

Nicht zuletzt auch die Bewertung des Unternehmens birgt hinsichtlich der Vertragsgestaltung erhebliche Risiken. Bei der Bewertung ihres Unternehmens müssen die Gesellschafter und deren Berater sorgfältig zwischen „Pre-money“ und „Post-money“ unterscheiden. Im ersten Fall ist der Unternehmenswert vor der Finanzierungsrunde gemeint, Post-money hingegen bezeichnet den Unternehmenswert inklusive des durch den Investor eingebrachten Kapitals.

Besonders gefährlich ist die Vertragsausgestaltung, wenn an die (weitere) Finanzierung Meilensteine geknüpft werden. Diese Meilensteine können z. B. Umsatzzahlen oder andere genau messbare Größen sein. Hat ein Unternehmen einen bestimmten Umsatz in seinen Businessplan aufgenommen, so wird dieser im Vertrag mit dem Investor oft als zu erreichendes Ziel aufgenommen. Bei Nichterreichen der Umsatzziele hat der Investor das Recht, seine Anteile am Unternehmen aufzustocken. Realisieren kann er das z. B. durch eine Wandelanleihe, die er in Gesellschaftsanteile umwandelt, falls das vereinbarte Ziel verfehlt wird. Damit steigt sein Unternehmensanteil, ohne dass er weiteres Geld in das Unternehmen investiert hat.

IV. Fazit

Unternehmensjuristen und Syndici müssen so früh wie eben möglich in die unternehmerischen Überlegungen mit einbezo-

Aus der Rechtsprechung

Leitscheidung des BAG zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverhältnissen

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist gem. §§ 14 Abs. 2 S. 2, 16 TzBfG unwirksam, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt zuvor mit demselben Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

(Leitsatz des Verfassers)

§ 14 Abs. 2 S. 2 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) enthält im Gegensatz zu der Vorgängerregelung in § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 die Regelung, dass eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits „zuvor“ ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Am 6.11.2003 hatte sich das BAG (Az. 2 AZR 690/02) erstmals mit der Frage auseinandersetzen, was unter „zuvor“ zu verstehen ist. Es hat entschieden, dass jedes vorherige Arbeitsverhältnis ungeachtet der Frage, wie lange es bereits beendet ist, befristungsfeindlich ist.

gen werden, schon damit genügend Zeit für die anstehenden Verhandlungen mit dem zukünftigen Investor zur Verfügung steht. Als rechtlicher Berater des zu finanzierenden Unternehmens ist das Hauptaugenmerk darauf zu richten, Gesellschafter und Manager vor übereilten Entscheidungen zu schützen. Diese Aufgabe ist umso schwieriger und wichtiger, wenn die zur Durchführung einer Finanzierung zur Verfügung stehende Zeit knapp wird. Unternehmensjurist und Syndikus müssen bei anstehenden Finanzierungen im Interesse des Unternehmens und seiner Gesellschafter eine aktive Rolle einnehmen. Sie leisten durch ihre Arbeit einen unerlässlichen Beitrag zum Ausgleich eventuell widerstreitender Interessen zwischen Altgesellschaftern und Investoren. Dies ist zugleich ein wichtiger Beitrag zum Fortbestand des Unternehmens. Verhandlungssicheres Englisch sowie die Fähigkeit, die zu regelnden Sachverhalte betriebswirtschaftlich zu durchdringen und sicher ins deutsche Recht umzusetzen, sind unerlässlich.

Dr. Thomas Stoffmehl

Dem Urteil lag – soweit dies hier von Relevanz ist – der folgende Sachverhalt zugrunde. Ein Arbeitgeber hatte mit einem Arbeitnehmer im Zeitraum vom 4.4.2000 bis zum 30.6.2000 ein befristetes Arbeitsverhältnis unterhalten. Der Arbeitnehmer war zum 30.6.2000 aus dem Betrieb ausgeschieden. Mit einem weiteren Arbeitsvertrag hatten die Parteien ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis für die Zeit vom 20.6.2001 bis zum 15.9.2001 im Rahmen einer Ferienbeschäftigung vereinbart. Nach Ablauf des 15.9.2001 hat der Kläger auf Weiterbeschäftigung geklagt mit dem Argument, dass die – unstrittig sachgrundlose – Befristung unwirksam sei. Für diesen Fall ordnet § 16 TzBfG an, dass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.

Das BAG ist dem Kläger hierin gefolgt. Keine Rolle soll für die damit entschiedene Rechtsfrage an dieser Stelle spielen, dass das Arbeitsverhältnis im konkreten Fall aus einem anderen Rechtsgrund, nämlich der vorsorglich vom Arbeitgeber am 12.10.2001 ausgesprochenen Kündigung, gleichwohl geendet hat.

Die Vorgängerregelung des § 14 Abs. 2 TzBfG, § 1 Abs. 3 BeschFG 1996, sah vor, dass eine sachgrundlose Anschlussbefris-

tung nur dann unwirksam war, wenn zu dem vorherigen Arbeitsverhältnis ein „enger sachlicher Zusammenhang“ bestand. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang war insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung seinerzeit eine Umgehung des Kündigungsschutzes durch eine Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen (sog. Kettenarbeitsverhältnisse) verhindern.

Die Neuregelung im TzBfG griff dies nicht auf, sondern beschränkte die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung dem Wortlaut nach auf Arbeitsvertragsparteien, zwischen denen zuvor noch kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. In der juristischen Fachliteratur wird seitdem kontrovers diskutiert, ob sich das Verbot der sachgrundlosen (Anschluss-)Befristung auch auf Vorarbeitsverhältnisse erstreckt, die ggf. weit in der Vergangenheit liegen und unter Umständen bereits vor Jahren geendet haben. Nach der Gesetzgebungsgeschichte und dem Regelungszweck liegt es nahe, dass der Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG dem Gesetzgeber zu weit geraten ist. Demgemäß wird eine teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts vorgeschlagen. Hiernach soll der Begriff des „zuvor“ auf Fälle einer drohenden Umgehung des Kündigungsschutzes reduziert werden (vgl. hierzu *Löwisch*, BB 2001, 254; *Köster*, SAE 2001, 222, 225; *Osnabrügge*, NZA 2003, 639, 642 f.).

Das BAG hat dem nun eine Absage erteilt. Selbst bei einer – wie im Streitfall – zwölfmonatigen Unterbrechung gelte das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Es enthalte – anders als § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 – keine zeitliche Begrenzung. Auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis komme es damit grundsätzlich nicht mehr an.

Der Entscheidung des BAG kann nicht zugestimmt werden. Das BAG setzt sich in seiner Entscheidung mit den entgegenstehenden Literaturansichten und den dort geäußerten Bedenken nicht auseinander. Zwar spricht die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 14/4374, 19) für diese – weite – Auslegung des BAG. Aber der vielzitierte „Wille des Gesetzgebers“ ist außerhalb der offiziellen Gesetzesbegründung kaum objektivierbar und zwingt im Übrigen selbst bei eindeutigeren Aussagen als der zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gegebenen nicht dazu, der Auslegung zu folgen. Dieser Auslegung gegenüber stehen verfassungsrechtliche Bedenken, konkret der Eingriff in die Grundrechte (Art. 12 Abs. 1, 14, 2 Abs. 1 GG) der vertragsschließenden Parteien. Dieser Eingriff in die Kontrahierungsfreiheit der Parteien ist auch nicht, wie behauptet (vgl. *Annuß/Thüsing/Maschmann*, TzBfG, § 14 Rn 71), durch berechnete Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Denn der Eingriff ist insoweit nicht erforderlich. Der dem Gesetz beigelegte Sinn, die Verhinderung von Kettenarbeitsverhältnissen und damit die Stärkung des Kündigungsschutzes, erfordert keine zeitlich-extensive Auslegung des Begriffs „zuvor“. Der drohenden Umgehung des Kündigungsschutzes kann auch durch eine angemessene Reduktion auf

Fälle eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den Arbeitsverhältnissen Rechnung getragen werden.

Ungeachtet der nach wie vor bestehenden und durch die Urteilsbegründung nicht ausgeräumten Bedenken gegen die nun auch durch das BAG gefundene Auslegung wird die Praxis sich darauf einzurichten haben, dass die Vornahme einer sachgrundlosen Befristung für den Arbeitgeber ein erhebliches Risiko bedeutet. Stellt sich später heraus, dass zu irgendeiner Zeit vorher mit dem Arbeitnehmer bereits einmal ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, sieht sich der Arbeitgeber mit einem nunmehr unbefristeten Arbeitsvertrag konfrontiert.

Schädlich ist nach dem Gesetzeswortlaut jedes zuvor bestehende „Arbeitsverhältnis“. Hierzu zählen sowohl befristete als auch unbefristete Arbeitsverhältnisse, und zwar ungeachtet der Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses. Befristungsfeindlich ist also auch etwa das zweiwöchige Aushilfsarbeitsverhältnis mit dem Schüler im Lagereinsatz während der Schulferien dann, wenn dieser Schüler nach seinem Studium als hochqualifizierter Ingenieur Jahre später befristet eingestellt werden soll. Gleiches gilt für eine Beschäftigung als Werkstudent. Unschädlich ist dem gegenüber ein vorher bestehendes Berufsausbildungsverhältnis. Ebenso wird man berufsbezogene Praktika, also Tätigkeiten, die nicht der wirtschaftlichen Zielsetzung, sondern der beruflichen Ausbildung dienen, ausnehmen müssen, selbst wenn hierfür eine Entschädigung gezahlt wurde. Auch berufsvorbereitende Vertragsverhältnisse nach § 19 BBiG sind unschädlich.

Nicht nur in großen Unternehmen mit mehreren Betrieben kann die Prüfung, ob mit einem einzelnen Arbeitnehmer irgendwann zuvor einmal ein Arbeitsverhältnis bestand, praktisch unmöglich sein. Für den Arbeitgeber ist zudem auch deshalb Vorsicht geboten, weil nach wie vor ungeklärt ist, ob Vorbeschäftigungszeiten in einem Betrieb, der mit den Folgen des § 613a BGB übernommen wurde, als Vorbeschäftigung i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gelten (vgl. einerseits Münchener Handbuch ArbR, ErgBd, § 116 Rn 196 und andererseits *Annuß/Thüsing/Maschmann*, TzBfG, § 14 Rn 76; *Osnabrügge*, NZA 2003, 639, 641).

Dem gut beratenen Arbeitgeber wird zur Risikominimierung nur die ausdrückliche Frage auf den Einstellungsfragebogen nach einer eventuellen Vorbeschäftigung bleiben. Richtiger Ansicht nach ist gerade aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG die Vorbeschäftigung eine verkehrswesentliche Eigenschaft. Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag daher nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten bzw., da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, außerordentlich kündigen, wenn die Frage wahrheitswidrig beantwortet wird. Jedenfalls wird es aber dem Arbeitnehmer nach § 242 BGB zu verwehren sein, sich auf die Unwirksamkeit der Befristung zu berufen, wenn er zuvor wahrheitswidrige Angaben zur Frage der Vorbeschäftigung gemacht hat.

Dr. Stephan Osnabrügge