

EBBA HERFS-RÖTTGEN

***Projektbefristung und
Drittmittelfinanzierung am Beispiel
der Entwicklungszusammenarbeit –
Eine kritische Würdigung der
Rechtsprechung zur
Sachgrundbefristung aus anwaltlicher
Beratersicht***

I. Einführung

GEMÄß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Einen höchst praxisrelevanten Anwendungsfall des Sachgrundes nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG bildet die *Projektbefristung*. Immer wieder musste sich die Rechtsprechung in den letzten Jahren mit der Zulässigkeit von Projektbefristungen beschäftigen.¹ Häufig standen dabei Gestaltungen in Streit, in denen wie im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit die Durchführung von drittmittelfinanzierten Projekten zur Kerntätigkeit eines Unternehmens oder einer Organisation zählte. Nicht nur die Arbeitsgerichte beurteilen die Tragfähigkeit der Sachgrundbefristung in solchen Fällen teilweise kritisch, sondern auch in der Literatur wird kontrovers diskutiert,

¹Vgl. nur BAG, v. 21.8.2019, NZA 2019, 1709; BAG, v. 23.1.2019, ZMV 2019, 158; BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27.

inwieweit die Projektbefristung und/oder die Drittmittelfinanzierung vertragliche Begrenzungen rechtfertigen kann. Das Meinungsspektrum reicht von Zustimmung, insbesondere zu der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung,² bis hin zu deren kritischer Bewertung als „Sonderrechtsprechung für Träger der Entwicklungshilfe“.³

Auch der Jubilar, das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln, ist gegenüber der Projektbefristung jedenfalls dort skeptisch, wo die fortdauernde Durchführung von Projekten eigener Unternehmenszweck ist. Zusätzlich stellt das LAG Köln das Vorliegen einer Drittmittelfinanzierung in Frage, wenn die finanzierende Auftraggeberin (in dem zu entscheidenden Fall die Bundesrepublik Deutschland) zugleich alleinige Gesellschafterin der Auftragnehmerin (GIZ) ist.⁴ Wenngleich das Bundesarbeitsgericht (BAG) der Linie des LAG Köln im Ergebnis nicht gefolgt ist,⁵ bleibt das Urteil vom 31.7.2014 ein Meilenstein in der Diskussion und Konturierung der Projektbefristung. Grund genug, sich mit der Projektbefristung aus Anlass des 40jährigen Bestehens des LAG Köln eingehender zu befassen. An dieser Stelle möchte ich zugleich die herzlichsten Glückwünsche zu diesem wunderbaren und besonderen Ereignis übermitteln!

Nicht nur dieses großartige Jubiläum gibt aber Anlass, die Projektbefristung sowie die Drittmittelfinanzierung und die hierzu insbesondere von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze näher zu betrachten. Auch aus anwaltlicher Beratersicht besteht dazu dringender Anlass. Die Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an die Projektbefristung stellen die Praxis gerade im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit oftmals vor kaum überwindbare Hürden und setzen die Träger erheblichen arbeitsrechtlichen Risiken aus. Das gilt umso mehr, als das BAG nicht konsequent an seiner Rechtsprechung festhält, auch die Drittmittelfinanzierung als eigenen Sachgrund anzuerkennen, sondern ihr vielmehr durch eine ergebnisorientierte Billigkeitsrechtsprechung sogar zunehmend die Grundlage entzieht. Hierzu passt nicht, dass Entwicklungszusammenarbeit politisch gewollt und angesichts jüngster und auch künftig zu erwartender weltweiter Krisen unverzichtbar sein dürfte. Mit diesem Dilemma werden die

²MüKoBGB/Hesse, 8. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 22; ErfK/Müller-Glöge, 22. Aufl. 2022, § 14 TzBfG Rn. 23b, 25; HWK/Rennpferdt, 9. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 52; Herfs-Röttgen/Herfs-Röttgen, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 133 und Kade, a.a.O., Rn. 332 ff., 337.

³Insbesondere APS/Backhaus, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 375 ff; Bader/Hohmann, NZA 2017, 761; kritisch auch Sievers, TzBfG, 7. Aufl. 2022, Rn. 221 f.

⁴LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27.

⁵Insbesondere BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; in der Differenzierung vergleichbar BAG, v. 23.1.2019, ZMV 2019, 158 sowie v. 21.8.2019, NZA 2019, 1709.

Unternehmen und Organisationen der Entwicklungszusammenarbeit aber letztlich allein gelassen – vom Gesetzgeber, aber auch von der Rechtsprechung.

II. Projektbefristung als Sachgrund gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG – eine kritische Betrachtung ihrer Voraussetzungen

1. Vorübergehender Bedarf – Zusatzaufgabe versus Daueraufgabe

Der durch ein Projekt bedingte personelle Mehrbedarf kann die Befristung eines Arbeitsverhältnisses für die Dauer des Projekts rechtfertigen. An die sachliche Rechtfertigung einer projektbezogenen Befristung stellt die Rechtsprechung allerdings strenge Maßstäbe. Die Projektstätigkeit muss als Zusatzaufgabe gegenüber den betrieblichen Daueraufgaben abzugrenzen sein. Im Wesentlichen unveränderte Daueraufgaben dürfen nicht in organisatorisch eigenständige „Projekte“ aufgeteilt werden, um eine zeitlich begrenzte Beschäftigung rechtfertigen zu können.⁶

Damit scheiden Zusatzaufgaben insbesondere dann aus, wenn der Arbeitgeber zur Wahrnehmung der Aufgabe verpflichtet ist⁷ oder er die Tätigkeiten im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt. Denn dann fällt die Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit ständig und im Wesentlichen unverändert an und begründet einen planbaren Beschäftigungsbedarf.⁸ Für eine zeitliche Begrenzung muss davon abweichend mithin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund einer fundierten Prognose zu erwarten sein, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen.⁹ Davon kann bei Standardprojekten, die laufend wahrgenommen werden oder regelmäßig wiederkehren, nicht ausgegangen werden. Anders verhält es sich mit Sonderprojekten, die nur in Ausnahmefällen durchgeführt werden oder besondere, sonst nicht oder selten benötigte Qualifikationen der Projektmitarbeiter erfordern.¹⁰ Das BAG führt zu dieser Abgrenzung aus:

⁶BAG, v. 23.1.2019, ZMV 2019, 158; BAG, v. 27.7.2016, NJW 2016, 3388; Boecken/Joussen/Boecken, TzBfG, 6. Aufl. 2019, § 14 Rn. 54; ErfK/Müller-Glöge, 22. Aufl. 2022, § 14 TzBfG Rn. 25; Herfs-Röttgen/Kade, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 332 sowie Herfs-Röttgen, a.a.O., Rn. 134.

⁷Vgl. BAG, v. 10.7.2013, NZA 2014, 26; LAG Hessen, v. 23.1.2017, juris.

⁸BAG, v. 21.8.2019, NZA 2019, 1709; BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611.

⁹BAG, v. 16.1.2018, NZA 2018, 663; BAG, v. 27.7.2016, NZA 2016, 1531; BAG, v. 24.9.2014, NZA 2015, 301.

¹⁰BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; ErfK/Müller-Glöge, 22. Aufl. 2022, § 14 TzBfG Rn. 25; MüKoBGB/Hesse, 8. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 26; Herfs-Röttgen/Kade, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 337 sowie Herfs-Röttgen, a.a.O., Rn. 134.

„Entscheidend ist, ob die Tätigkeiten im Rahmen des Betriebszwecks ihrer Art nach im Wesentlichen unverändert und kontinuierlich anfallen (dann handelt es sich um Daueraufgaben) oder ob sie entweder nur unregelmäßig – z. B. nur aus besonderem Anlass – ausgeführt werden oder mit unvorhersehbaren besonderen Anforderungen auch in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals verbunden sind und deshalb keinen vorsehbaren Personalbedarf sowohl in quantitativer Hinsicht als auch in Bezug auf die Qualifikation des Personals verursachen.“¹¹

2. Überwiegende Projektstätigkeit

Eine Befristung aufgrund eines Sonderprojekts kann der Arbeitgeber dabei nur in Anspruch nehmen, wenn der Arbeitnehmer zumindest überwiegend mit (befristungsgerechten) Projektaufgaben befasst ist.¹²

3. Konkretes Projekt als alleiniger Bezug

Stets reicht für die erforderliche Prognose allerdings der Nachweis aus, dass das konkrete Projekt, in dem der Arbeitnehmer (überwiegend) eingesetzt ist, von nur vorübergehender Dauer ist.¹³ Nicht entscheidend ist nach – allerdings umstrittener – Rechtsprechung, ob außerhalb des Projekts für den Arbeitnehmer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestanden hätten.¹⁴ Diese von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugestandene Flexibilität ist entgegen mancher kritischer Stimmen stringenter: Wird dem Arbeitgeber eine zeitliche Begrenzung von Arbeitsverträgen für Sonderprojekte zugebilligt, weil für deren Durchführung besonderer Anlass besteht und besondere Qualifikationen gefordert sind, muss er die Beschäftigungen auch genau hierauf beschränken können. Der Arbeitgeber hat sich den immer neuen fachlichen Herausforderungen der jeweiligen Sonderprojekte zu stellen und muss immer neue Aufgabenbereiche bedienen. Dementsprechend muss es auch seiner unternehmerischen Entscheidung überlassen sein, den für das jeweilige Fachgebiet bestqualifizierten Bewerber einzustellen. Er muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass ein anderer Arbeitneh-

¹¹BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611.

¹²BAG, v. 8.6.2016, NZA 2016, 1463; BAG, v. 24.9.2014, NZA 2015, 301.

¹³BAG, v. 15.2.2006, ZTR 2006, 509; BAG, v. 25.8.2004, NZA 2005, 357; ErfK/Müller-Glöge, 22. Aufl. 2022, § 14 TzBfG Rn. 24; Herfs-Röttgen/Kade, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 334.

¹⁴BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; MüKoBGB/Hesse, 8. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 26; Herfs-Röttgen/Kade, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 334; anders: LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27; Sievers, TzBfG, 7. Aufl. 2022, § 14 Rn. 221.

mer aus einem endenden Projekt, ggf. nach entsprechender Einarbeitung, dort auch eingesetzt werden könnte.¹⁵

Anders als im betriebsbedingten Kündigungsfall, in dem das Bestandsschutzinteresse den Arbeitgeber zu einer Prüfung anderweitiger Einsatzmöglichkeiten für den betroffenen Arbeitnehmer zwingt, begrenzt bei einer Projektbefristung der projektbedingt nur vorübergehende Bedarf von vornherein das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers. Über das Erfordernis, zusätzlich projektüberschreitende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu prüfen, darf diese Begrenzung nicht unterlaufen werden. Eine solche Prognose könnte auch gar nicht zuverlässig getroffen werden. Schließlich müsste sie – anders als im Kündigungsfall – bereits bei Vertragsschluss gestellt werden, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem der Träger einer Vielzahl verschiedenster Entwicklungshilfeprojekte gar nicht weiß, ob und welcher – drittgesteuerte und drittfinanzierte – Tätigkeitsbedarf später bestehen wird. Eine bloße umfangreiche berufliche Vita des Projektmitarbeiters bietet für eine solche Weiterbeschäftigungsprognose jedenfalls noch keine hinreichende Grundlage.¹⁶ Wie soll hieraus oder gar aus der bloßen positiven Einschätzung eines Fachvorgesetzten¹⁷ die hohe Wahrscheinlichkeit einer nahtlosen Beschäftigungsmöglichkeit rechtssicher abgeleitet werden können? Über diesen Weg kann den Trägern gerade der Entwicklungszusammenarbeit eine Befristung nicht versagt werden.

4. Daueraufgabe der Auftraggeberin als Bewertungsmaßstab

Die Projektbefristung ist vielmehr stets tragfähig, wenn der Arbeitgeber ein Vorhaben als Sonderprojekt in Abgrenzung zu einer Daueraufgabe zu qualifizieren vermag. Das LAG Köln hat in dem von ihm am 31.7.2014¹⁸ entschiedenen Fall die Projektbefristung eines GIZ-Mitarbeiters im Rahmen eines Vorhabens der Entwicklungszusammenarbeit nach diesem Grundsatz allerdings nicht bestätigt. Nach dem gesellschaftsrechtlich festgelegten Unternehmenszweck sei die Tätigkeit der GIZ auf die fortdauernde Durchführung von Entwicklungsprojekten für die Bundesrepublik Deutschland gerichtet, deren unbegrenzte staatliche Aufgabe es wiederum sei, Entwicklungshilfeprojekte durchzuführen. Diese Daueraufgabe der Auftraggeberin schlage auf die GIZ als deren ständige Auftragnehmerin durch.

Auch Teile in der Literatur halten Projektbefristungen gerade im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit für nicht zulässig. Entwicklungszusam-

¹⁵ Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025 (1029).

¹⁶ So aber LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27.

¹⁷ So aber LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27.

¹⁸ LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27.

menarbeit sei eine regelmäßig selbst gesetzte langfristige Tätigkeit.¹⁹ Der dauerhafte Bedarf schließe befristete Arbeitsverträge aus. Das bloße Risiko, dass ein Anschlussauftrag nicht eingeworben werden könne, liefere noch keinen Befristungsgrund.²⁰

Der Auffassung des LAG Köln ist das BAG im Ergebnis aber zu Recht nicht gefolgt.²¹ Die Annahme, mit der fortwährenden Durchführung verschiedenster Entwicklungshilfeprojekte werde eine Daueraufgabe erfüllt, greift zu kurz und wird der Vielschichtigkeit der Entwicklungszusammenarbeit nicht gerecht.

Die im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit zu erbringenden Aufgaben betreffen nämlich weitgefächerte Tätigkeitsbereiche (von der Bildung über das Gesundheitswesen, Krisenprävention, Energieerzeugung, Finanzwesen, Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Fischereiwesen, Bodenschätze, Bergbau bis zur Nahrungsmittelhilfe und -sicherung und der Wiederaufbauhilfe etc.). Überdies sind die fachlichen, sprachlichen, regionalen, kulturellen und politischen Besonderheiten der Einsatzländer zu berücksichtigen, sodass äußerst spezielle Kenntnisse und Kompetenzen für die Projektstätigkeit vorausgesetzt werden. Die hierdurch bedingten unterschiedlichsten Anforderungen schließen die Annahme einer gleichartigen Daueraufgabe aus und weisen die Projektstätigkeiten als Sonderprojekte aus. Das BAG erläutert seine Auffassung in diesem Sinne wie folgt:

„Zwar führt die Beklagte (Anm. der Verf.: GIZ) im Rahmen ihres Betriebszwecks kontinuierlich Projektstätigkeiten im Bereich der Entwicklungshilfe – überwiegend für Bundesministerien – durch. Sie ist allerdings im Rahmen ihrer Projektstätigkeiten in über 20 unterschiedlichen Sektorenbereichen weltweit in zahlreichen Ländern und damit in weitgefächerten Bereichen der Entwicklungshilfe tätig. ... Aufgrund der unterschiedlichen Bereiche der Projektstätigkeiten, der fachlichen, sprachlichen, regionalen, kulturellen und politischen Besonderheiten der Einsatzländer und der teilweise gravierenden Veränderungen der politischen Verhältnisse in diesen Ländern setzen die in den Projekten zu erledigenden Aufgaben nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jeweils unterschiedliche spezielle Kenntnisse und Kompetenzen der eingesetzten Arbeitnehmer voraus. ... Der Betriebszweck der Beklagten besteht zwar ... darin, die Bundesregierung bei der Erreichung ihrer entwicklungs-

¹⁹ APS/*Backhaus*, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 320.

²⁰ Laux/*Schlachter/Schlachter*, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 36; *Sievers*, TzBfG, 7. Aufl. 2022, Rn. 221.

²¹ Insbesondere BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; in der Differenzierung vergleichbar. BAG, v. 23.1.2019, ZMV 2019, 158 sowie v. 21.8.2019, NZA 2019, 1709.

politischen Ziele zu unterstützen ... Das allein besagt aber noch nichts darüber, ob in dieser definierten Aufgabenstellung eine im Hinblick auf den Personalbedarf planbare im Wesentlichen unveränderte Daueraufgabenstellung liegt. ... Die der Beklagten jeweils im Einzelfall übertragenen Vorhaben sind jedoch nicht stets gleichartig... Daher wird die Durchführung der einzelnen Projekte nicht zur Daueraufgabe der Beklagten als Auftragnehmerin.²²

Aufgrund der jeweils spezifischen Anforderungen in den einzelnen Entwicklungshilfeprojekten besteht mithin gerade kein unveränderter und in fachlicher Hinsicht gleichartiger Personalbedarf. Für das einzelne Projekt wird Personal mit spezifischer aufgaben- wie länderbezogener Fachlichkeit benötigt. In quantitativer wie auch qualitativer Hinsicht hängt der Personalbedarf also an dem einzelnen Entwicklungshilfedorhaben. Nur diese Auffassung wird der Entwicklungszusammenarbeit in ihrer breiten Fächerung gerecht und stellt den Trägern mit der Projektbefristung ein arbeitsvertragliches Instrumentarium zur Verfügung, das dem unvorhersehbaren Arbeitskräftebedarf Rechnung trägt.

Dabei wird die Befristung auch nicht auf eine bloße allgemeine Unsicherheit über künftig bestehende Beschäftigungsmöglichkeiten gestützt. Es geht nicht um die jeder Unternehmenstätigkeit innewohnende Ungewissheit, ob die gleichartige Geschäftstätigkeit, wie etwa bei einem Bauunternehmer die Beauftragung weiterer Baustellen, erneut nachgefragt wird,²³ sondern darum, ob für spezifische entwicklungspolitische Anliegen mit stets besonderem Bedarf an Fachlichkeit Nachfrage besteht.

III. Drittmittelfinanzierung – ein unverzichtbarer eigener Befristungsgrund!

1. Notwendiges und berechtigtes Instrument

Aber auch mit der vom BAG zutreffend vorgenommenen Abgrenzung von Zusatz- und Daueraufgaben lassen sich noch nicht alle Fallgestaltungen der Entwicklungszusammenarbeit erfassen, deren Befristung sachlich gerechtfertigt ist. Hierzu bedarf es vielmehr der Heranziehung der Drittmittelfinanzierung als eigenen Sachgrund. Zugleich muss der Tendenz der jüngeren Rechtsprechung entgegengetreten werden, die der Drittmittelfinanzierung aus Billigkeitserwägungen ein Schattendasein zuweisen möchte. Die

²²BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; so auch LAG Hessen, v. 9.12.2016, juris; MüKoBGB/Hesse, 8. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 26; Herfs-Röttgen/Kade, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 337; Winzer/Abend/Fischels, NZA 2018, 1025, 1029.

²³So aber APS/Backhaus, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 373 ff; Sievers, TzBfG, 7. Aufl. 2022, Rn. 220.

Tendenz überzeugt nicht nur dogmatisch nicht; sie belastet die Träger der Entwicklungszusammenarbeit auch mit nicht vertretbaren arbeitsrechtlichen Risiken.

In der Entwicklungszusammenarbeit lassen sich nämlich häufig die hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an den Nachweis eines projektbedingten Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs im Rahmen einer Projektbefristung stellt, nicht erfüllen. Entwicklungshilfetätigkeiten vor Ort sind nicht selten auf (bloße) Unterstützungsleistungen gerichtet und lassen sich insbesondere bei Vertragsschluss noch nicht klar ergebnisorientiert definieren mit der Folge, dass – wie für eine Projektbefristung gefordert – der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs mit Erreichen eben dieser Projektziele ohne Weiteres begründbar wäre. Beispielsweise zielen Projekte auf den Aufbau eigener Finanzstrukturen oder Organisationsstrukturen von Partnerorganisationen oder etwa auf das „Capacity Building in Lateinamerika: Verantwortliche Unternehmensführung im Zeichen des Klimawandels“ oder darauf, in bestimmten Einsatzländern Business Intermediary Organizations (BIOs) für nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung zu stärken oder zu etablieren. Der Projekterfolg liegt häufig im positiven Verlauf und Fortschritt, nicht im Erreichen schon bei Vertragsbeginn genau zu benennender Projektergebnisse, die den Wegfall von Beschäftigungsbedarf bedingen. Würde die Befristungsmöglichkeit daher allein hieran gemessen und könnte sie nicht maßgeblich auf die Drittmittelfinanzierung gestützt werden, muss sie in der Praxis scheitern.

Das Projektgeschäft in der Entwicklungszusammenarbeit kann die Anforderung an ein Sonderprojekt i.S.e. Projektbefristung mitunter aber auch deshalb verfehlen, weil die Aufgabenwahrnehmung zwar zeitlich begrenzt ist, eine Fortdauer des Projekts gleichwohl nicht ausgeschlossen, mitunter schon vorsichtig avisiert wird. Zu denken ist hier an Projekte, die in mehrere Phasen unterteilt sind. Die jeweils nachfolgende Phase hängt vom Erfolg der vorausgehenden ab, ist also möglich, aber nicht gesichert. Wird das Projekt in der nächsten Phase aber fortgeführt, bleibt die Aufgabenwahrnehmung gleichartig, mithin auch der Personalbedarf. Mit der Definition eines Sonderprojekts im Sinne der Rechtsprechung zur Projektbefristung ist das schwer vereinbar. Dennoch ist der Beschäftigungsbedarf aber begrenzt, werden Drittmittel doch stets nur für jeweils eine Phase zur Verfügung gestellt. Der Träger kann auf die Weitergewährung der Mittel nur hoffen, aber nicht vertrauen. Verlässliche Anhaltspunkte gibt es bei Beginn der Projektstätigkeit für die Folgephasen nicht. In solchen Fallgestaltungen muss sich der Träger auf die Drittmittelfinanzierung als Befristungsgrund stützen können. Dazu bedarf es einer Abkehr von der jüngeren ergebnisori-

entierten Billigkeitsrechtsprechung, die in die gegenteilige Richtung führt. Ein Missbrauch zu Lasten der Projektmitarbeiter steht nicht zu befürchten, weil die Anforderungen an das Vorliegen des Sachgrundes der Drittmittelfinanzierung hoch sind.

2. Begriffsbestimmung – hohe Anforderungen an die Drittmittelfinanzierung

Die Projektmittel dürfen nicht nur der Projektförderung, sondern müssen der Finanzierung einer konkreten Stelle dienen. Erforderlich ist, dass der Drittmittelgeber mit den Mitteln eigene Zwecke verfolgt und aus eigenem Entschluss, Mittel zur zeitlich begrenzten Finanzierung von Arbeitsplätzen bei dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.²⁴ Sofern sich sodann der Arbeitgeber entschließt, das Vorhaben nur für die Dauer der Finanzierung durch Drittmittel und damit die Aufgabe auch nur in diesem zeitlichen Rahmen durchzuführen, besteht eine hinreichend sichere Prognose zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs.²⁵ Die begrenzte sachliche Zielsetzung schlägt unter dieser Prämisse auf das Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer durch. Voraussetzung ist, dass sich Arbeitgeber und Drittmittelgeber mit den konkreten Verhältnissen der Stelle und deren Aufgabenstellung befasst und entschieden haben, dass die Stelle nur für den Förderungszeitraum bestehen und anschließend entfallen soll.²⁶ Der Drittmittelempfänger darf nicht in eigener Verantwortung festlegen können, zu welchem Zweck die Drittmittel verwendet werden.²⁷ Die Anforderungen an den Sachgrund der Drittmittelfinanzierung sind mithin hoch; Missbrauch wird schon auf diesem Wege vorgebeugt.

3. Drittmittelfinanzierung- Ende eines Schattendaseins!

a. Eigener Sachgrund

Bis in jüngste Entscheidungen hinein qualifiziert der 7. Senat des BAG die Drittmittelfinanzierung als eigenen Sachgrund.²⁸ Das BAG formuliert in der Entscheidung vom 16.1.2018 wie folgt:

²⁴BAG, v. 29.7.2009, juris; vgl. auch BAG, v. 23.5.2018; BAGE 163, 16.

²⁵BAG, v. 23.1.2019, ZMV 2019, 158; BAG, v. 16.1.2018, NZA 2018, 663; BAG, v. 29.7.2009, juris.

²⁶BAG, v. 7.4.2004, NZA 2004, 944; M/H/H/Meinel, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 96 ff.

²⁷BAG, v. 23.5.2018, BAGE 163, 16; BAG, v. 15.2.2006, ZTR 2006, 509.

²⁸BAG, v. 23.1.2019, ZMV 2019, 158; BAG, v. 16.1.2018, NZA 2018, 663; BAG, v. 15.2.2006, ZTR 2006, 509; BAG, v. 29.7.2009, juris.

„... Die Befristung kann auch nicht auf den Sachgrund „Drittmittelfinanzierung“ nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG gestützt werden. ... Die Drittmittelfinanzierung kann als sonstiger, in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG nicht genannter Sachgrund geeignet sein, die Befristung eines Arbeitsvertrages nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG zu rechtfertigen. ... § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG enthält in Nr. 1 bis 8 eine Aufzählung möglicher Sachgründe für die Befristung. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt. Dadurch sollen weder andere von der Rechtsprechung vor in Krafttreten des TzBfG anerkannte noch weitere Sachgründe für die Befristung ausgeschlossen werden (BT-Drs. 14/4374, 18). ... Allerdings können sonstige, in § 14 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 TzBfG nicht genannte Sachgründe die Befristung eines Arbeitsvertrages nur dann rechtfertigen, wenn sie denen in § 14 Abs. 1 TzBfG zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßstäben entsprechen und denen in dem Sachgrundkatalog des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG genannten Sachgründen von ihrem Gewicht her gleichwertig sind. ... Das ist bei dem Tatbestand der Drittmittelfinanzierung der Fall.“

Auch im Urteil vom 23.1.2019 – 7 AZR 212/17 – heißt es:

„Der Senat kann auch nicht abschließend beurteilen, ob die Befristung des Arbeitsvertrages vom 31. Dezember 2015 wegen Drittmittelfinanzierung sachlich gerechtfertigt ist. Hierzu bedarf es ebenfalls weiterer tatrichterlicher Feststellungen. ... Nach der Rechtsprechung des Senates kann die Drittmittelfinanzierung als sonstiger Sachgrund die Befristung eines Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG rechtfertigen.“

Gleichwohl folgen die Instanzgerichte dieser Qualifizierung häufig nicht und fordern statt eines Sachgrundes (Drittmittelfinanzierung) in Wahrheit zwei. Verlangt wird neben dem Nachweis von nur zeitlich begrenzt gewährten Mitteln eine Projektdefinition im Sinne der Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG. Die Anforderung von zwei Sachgründen für eine Befristung entbehrt indes jeder Grundlage und widerspricht der gesetzlichen Konzeption. Sind mithin die (hohen) Anforderungen der Drittmittelfinanzierung erfüllt, liegt ein tragfähiger Sachgrund vor. Einer darüber hinausgehenden Rechtfertigung bedarf es nicht mehr.

b. Zumindest maßgebliches Indiz

Den Instanzgerichten ist allerdings zuzugeben, dass das BAG mitunter selbst die notwendige dogmatische Klarheit vermissen lässt. Denn das höchste Gericht qualifiziert die Drittmittelfinanzierung teilweise selbst lediglich als Indiz für das Vorliegen eines Projekts²⁹ und ordnet die Dritt-

²⁹BAG, v. 21.11.2018, NZA 2019, 611; BAG, v. 27.7.2016, NJW 2016, 3388.

mittelfinanzierung teilweise dem Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu.³⁰

Aber selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – in der Drittmittelfinanzierung nur ein Indiz für das Vorliegen einer Projektbefristung sehen wollte, lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung doch erkennen, dass es sich nicht um irgendein mehr oder weniger erhebliches Indiz, sondern um ein essentielles Kriterium handelt. Nicht zuletzt die vielfach vom BAG vorgenommene Qualifizierung als eigener Sachgrund ist hierfür hinreichender Beleg.

Dieser Bedeutung der Drittmittelfinanzierung wird die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung aber immer weniger gerecht. Sie unterwirft die Drittmittelfinanzierung als Befristungsgrund einer arbeitnehmerorientierten Billigkeitsrechtsprechung, die – konsequent zu Ende gedacht – eine Projektbefristung gerade für Unternehmen und Organisationen in der Entwicklungszusammenarbeit in vielen Fallgestaltungen praktisch ausschließt.

c. Unsicherheit über weitere Drittmittel – Kein Befristungsgrund mehr?

Am 16.1.2018 – 7 AZR 21/16 hat das BAG entschieden, dass die sozialpädagogische Betreuung Jugendlicher in einem Berufsvorbereitungsjahr kein zeitlich begrenztes Projekt darstelle. Zwar räumt das Gericht ein, dass die sozialpädagogische Betreuung durch die Berufsschule zwingend die vorherige Einrichtung eines Berufsvorbereitungsjahres voraussetzte, über die – wie auch über die hierzu notwendigen Fördermittel – jährlich neu durch die Sächsische Bildungsagentur entschieden werden müsse. Allein aus dem Umstand, dass diese Entscheidungen seit sieben Jahren jeweils positiv getroffen worden waren, will nun das BAG aber ableiten, dass mit dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit nicht zu rechnen, vielmehr die Gewährung von Zuwendungen weiterhin zu erwarten war. Das BAG qualifiziert die jährlich neu zu treffende Entscheidung über das „Ob“ des Berufsvorbereitungsjahres und die Bewilligung der dazu notwendigen Fördermittel als (bloße) „Unsicherheit über die künftige Entwicklung“, die eine Befristung nicht rechtfertige.

Der Einwand überzeugt nicht. Wenn – übertragen auf den hier diskutierten Bereich – Träger der Entwicklungszusammenarbeit das Projektgeschäft nur deshalb und nur solange betreiben, wie der Zuwendungsgeber selbst eine sachlich begrenzte Zielsetzung hat und hierzu Mittel zur Verfügung

³⁰BAG, v. 24.9.2014, NZA 2015, 301.

stellt, haben sie auch nur einen dementsprechend befristeten Personalbedarf. Es besteht damit Sicherheit über den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs, der allein Maßstab für eine tragfähige Befristung ist. Die vage Vermutung weiterer Mittelgewährung kann den Träger nicht zum Abschluss unbefristeter Verträge zwingen. Wann erstarkt denn nach Auffassung des BAG die vage Vermutung zu einer hinreichend verlässlichen Grundlage, unbefristete Verträge abschließen zu müssen? Nach zwei, drei, vier, sechs, acht Jahren? Es fehlt an jeglicher Rechtssicherheit, die für die Träger der Entwicklungszusammenarbeit und ihre Projektstätigkeit aber von essentieller Bedeutung ist. Sechs Jahre scheint für das BAG eine maßgebliche Grenze zu sein,³¹ aber mit welcher Legitimation?

Der Rückblick auf die Gewährung von Drittmitteln in der Vergangenheit kann nicht Maßstab für die Prognose eines künftigen Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs sein. Das BAG muss vielmehr zu seiner früheren Rechtsprechung zurückkehren. In seinem Urteil vom 15.2.2006 hatte das BAG bei einem in mehrere Forschungsphasen gegliederten Projekt den Einwand des Arbeitnehmers nicht gelten lassen, die vom dortigen Zuwendungsgeber DFG genannte Gesamtdauer des Forschungsvorhabens von vier Jahren stehe einer Befristung auf zwei Jahre entgegen. Das Gericht hielt allein für maßgeblich, dass die Gelder nur für die ersten zwei Jahren bewilligt worden seien. Ob eine Anschlussförderung von dem Forschungsträger beantragt und der DFG bewilligt werden würde, sei von den bis dahin erzielten Forschungsergebnissen und daher von neu zu treffenden Entscheidungen abhängig gewesen. Es habe bei Vertragsschluss keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Anschlussförderung gegeben. Den Einwand, die Durchführung von Forschungsprojekten sei Daueraufgabe des dortigen Trägers, ließ das BAG seinerzeit ebenso wenig gelten. Denn der Träger habe das Projekt nicht als „eigene Forschung“ betrieben, sondern von der Finanzierung der DFG abhängig gemacht.³²

Es lässt sich – bezogen auf die hier besprochenen Vorhaben der Entwicklungshilfe – auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, zwischen dem Träger der Entwicklungszusammenarbeit und dem Drittmittelgeber könne gar nicht unterschieden werden, wenn der Drittmittelgeber alleiniger Gesellschafter des Trägers sei.³³ Der Einwand verkennt die rechtlich gleichwohl gebotene Unterscheidung zwischen Zuwendungsgeber und Zuwendungsnehmer. Wenn dem Staat erlaubt ist, sich der Handlungsformen des Gesellschaftsrechts zu bedienen und Gesellschaften zu gründen, dann muss diese Un-

³¹BAG, v. 16.1.2018, NZA 2018, 663; BAG, v. 7.4.2004, NZA 2004, 944.

³²Zustimmend M/H/H/Meinel, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 98.

³³LAG Köln, v. 31.7.2014, AE 2016, 27.

terscheidung auch gelten und konsequent durchgehalten werden. Das gilt umso mehr, als die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der durch sie erteilten Projektaufträge nicht weisungsbefugt ist, erst recht nicht die Bundesministerien, insbesondere nicht das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit, durch das sie regelmäßig handelt.³⁴ Eine unmittelbare Steuerung kann also durch den Zuwendungsgeber nicht erfolgen, der daher auch nicht mit dem Zuwendungsempfänger gleichgesetzt werden kann.

Zuletzt kann einer auf Drittmittel gestützten Sachgrundbefristung, wie sie auch im Fall des BAG vom 16.1.2018 in Streit stand, nicht entgegengehalten werden, dass auch auf dem freien Markt das Ausbleiben von Anschlussaufträgen zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Risiko gehöre und Befristungen nicht rechtfertige. Die jeweils zugrundeliegenden Fallkonstellationen sind nicht vergleichbar.³⁵ Kennzeichnend für die auf Drittmittel gestützte Unternehmenstätigkeit ist, dass sich der Zuwendungsempfänger die begrenzte sachliche Zielsetzung des Dritten/Zuwendungsgebers zu eigen macht und deren Umsetzung zeitlich begrenzt zusagt und verspricht. Nur unter dieser Prämisse ist der Sachgrund der Drittmittelfinanzierung überhaupt tragfähig. Voraussetzung ist, dass sich Arbeitgeber und Drittmittelgeber mit den konkreten Verhältnissen der Stelle und deren Aufgabenstellung befasst und entschieden haben, dass die Stelle nur für den Förderungszeitraum bestehen und anschließend entfallen soll. Mit einer Auftragsvergabe und -annahme in der privaten Wirtschaft ist das nicht vergleichbar. Eine Vereinbarung über eine befristete Stelle zur Durchführung des erteilten Auftrags wird hier nicht getroffen.

Missbräuchlichem Vorgehen kann ebenso wie in den Vertretungsfällen nach den Grundsätzen der institutionellen Rechtsmissbrauchskontrolle des BAG begegnet werden.³⁶ Hier sind die Überprüfungen auf Missbrauch richtig verortet. Angemessenheits- und Billigkeitserwägungen können demgegenüber nicht schon bei der Sachgrundprüfung Platz greifen und vom Arbeitgeber eine Prognose dazu verlangen, ob mit weiteren Mitteln für Projekte in diesem Bereich noch oder nicht mehr zu rechnen ist. Diese Bewertung vermag der Arbeitgeber gar nicht vorzunehmen, sie liegt gar nicht in seinem Einschätzungsbereich, da sie von Entscheidungen Dritter abhängt. Die Befristungsmöglichkeit hieran zu knüpfen, ist eine unan-

³⁴LAG Hessen, v. 9.12.2016, juris; zu allem *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025, 1030.

³⁵Anders *APS/Backhaus*, *Kündigungsrecht*, 6. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 308.

³⁶BAG, v. 21.2.2018, NZA 2018, 858; BAG, v. 17.5.2017, BAGE 159, 125; BAG, v. 31.02.2017, NZA 2017, 706; BAG, v. 26.10.2016, BAGE 157, 125; BAG, v. 18.7.2012, BAGE 142, 308.

gemessene Abwälzung von Risiken auf die Träger der Entwicklungszusammenarbeit, für die es keine Rechtfertigung gibt.

Das gilt umso mehr, als die Erwägungen des Urteils vom 16.1.2018 faktisch ein Ende der Drittmittelfinanzierung als Befristungsgrund für die Träger der Entwicklungshilfe bedeuten. Denn im Bereich politisch gewollter Aufgaben wie z. B. der beruflichen Förderung/Eingliederung, wie in dem vom BAG am 16.1.2018 entschiedenen Fall, aber auch in der Entwicklungszusammenarbeit ist kaum ein Fall vorstellbar, in dem von vornherein feststeht, dass künftig Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen.³⁷ Wollte man aus diesem Grund die Befristungsmöglichkeit versagen, wäre ihr damit praktisch die Grundlage entzogen.

IV. Fazit

Die Projektbefristung lässt sich anhand der jüngeren Rechtsprechung und der darin vorgenommenen Abgrenzung von Dauer- und Zusatzaufgaben auch in der Entwicklungszusammenarbeit oftmals tragfähig begründen. Die einzelnen Entwicklungshilfeprojekte sind dabei angesichts ihrer spezifischen Anforderungen in fachlicher Hinsicht als Sonderprojekte zu qualifizieren und von dem auf Dauer angelegten Unternehmenszweck der Träger zu unterscheiden.

Mitunter sind aber auch mit diesem Instrumentarium die Projektsachverhalte nicht treffend abzubilden, etwa bei mehrstufigen Projekten oder verlaufs- und nicht ergebnisorientierter Projektstätigkeit. Dazu bedarf es einer Renaissance der Drittmittelfinanzierung als eigenem Sachgrund entsprechend der früheren Rechtsprechung des BAG und einer Abkehr der jüngst zu beobachtenden Billigkeitsrechtsprechung, nach der aufgrund einer Vergangenheitsbetrachtung die in Streit stehende Prognoseentscheidung nicht mehr tragfähig sein soll. Folgte man dieser Rechtsprechung, wären Träger der Entwicklungszusammenarbeit zum Abschluss unbefristeter Vertragsverhältnisse gezwungen, für die sie keine Finanzmittel haben. Hierzu kann anwaltlich nicht geraten werden, ebenso wenig wie aber dazu, das Befristungsrisiko einzugehen, das aufgrund der jüngsten Rechtsprechung zur Drittmittelfinanzierung besteht. Verlangt ist also die Quadratur des Kreises. Die Rechtsprechung (oder aber der Gesetzgeber) muss hier gegensteuern, andernfalls wird die praktische Umsetzung politisch gewollter Entwicklungszusammenarbeit auf Sicht nicht mehr gelingen.

³⁷So zutreffend, aber mit anderer Zielrichtung APS/*Backhaus*, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 308.