

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen
Law for Private and Public Enterprises

Band / Volume 5

Alexander J. P. Ertl

Dr. iur.

Das befristete Arbeitsverhältnis in Theorie & Praxis

**Unter Berücksichtigung des
Arbeitsvermittlungsgesetzes**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXV
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII
1. Teil: Einleitung	1
§ 1 Problemstellung befristeter Verträge	1
I. Probleme beim Abschluss des befristeten Vertragsverhältnisses	3
II. Probleme bei einer unklaren Befristung	4
III. Probleme bei wiederkehrenden befristeten Arbeitsverträgen	4
IV. Probleme bei der Kündigung eines befristeten Vertragsverhältnisses	4
§ 2 Zielsetzungen	5
§ 3 Methodik	5
§ 4 Begriffsbestimmungen	6
I. Einleitung	6
II. Definition	6
A. Änderungsverlängerung	6
B. Arbeitsvermittlung	7
C. Befristetes Arbeitsverhältnis	7
D. Kettenarbeitsvertrag	8
E. Personalverleih	8
F. Leiharbeitsverhältnis	9
§ 5 Abgrenzungen	9
2. Teil: Allgemeiner theoretischer Teil	11
§ 6 Ausgangslage eines befristeten Arbeitsverhältnisses	11
I. Die gesetzliche Vermutung der Unbefristetheit des Arbeitsverhältnisses	11
II. Die gesetzliche Möglichkeit der Befristung	12
III. Beweggründe einer Befristung	15
§ 7 Die wichtigsten Erscheinungsformen einer Befristung	17
I. Befristung durch Zeitvereinbarung	17
II. Befristung durch Ereignis oder Zweck vs. Werkvertrag	18
A. Allgemeines	18
B. Abgrenzung zum Werkvertrag	19
III. Arbeitsverhältnis mit Maximalfrist	19
IV. Arbeitsverhältnis mit ungewisser Befristung (resolutiv bedingt)	21

V.	Arbeitsverhältnis mit Minimalfrist	22
VI.	Spezielle Befristungen in der Praxis	22
	A. Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung bei börsenkotierten Unternehmen	22
	B. Das Pensionsalter als Befristung	23
	C. Lehrvertrag	24
	D. Praktikant/Volontär, Sommerpraktikant	24
	E. Das kurzfristige Probearbeitsverhältnis (Arbeit auf Probe)	26
	F. Die Anstellung unter einer Bedingung (Ausübung eines politischen Amtes)	28
	G. Die befristete Anstellung eines Gemeindepräsidenten oder einer Magistratsperson	29
	H. Assistenzärzte	31
	I. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse	33
	J. Soldaten	33
	a. Arbeitsverhältnis unter öffentlich-rechtlicher Zwangsgewalt	33
	b. Rekrutenschule und Wiederholungskurse	34
	c. Durchdiener	35
	K. Strafgefangene	35
	L. Geistliche	36
	M. Berufs-Fussballer	36
	N. Bühnengestellte	38
§ 8	Befristung von Arbeitsverträgen in anderen Rechtsordnungen in Europa	39
	I. Einleitung	39
	II. Deutschland	39
	A. Das befristete Arbeitsverhältnis in Deutschland	40
	a. Kalendermässig befristeter Arbeitsvertrag, Befristung ohne Sachgrund	40
	b. Zweckbefristeter Arbeitsvertrag und auflösende Bedingung	41
	B. Wiederholung einer Befristung in Deutschland	42
	C. Beendigung	43
	III. Frankreich	43
	A. Das befristete Arbeitsverhältnis in Frankreich	43
	B. Zwingende Gründe, um ein befristetes Arbeitsverhältnis in Frankreich abzuschliessen	43
	C. Zulässige Dauer und Erneuerung des befristeten Arbeitsverhältnisses	44
	D. Beendigung	45
	E. Entschädigung	46
	IV. Österreich	47
	A. Das befristete Arbeitsverhältnis in Österreich	47
	B. Arten der Befristung	47
	C. Kettenarbeitsverträge in Österreich	48
	D. Zulässige Dauer und Erneuerung des befristeten Arbeitsverhältnisses	48
	E. Beendigung	49

V.	Grossbritannien	50
A.	Das befristete Arbeitsverhältnis in Grossbritannien	50
B.	Zulässige Dauer und Erneuerung des befristeten Arbeitsverhältnisses	51
C.	Beendigung	52
VI.	Liechtenstein	53
A.	Das befristete Arbeitsverhältnis in Liechtenstein	53
B.	Zulässige Dauer und Erneuerung des befristeten Arbeitsverhältnisses	53
VII.	Länderübersicht	55
§ 9	Rechtsfolge der zulässigen und unzulässigen Befristung	56
§ 10	Die Probezeit und das befristete Arbeitsverhältnis	57
I.	Kündigung während der Probezeit beim unbefristeten Arbeitsverhältnis	57
II.	Die Kündigung während der Probezeit beim befristeten Arbeitsverhältnis	58
A.	Auslegung des Gesetzes bezüglich Anwendbarkeit der Probezeit	59
a.	Gesetzestext	59
b.	Systematik	59
c.	Historisches Element	60
d.	Teleologisches Element	62
B.	Ergebnis der Gesetzesauslegung	64
C.	Ergebnis für die befristeten Verträge in der Praxis	64
III.	Die gesetzliche Probezeitbegrenzung auf drei Monate und deren missbräuchliche Umgehung mittels eines vorgängig befristeten Arbeitsverhältnisses	67
IV.	Dauer der Probezeit	68
V.	Befristung zur Probe im Konzern	69
A.	Allgemeines	69
B.	Konzernproblematik	70
a.	Vertragspartei	70
b.	Anstellungsarten	70
c.	Weisungsrecht	73
C.	Rechtsfolge für höher leitende Angestellte	74
VI.	Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach Abschluss der Probezeit	76
§ 11	Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses	76
I.	Die ordentliche Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses	76
A.	Durch Erreichen der Frist	76
B.	Durch die Erfüllung des Ereignisses oder Zweckes	77
II.	Vorzeitige Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses	77
A.	Kündigung gemäss Art. 334 Abs. 3 OR (eine Befristung von zehn Jahren und mehr)	78
B.	Beendigung mittels vereinbarter Kündigungsmodalitäten	81
C.	Beendigung mittels einer Aufhebungsvereinbarung	83

III.	Die fristlose Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages	84
IV.	Kündigung vor Stellenantritt	88
A.	Kündigungsmöglichkeit	88
a.	Unbefristetes Arbeitsverhältnis	88
b.	Befristetes Arbeitsverhältnis	89
B.	Schadenersatz	90
a.	Bei Kündigung durch den Arbeitgeber	90
b.	Bei Kündigung durch den Arbeitnehmer	90
§ 12	Die Freistellung eines Arbeitnehmers in einem befristeten Anstellungsverhältnis	91
I.	Allgemeines zur Freistellung und die Anrechnungspflicht	91
II.	Schranken der Freistellung eines Arbeitnehmers	93
III.	Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers	94
IV.	Keine Anrechnung des hypothetischen Einkommens bei der Freistellung im befristeten Arbeitsverhältnis	95
§ 13	Das befristete Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang	97
I.	Der normale Betriebsübergang	97
II.	Betriebsübergang bei Insolvenz	100
A.	Allgemein	100
B.	Teilübernahme der Belegschaft	101
C.	Ausschluss Solidarhaftung Erwerber	102
§ 14	Das Konkurrenzverbot bei einem befristeten Arbeitsverhältnis	102
I.	Konkurrenzverbot allgemein	102
II.	Wegfall und richterliche Anpassung des Konkurrenzverbotes	103
III.	Kein Wegfall des Konkurrenzverbotes beim befristeten Arbeitsverhältnis	104
IV.	Dauer des Konkurrenzverbotes beim befristeten Arbeitsverhältnis	104
V.	Die Verknüpfung der Freistellung und des Konkurrenzverbotes	105
VI.	Fristlose Kündigung aufgrund einer zu langen Freistellungsdauer bei einem befristeten Arbeitsverhältnis	107
VII.	Problem der Freistellungsdauer und des Konkurrenzverbotes	107
§ 15	Befristete Temporärarbeitsverträge gemäss AVG	108
I.	Allgemeines zum AVG	108
II.	Die Temporärarbeit	109
III.	Das Dreiecksverhältnis bei der Temporärarbeit	109
IV.	Das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Verleiher	110
A.	Der Rahmenarbeitsvertrag	112
B.	Der Einsatzvertrag	112
V.	Rechte und Pflichten zwischen Verleiher und Arbeitnehmer	114
VI.	Das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb	114
VII.	Das Vertragsverhältnis zwischen Einsatzbetrieb und Arbeitnehmer	116
VIII.	Beendigung von Temporärarbeitsverhältnissen	116

A.	Unbefristete Temporärarbeitsverhältnisse gemäss AVG	116
B.	Befristete Temporärarbeitsverhältnisse gemäss AVG	117
a.	Allgemeines	117
b.	Probleme in der Praxis	119
C.	Probezeit bei der Temporärarbeit	120
IX.	Wiederholung von Einsätzen unter dem AVG	122
A.	Bei verschiedenen Einsatzbetrieben	122
B.	Beim gleichen Einsatzbetrieb	122
C.	Rechtsfolge	123
X.	Konkurrenzverbote bei der Temporärarbeit	124
§ 16	Befristete Arbeitsverträge gemäss öffentlichem Recht	124
I.	Grundsätzliches zu öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträgen	124
II.	Zusammenspiel OR und BPG	126
III.	Befristete Arbeitsverträge gemäss Bundespersonalgesetz (BPG)	128
A.	Allgemeines zu den befristeten Verträgen gemäss BPG	128
B.	Befristungsdauer	129
C.	Wiederholung	131
D.	Die Probezeit beim BPG	132
E.	Beendigung	133
IV.	Die befristete Anstellung von Universitätsassistenten	136
A.	Universitätsassistenten allgemein	136
B.	Universitätsassistenten der Universität St. Gallen	139
V.	Die befristete Anstellung wissenschaftlicher Mitarbeiter	141
VI.	Die befristete Anstellung von Universitätsprofessoren und Lehrbeauftragten	142
A.	Ordentliche Professoren	142
B.	Lehrbeauftragte	144
VII.	Sachliche Rechtfertigung für eine wiederkehrende Befristung in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis	144
A.	Allgemeines	144
B.	Unbegrenzte Wiederholung von befristeten Arbeitsverträgen von Lehrern im öffentlichen Recht aufgrund eines «sachlichen Grundes»?	146
§ 17	Fristverlängerung und Kettenarbeitsvertrag	149
I.	Unterschied Fristverlängerung und Neuabschluss	149
A.	Verlängerung	149
B.	Neuabschluss	151
II.	Grundsätzliches zum Kettenarbeitsvertrag	152
III.	Kettenarbeitsverhältnisse versus Kaskaden-/Stufen- bzw. Gruppenarbeitsverhältnisse	155
IV.	Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen mittels mehrerer befristeter Anstellungsverhältnisse	156
V.	Objektive Gründe für eine wiederholte Befristung	157
VI.	Subjektive Gründe für eine wiederholte Befristung	159

VII. Regeln zur erlaubten Wiederholung einer Befristung	159
VIII. Heutige Rechtsfolge von Kettenarbeitsverträgen	161
§ 18 Relevante Punkte für allfällige Klagen im Zusammenhang mit befristeten Verträgen	162
I. Allgemeines	162
A. Örtliche Zuständigkeit	162
B. Sachliche Zuständigkeit & vereinfachtes Verfahren	163
C. Öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse	164
D. Partei	164
II. Unzulässige Befristungen	165
III. Einseitige oder unklare Kündigungsmodalitäten	165
IV. Konkursprivileg und befristete Arbeitsverhältnisse	166
V. Befristete Arbeitsverhältnisse im Konzern	168
VI. Fristlose Kündigung	168
A. Verknüpfung Freistellung mit Konkurrenzverbot	168
B. Gerechtfertigt durch den Arbeitnehmer/ungerechtfertigt durch den Arbeitgeber	169
C. Gerechtfertigt durch den Arbeitgeber	170
VII. Schadenersatz bei Kündigung vor Stellenantritt durch den Arbeitgeber	170
VIII. Schadenersatz bei Kündigung vor Stellenantritt oder fristloses Verlassen der Stelle durch den Arbeitnehmer	171
§ 19 Erkenntnisse aus dem theoretischen Teil	171
3. Teil: Besonderer praktischer Teil	177
§ 20 Empirische Studien	177
I. Einleitung	177
II. Quantitative empirische Studie	177
A. Untersuchungsziel	177
B. Zielgruppe	177
C. Methodik	178
D. Rücklauf	179
a. Ärztinnen und Ärzte	179
b. Soldaten	179
c. Spitäler	179
III. Qualitative empirische Studie	180
§ 21 Auswertung quantitative Studie Assistenzärztinnen und Ärzte vs. Spitäler	181
I. Einleitung	181
A. Exkurs Weiterbildung von Assistenzärzten zum Facharzt	181
II. Abschlussgrund eines befristeten Arbeitsverhältnisses	182
A. Abschlussgrund eines befristeten Arbeitsverhältnisses für den Arzt	182
B. Abschlussgrund eines befristeten Arbeitsverhältnisses für das Spital aus Sicht des Arztes	182

C. Motivation der Spitäler, Mitarbeiter befristet anzustellen	184
III. Durchschnittliche Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses einer Assistenzärztin/Arztes	186
A. Ärzte	186
B. Spitäler	186
IV. Verlängerung/Erneuerung des befristeten Arbeitsverhältnisses	187
A. Ärzte	188
B. Spitäler	188
V. Umwandlung einer befristeten in eine unbefristete Anstellung	190
A. Ärzte	190
B. Spitäler	190
VI. Ablehnung einer unbefristeten Stelle	191
VII. Vorzeitige Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses	192
A. Ärzte	192
B. Spitäler	193
VIII. Auswirkungen eines befristeten Arbeitsverhältnisses auf die Lebensplanung	194
IX. Persönliche Meinung der Ärzte zur Befristung der Arbeitsverträge aufgrund der Weiterbildung	195
§ 22 Auswertung qualitative Studie	196
I. Einleitung	196
II. Befristet angestellte Arbeitnehmer	196
III. Grund für die befristete Anstellung	197
IV. Dauer der befristeten Arbeitsverhältnisse	199
V. Wiederholung der Befristungen	201
VI. Vertragliche Kündigungsmodalitäten	202
VII. Probleme	203
VIII. Entwicklungen der Befristungsregel im OR	204
IX. Der Sonderfall Berufs-Fussballer	205
§ 23 Erkenntnisse aus dem Praktischen Teil	207
I. Fazit der quantitativen Umfrage der Ärzte	207
II. Fazit der qualitativen Studie	209
4. Teil: Zusammenfassung & Empfehlungen	211
§ 24 Gegenüberstellung der theoretischen und praktischen Ergebnisse	211
§ 25 Empfehlungen an die Vertragsparteien	212
I. Empfehlungen an den Arbeitgeber	212
A. Allgemein	212
B. Temporärfirmen	213
II. Empfehlungen für den Arbeitnehmer	214
§ 26 Empfehlung an den Gesetzgeber betreffend Kündigungsmöglichkeit sowie Probezeit bei befristeten Verträgen	214

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	214
II.	De lege ferenda Lösungsvorschlag für die Probezeit bei den befristeten Verträgen	215
III.	De lege ferenda Lösungsvorschlag für die gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten bei den befristeten Verträgen	216
§ 27	Empfehlung an den Gesetzgeber betreffend Kettenarbeitsverhältnisse und zur Missbrauchsverhinderung bei befristeten Arbeitsverhältnissen	216
I.	Einleitung	216
II.	Befristung mit einem Sachgrund	217
III.	Die kalendermässige Befristung ohne Sachgrund	220
IV.	De lege ferenda Lösungsvorschlag	222
A.	Maximalbefristung	222
B.	Begrenzung der Wiederholungsmöglichkeiten und der Befristungsdauer	223
C.	Die «Dreier-Regel»	224
D.	Der Beweis des Gegenteils	224
E.	Folgen des Beweises des Gegenteils	225
§ 28	Zusammenfassung	227
Anhang		229
A.	Checkliste für den Arbeitnehmer betreffend Kündigungsmodalitäten	229
B.	Musterklauseln für befristete Arbeitsverträge	231
a.	Musterklauseln gemäss OR	231
b.	Mustervertrag gemäss AVG	232
C.	Vorschläge Gesetzesartikel für den Gesetzgeber	235
D.	Begleitschreiben Armee:	237
E.	Begleitschreiben Schulkommandanten:	239
F.	Begleitschreiben Spitäler:	241
G.	Begleitschreiben Ärztinnen und Ärzte	242
H.	Rohdaten Umfrage	243
a.	Fragen Umfrage Online Spital	243
b.	Antworten Umfrage Online Spitäler	245
c.	Fragen Umfrage Online Ärzte	247
d.	Antworten Umfrage Ärzte	249
e.	Freie Antworten Umfrage Ärzte	251
I.	Interviewleitfaden	255
J.	Interview Partner	256
Index		257