitel

Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse als verbotene Benachteiligung 224

A. Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse als Anwendungsfall der Benachteiligungsverbote	224
B. Motivlage von Arbeitgeber:innen als Bezugspunkt der Benachteiligungsverbote und Grenze ihrer Vertragsfreiheit	247
C. Erlaubte Benachteiligungen bei der Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse 274	
D. Sonderfall: Mittelbar benachteiligende Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	295
E. Ergebnisse des fünften Kapitels	300

6. Kapitel

Rechtsfolgen der benachteiligenden Nichtfortsetzung	301
A. Fortsetzungsansprüche als ungeklärte Rechtsfrage der Gleichheitsdogmatik	301
B. Beurteilung von Anspruchsgrundlagen und -zielen	309
C. Ausschluss von Fortsetzungsansprüchen gemäß oder analog § 15 VI AGG	341
D. Einhaltung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung	465
E. Ergebnisse des sechsten Kapitels	468

4. Teil

Fortsetzungsfreiheit und ihre Grenzen in der Praxis	471
--	-----

7. Kapitel

Pflicht- und Rechtswidrigkeit der Nichtfortsetzung als Beweisproblem?	471
A. Innere Entscheidungsgründe von Arbeitgeber:innen als Beweisproblem der Arbeitnehmer:innen	471
B. Beweisführung über die Haftung für Verhandlungsabbruch (culpa in contrahendo)	473
C. Beweisführung über Ansprüche aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz	475
D. Beweisführung im Diskriminierungsprozess	477
E. Beweisführung über verbotene Maßregelungen	506
F. Ergebnisse des siebten Kapitels	516

8. Kapitel

Geltendmachung von Fortsetzungsansprüchen: drei Folgefragen	517
A. Drei Folgefragen	517
B. Besonderheiten der Klageerhebung	517
C. Fristen zur Geltendmachung von Fortsetzungsansprüchen?	519
D. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 99 I BetrVG?	528
Wesentliche Ergebnisse	531
Literaturverzeichnis	538
Stichwortverzeichnis	590

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
A. Problemstellung: Die (Nicht-)Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse als verfassungs- und arbeitsrechtlicher Brennpunkt	31
B. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	36
C. Begriffsbestimmungen	37
I. (Nicht-)Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	37
II. „Arbeitgeber:in“ als Zurechnungssubjekt von Fortsetzungsentscheidungen	38

1. Teil

Die Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz	40
--	----

1. Kapitel

Vertragsfortsetzungsfreiheit als Korrelat eingeschränkter Bestandsschutzes	40
A. Problem: Konfliktlage bei Ende eines befristeten Arbeitsvertrags	40
B. Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis	41
I. Vertragsfreiheit als Instrument der Selbstbestimmung im Privatrechtsleben	41
II. Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis	44
1. Vertragsfreiheit als Ausprägung der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG	44
2. Funktionsversagen und Regulierung der Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis	46
III. Zusammenfassung zur Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis	47
C. Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen	48
I. Bestandsschutz als Recht auf Erhaltung des Arbeitsplatzes	48
II. Ausgestaltung und Ausgleich von Vertragsfreiheit und Bestandsschutz	51
III. Entwicklung des Bestandsschutzgedankens im unbefristeten Arbeitsverhältnis ..	53
1. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG als Paradigma normativen Bestandsschutzes	53
a) Soziale Rechtfertigung der Kündigung im Zeitpunkt ihres Zugangs	53

b) Korrektur von Bestandsschutzlücken durch den allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch	54
aa) Problem: Bestandsschutzlücken bei fehlerhafter Prognose	54
bb) Lösungsansätze der Rechtsprechung und Literatur	55
(1) Entwicklung der Rechtsprechung	55
(2) Ansätze in der Literatur	56
(3) Schlussfolgerungen für den Geltungsgrund des Wiedereinstellungsanspruchs	58
cc) Zusammenfassung zum allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch	58
c) Zusammenfassung zum allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG	58
2. Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG	59
a) Rechtsauffassung in den 1990er Jahren: Rechtsmissbrauchskontrolle gem. §§ 138, 242 BGB	59
b) Verfassungsgerichtliche Bestätigung und Präzisierung der Rechtsmissbrauchskontrolle	60
3. Ausnahmsweise: Sonderkündigungsschutz	62
4. Zusammenfassung zur Entwicklung des Bestandsschutzgedankens im unbefristeten Arbeitsverhältnis	63
D. Vertragsfreiheit und Bestandsschutz im befristeten Arbeitsverhältnis	63
I. Normativer Bestandsschutz durch das TzBfG	64
1. Entstehungsgeschichte und unionsrechtlicher Zusammenhang des TzBfG	64
2. Befristungskontrolle: Anforderungen an die wirksame Vereinbarung einer Befristung	65
a) Sachgrundbefristung gem. § 14 I TzBfG	66
aa) Fehlende Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmer:innen	66
bb) Überwiegendes Befristungsinteresse von Arbeitgeber:innen	67
(1) Schutzwürdiges vorübergehendes Interesse an der Arbeitsleistung	67
(2) Schutzwürdiges vorübergehendes Interesse an der Person des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin	68
cc) Missbrauchskontrolle bei Kettenbefristungen	70
b) Sachgrundlose Befristung gem. § 14 II 1 TzBfG	71
c) Zusammenfassung zur Befristungskontrolle	72
II. Judikative Bestandsschutzgewährung durch Begrenzungen der Fortsetzungsfreiheit?	73
1. Fortsetzungsanspruch bei Wegfall des sachlichen Grunds?	74
a) Fehleranfällige Prognoseentscheidung	74
b) Korrekturbedürftigkeit aufgrund schützenswerter Arbeitnehmerinteressen	75
c) Ergebnis: kein Fortsetzungsanspruch bei Wegfall des sachlichen Grundes	78
2. Fortsetzungsansprüche aus nicht vom TzBfG erfassten Gründen	78
E. Ergebnisse des ersten Kapitels	79

2. Teil

Selbstbindung von Arbeitgeber:innen an eine Vertragsfortsetzung 81

2. Kapitel

Rechtsgeschäftliche und außerrechtsgeschäftliche Bindung 81

A. Problem: Ambiguität erwartungserzeugender Verhaltensweisen	81
B. Rechtsgeschäftliche Bindung	82
I. Individuelle Fortsetzungszusage	82
1. Anforderungen an die Auslegung von Erklärungen der Arbeitgeber:innen	82
2. Vertragliche Gestaltungsvarianten	84
3. Ergebnis: hohe Anforderungen an die Annahme einer vertraglichen Bindung	85
II. Kollektivvertragliche Vereinbarungen	86
III. Entfristungsfiktion des § 15 V TzBfG	86
C. Bindung durch die Schaffung eines Vertrauenstatbestands	87
I. Arbeitsrechtlicher Meinungsstand	88
II. Nichtfortsetzung als unzulässige Rechtsausübung gem. § 242 BGB	90
III. Nichtfortsetzung als Verletzung vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten	92
1. Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses	92
2. Haftung für die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten	93
a) Unproblematischer Fall: Haftung für treuwidriges Hervorrufen von Vertrauen	93
aa) Haftungstatbestand: Treuwidriges Hervorrufen von Vertrauen	93
bb) Rechtsfolge: Ersatz des negativen Interesses	95
(1) Aus einem konkreten Vertragsschluss entgangener Gewinn	96
(2) Aus nicht verwerteter Arbeitskraft entgangener Gewinn	97
b) Problemfall: Haftung für grundlosen Abbruch der Verhandlungen ohne triftigen Grund	98
aa) Meinungsstand: Haftungsgrund und -voraussetzungen	98
(1) Ansicht der Rechtsprechung	98
(2) Literaturauffassungen	100
(a) Grundloser Abbruch von Vertragsverhandlungen als Haftungsgrund der culpa in contrahendo	100
(b) Vertrauenserweckung als Haftungsgrund	101
bb) Anwendung der Haftungsvoraussetzungen auf die Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	103

cc) Haftung für den grundlosen Abbruch von Verhandlungen im Kontext der Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	104
(1) Schutzwürdigkeit des Vertrauens in einen zukünftigen Vertragsschluss	104
(a) Primat des Vertragsschlusses für die Begründung von Erfüllungsansprüchen	105
(b) Ergänzungsfunktion der Haftung für hervorgerufenes Vertrauen	107
(2) Vereinbarkeit einer Vertrauenshaftung mit der Vertragsfortsetzungsfreiheit der Arbeitgeber:innen	109
(3) Ergebnis: Haftung für den grundlosen Abbruch von Verhandlungen über die Vertragsfortsetzung	110
3. Ergebnis: Nichtfortsetzung als Verletzung vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten	111
IV. Ergebnis: Mittelbare Begrenzung der Vertragsfortsetzungsfreiheit durch Schaffung eines Vertrauenstatbestands	111
D. Besonderheiten bei Kettenbefristungen, insbesondere in Saisonarbeitsverhältnissen	112
I. Meinungsstand zur Selbstbindung bei Saisonarbeitsverhältnissen	112
1. Ansicht der Rechtsprechung	112
2. Literaturauffassungen	113
II. Individualübung und betriebliche Übung als Anwendungsfälle konkludenter Vertragsbindung	114
1. Rechtsnatur einer „Individualübung“	114
2. Rechtsnatur der betrieblichen Übung	114
III. Auslegung des Arbeitgeberverhaltens bei der wiederholten Wiedereinstellung von Arbeitnehmer:innen nach Fristablauf	116
1. Erklärungswert der wiederholten Wiedereinstellung für sich	116
a) Grundsätzliche Möglichkeit der Annahme eines dauerhaften Bindungswillens am Beispiel von Sonderleistungen mit Entgeltcharakter	117
b) Gründe gegen die Annahme eines dauerhaften Bindungswillens bei der Wiedereinstellung	118
aa) Selbstzweck der Wiedereinstellung	118
bb) Kein Eigeninteresse der Arbeitgeber:innen an einer antizipierten Selbstbindung	118
cc) Keine Dauerhaftigkeit des synallagmatischen Leistungsaustausches	119
c) Bedeutung eines Kollektivbezugs für die Auslegung	120
d) Ergebnis: Kein Erklärungswert der wiederholten Wiedereinstellung für sich	120
2. Erforderlichkeit zusätzlicher Indizien im Kontext der aktuellen Wiedereinstellung	121
IV. Ergebnis: keine Wiedereinstellungsansprüche in Saisonarbeitsverhältnissen nur aufgrund betrieblicher Übung	121
E. Ergebnisse des zweiten Kapitels	121

3. Kapitel

**Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Grenze
der Vertragsfortsetzungsfreiheit**

	123
A. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Vertragsfortsetzung	123
I. Meinungsstand	125
1. Ansicht der Rechtsprechung	125
2. Literaturauffassungen	125
II. Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes	126
1. Rückführung auf ein überpositives, der Rechtsordnung immanentes Gerechtigkeitspostulat	127
2. Privatrechtliche Legitimationsansätze	128
a) Vertikale Dimension: Gestaltungsmacht der Arbeitgeber:innen	129
b) Horizontale Dimension: Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses	130
c) Synthese: Gleichbehandlungspflicht als Konsequenz eines multilateralen Rechtsverhältnisses	131
3. Zusammenfassung zum Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes	132
III. Voraussetzungen einer Gleichbehandlungspflicht bei der Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen	132
1. Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen: zeitlicher Anwendungsbereich	132
2. Kollektiver Bezug der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmer:innen	133
a) Maßstäbe für die Beurteilung freiwilliger Leistungen	134
aa) Vom Schrifttum entwickelte Maßstäbe	134
bb) Vom BAG entwickelte Maßstäbe	135
b) Anwendung dieser Maßstäbe auf die Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen	136
aa) Übertragbarkeit der Maßstäbe: Vertragsfortsetzung als freiwillige Vorteilsgewährung	136
bb) Übertragung der Maßstäbe: Vertragsfortsetzung als verteilende Entscheidung	137
3. Fehlen eines sachlichen Grunds für die Differenzierung	138
a) Maßstäbe für die Beurteilung freiwilliger Leistungen	138
aa) Zweck der Leistung als Bezugspunkt der Sachgrundbeurteilung	138
bb) Anforderungen an den sachlichen Grund	139
cc) Anforderungen an den Leistungszweck	140
(1) Unvereinbarkeit einer Zweckkontrolle mit dem Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes	140
(2) Keine Zweckkontrolle durch das BAG	141
b) Anwendung dieser Maßstäbe auf die Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen	142
aa) Problematik des Selbstzwecks der Vertragsfortsetzung	142
bb) Verbleibende Anwendungsfälle des Gleichbehandlungsgrundsatzes	145

cc) Ergebnis: Kleiner Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufgrund des Selbstzwecks der Vertragsfortsetzung	145
4. Ergebnis: Gleichbehandlungspflicht bei der Vertragsfortsetzung nur in Ausnahmefällen	146
IV. Rechtsfolgen von Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	147
1. Ansprüche ausgeschlossener Arbeitnehmer:innen	147
2. Betriebsverfassungsrechtliche Rechtsfolgen: Rechte des Betriebsrats gem. § 75 BetrVG	148
V. Verhältnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Vertragsfortsetzungsfreiheit der Arbeitgeber:innen	149
1. Ablehnung eines allgemeinen Vorrangs der Vertragsfreiheit	149
2. Vereinbarkeit einer Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit der gesetzgeberischen Wertung in § 14 TzBfG	151
a) Rechtsauffassung des BAG und der Literatur	151
b) Stellungnahme	152
3. Vereinbarkeit einer Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit der gesetzgeberischen Wertung in § 15 VI AGG?	154
4. Ergebnis: Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz als zulässige Begrenzung der Vertragsfortsetzungsfreiheit	156
B. Verbot der Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer:innen gem. § 4 I TzBfG bei der Vertragsfortsetzung	156
I. Entstehungsgeschichte und Regelungsziele	156
II. Verbot der Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter bei der Fortsetzung befristeter Arbeitsverträge	157
1. Tatbestandliche Erfassung der Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	157
a) Grundsatz: Übertragung der zum Gleichbehandlungsgrundsatz entwickelten Maßstäbe	157
b) Besonderheit: Konkretisierung des Sachgrunderfordernisses	158
2. Anwendbarkeit des Benachteiligungsverbots auf die Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	159
C. Ergebnisse des dritten Kapitels	160

3. Teil

Benachteiligungsverbote als Grenze der Vertragsfortsetzungsfreiheit	161
--	-----

4. Kapitel

Dogmatische Grundlegung zu arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverboten	161
A. Ziel und Notwendigkeit einer dogmatischen Grundlegung	161

B. Schutz vor Diskriminierungen aufgrund persönlicher Merkmale gem. § 7 AGG 163

 I. Rechtssystematischer Zusammenhang des AGG 163

 1. AGG als Transformationsgesetz europäischer Richtlinien 163

 a) Umsetzung europäischer Gleichbehandlungs-Richtlinien 163

 b) Konsequenzen für die Anwendung des AGG: Richtlinienkonforme Rechts-
gewinnung 165

 aa) Inhalt und Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsge-
winnung 165

 bb) Methodik der richtlinienkonformen Rechtsgewinnung 166

 2. Grundrechte als Maßstab für die Anwendung des AGG 169

 a) Grundrechte im Grundgesetz 169

 b) Grundrechte in der Grundrechtecharta 170

 c) Verhältnis der Grundrechte in Grundrechtecharta und Grundgesetz zuein-
ander 170

 d) Konsequenzen für die grundrechtsgeleitete Auslegung des AGG 172

 3. Völkerrechtliche Vorgaben 172

 4. Zusammenfassung zum rechtssystematischen Zusammenhang des AGG 174

 II. Schutzziele und -konzeptionen der Diskriminierungsverbote im AGG 174

 1. Egalitaristische Zielsetzung der Diskriminierungsverbote 174

 a) Diskriminierungsverbote als eigenständige Säule des Prinzips personaler
Gleichheit 175

 b) Materiale Gleichheit als dem AGG zugrunde Gleichheitskonzeption 176

 2. Teilhaberechtliche Dimension des AGG betreffend den Zugang zum Arbeits-
markt 178

 3. Integritätsschützende Funktion der Diskriminierungsverbote 181

 a) Schutz der Würde des Menschen 182

 b) Schutz des Rechts auf Entfaltung der eigenen Persönlichkeit und Selbstdar-
stellung 183

 4. Zusammenfassung zu den Schutzzielen und -konzeptionen der Diskriminie-
rungsverbote 184

 III. Schutzgehalt der Merkmale in § 1 AGG und ihr Diskriminierungspotenzial bei
Ablauf befristeter Arbeitsverhältnisse 184

 1. Schutzgehalt der einzelnen Merkmale 185

 a) Rassistische Benachteiligungen oder Benachteiligungen wegen der ethni-
schen Herkunft 185

 b) Benachteiligungen wegen des Geschlechts 186

 c) Benachteiligungen wegen der Religion oder Weltanschauung 188

 aa) Begriff der Religion 188

 bb) Begriff der Weltanschauung 191

 cc) Relevanz im Kontext der Nichtfortsetzung eines Arbeitsverhältnisses 192

d) Benachteiligungen wegen einer Behinderung	193
aa) Kombiniertes Behinderungsbegriff	193
bb) Einzelne Behinderungen	195
cc) Relevanz im Kontext der Nichtfortsetzung eines Arbeitsverhältnisses	196
e) Benachteiligung wegen des Alters	197
f) Benachteiligung wegen der sexuellen Identität	197
2. Einschätzung des Diskriminierungspotenzials bei Ablauf befristeter Arbeitsverhältnisse	198
a) Zweck- und wertrationale Diskriminierungen	198
b) Erkennbarkeit der Merkmalseigenschaft bei Einstellung	199
c) Abschließende Einschätzung	199
C. Schutz zulässiger Rechtsausübungen durch Maßregelungsverbote	200
I. Systematisierung und Schutzgehalt der verschiedenen Maßregelungsverbote	200
1. Ausübung individueller Rechte im Arbeitsverhältnis	201
a) Schutzgehalt des Grundtatbestands in § 612a BGB	201
aa) Ausübung von Rechten i. S. v. § 612a BGB	201
bb) Zulässigkeit der Rechtsausübung	203
b) Andere Maßregelungsverbote betreffend die Ausübung individueller Rechte im Arbeitsverhältnis	203
2. Ausübung besonderer Mitwirkungsrechte im Arbeitsverhältnis	205
a) Interessenvertreter:innen der Arbeitnehmer:innen	206
b) Gesetzlich vorgeschriebene Beauftragte	207
3. Ausübung von Rechten außerhalb von Arbeitsverhältnissen	209
II. Entstehungsgeschichte und unionsrechtlicher Zusammenhang der Maßregelungsverbote	210
1. Maßregelungsverbote bezüglich der Ausübung individueller Rechte	210
2. Maßregelungsverbote bezüglich der Ausübung von Mitwirkungsrechten	210
a) Interessenvertreter:innen der Arbeitnehmer:innen	210
b) Gesetzlich vorgeschriebene Beauftragte	211
III. Regelungsziele der Maßregelungsverbote	212
1. Schutz der Willensfreiheit und Flankenschutz der Arbeitnehmerrechte als gemeinsame Regelungsziele aller Maßregelungsverbote	212
2. Besondere Ausprägung der Regelungsziele bei Maßregelungsverböten bezüglich der Ausübung von Mitwirkungsrechten	213
a) Schutz der Willensfreiheit: innere und äußere Unabhängigkeit	213
b) Flankenschutz der Arbeitnehmerrechte: Angemessene Amtsausübung	215
3. Besondere Ausprägung der Regelungsziele bei der Ausübung von Rechten außerhalb des Arbeitsverhältnisses	215
IV. Exkurs: Entfristungsansprüche von Betriebsratsmitgliedern wegen Art. 7 RL 2002/14/EG?	216
1. Vorgaben des nationalen Befristungs- und Betriebsverfassungsrechts	218

2. Vorgaben der Konsultationsrichtlinie (RL 2002/14/EG) 220

V. Einschätzung des Maßregelungspotenzials bei Ablauf befristeter Arbeitsverhältnisse 221

VI. Konsequenzen für den weiteren Gang der Arbeit 222

D. Ergebnisse des vierten Kapitels 223

5. Kapitel

**Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse
als verbotene Benachteiligung** 224

A. Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse als Anwendungsfall der Benachteiligungsverbote 224

I. Tatbestandsmäßigkeit eines unterlassenen Vertragsschlusses 224

1. Unterlassener Vertragsschluss als „weniger günstige Behandlung“ gem. § 3 I AGG 225

2. Unterlassener Vertragsschluss als maßregelndes Verhalten 227

II. Persönlicher Anwendungsbereich der Benachteiligungsverbote 229

1. Zeitpunkt der tatbestandlichen Nichtfortsetzung 229

2. Persönlicher Anwendungsbereich der Benachteiligungsverbote 230

a) Persönlicher Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote gem. § 6 AGG 230

aa) Benachteiligungen im laufenden Arbeitsverhältnis 231

(1) Schutz von Arbeitnehmer:innen im laufenden Arbeitsverhältnis gem. § 6 I 1 Nr. 1 AGG 231

(2) Schutz von Bewerber:innen gem. § 6 I 2 Var. 1 AGG 231

(a) Allgemeiner Bewerberbegriff: Formelle Bewerbungssituation 232

(b) Besonderheiten der Bewerbungssituation im Kontext der Vertragsfortsetzung 232

bb) Benachteiligungen nach Ablauf befristeter Arbeitsverhältnisse 234

(1) Schutz ehemaliger Arbeitnehmer:innen gem. § 6 I 2 Var. 2 AGG 234

(a) Inhalt der Rücksichtnahmepflicht gem. §§ 241 II, 242 BGB 235

(b) Nachwirkende Rücksichtnahmepflicht gem. §§ 241 II, 242 BGB 236

(2) Schutz von Bewerber:innen gem. § 6 I 2 Var. 1 AGG 237

cc) Ergebnis: Schutz befristeter beschäftigter Arbeitnehmer:innen als Arbeitnehmer:innen oder Bewerber:innen 237

b) Persönlicher Anwendungsbereich von § 612a BGB 238

aa) Benachteiligungen im laufenden Arbeitsverhältnis 238

bb) Benachteiligungen nach Ablauf befristeter Arbeitsverhältnisse 238

(1) Methodische Grundlagen: Maßstäbe einer Rechtsfortbildung 238

(2) Anwendung der Maßstäbe: Rechtsfortbildung von § 612a BGB . . .	241
(a) Feststellung einer Regelungslücke	241
(aa) Zurückbleiben des Normtextes hinter dem Normzweck	241
(bb) Keine bewusste Nichtregelung des Gesetzgebers	243
(cc) Ergebnis: Regelungslücke des § 612a BGB für Maßregelungen ehemaliger Arbeitnehmer:innen	244
(b) Schließung der Regelungslücke durch eine teleologische Extension	245
(c) Ergebnis: Teleologische Extension von § 612a BGB hinsichtlich Maßregelungen gegenüber ehemaligen Arbeitnehmer:innen . . .	245
c) Persönlicher Anwendungsbereich von § 78 S. 2 BetrVG	246
III. Ergebnis: Begrenzung der Vertragsfortsetzungsfreiheit durch Benachteiligungs- verbote	247
B. Motivlage von Arbeitgeber:innen als Bezugspunkt der Benachteiligungsverbote und Grenze ihrer Vertragsfreiheit	247
I. Anforderungen an den Kausalzusammenhang von Motivlage und Nichtfortset- zungs befristeter Arbeitsverhältnisse	248
1. Absolutes Anknüpfungsverbot gem. § 3 I AGG	248
a) Abgrenzung von der mittelbaren Benachteiligung gem. § 3 II AGG	249
b) Sonderfall: Benachteiligungen wegen einer Schwangerschaft oder Mutter- schaft	252
2. Anforderungen an den Maßregelungswillen von Arbeitgeber:innen	253
a) Kausalzusammenhang bei Maßregelungen gem. § 612a BGB	253
aa) Restriktives Verständnis des Kausalzusammenhangs im Sinne der con- ditio sine qua non	253
bb) Sonderfall: Kausalzusammenhang bei der Nichtfortsetzung aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten	254
b) Kausalzusammenhang bei Benachteiligungen gem. § 78 S. 2 BetrVG	255
II. Voraussetzungen und Funktion einer Vergleichsbetrachtung bei der Nichtfortset- zungs befristeter Arbeitsverhältnisse	257
1. Vergleichspersonenkonzept in § 3 I AGG	257
a) Herkunft und Funktion des Vergleichspersonenkonzepts	257
b) Anwendung des Vergleichspersonenkonzepts auf die Nichtfortsetzung be- fristeter Arbeitsverhältnisse	259
aa) Vergleichbare Situation	259
(1) Auswahl-situation als vergleichbare Situation von Bewerber:innen	260
(2) Befristete Arbeitsverhältnisse als vergleichbare Situation von Ar- beitnehmer:innen	261
bb) Trias der Vergleichspersonen	263
(1) Reale Vergleichspersonen	263

(2) Hypothetische Vergleichsperson	265
(a) Anwendungsbereich des hypothetischen Vergleichs bei Annahme einer Rangfolge: Fehlen realer Vergleichspersonen	266
(b) Hypothetischer Vergleich trotz Existenz realer Vergleichspersonen?	267
(c) Ergebnis: Keine Subsidiarität der hypothetischen Betrachtung bei personellen Einzelmaßnahmen	270
c) Ergebnis: Redundanz des Vergleichspersonenkonzepts bei personellen Einzelmaßnahmen	270
2. Vergleichspersonenbetrachtung zur Feststellung einer Maßregelung gem. § 612a BGB?	270
3. Vergleichspersonenbetrachtung zur Feststellung einer Maßregelung gem. § 78 S. 2 BetrVG?	272
C. Erlaubte Benachteiligungen bei der Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	274
I. Rechtfertigung schwangerschaftsbedingter Benachteiligungen gem. § 8 I AGG?	274
1. Meinungsstand	274
a) Ansichten der Rechtsprechung	275
b) Literaturauffassungen	277
2. Eigene Ansicht: Orientierung an den Voraussetzungen des § 8 I AGG	278
a) Nichtvorliegen der Schwangerschaft als tätigkeitsbezogene Anforderung	279
b) Nichtvorliegen einer Schwangerschaft als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	280
aa) Folgearbeitsvertrag ist ein unbefristeter Arbeitsvertrag	280
bb) Folgearbeitsvertrag ist ein befristeter Arbeitsvertrag	281
(1) Vollständige Beschäftigungsverbote während der gesamten Vertragslaufzeit	281
(2) Beschäftigungsverbote bezüglich einzelner Arbeitsmodalitäten und Tätigkeiten während der gesamten Vertragslaufzeit	282
(3) Beschäftigungsverbote während eines Teils des Befristungszeitraums	283
cc) Ergebnis: Nichtvorliegen einer Schwangerschaft als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung in Ausnahmefällen	285
c) Rechtmäßiger Zweck der beruflichen Anforderung	286
3. Ergebnis: Keine Rechtfertigung schwangerschaftsbedingter Benachteiligungen gem. § 8 I AGG	290
II. Rechtfertigung altersbedingter Benachteiligungen gem. § 8 AGG und § 10 AGG	290
III. Rechtfertigung behinderungsbedingter Benachteiligungen gem. § 8 AGG	292
1. Nichtvorliegen der Behinderung als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	292
2. Angemessenheit der beruflichen Anforderung	293
a) Grundlage der Pflicht zur Ergreifung angemessener Vorkehrungen	293

b) Umfang und Grenzen der Pflicht zur Ergreifung angemessener Vorkehrungen	294
D. Sonderfall: Mittelbar benachteiligende Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	295
I. Neutrale Regelung	295
II. Feststellung einer benachteiligenden Wirkung	296
III. Fehlende Rechtfertigung	296
IV. Relevanz der mittelbaren Benachteiligung bei der Vertragsfortsetzung: Anknüpfung an krankheitsbedingte Fehlzeiten als Beispiel	297
1. Feststellung einer benachteiligenden Wirkung	297
2. Fehlende Rechtfertigung	299
E. Ergebnisse des fünften Kapitels	300

6. Kapitel

Rechtsfolgen der benachteiligenden Nichtfortsetzung	301
A. Fortsetzungsansprüche als ungeklärte Rechtsfrage der Gleichheitsdogmatik	301
I. Hybridcharakter der Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse	301
II. Meinungsstand: Fortsetzungsansprüche infolge von Verbotsverstößen	302
1. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das AGG	302
a) Ansichten der Rechtsprechung	302
aa) Ansichten der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGG	302
bb) Ansichten der Rechtsprechung seit Inkrafttreten des AGG	304
b) Literaturauffassungen	304
2. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 612a BGB	306
a) Ansichten der Rechtsprechung	306
b) Literaturauffassungen	307
3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 78 S. 2 BetrVG	308
a) Ansichten der Rechtsprechung	308
b) Literaturauffassungen	309
III. Gang der Untersuchung	309
B. Beurteilung von Anspruchsgrundlagen und -zielen	309
I. Einwand unzulässiger Rechtsausübung	309
II. Unmittelbar auf die Vertragsfortsetzung gerichtete vertragliche Fürsorgepflicht	310
III. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	311

- IV. Sekundäransprüche infolge einer Verbotsverletzung 312
 - 1. Schadensersatzansprüche bei der benachteiligenden Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse 312
 - a) Haftungsbegründende Tatbestände 312
 - aa) Haftungsbegründende Tatbestände im Anwendungsbereich des AGG gem. § 15 I AGG 312
 - bb) Haftungsbegründende Tatbestände bei der Verletzung von Maßregelungsverboten 314
 - b) Art und Umfang des Schadensersatzes 317
 - aa) Haftungsausfüllende Kausalität 317
 - bb) Art des Schadensersatzes 318
 - (1) Vertragsschluss als Naturalrestitution gem. § 249 I BGB 318
 - (2) Entgangener Gewinn als Schadensersatz in Geld 319
 - (a) Voraussetzungen eines Schadensersatzes in Geld 319
 - (aa) Pflicht zur Schadenskompensation gem. § 251 BGB 319
 - (bb) Ersetzungsbefugnis der Arbeitnehmer:innen analog § 249 II BGB 320
 - (b) Schadensbemessung oder: ein Blick in die Kristallkugel? 322
 - (aa) Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns 322
 - (bb) Dauer des entgangenen Gewinns: Gefahr eines Dauererwerbsschadens? 323
 - (α) Keine Begrenzung bis zur ersten hypothetischen Kündigungsmöglichkeit 324
 - (β) Keine Orientierung an Abfindungshöhen gem. §§ 9, 10 KSchG 326
 - (γ) Richterliche Prognose über die Verweildauer im Betrieb gem. § 252 S. 2 BGB 327
 - cc) Zusammenfassung zu Art und Umfang des Schadensersatzes 329
 - 2. Quasinegatorische Ansprüche bei der benachteiligenden Nichtfortsetzung von Arbeitsverhältnissen 329
 - a) Herleitung quasinegatorischer Ansprüche 330
 - aa) Quasinegatorische Ansprüche als Rechtsfolge von Verstößen gegen § 7 I AGG 330
 - bb) Quasinegatorische Ansprüche als Rechtsfolge von Verstößen gegen Maßregelungsverbote 333
 - b) Inhalt quasinegatorischer Ansprüche 335
 - aa) Beseitigungsanspruch 335
 - bb) Anspruch auf Unterlassung einer zukünftigen Benachteiligung 337
 - 3. Abschließende Beurteilung der Sekundäransprüche infolge Verbotsverletzung 337
- V. Zusammenfassung zur Beurteilung von Anspruchsgrundlagen und -zielen 339
- C. Ausschluss von Fortsetzungsansprüchen gemäß oder analog § 15 VI AGG 341
 - I. Die „erregende Kraft“ des Kontrahierungszwangs 341

II. Ausschluss einer Vertragsfortsetzung im Anwendungsbereich des AGG gem. § 15 VI AGG	343
1. Vorbemerkungen zur Auslegung von § 15 VI AGG	343
a) Reichweite des Auslegungsspielraums	344
aa) Tatbestandliche Erfassung des Beseitigungsanspruchs	344
bb) Tatbestandliche Erfassung der Vertragsfortsetzung als „Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses“	344
b) Auslegungsrelevanz höherrangigen Rechts	345
aa) Kein Gebot richtlinienkonformer oder -orientierter Auslegung	345
(1) Keine Vorgaben durch das Gebot wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen	345
(2) Keine Vorgaben aufgrund einer Pflicht zur Anpassung nach oben	346
bb) Kein Gebot richtlinienorientierter Auslegung	347
cc) Konsequenz: Auslegungsrelevanz nationaler Grundrechte	347
2. Wortsinn des § 15 VI AGG: Eröffnung eines Auslegungsspielraums	348
a) Formale Lesart: Beschäftigungsverhältnis als Rechtsfolge eines spezifischen Vertragsschlusses	349
b) Wertende Lesart: Beschäftigungsverhältnis als Gesamtheit der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen	349
c) Ergebnis: Uneindeutigkeit des Wortsinns und Eröffnung eines Auslegungsspielraums	351
3. Historisch-genetische Auslegung	352
a) Genetische Auslegung des § 15 VI AGG	352
b) Historische Auslegung i. e. S.: Regelungszweck des § 611a II, V BGB a.F.	353
aa) Befund: Genese des § 611a BGB a.F.	353
(1) Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz	355
(2) Zweites Gleichberechtigungsgesetz	355
(3) Gesetz zur Änderung des BGB und des ArbGG	356
bb) Auswertung des Befunds	357
4. Systematische Auslegung	358
a) Wertungsvergleich mit den Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen gem. § 2 IV AGG	359
b) Wertungsvergleich mit der diskriminierenden Befristungsabrede	361
c) Ergebnis: Uneindeutigkeit der systematischen Auslegung	363
5. Teleologische Auslegung	363
a) Erste ratio legis: Verhinderung unzulässiger Eingriffe in die Vertragsfreiheit	363
aa) Prüfungsmaßstab: Einfallstor für die Berücksichtigung von Verfassungsvorgaben?	364
(1) Originäre Bindung der Gerichte an die Grundrechte: Verfassungskonforme und -orientierte Auslegung	364
(2) Grundrechtsbindung und -gewichtung des Gesetzgebers als Maßstab der Auslegung	366

- (3) Konsequenzen für die teleologische Auslegung 369
- bb) Annäherung an die ratio legis: Verfassungsrechtliche Beurteilung von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 370
 - (1) Einstellungs- und Beförderungsansprüche als Grundrechtseingriffe 370
 - (a) Schutz der Vertragsfreiheit der Arbeitgeber:innen gem. Art. 12 I GG 370
 - (b) Eingriffswirkungen der Einstellungs- und Beförderungsansprüche 371
 - (aa) Eingriff durch Einstellungsansprüche 371
 - (bb) Eingriff durch Beförderungsansprüche 374
 - (cc) Schlussfolgerung: spezifischer Eingriffsgehalt von Kontrahierungszwängen 374
 - (2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 376
 - (a) Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 376
 - (b) Schutzzwecke des AGG als legitime Ziele von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 381
 - (aa) Herstellung materialer Gleichheit 381
 - (bb) Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer:innen gem. Art. 12 I GG 384
 - (cc) Integritätsschutz der Arbeitnehmer:innen 387
 - (dd) Ergebnis: Schutzzwecke des AGG als legitime Ziele 389
 - (c) Geeignetheit von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen .. 389
 - (aa) Langfristige Perspektive des erzwungenen Vertrags 390
 - (bb) Keine Ineffektivität wegen langer Verfahrensdauer 391
 - (d) Erforderlichkeit von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 393
 - (e) Angemessenheit von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 394
 - (aa) Maßstabsbildung: Rechtfertigung von Kontrahierungszwängen im allgemeinen Zivilrecht 395
 - (bb) Anwendung der Maßstäbe auf Einstellungs- und Beförderungsansprüche 399
 - (cc) Ergebnis: Angemessenheit von Einstellungs- und Beförderungsansprüchen 402
 - (3) Ergebnis: § 15 VI AGG als Ausübung eines politischen Regelungsermessens 402
- cc) Beurteilung von Fortsetzungsansprüchen am Maßstab der gesetzgeberischen Interessenabwägung 403
 - (1) Geringere Eingriffintensität von Fortsetzungsansprüchen? 403
 - (2) Höheres Gewicht der Gemeinwohlbelange? 405
 - (a) Unterschiedliches Schutzniveau von Zugangs- und Bestandsinteressen 406

(b) Gründe für die Privilegierung von Bestands- gegenüber Zu- gangsinteressen	409
(aa) Unzureichende Begründung des BVerfG im „Kleinbetriebs- Beschluss“	409
(bb) Vertragsrechtsdogmatischer Erklärungsansatz	410
(cc) Qualitativ verschiedene Zielrichtungen der grundrechtlichen Schutzpflicht	411
(dd) Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses als Flankenschutz	413
(ee) Bestandsschutz als Schutz der Betriebszugehörigkeit	415
(ff) Bestandsschutz als Schutz des Stabilitätsinteresses	416
(gg) Ergebnis: Schutz der Stabilitätsinteressen ergänzt durch Flankenschutz als überzeugende Gründe von Bestandsschutz	418
(c) Einordnung des Interesses an einer Vertragsfortsetzung als Hy- brid von Bestands- und Zugangsinteressen	419
(aa) Stabilitätsinteressen befristet beschäftigter Arbeitnehmer:in- nen	419
(a) Langjähriger Bestand befristeter Arbeitsverhältnisse	420
(β) Perspektive einer langfristigen Beschäftigung	422
(γ) Stabilitätsinteressen bei der Wiedereinstellung nach zeitlicher Unterbrechung	426
(δ) Ergebnis: Stabilitätsinteressen befristet beschäftigter Arbeitnehmer:innen	427
(bb) Flankenschutz von Arbeitnehmerrechten durch Fortbestand der Arbeitsverhältnisse	427
(cc) Kein abschließender Schutz der Bestandsinteressen durch das TzBfG	430
(a) Reichweite des Interessenausgleichs im TzBfG	430
(β) Vergleich mit diskriminierenden Kündigungen außer- halb des KSchG	432
(γ) Ergebnis: Kein abschließender Schutz der Bestandsin- teressen durch das TzBfG	433
(dd) Ergebnis: Betroffenheit von Bestandsinteressen unter be- sonderen Voraussetzungen	434
dd) Ergebnis: Gesetzgeberische Abwägung in § 15 VI AGG ist für Fortset- zungsansprüche nur teilweise verbindlich	434
b) Zweite ratio legis: Praktische Schwierigkeiten der Ansprüche und fehlende Sanktionswirkung bei Arbeitgeber:innen?	435
c) Dritte ratio legis: Fehlende Perspektive eines erzwungenen Arbeitsverhält- nisses?	438
d) Ergebnis: Gespaltenes Ergebnis der teleologischen Auslegung	440
6. Verfassungsorientierte Auslegung	441
7. Ergebnis: Teilweiser Ausschluss eines Fortsetzungsanspruchs gem. § 15 VI AGG	445

III. Ausschluss von Fortsetzungsansprüchen als Rechtsfolge von Maßregelungen
 analog § 15 VI AGG 446

1. Maßstab: Voraussetzungen des Analogieschlusses 448

2. Lückenfeststellung als wertender Vorgang: vergleichbare Interessenlage der
 Benachteiligungsverbote 450

 a) Vergleich: Fortsetzungsansprüche als Eingriff in die Vertragsfreiheit der
 Arbeitgeber:innen 450

 b) Vergleich: Gewicht der Rechtfertigungsgründe 451

 aa) Erst-Recht-Schluss des BAG: geringeres Gewicht der Verstöße gegen
 Maßregelungsverbote? 451

 (1) Schutz der Willensfreiheit 452

 (2) Effektuierung von Arbeitnehmerrechten 453

 (a) Ausübung individueller Rechte im Arbeitsverhältnis 453

 (b) Ausübung besonderer Mitwirkungsrechte im Arbeitsverhältnis 454

 (aa) Schutz der Interessenvertreter:innen 455

 (bb) Schutz gesetzlich vorgeschriebener Beauftragter 456

 (c) Ausübung von Rechten außerhalb des Arbeitsverhältnisses ... 457

 (3) Gewichtung von Verstößen gegen Maßregelungsverbote 457

 bb) Gremienschutz-Argument des BAG: kollektive Zielsetzung von § 78
 S. 2 BetrVG? 457

 (1) Kontinuität des Betriebsrats als Strukturprinzip der Betriebsverfas-
 sung 458

 (2) § 78 S. 2 BetrVG als Ausprägung des Kontinuitätsprinzips 460

 cc) Entscheidender Vergleich: Diskriminierungsschutz und Schutz der
 Willensfreiheit 463

3. Ergebnis: Kein Ausschluss von Fortsetzungsansprüchen analog § 15 VI AGG 465

D. Einhaltung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung 465

E. Ergebnisse des sechsten Kapitels 468

4. Teil

Fortsetzungsfreiheit und ihre Grenzen in der Praxis 471

7. Kapitel

Pflicht- und Rechtswidrigkeit der Nichtfortsetzung als Beweisproblem? 471

A. Innere Entscheidungsgründe von Arbeitgeber:innen als Beweisproblem der Arbeit-
 nehmer:innen 471

B. Beweisführung über die Haftung für Verhandlungsabbruch (culpa in contrahendo) 473

C. Beweisführung über Ansprüche aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz	475
I. Anwendung der Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast	475
II. Vorprozessualer Auskunftsanspruch	476
D. Beweisführung im Diskriminierungsprozess	477
I. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	478
1. Darlegung und Beweis einer Diskriminierung	478
a) Erste Stufe: Beweismaßsenkung – Indizienbeweis der Arbeitnehmer:innen	479
aa) Vermutung einer Benachteiligung	479
bb) Beweis von Indizien	480
cc) Auskunftsanspruch zur Erleichterung des Indizienbeweises?	482
b) Zweite Stufe: Beweislastumkehr – Gegenbeweis der Arbeitgeber:innen	485
2. Darlegung und Beweis der Rechtsfolgen einer Diskriminierung	486
a) Unzureichende Beweiserleichterung durch § 287 ZPO	489
b) Keine Beweiserleichterung durch die Grundsätze des Anscheinsbeweises	490
c) Beweiserleichterung durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast	492
II. Beweisführung durch Indizien	493
1. Indizien im Kontext der Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverträge	493
a) Indizien für die Anknüpfung an ein Merkmal i. S. v. § 1 AGG	494
aa) Merkmalsbezogene Kommunikation	495
bb) Diskriminierende Arbeitsplatz- oder Verfahrensgestaltung	497
cc) Statistiken über die Belegschaftsstruktur	499
b) Indizien für eine Vertragsfortsetzung ohne Anknüpfung an ein Merkmal i. S. v. § 1 AGG	500
c) Einstellung oder Weiterbeschäftigung einer Vergleichsperson als Indiz: Aussagekraft eines Vergleichs?	501
2. Beweismittel, insbesondere Beweisführung über Vier-Augen-Gespräche	503
III. Gegenbeweise im Kontext der Nichtfortsetzung von Arbeitsverhältnissen	505
E. Beweisführung über verbotene Maßregelungen	506
I. Keine Beweiserleichterung durch analoge Anwendung von § 22 AGG	506
II. Keine Beweiserleichterung durch den Beweis des ersten Anscheins	509
1. Anscheinsbeweis bei der Beweisführung über psychische Vorgänge	510
2. Anscheinsbeweis bei Nichtangebot eines Folgearbeitsvertrags	512
a) Zeitlicher Zusammenhang als Erfahrungssatz von hinreichender Tragfähigkeit	512
b) Besserstellung vergleichbarer Arbeitnehmer:innen als Erfahrungssatz von hinreichender Tragfähigkeit	513
c) Ergebnis: Keine Anwendung des Beweises des ersten Anscheins	514
III. Beweiserleichterung durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast	514
IV. Erbringung des Vollbeweises durch Indizien	515

F. Ergebnisse des siebten Kapitels 516

8. Kapitel

Geltendmachung von Fortsetzungsansprüchen: drei Folgefragen 517

A. Drei Folgefragen 517

B. Besonderheiten der Klageerhebung 517

C. Fristen zur Geltendmachung von Fortsetzungsansprüchen? 519

 I. Begrenzte Reichweite der zweistufigen Ausschlussfrist gem. § 15 IV AGG i. V.m. § 61b I ArbGG 520

 II. Keine Ausschlussfrist analog § 17 TzBfG 522

 III. Allgemeine zeitliche Grenzen für die Geltendmachung von Ansprüchen 525

 1. Begrenzung durch individual- und tarifvertragliche Ausschlussfristen 525

 2. Begrenzung durch die Grundsätze der Verwirkung nur im Ausnahmefall 527

D. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 99 I BetrVG? 528

Wesentliche Ergebnisse 531

Literaturverzeichnis 538

Stichwortverzeichnis 590

Einleitung

A. Problemstellung: Die (Nicht-)Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse als verfassungs- und arbeitsrechtlicher Brennpunkt

Auf dem deutschen Arbeitsmarkt sind ca. 8 % der Arbeitnehmer:innen¹ befristet angestellt. Im Jahr 2019 waren dies rund 2,8 Millionen Menschen.² Bei den Neueinstellungen sind die Zahlen noch höher: Zwei aus fünf Arbeitsverträgen wurden in den letzten Jahren befristet abgeschlossen.³ Die Diskrepanz zwischen der Befristungsquote im Bestand und bei Neueinstellungen spiegelt unter anderem wider, dass viele Arbeitsplätze nicht langfristig mit befristet beschäftigten Arbeitnehmer:innen besetzt werden.⁴ Über 40 % der befristet beschäftigten Arbeitnehmer:innen wurden im Jahr 2019 in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen, ein Drittel der befristeten Arbeitsverhältnisse wurde verlängert, also erneut befristet fortgesetzt und nur ein Viertel lief mit Fristablauf aus. Der hohe Anteil der Vertragsverlängerung und

¹ Diese Arbeit ist in geschlechtergerechter Sprache verfasst. In Personenbezeichnungen wird ein Doppelpunkt in Wortinnen zwischen die männliche Bezeichnung oder den Wortstamm und die weibliche Endung gesetzt. Damit werden neben männlichen und weiblichen Personen auch nichtbinäre Personen typographisch einbezogen. Für die Benutzung des sog. „Gender-Doppelpunkts“ spricht insbesondere, dass der Doppelpunkt auch von Screenreadern erkannt werden kann und sehbehinderte und blinde Menschen ihn daher teilweise als barrierefreie Gendermöglichkeit benannt haben.

² Diese Zahlen beruhen auf einer repräsentativen Umfrage des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) aus den letzten Jahren (IAB-Betriebspanel 2019). Erhoben wurden Angaben über befristete Arbeitsverhältnisse aller sozialversicherungspflichtig beschäftigter Arbeiter:innen und Angestellter, exklusive Auszubildender, und nicht sozialversicherungspflichtig Beschäftigter (Beamt:innen, tätige Inhaber:innen und mithelfende Familienangehörige) sowie geringfügige und sonstige Beschäftigte in Betrieben verschiedener Branchen und Größen. Es handelt sich um hochgerechnete Werte; erfasst werden Einstellungen für das erste Kalenderhalbjahr. Der Befristungsanteil der Gesamtbeschäftigung schwankte in den letzten Jahren zwischen 8,3 % in den Jahren 2017 und 2018 und 7,1 % im Jahr 2019. Die Angaben des Statistischen Bundesamtes weichen leicht davon ab mit einer Befristungsquote von 7,4 % und einer absoluten Zahl von 2,296.000 befristet Beschäftigten in 2019 (Destatis, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-4/befristet-beschaeftigte.html> sowie <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Tabellen/atyp-kernerwerb-erwerbsfor-m-zr.html>). Die Arbeitsmarktentwicklung in den Jahren 2020 und 2021 wird wegen der pandemischen Ausnahmesituation ausgeklammert.

³ Hochgerechnete Werte der Ergebnisse des IAB-Betriebspanels 2019: 2017 betrug der Anteil der befristeten Neueinstellungen 43,5 %, 2018 44,1 % und 2019 37 %.

⁴ Vgl. N. Gürtzgen/A. Kubis/B. Kufner, IAB-Kurzbericht 17/2019, S. 2.

Übernahmen zeigt, dass befristete Arbeitsverträge nur vergleichsweise selten genutzt werden, um einen tatsächlich nur vorübergehenden Arbeitskräftebedarf zu decken; einem Großteil der befristeten Arbeitsverträge liegt ein längerfristiger Bedarf an der Arbeitsleistung zugrunde.⁵ Die Selbstauskünfte der im IAB-Betriebspanel 2019⁶ befragten Betriebe über ihre betrieblichen Motive für den Einsatz befristeter Arbeitsverträge bestärkt den Befund: Nur in einem knappen Drittel der befragten Betriebe waren begrenzter Ersatz- oder Mehrbedarf das wichtigste Motiv. Besonders verbreitet ist der Ersatzbedarf in Betrieben der öffentlichen Verwaltung sowie in der Erziehungs- und Unterrichtsbranche; der zeitlich begrenzte Mehrbedarf ist vor allem in der Land- und Forstwirtschaft sowie im Gastgewerbe der ausschlaggebende Befristungsgrund. Zwei Drittel der Betriebe nannten andere Motive für den Abschluss befristeter Verträge an: Rund 37 % der befragten Betriebe gaben an, Befristungen primär zur Erprobung („Screening“) der eingestellten Mitarbeiter:innen einzusetzen. Quantitative Analysen der IAB-Betriebspanels sowie qualitative Interviewauswertungen legen nahe, dass Arbeitgeber:innen neue Bewerber:innen teilweise pauschal sachgrundlos gem. § 14 II TzBfG befristen, ohne eine unbefristete Einstellung in Betracht zu ziehen, und dann nach Ablauf der Befristung erst über eine Festanstellung entscheiden. So lässt sich auch erklären, dass die Übernahmequoten in Branchen mit einem hohen Anteil sachgrundloser Befristungen höher und der Gesamtbestand befristeter Arbeitsverhältnisse niedriger sind.⁷ Andere verbreitete Befristungsmotive sind die unsichere wirtschaftliche Perspektive des Unternehmens (12 %) und in ca. 9 % der Betriebe – ein Großteil davon in Organisationen ohne Erwerbzweck – die begrenzte Finanzierung. Je nach der wirtschaftlichen und finanziellen Entwicklung des Unternehmens besteht der Arbeitskraftbedarf in diesen Fällen kurz- oder langfristig.

Arbeitgeber:innen nutzen befristete Arbeitsverträge also, um flexibel auf persönliche und wirtschaftliche Unwägbarkeiten verschiedener Art zu reagieren, indem sie sich für eine begrenzte Zeit binden und danach über eine Übernahme, Verlängerung oder Beendigung der Arbeitsverhältnisse entscheiden, ohne das aus der Kündigungslast im unbefristeten Arbeitsverhältnis resultierende „Beschäftigungsrisiko“ zu tragen.⁸ Für befristet beschäftigte Arbeitnehmer:innen, von denen nur

⁵ Laut einer IAB-Stellenerhebung für das Jahr 2018 beruhten rund 85 % der Neueinstellungen auf einem längerfristigen Bedarf, zitiert nach *N. Gürtzgen/A. Kubis/B. Kießner*, IAB-Kurzbericht 17/2019, S. 4. Die IAB-Stellenerhebung ist eine repräsentative und statistisch valide Befragung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, mit der die sozialversicherungspflichtigen Neueinstellungen in ca. 4 % der deutschen Betriebe aus 24 Branchen und 6 Betriebsgrößenklassen abgefragt werden. Die Stichproben werden hochgerechnet und gehen daher mit einer gewissen Ungenauigkeit einher.

⁶ Siehe Fn. 2.

⁷ *C. Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 16/2018, S. 5.

⁸ Vgl. *R. Schwarze*, RdA 2017, 302, 309.

wenige auf eigenen Wunsch hin eine Befristungsabrede schließen,⁹ birgt diese Rechtslage sowohl Chancen als auch Risiken: Der hohe Anteil an Entfristungen zeigt einerseits, dass eine befristete Beschäftigung eine Brücke in die Dauerbeschäftigung sein kann. Andererseits geht die befristete Beschäftigung mit einem hohen Maß an Unsicherheit einher: In einem nur vorübergehenden Arbeitsverhältnis können Arbeitnehmer:innen persönliche oder finanzielle Lebensentscheidungen nicht langfristig planen und eine Integration in das soziale Umfeld des Betriebs ist unter Umständen schwieriger. In § 14 TzBfG und einigen Sondervorschriften (z. B. im WissZeitVG) hat der Gesetzgeber daher Voraussetzungen für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge normiert.

Die rechtlichen Grenzen zulässiger Befristungsabreden sind Gegenstand andauernder politischer Kontroversen,¹⁰ einer umfangreichen Judikatur inklusive der vom BAG entwickelten Rechtsmissbrauchskontrolle¹¹ und eines umfangreichen Diskurses im Schrifttum.¹² Zu diesem Diskurs soll die vorliegende Arbeit keinen Beitrag leisten. Sie setzt stattdessen an der Erkenntnis an, dass befristete Arbeitsverträge nach der geltenden Rechtslage – trotz und in den Grenzen des § 14 TzBfG und der richterlichen Missbrauchskontrolle – zur Deckung eines mittel- oder langfristigen Arbeitsbedarfs eingesetzt werden dürfen und Arbeitgeber:innen diese Möglichkeit nutzen. Das Interesse von Arbeitnehmer:innen an einem anfänglich unbefristeten Vertrag wird daher oft durch ein Interesse an einer Vertragsfortsetzung nach Fristablauf ergänzt oder überlagert. Von der Befristungskontrolle abzugrenzen und ebenfalls hoch praxisrelevant ist daher die Frage, ob Arbeitgeber:innen frei über die Fortsetzung wirksam befristeter Arbeitsverhältnisse nach Fristablauf entscheiden dürfen.

Diese Frage ist in der Rechtsprechung und Literatur noch nicht grundlegend aufgearbeitet worden. Einig ist man sich darin, dass Arbeitgeber:innen mit dem Abschluss von Folgearbeitsverträgen nach Fristablauf ihre Vertragsfreiheit betätigen, die nicht nur ein Grundprinzip des Privatrechts, sondern gem. Art. 12 I GG auch verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Inwiefern diese Freiheit durch vertrauenszerweckende Verhaltensweisen von Arbeitgeber:innen, den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oder Benachteiligungsverbote rechtlich begrenzt ist, wird zwar kontrovers, aber nicht ausführlich diskutiert. Hinter der Kontroverse verbergen sich

⁹ Im Jahr 2019 waren es laut Arbeitskräfteerhebung des Statistischen Bundesamtes nur 6 % der befristet Beschäftigten, Destatis, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-4/unfreiwilligbefristet-beschaefigte.html>.

¹⁰ Als nächste Novellierungen sieht der Koalitionsvertrag 2021 vor, die Möglichkeit der Haushaltsbefristung abzuschaffen und Kettenbefristungen mit Sachgrund auf sechs Jahre zu begrenzen. Nur in „eng begrenzten Ausnahmen“ soll ein Überschreiten dieser Höchstdauer möglich sein, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 70.

¹¹ Siehe ausführlich unten Kap. 1 D. I. 2. a) cc).

¹² Siehe monographisch aus jüngerer Zeit beispielsweise *K. Loth, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis* (2015).