

# Betriebs Berater



34 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

22.8.2016 | 71. Jg.  
Seiten 1985–2048

## DIE ERSTE SEITE

**Martin W. Huff**, RA

Bundesverfassungsgericht und Syndikusanwälte –  
Klärung der umstrittenen Rückwirkung für laufende Verfahren

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Michael Jakobs**, LL.M., RA, und **Dr. Sven-Markus Thiel**, RA

Managementerkklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung  
aus Sicht der Geschäftsführung | 1987

**Dr. Thomas Mühl**, RA

Internal Investigations: die ersten 72 Stunden nach dem „Knall“ | 1992

## STEUERRECHT

**Dr. jur. Hartmut Klein**, RA/StB

Die vertane Chance im sog. „Cum/Ex-Verfahren“ –  
Nachschau des Hessischen FG-Urteils vom 12.2.2016 – 4 K 1684/14 | 2006

**Maximilian Bannes**, StB, und **Prof. Dr. Adrian Cloer**, RA/StB

BEPS Aktionsplan 5: Wirksamere Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken unter  
Berücksichtigung von Transparenz und Substanz | 2013

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Frank Althoff**, WP/StB

Einbringung immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens –  
mit Ausschüttungssperre? | 2027

## ARBEITSRECHT

**Katharina Heinz**, RAin

„65 Jahre + x“ und arbeitswillig – Rechtliche Möglichkeiten der befristeten  
(Weiter-)Beschäftigung von Rentnern | 2037

Katharina Heinz, RAin

# „65 Jahre + x“ und arbeitswillig – Rechtliche Möglichkeiten der befristeten (Weiter-)Beschäftigung von Rentnern

Die Erwerbstätigkeit älterer Menschen nimmt zu und die Quote der Erwerbstätigen hat sich in kurzer Zeit mehr als verdoppelt. Im Jahr 2014 gingen in Deutschland 14% der 65–69-jährigen einer Erwerbstätigkeit nach. 2005 waren es lediglich 6% (PM des Statistischen Bundesamtes vom 29.7.2015 – 272/15). Diese Entwicklung und der Wunsch, ein ursprünglich auf das Renteneintrittsalter befristetes Arbeitsverhältnis über diese Grenze hinaus für einen bestimmten Zeitraum fortzuführen, ist in letzter Zeit vermehrt auch in der Unternehmensberatung zu spüren. Grund dafür ist neben dem demographischen Wandel und dem steigenden Anteil der älteren Personen an der Bevölkerung, aktuell auch der Bedarf vieler Unternehmer an gut qualifizierten Arbeitskräften. Diese beiden Faktoren führen zu einem Umdenken in den Unternehmen. Während für Menschen im höheren Alter der allgemeine Zugang zum Arbeitsmarkt noch eher beschwerlich ist, liegt es vermehrt im Interesse der Arbeitgeber langjährig im Unternehmen tätige Mitarbeiter zu halten und von der beruflichen Erfahrung und dem bereits entstandenen Vertrauensverhältnis auch über die Regelaltersgrenze hinaus zu profitieren. Insbesondere aufgrund des Fachkräftemangels ist es vielen Arbeitgebern wichtig, das bestehende Know-how der Mitarbeiter – zumindest noch für eine gewisse Zeit – zu sichern und in Anspruch zu nehmen. Hinzu kommt, dass neben dem Arbeitgeber vermehrt auch der Arbeitnehmer selbst ein Interesse daran hat, über das Renteneintrittsalter hinaus einer Beschäftigung nachzugehen, sodass es häufig sogar dem Wunsch beider Arbeitsvertragsparteien entspricht, das Arbeitsverhältnis über die Regelaltersgrenze hinaus fortzusetzen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, welche rechtlichen Möglichkeiten im Hinblick auf die Weiterbeschäftigung von Rentnern bestehen und welche Hürden die Unternehmen bei der Gestaltung einer solchen Vereinbarung zwingend zu beachten haben. Dabei setzt sich der Beitrag vorrangig mit dem Wunsch des Arbeitgebers nach einer nur befristeten Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auseinander.

## I. Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages

Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Regelaltersgrenze hinaus, ist für Arbeitgeber in der Regel häufig mit dem Wunsch verbunden, das Arbeitsverhältnis befristet, also nur noch für einen bestimmten definierten Zeitraum, fortzusetzen und somit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf des Befristungszeitraums einfacher durchzusetzen und nicht den strengen und starren Regeln des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) zu unterliegen. Denn der Arbeitgeber will zum einen nur so lange auf den Arbeitnehmer zurückgreifen, wie dieser noch körperlich und geistig fit ist und zum anderen will er die Risiken eines Kündigungsschutzprozesses vermei-

den. Diese wären für den Arbeitgeber fatal, da eine Kündigung aufgrund der zwingend durchzuführenden Interessenabwägung und der schutzwürdigen Sozialdaten des Arbeitnehmers, wie z. B. hohes Lebensalter und die lange Betriebszugehörigkeit, in diesem Fall in der Regel nur noch bei gravierenden Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers in Betracht kommt.

Die Möglichkeiten der Befristung eines Arbeitsverhältnisses wird überwiegend durch die Zentralnorm des § 14 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt. Das Befristungsrecht nach dem TzBfG bietet Arbeitnehmern einen umfassenden Schutz. In diesem Schutzmechanismus spielt insbesondere die Regelung des § 16 TzBfG eine besondere Bedeutung. Danach gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn die Befristung aus irgendeinem Grund rechtsunwirksam erfolgt ist. Für die Unternehmen stellt eine unwirksame Befristung damit ein erhebliches (finanzielles) Risiko dar, so dass nur empfohlen werden kann, die Befristung des Arbeitsverhältnisses sorgfältig zu prüfen. Die Gestaltungsmöglichkeiten einer Befristung sollen im Folgenden – insbesondere mit Blick auf die Beschäftigung von Rentnern – näher dargestellt werden.

### 1. Sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern (§ 14 Abs. 3 TzBfG)

Bei der Frage nach einer befristeten Möglichkeit der Beschäftigung von Rentnern ist zunächst an die sachgrundlose Befristungsmöglichkeit mit älteren Arbeitnehmern gem. § 14 Abs. 3 TzBfG zu denken. Nach dieser Vorschrift ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem SGB II oder SGB III teilgenommen hat. Voraussetzung dieser Befristungsmöglichkeit ist somit, dass der Arbeitnehmer in den letzten vier Monaten vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses beschäftigungslos im Sinne des Gesetzes gewesen sein muss. Diese viermonatige Dauer der Beschäftigungslosigkeit muss unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses liegen und grundsätzlich auch zusammenhängend sein.<sup>1</sup> An diesem Tatbestandsmerkmal fehlt es in der Regel bei den Überlegungen hinsichtlich der Weiterbeschäftigung von Mitarbeitern über die Regelaltersgrenze hinaus, sodass diese Befris-

<sup>1</sup> Siehe BT-Drs. 16/3793, 8.

tungsmöglichkeit nach § 14 Abs. 3 TzBfG für die Unternehmen grundsätzlich ausscheidet.

## 2. Sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG)

Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist gem. § 14 Abs. 2 TzBfG lediglich bis zu einer Maximaldauer von zwei Jahren zulässig. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sieht aber ausdrücklich vor, dass eine solche Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Aus diesem Grund scheidet auch die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG aus, da mit demselben Arbeitgeber bereits eine „Zuvor-Beschäftigung“ bestanden hat und in diesen Fällen eine Befristung nach dieser Vorschrift gerade nicht zulässig und somit im Ergebnis keine Variante für die Arbeitgeber bei der Weiterbeschäftigung von langjährigen Mitarbeitern über die Regelaltersgrenze hinaus darstellt.

## 3. Befristung mit Sachgrund (§ 14 Abs. 1 TzBfG)

Letztlich bleibt lediglich die Befristungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses mit sachlichem Grund gem. § 14 Abs. 1 TzBfG.

### a) Vorrübergehender Arbeitskräftebedarf, insbesondere Projektbefristung

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG kann ein vorrübergehender Arbeitskräftebedarf einen Sachgrund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses darstellen und die Befristung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.<sup>2</sup> Auch das Vorliegen eines bestimmten, zeitlich begrenzten Projekts kann in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein.<sup>3</sup> Dabei ist zu beachten, dass die im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben nur vorrübergehend anfallen dürfen und Daueraufgaben grundsätzlich keine Projektbefristung rechtfertigen.<sup>4</sup> Nach Ansicht des BAG genügt es aber, wenn der Arbeitnehmer nur überwiegend projektbezogen beschäftigt wird, weil nach Ablauf der Vertragslaufzeit voraussichtlich die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer entfällt. Es schade also nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich nicht, wenn der Arbeitnehmer nicht ausschließlich nur projektbezogene Tätigkeiten ausübe.<sup>5</sup>

### b) Vertretungsbefristung

Die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers gehört zu einem der Regelfälle der Sachgrundbefristung und ist in § 14 Abs. 1 S. Nr. 3 TzBfG ausdrücklich gesetzlich niedergelegt. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses ist somit gerechtfertigt, wenn der befristete eingesetzte Mitarbeiter einen erkrankten, beurlaubten oder einen aus anderen Gründen vorrübergehend an der Arbeitsleistung verhandelnden Arbeitnehmer vertritt.<sup>6</sup>

### c) Befristung aufgrund der Person des Arbeitnehmers

Für die befristete Weiterbeschäftigung von Rentnern spielt insbesondere der Sachgrund des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG eine wichtige Rolle. Danach ist die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig bzw. es liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen. Ein „in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund“ wird durch die Rechtsprechung des BAG weit gefasst, so dass auch Altersgrenzen und/oder der Wunsch des Arbeitnehmers als anerkannte Sachgründe unter die Regelung subsumiert werden.

### aa) Bezug der gesetzlichen Altersrente

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann eine Altersgrenzenregelung in Kollektivnormen und in individualvertraglichen Abmachungen auf das Erreichen des für den Bezug von Regelaltersrente erforderlichen Lebensalters abstellen.<sup>7</sup> Dem zugrunde liegt eine Interessenabwägung, die zum einen den Wunsch des Arbeitnehmers auf eine Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses über die gesetzliche Regelaltersgrenze hinaus berücksichtigt und somit legitimen wirtschaftlichen und ideellen Anliegen des Arbeitnehmers dient. Zum anderen beachtet allerdings die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auch den Umstand, dass es sich um ein Fortsetzungsverlangen des Arbeitnehmers handelt, der bereits ein langes Berufsleben hinter sich hat und dessen Interesse an der Fortführung seiner beruflichen Tätigkeit nur noch für eine begrenzte Zeit besteht. Diesen Interessen des Arbeitnehmers stehen die Interessen des Arbeitgebers gegenüber, welche insbesondere in einer sachgerechten und berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung liegen. Sobald dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Regelaltersrente zusteht, hat die Rechtsprechung den Interessen des Arbeitgebers den Vorrang vor dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers eingeräumt.<sup>8</sup> Eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Erreichens der Altersgrenze ist somit zulässig, wenn der Arbeitnehmer bereits die Voraussetzungen für den Bezug einer Altersversorgung in der gesetzlichen Rentenversicherung erfüllt hat.<sup>9</sup>

Diese Befristungsmöglichkeit wurde in der Folge auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bestätigt. So hat der EuGH die Vereinbarkeit, insbesondere von tariflichen Altersgrenzen mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht und insbesondere der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf zunächst in der sog. Palacios-Entscheidung<sup>10</sup> und drei Jahre später in der sog. Rosenblatt-Entscheidung<sup>11</sup> bestätigt. Fazit dieser Ausführungen: Eine kollektiv- und individualvertragliche Regelung nach welcher das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des Renteneintrittsalter endet, stellt eine zulässige Befristungsregelung dar.

An dieser Stelle ist allerdings Vorsicht geboten. Aufgrund der dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze könnte man meinen, dass somit auch eine sich an eine solche Regelung anschließende Befristung erst Recht zulässig sein müsste und somit der befristeten Weiterbeschäftigung eines Rentners nichts im Wege steht. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer eine Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beanspruchen kann, stellt allein allerdings keinen Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG für die Befristung eines Arbeitnehmers nach Erreichen der Regelaltersgrenze dar.

Nach der jüngsten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts<sup>12</sup> ist die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur dann sachlich ge-

2 BAG, 14.1.1982 – 2 AZR 245/80, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 65; Müller-Glöge, in: *ErFKomm*, 16. Aufl. 2016, TzBfG, § 14, Rn. 23.

3 Müller-Glöge, in: *ErFKomm*, 16. Aufl. 2016, TzBfG, § 14, Rn. 25.

4 BAG, 12.9.1996 – 7 AZR 790/95, BB 1997, 371; Müller-Glöge, in: *ErFKomm* 16. Aufl. 2016, TzBfG, § 14, Rn. 23.

5 BAG, 7.5.2008 – 7 AZR 146/07, AP TzBfG § 14 Nr. 49.

6 Vgl. BAG, 21.2.2001 – 7 AZR 200/00, BB 2001, 1479; BAG, 13.10.2004 – 7 AZR 654/03, AP TzBfG § 14 Nr. 13.

7 BAG, 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, BB 2006, 222.

8 Vgl. etwa, BAG, 18.6.2008 – 7 AZR 116/07, BAGE 127, 74, BB 2009, 217.

9 BAG, 18.6.2008 – 7 AZR 116/07, BB 2009, 217; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. auch BAG, 24.5.1961 – 4 AZR 102/60, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 18; BAG, 19.11.2003 – 7 AZR 296/03, BB 2004, 892.

10 EuGH, 16.10.2007 – C 411/05, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 8.

11 EuGH, 12.10.2010 – C 45/09, NZA 2010, 1167.

12 BAG, 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, BB 2015, 1786.

rechtfertigt, wenn diese einer konkreten, im Zeitpunkt der Vereinbarung der Befristung bestehenden Personalplanung des Arbeitgebers dient. Diese kann nach Ansicht des BAG beispielsweise in der Einarbeitung einer Ersatzkraft oder in der Überbrückung bis zur Neubesetzung der Stelle mit einer Ersatzkraft liegen.

An die Befristung eines Arbeitsverhältnisses nach Erreichen der Regelaltersgrenze aufgrund § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG werden somit im Ergebnis ganz andere und vor allem strengere Anforderungen gestellt. Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Vereinbarung der Befristung das gesetzliche Rentenalter erreicht hat und einen Anspruch auf Altersrente bezieht, ist nicht geeignet, die Befristung des Arbeitsverhältnisses nach Erreichen der Regelaltersgrenze zu rechtfertigen, sodass bei einer nachträglichen Befristung ein weiterer Sachgrund für eine Befristung nach § 14 TzBfG erforderlich ist, der in dem zugrundeliegenden Sachverhalt des BAG insbesondere in der Personalplanung des Arbeitgebers liegen kann.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass somit nach der obergerichtlichen Rechtsprechung des BAG an eine Befristung nach Erreichen des Rentenalters höhere Anforderungen gestellt werden, als an den Abschluss der zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zwischen den Arbeitsvertragsparteien getroffenen arbeitsvertraglichen Vereinbarung, welche eine Befristung bis zur Erreichung der Regelaltersgrenze für zulässig erachtet. Diese doch verwunderlichen Grundsätze der Rechtsprechung sollten Unternehmen bei dem Abschluss einer Vereinbarung, welche eine befristete Weiterbeschäftigung des Rentners vorsieht, zwingend beachten.<sup>13</sup>

#### bb) Wunsch des Arbeitnehmers

Nach Ansicht der Rechtsprechung kann auch der Wunsch des Arbeitnehmers grundsätzlich eine Befristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG rechtfertigen.<sup>14</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG rechtfertigt der Wunsch des Arbeitnehmers eine Befristung, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv Anhaltspunkte dahingehend vorliegen, dass der Arbeitnehmer ein Interesse gerade an einer befristeten Beschäftigung hat.<sup>15</sup> An dieser Stelle stellt sich die Frage, wann ein solcher objektiver Anhaltspunkt anzunehmen ist. So können z. B. familiäre Verpflichtungen, eine noch nicht abgeschlossene Ausbildung oder eine bevorstehende Elternzeit<sup>16</sup> objektive Anhaltspunkte für einen Befristungsgrund auf Wunsch des Arbeitnehmers darstellen.

Voraussetzung für eine Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers ist es, dass es sich um einen vom Arbeitgeber nicht beeinflussten Wunsch des Arbeitnehmers handelt, nur befristet beschäftigt zu werden.<sup>17</sup> Entscheidender Anhaltspunkt ist, dass der Arbeitnehmer auch bei einem Angebot des Arbeitgebers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages nur einen befristeten Arbeitsvertrag vereinbart hätte.<sup>18</sup> Dadurch werden die hohen Voraussetzungen der Rechtsprechung an den Befristungsgrund auf Wunsch des Arbeitnehmers deutlich. Diese strengen Voraussetzungen hat das LAG Baden-Württemberg auch nochmals in einer jüngeren Entscheidung zum Ausdruck gebracht.<sup>19</sup> Auch in dieser Entscheidung hebt das LAG hervor, dass das bloße Einverständnis des Arbeitnehmers mit dem Angebot auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nicht als Wunsch auf Abschluss einer Befristung gewertet werden könne. Der Befristungsgrund sei lediglich anzunehmen, wenn dem Arbeitnehmer darüber hinaus die Möglichkeit eingeräumt wird, das Angebot während einer längeren Annahmefrist (im Vorliegenden: 28 Monate) in Ruhe zu

prüfen und dieser bei Annahme attraktive Gegenleistungen (hier: zusätzliche betriebliche Versorgungsleistungen des Arbeitgebers) erhält. Unter Zugrundelegung dieser Anforderungen ist den Unternehmen dringend anzuraten, die Befristungsabrede nicht zu voreilig auf den ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers zu stützen. Die bloß einvernehmliche Einigung der Parteien ist für eine wirksame Befristung nicht ausreichend.

#### 4. Schriftform und Rechtsfolgen einer unwirksamen Befristung

In jedem Fall ist die Befristungsabrede schriftlich gem. § 14 Abs. 4 TzBfG festzuhalten und diese sollte rechtzeitig vor dem Eingreifen der vertraglichen Altersgrenze erfolgen. Die Einhaltung des Schriftformerfordernisses stellt eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Befristung dar und begründet bei Fehlen den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gem. § 16 TzBfG.<sup>20</sup> Nach § 16 TzBfG gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, für den Fall, dass die Befristung unwirksam ist. Diese Rechtsfolge macht abschließend nochmals besonders deutlich, dass dem Arbeitgeber dringend anzuraten ist, die Anforderungen an eine wirksame Befristung sorgfältig zu prüfen und die aufgestellten Grundsätze der Rechtsprechung einzuhalten, um so der Gefahr eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit und den daran anknüpfenden strengen Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes zu entgehen.

#### 5. Zwischenfazit

Es wird deutlich, dass der Unternehmer bei einer befristeten Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Regelaltersgrenze hinaus einige Hürden zu überwinden hat und allein der Wunsch beider Vertragsparteien nicht ausreichend ist, um eine rechtsichere Befristung zu erreichen. Eine Befristung ist nach § 14 Abs. 1 TzBfG nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes möglich. Und auch die Anforderungen an den Sachgrund sind wie vorliegend aufgezeigt nicht zu unterschätzen. Somit stellt sich im Ergebnis eine Frage: Gibt es wirklich keinen einfacheren Weg?

## II. Hinausschieben der Altersgrenze nach § 41 S. 3 SGB VI

Vielleicht hat gerade diese Frage der Gesetzgeber zum Anlass genommen, eine Ergänzung des § 41 SGB VI vorzunehmen. Der Gesetzesbegründung<sup>21</sup> ist zu entnehmen, dass dem Wunsch der Arbeitsvertragsparteien entsprechend, auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze und darauf bezogener Beendigungsvereinbarungen das Arbeitsverhältnis einvernehmlich für einen von vorne herein bestimmten Zeitraum rechtssicher fortzuführen, ein Anliegen des Gesetzgebers war

13 Kritisch auch LAG Berlin-Brandenburg, 23.11.2013 – 12 Sa 1303/12, juris; Klösel/Reitz, in: NZA 2014, 1366.

14 BAG, 19.1.2005 – 7 AZR 115/04, NJOZ 2005, 3009; BAG, 5.6.2002 – 7 AZR 241/01, BAGE 101, 262, BB 2002, 2236.

15 BAG, 6.11.1996 – 7 AZR 909/95, BB 1997, 51.

16 Müller-Glöge, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, TzBfG, § 14, Rn. 61; BAG, 6.11.1996 – 7 AZR 909/95, BB 1997, 51.

17 BAG, 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, BB 2015, 1786.

18 BAG, 6.11.1996 – 7 AZR 909/95, BB 1997, 51; BAG, 19.1.2005 – 7 AZR 115/04, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 260.

19 LAG Baden-Württemberg, 4.3.2015 – 2 Sa 31/14; ArbRAktuell 2015, 253.

20 BAG, 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AP TzBfG § 14 Nr. 6; Müller-Glöge, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, TzBfG, § 14, Rn. 122.

21 Vgl. BT-Drs. 18/1489, 25; in der Folge des Gesetzes über Leistungsverbesserung in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 23.6.2014, Bundesgesetzblatt I, S. 787 ff.

und daraus die Ergänzung in § 41 SGB VI folgte. Diese seit dem 1.7.2014 im Gesetz verankerte Neuregelung des § 41 S. 3 SGB VI lautet wie folgt:

„Sieht eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vor, können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben.“

Mit dieser Neuregelung soll dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnet werden, trotz kollektiv- oder individualvertraglich vereinbarten Altersgrenzen, welche ein Ausscheiden des Mitarbeiters mit Erreichen der Regelaltersgrenze vorsehen, über diese hinaus das Arbeitsverhältnis befristet fortsetzen zu können.<sup>22</sup> § 41 S. 3 SGB VI stellt somit eine Sonderregelung gegenüber § 14 TzBfG mit eigenen tatbestandlichen Voraussetzungen dar.<sup>23</sup>

Im Folgenden sollen die an eine wirksame Befristung nach dieser Vorschrift bestehenden rechtlichen Voraussetzungen näher erörtert und insbesondere mit der oben bereits erörterten Möglichkeit der Befristung nach § 14 TzBfG verglichen werden. Liegen die Voraussetzungen vor, sind die Arbeitsvertragsparteien nicht an die strengen Voraussetzungen des § 14 TzBfG gebunden und können auch ohne Vorliegen eines Sachgrundes<sup>24</sup> das Arbeitsverhältnis mehrfach befristen, ohne an eine bestimmte Befristungsgrenze nach Art und Umfang gebunden zu sein.

## 1. Voraussetzungen des § 41 S. 3 SGB VI

### a) Kollektiv- oder individualvertraglich vereinbarte Altersgrenze

Um nach dem Wortlaut der Norm den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses hinausschieben zu können, muss zunächst insbesondere kraft kollektivvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarung eine Altersgrenze gelten. Die vertraglich festgelegte automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters des Beschäftigten ist dem Grunde nach mit dem Unionsrecht zu vereinbaren, wenn die Befristung nicht lediglich auf ein bestimmtes Alter abstellt, sondern auch den Umstand berücksichtigt, dass dem Betroffenen ein finanzieller Ausgleich in Gestalt einer Altersrente zugutekommt.<sup>25</sup>

### b) Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses

Um von der Regelung des § 41 S. 3 SGB VI Gebrauch zu machen, ist des Weiteren eine vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer während des laufenden Arbeitsverhältnisses erforderlich.

Bei Vorliegen einer wirksamen Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Erreichens der Altersgrenze ermöglicht die Neuregelung des § 41 S. 3 SGB VI ein „Hinausschieben“ des Beendigungszeitpunktes. Erforderlich ist demnach eine nahtlose Weiterbeschäftigung. Es darf somit zu keiner Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses kommen, sodass die Arbeitsvertragsparteien rechtzeitig vor dem rentenrechtlichen Beendigungszeitpunkt eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren müssten. Sobald eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Erreichens der Regelaltersgrenze eingetreten ist, scheidet die Gestaltungsoption des § 41 S. 3 SGB VI aus,<sup>26</sup> bzw. es besteht die Gefahr einer nicht wirksamen Weiterbeschäftigung, was die für den Arbeitgeber ungewollte Rechtsfolge des § 16 TzBfG und die Entstehung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen könnte.<sup>27</sup>

### c) Dauer und Anzahl der Verlängerungen

Der Wortlaut der Regelung in § 41 S. 3 SGB VI enthält keine Begrenzung hinsichtlich der Gesamtdauer oder auch der Anzahl der möglichen Verlängerungen. Im Gegensatz zu den Regelungen in § 14 Abs. 2, Abs. 3 TzBfG, welche sich zur Gesamtdauer der Befristung und der möglichen Anzahl der Verlängerungen äußern, enthält § 41 S. 3 SGB VI keine näheren Angaben hierzu, sodass im Ergebnis daraus geschlossen wird, dass keinerlei Begrenzungen bestehen. Dies hätte zur Folge, dass die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbegrenzte Dauer möglich ist und hinsichtlich der Anzahl der Verlängerungen keine Grenzen bestehen, somit auch ein Arbeitsverhältnis von Tag zu Tag geschlossen werden könnte.<sup>28</sup>

### d) Inhalt der Verlängerungsvereinbarung

Das Hinausschieben nach Maßgabe von § 41 S. 3 SGB VI ist – wie bereits angesprochen – hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen eine Sonderregelung zu § 14 TzBfG, im Übrigen aber in den Rechtsrahmen der allgemeinen Bestimmungen integriert, so dass das Schriftformgebot (§ 14 Abs. 4 TzBfG) und die Bestimmungen des § 16 TzBfG über die Folgen einer unwirksamen Befristung greifen.<sup>29</sup> Nach allgemeiner Auffassung ist ein sachlicher Grund im Sinne von § 14 TzBfG bei der Regelung des § 41 S. 3 SGB VI nicht erforderlich.<sup>30</sup> Ebenso darf die Verlängerungsvereinbarung lediglich den Beendigungszeitpunkt nach hinten schieben, die sonstigen arbeitsvertraglichen Bedingungen müssen erhalten bleiben.<sup>31</sup>

## 2. Vereinbarkeit mit Europarecht

Einige Stimmen in der Literatur halten die Neuregelung des § 41 S. 3 SGB VI für nicht mit den europäischen Grundsätzen vereinbar. Dies wird insbesondere unter zwei Gesichtspunkten diskutiert. Zum einen wird ein Verstoß gegen die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und eine Benachteiligung wegen des Alters angenommen. Des Weiteren wird auch ein Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG diskutiert. Diese europarechtlichen Bedenken sind gerade dadurch entstanden, dass die Vorschrift des § 41 S. 3 SGB VI im Vergleich zu den Regelungen in § 14 TzBfG doch erheblich weniger strenge Anforderungen stellt. Die Gesetzesbegründung enthält dahingehend keine weiteren Anmerkungen, sondern verweist lediglich auf die widerspruchsfreie Anknüpfung an die Regelungen über die Praxis der Beendigungsvereinbarungen und deren Unionsrechtskonformität an.<sup>32</sup> Wie bereits unter II. 1. c) dargestellt, enthält die Neuregelung des § 41 S. 3 SGB VI keinerlei Begrenzung hinsichtlich der Gesamt-

22 Rofls, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, SGB VI, § 41, Rn. 21.

23 Bader, in: NZA 2014, 749, 750; Kleibrink, in: DB 2014, 1490, 1491; Pogutke, in: NZA 2014, 1372, 1373.

24 Rofls, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, SGBVI, § 41, Rn. 23; Pogutke, in: NZA 2014, 1372, 1373; a. A. Bader, in: NZA, 2014, 749, 752.

25 Dazu grundlegend EuGH, 12.10.2010 – C-45/09, NZA 2010, 1167 (Rs. Rosenblatt); bereits erörtert unter I. 3. c) aa).

26 Kleibrink, in: DB, 2014, 1491.

27 S. hierzu auch unter I. 4.

28 S. unter II. 2. hinsichtlich der Diskussion und der Vereinbarkeit mit europarechtlichen Grundsätzen.

29 Bader, in: NZA 2014, 749, Bayreuther, in: BeckOK Arbeitsrecht, TzBfG, § 14, Rn. 72b; Prof. Dr. Waltermann, Europarechtliches Symposium 2015, BAG Erfurt v. 23.–24.04.2015. (nur hinsichtlich der Schriftform abweichend Rofls, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, SGB VI, § 41, Rn. 22; Prof. Dr. Waltermann, Europarechtliches Symposium 2015, BAG Erfurt v. 23.–24.4.2015.

30 Rofls, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, SGBVI, § 41, Rn. 23; Pogutke, in: NZA 2014, 1372, 1373; a. A. Bader, in: NZA, 2014, 749, 752.

31 Gürtner, in: KassKomm, 89. EL März 2016, SGB VI, § 41, Rn. 21; s. auch BT-Drs. 18/1489, 25.

32 BT-Drs. 18/1489, 25 mit Verweis auf EuGH, 12.10.2010 – C 45/09 (Rs Rosenblatt), NZA 2010, 1167.

dauer und der möglichen Anzahl der Verlängerung in Bezug auf die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit Rentnern. So wäre es auch zulässig, den Beendigungszeitpunkt beliebig häufig und beliebig lange immer wieder, so auch im Extremfall von Tag zu Tag, zu verschieben, was im Hinblick auf die Antidiskriminierungsrichtlinie auf eine Benachteiligung wegen des Alters hindeutet.<sup>33</sup> Es bleibt somit weiterhin ungeklärt, ob die durch § 41 S. 3 SGB VI entstandene Möglichkeit den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses mit dem Rentner beliebig häufig und beliebig lange zu verlängern, mit der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und dem darin enthaltenden Verbot der Benachteiligung wegen des Alters vereinbar ist.<sup>34</sup>

Des Weiteren verlangt § 41 S. 3 SGB VI keinen Sachgrund für die Befristung, noch besteht eine Begrenzung hinsichtlich der Zahl der zulässigen Verlängerungen oder deren maximale Dauer, was einen Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG darstellen könnte.<sup>35</sup> Die Richtlinie 1999/70/EG dient dazu den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse zu vermeiden und fordert zur Rechtfertigung einer Befristung eine maximal zulässige Höchstdauer von Befristungen und zudem eine höchstzulässige Zahl der Verlängerungen.<sup>36</sup> Diese Anforderungen sind aber in der Neuregelung des § 41 S. 3 SGB VI gerade nicht enthalten.

### 3. Zwischenfazit

Es lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber, den meist von beiden Arbeitsvertragsparteien vorliegenden Wunsch, auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze und darauf bezogener Beendigungsvereinbarungen das Arbeitsverhältnis einvernehmlich für einen bestimmten Zeitraum fortzuführen zu können, aufgegriffen und durch die Ergänzung in § 41 S. 3 SGB VI festhalten wollte. Zudem heißt es in diesem Zusammenhang in der Gesetzesbegründung aber ausdrücklich „rechtsicher fortsetzen zu können“. Es bleiben aber Restzweifel dahingehend, ob die durch den Gesetzgeber vorgenommene Ergänzung des § 41 SGB VI wirklich „rechtssicher“ ist. Aufgrund der aufgezeigten europarechtlichen Bedenken lässt sich im Ergebnis nicht ausschließen, dass die Norm des § 41 S. 3 SGB VI und die darauf aufbauende Befristung des Arbeitsverhältnisses gegen Unionsrecht verstößt und somit unwirksam ist, was auch an dieser Stelle die Konsequenz des § 16 TzBfG und letztlich den Bestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen würde.

### 4. Abschluss eines freien Mitarbeitervertrages

Auch an eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers als freier Mitarbeiter ist zu denken. Zu der Unternehmerentscheidung die Geschäftsbereiche umzugestalten und bisher bestehende Arbeitsverhältnisse in freie Mitarbeiterverträge umzustellen, hat sich das BAG bisher mehrmals geäußert und diese Möglichkeit grundsätzlich anerkannt.<sup>37</sup> Das BAG führt in diesen Entscheidungen aus, dass die konsequent umgesetzte Unternehmerentscheidung, bestimmte Aufgaben zukünftig durch Selbstständige ausführen zu lassen und nicht mehr durch Arbeitnehmer, betriebsbedingte Kündigungen rechtfertigt. In diesen Entscheidungen wies das BAG aber zudem ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei den Selbstständigen nach der Vertragsgestaltung und letztlich nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung nicht in Wirklichkeit um Arbeitnehmer (Scheinselbstständige) handeln darf, da andernfalls eine unzulässige Austausch Kündigung vorliegt.<sup>38</sup>

Aus diesem Grund ist der Abschluss eines freien Mitarbeitervertrages in einer solchen Konstellation als Alternative zu der Fortführung eines Arbeitsverhältnisses nicht zu empfehlen. In der Regel wird der Wunsch von beiden Vertragspartnern bestehen, dass der Mitarbeiter seine bisher ausgeübte Tätigkeit weiter verrichtet. Übt der Arbeitnehmer nach Abschluss des freien Mitarbeitervertrages die gleiche Tätigkeit aus, die er bereits im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ausgeübt hat, stellt dies ein starkes Indiz für eine Scheinselbstständigkeit dar und ist deshalb kritisch zu betrachten. Bei der Frage, ob die Vertragspartner ein freies Mitarbeiterverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis abschließen, kommt es auch letztlich nicht auf die Bezeichnung des Vertrages, sondern auf die tatsächliche Vertragsdurchführung an.

### III. Fazit

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, taucht in der Beratung von Unternehmen in der letzten Zeit vermehrt der Wunsch auf, ein ursprünglich auf das Renteneintrittsalter befristetes Arbeitsverhältnis über diese Grenze hinaus für einen bestimmten Zeitraum fortzuführen. Dabei wird vielfach durch die Unternehmen die Auffassung vertreten, dass sobald sich die Arbeitsvertragsparteien einig sind und auf beiden Seiten eine – auch nur befristete Fortsetzung – des Arbeitsverhältnisses erwünscht ist, eine zeitlich begrenzte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ohne Weiteres möglich ist. Der Arbeitgeber hat aber auf einige Fallstricke zu achten, damit er am Ende nicht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eingeht und dem Anwendungsbereich des strengen Kündigungsschutzgesetzes unterliegt und – aus welchen Gründen auch immer – eine Trennung vom Arbeitnehmer, insbesondere aufgrund der langen Betriebszugehörigkeit und des hohen Lebensalters, so gut wie nicht mehr möglich ist.

Da die (Neu-)Regelung des § 41 S. 3 SGB VII, trotz ihres Bestehens seit dem 1.7.2014, mit europarechtlichen Bedenken und somit mit Risiken für den Arbeitgeber behaftet ist und seither eher ein Schattendasein führt, verbleibt für die rechtssichere befristete Weiterbeschäftigung eines Rentners in erster Linie die Möglichkeit einer Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG, welche allerdings den strengen Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 TzBfG und den strengen Grundsätzen der ständigen Rechtsprechung des BAG unterliegt, sodass abschließend dem Arbeitgeber nur geraten werden kann, die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Weiterbeschäftigung von Rentnern anhand der oben dargestellten rechtlichen Möglichkeiten im Voraus sorgfältig zu prüfen bzw. sich eingehend beraten zu lassen.

**Katharina Heinz** ist Rechtsanwältin bei RB Reiserer Biesinger Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Heidelberg. Sie berät Unternehmen in allen Fragen des Individual- u. Kollektivarbeitsrechts.



33 S. Art. 1, 2 RL 2000/78/EG; EuGH, 22.11.2005 – C 144/04, BB 2005, 2748; s. insb. BAG, 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AP TzBfG § 14 Nr. 82.

34 So auch Rofls, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, SGBVI, § 41, Rn. 22; Bader, in: NZA 2014, 749.

35 Rofls, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, SGB VI, § 41, Rn. 22.

36 Vgl. EuGH, 23.4.2009 – Rs. C 379/07, BeckEuRS 2009, 493621 u.a.; BAG, 28.5.2014 – 7 AZR 360/12, DB 2014, 2475.

37 BAG, 9.5.1996 – 2 AZR 438/95, BB 1996, 2358, WiB 1996, 1176 m. Anm. Reiserer; BAG, 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06, BB-Entscheidungsreport Löffler, BB 2008, 2131, NZA 2008, 878.

38 Reiserer/Böhlz, in: Werkverträge und Selbstständigkeit, 2014, Kap. 2, Rn. 12.