

## Inhaltsverzeichnis

I.	Grundsätzliches zum Verständnis befristeter Arbeitsverträge .....	2
II.	Arten der Befristung .....	5
III.	Änderungen 2018 bei der Befristung von Arbeitsverträgen .....	7
IV.	Prozessuales, Klagearten und -anträge .....	9
1.	Befristungskontrollklage.....	9
2.	Allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO).....	12
3.	Bedingungskontrollklage .....	13
V.	Schriftform (§ 14 IV TzBfG).....	15
1.	Voraussetzungen .....	15
2.	Prozessuale Geltendmachung der fehlenden Schriftform .....	18
3.	Darlegungs- und Beweislastverteilung bzgl. Einhaltung der Schriftform.....	18
4.	Inbezugnahme tariflicher Befristungs- oder Bedingungsregelung.....	18
5.	AGB-Kontrolle.....	18
6.	Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das Befristungsende hinaus und Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages unter der Bedingung der wechselseitigen Unterzeichnung einer Vertragsurkunde.....	19
7.	Berufung auf Formmangel – Verstoß gegen Treu und Glauben .....	21
VI.	Problem der Veränderung der Arbeitsbedingungen, „Änderungssperre“ .....	21
VII.	AGG Kontrolle .....	23
VIII.	Befristung mit Sachgrund .....	24
1.	Prozesstaktische Ausgangsüberlegungen .....	24
2.	Vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung (§ 14 I 2 Nr. 1 TzBfG).....	25
3.	Vertretung (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG) .....	30
4.	Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 I 2 Nr. 4 TzBfG).....	36
5.	Befristung zur Erprobung (§ 14 I 2 Nr. 5 TzBfG) .....	39
6.	Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers (§ 14 I 2 Nr. 6 TzBfG) .....	39
7.	Vergütung aus Haushaltsmitteln (§ 14 I 2 Nr. 7 TzBfG).....	40
8.	Gerichtlicher Vergleich (§ 14 I 2 Nr. 8 TzBfG).....	41
9.	Sonstige, in § 14 I 2 Nr. 1 bis Nr. 8 TzBfG nicht genannte Sachgründe .....	42
10.	Befristungskette .....	44

11.	Prozessbeschäftigung .....	44
X.	Zweckbefristung .....	46
XI.	Sachgrundlose Befristung.....	47
1.	Verbot der Anschlussbeschäftigung.....	48
2.	Tarifvertragliche Regelungen .....	55
3.	Privilegierung von Neugründung nach § 14 IIa TzBfG.....	57
4.	Höchstdauer zwei Jahre, höchstens dreimalige Verlängerung .....	58
XII.	Rechts-/Formenmissbrauch .....	59
1.	Sachgrundbefristung .....	59
2.	Sachgrundlose Befristung.....	62
XIII.	Befristung der Arbeitsverhältnisse älterer Arbeitnehmer, keine Altersdiskriminierung .....	64
XIV.	Befristung einzelner Arbeitsbedingungen.....	67
XV.	Befristung nach dem WissZeitVG .....	69
XVI.	Betriebsrats-/Personalratsbeteiligung .....	73
XVII.	Sieben goldene Regeln .....	74

## **Befristung von Arbeitsverhältnissen**

### **I. Grundsätzliches zum Verständnis befristeter Arbeitsverträge**

Das Befristungsrecht gehört zu den Materien, die den Arbeitsrechtsanwalt ständig beschäftigen. Die **Befristung von Arbeitsverhältnissen** ist **komplex** und weist eine Vielzahl tatsächlicher und rechtlicher Fallstricke auf,

vgl. *Holthausen*, ZAP 2017, 1273,

was auch darauf beruht, dass sich das Befristungsrecht stets in Bewegung findet und fortentwickelt,

vgl. *Arnold*, NZA-RR 2020, 1; *Bader*, NZA-RR 2018, 169; *Bader/Jörchel*, NZA 2016, 1105; *Bauer*, NZA 2011, 241.

**Fehler beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge** können für den Arbeitgeber schnell sehr **teuer** werden. Das zeigt nicht zuletzt die hohe Zahl rechtlicher, meist auch gerichtlich über mehrere Instanzen geführter Auseinandersetzungen.

Zum richtigen Verständnis der Befristung von Arbeitsverträgen und ihren Grenzen sowie den damit verbundenen Rechtsfragen und -problemen ist es hilfreich, sich zunächst die **umstrittene arbeitsmarktpolitische** und **wirtschaftliche Bedeutung** dieses wichtigen arbeitsrechtlichen Instruments vor Augen zu führen. Während die Arbeitgeberseite insbesondere die sachgrundlose Befristung als **unbürokratisches Instrument der**

**Erprobung und der Flexibilisierung** lobt, um unsichere, schwankende Auftragsspitzen und wechselnde Marktentwicklungen sowie -bedingungen abzufedern,

vgl. *Höpfner*, NZA 2011, 893; BT-Drucks 14/4374, S. 14,

sehen arbeitnehmersnahe Kreise zumeist sorgenvoll die Zahl ohne Grund befristeter Arbeitsverträge ständig steigen,

vgl. BT-Drucks. 18/11598 und 18/11608,

was den **Kündigungsschutz aushöhle** und gerade jungen Arbeitnehmern **die Möglichkeit einer existenzsichernden, dauerhaften Beschäftigung nehme** (sog. ausufernde Prekarisierung der Arbeitsbedingungen). Das **unbefristete Arbeitsverhältnis** als politisch gewünschte **Regelbeschäftigungsform** werde nicht ausreichend gesichert,

vgl. BVerfG 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14; *Schulz*, ArbRAktuell 2018, 170.

Hierauf wird von den Befürwortern erwidert, die Befristung sei eine **vorzugswürdige Alternative zur Arbeitslosigkeit**, die durch den „**Fuß in der Tür**“ eine Brücke zur Dauerbeschäftigung bilde. Die ideologisch und politisch besetzte Diskussion kreist somit bildlich gesprochen um die Frage, ob das Glas halbvoll oder halbleer ist. Eine mehr sachliche Auseinandersetzung mit dem Thema führt zu der Grunderkenntnis, dass die Befristung eine hohe wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung aufweist. Etwa 8 % aller Arbeitnehmer ab dem Alter 25 waren nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes im Jahr 2015 befristet beschäftigt (Frauen 9 %, Männer 8 %). 58 % der befristet Beschäftigten besaßen 2015 einen Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr. Bei 20 % der Befragten betrug die Befristung ein bis unter zwei Jahre, bei weiteren 11 % zwei bis unter drei Jahre. Weitere 11 % gaben an, einen Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als drei Jahren zu besitzen. Rund 3,15 Mio. oder 8,3 % der Beschäftigten hatten im Jahr 2017 einen befristeten Arbeitsvertrag, die Hälfte davon sachgrundlos,

vgl. *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2018, 357.

Das Thema „**Arbeit auf Zeit**“ hat somit unbestritten einen sehr hohen tatsächlichen und rechtlichen Stellenwert,

*Fuhlrott*, ArbR Aktuell 2018, 357 mit statistischen Zahlen für das Jahr 2017; *Kiel*, NZA-Beilage 2016, 72; *Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 16/2018: „*Befristungen haben im Jahr 2017 mit über 3,15 Millionen oder 8,3 Prozent der Beschäftigten einen neuen Höchststand erreicht. Davon waren fast 1,6 Millionen Verträge, als etwa die Hälfte, ohne sachlichen Grund befristet.*“; IAB-Kurzbericht 05/2016: „*Im ersten Halbjahr des Jahres 2014 waren in der privaten Wirtschaft 40 %, im öffentlichen Dienst (ohne Wissenschaft) sogar etwa 60 % der neu abgeschlossenen Arbeitsverträge befristet.*“

Die Befristung grenzt den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz ein und sorgt für eine bessere Planbarkeit des vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs. Oftmals unwägbar Prozessrisiken, die mit einer Kündigung einhergehen, lassen sich durch eine wirksame

Befristung rechtssicher beherrschen. Insoweit steht die Befristung aus Sicht der Unternehmen und der Unternehmer einerseits für **Flexibilität, Rechtssicherheit** und **Planbarkeit**, die man sonst im deutschen Arbeitsrecht oftmals vermisst.

Andererseits sichern das **Vorbeschäftigungsverbot** nach **§ 14 II 2 TzBfG**,

*vgl. Arnold, NZA-RR 2020, 1; Bader, NZA-RR 2018, 169,*

ebenso wie die Rechtsprechung in ihrem Bemühen, Missbrauch zu unterbinden (Stichworte: Formen- und Gestaltungsmissbrauch bzw. **institutioneller Rechtsmissbrauch**),

*vgl. BVerfG 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14; BAG 21.08.2019 – 7 AZR 452/17; BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, Rn. 30; BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 27 f.; BAG 15.05.2013 – 7 AZR 525/11, Rn. 17; BAG 18.07.2012 – 7 AZR 783/10, Rn. 33.,*

den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz.

Die **Ausnutzung der durch das TzBfG vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten** kann unter bestimmten Voraussetzungen **rechtsmissbräuchlich** sein, etwa wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einem Arbeitnehmer aufeinanderfolgende sachgrundlos befristete Arbeitsverträge ausschließlich deshalb schließen, um auf diese Weise über die nach § 14 II TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können. Ein sich aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken mehrerer Personen bei den Vertragsgestaltungen ergebender Rechtsmissbrauch kann zur Folge haben, dass sich Rechte – die etwa durch die Zwischenschaltung eines "Strohmanns" umgangen werden sollen – gegen einen Dritten richten können,

*BAG 15.05.2013 – 7 AZR 525/11, Rn. 17 und 26.*

Besteht ein **Sachgrund** für die Befristung eines Arbeitsvertrags nach **§ 14 I TzBfG**, ist eine **umfassende Kontrolle** nach den Grundsätzen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) in der Regel geboten, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses **acht Jahre überschreitet**,

*Straube, ArbRAktuell 2019, 590, Anm. zu LAG Berlin-Brandenburg 30.08.2019 – 9 Sa 433/19.*

oder **mehr als zwölf Verlängerungen des befristeten Arbeitsvertrags** vereinbart wurden oder wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses **sechs Jahre überschreitet** und **mehr als neun Vertragsverlängerungen** vereinbart wurden. Unter diesen Voraussetzungen hängt es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit anzunehmen ist. Von einem **indizierten Rechtsmissbrauch** ist in der Regel auszugehen, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses **zehn Jahre überschreitet** oder **mehr als 15 Vertragsverlängerungen** vereinbart wurden oder wenn **mehr als zwölf Vertragsverlängerungen** bei einer Gesamtdauer von **mehr als acht Jahren** vorliegen. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den

Vortrag besonderer Umstände zu entkräften (vgl. hierzu auch die nachstehenden Ausführungen unter **XII.**),

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 27 f. „sog. Ampel-System“

Mit Blick auf die vorgenannten rechtlichen Zusammenhänge werden das Befristungs- und das Kündigungsschutzrecht zutreffend als die zwei Seiten einer Medaille bezeichnet. Während die **Dauerbeschäftigung** als gesetzliches Leitbild die **Regel** ist, stellt die **Befristung** die **Ausnahme** dar.

Wenig Sinn macht es für den Arbeitgeber, bei fehlendem Kündigungsschutz ein befristetes Arbeitsverhältnis abzuschließen. Denn in diesem Fall kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wirksam ohne die Angabe von Gründen kündigen. Er muss lediglich die Kündigungsfristen einhalten. Im Übrigen ist zu beachten, dass der Gesetzgeber die früher richterrechtlich erfolgte Ankoppelung der Befristungskontrolle an das KSchG,

vgl. BAG 09.08.2000 – 7 AZR 339/99; BAG 17.02.1983 – 2 AZR 208/81, Rn. 18.

abgelöst hat. § 14 TzBfG erfasst auch solche befristeten Arbeitsverträge, die vormals wegen fehlender Umgehung des KSchG kontrollfrei waren,

vgl. BAG 06.11.2003 – 2 AZR 690/02, Rn. 17.

Nach dem Wortlaut von § 620 III BGB ist **jede Befristung gemäß § 14 TzBfG zu überprüfen**. Das Gesetz enthält insoweit keine einschränkenden Regelungen. Es erfasst nunmehr auch solche befristeten Arbeitsverträge, die bisher kontrollfrei waren. Auch in Kleinbetrieben und bei Arbeitnehmern in den ersten sechs Beschäftigungsmonaten bedürfen Befristungen eines sachlichen Grundes, wenn nicht eine Ausnahme nach § 14 II oder III TzBfG gegeben ist,

vgl. BAG 06.11.2003 – 2 AZR 690/02, Rn. 17 m.w.N.; *Treber*, jurisPR-ArbR 22/2004, Anm. 4.

## **II. Arten der Befristung**

Es ist zwischen **3 Arten der Befristung** zu differenzieren. Befristete Arbeitsverträge können (1) als **zeitbezogene Verträge** auf einen bestimmten Zeitraum (6 Monate, 1 Jahr, etc.) oder (2) auf einen bestimmten Endzeitpunkt (bis zum 31.12.2017) oder (3) als **zweckbezogene Verträge** für einen bestimmten Zweck (z.B. Urlaubs- oder Krankheitsvertretung, Prozessbeschäftigung) abgeschlossen werden. Ein zeitbezogener Vertrag endet nach **§ 15 I TzBfG** zu dem vertraglich vorgesehenen Zeitpunkt, ohne dass er einer Kündigung bedarf. Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag endet gemäß **§ 15 II TzBfG** mit dem Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach **Zugang der schriftlichen Unterrichtung** des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber **über den Zeitpunkt der Zweckerreichung**. Bei einer Zweckbefristung kann eine **Befristungskontrollklage** erst erhoben werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 15 II TzBfG schriftlich über den Zeitpunkt der Zweckerreichung unterrichtet hat. Eine Zweckbefristung erfordert eine unmissverständliche Einigung darüber, dass das Arbeitsverhältnis bei Zweckerreichung enden soll, wobei die

Einigung nach § 14 Abs. 4 TzBfG schriftlich vereinbart sein muss. Das heißt der die Zweckbefristung tragende sachliche Grund muss im Arbeitsvertrag angegeben sein,

vgl. BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11, Rn. 23.

Soll eine Zweckbefristung vereinbart werden, muss der Zweck, mit dessen Erreichung das Arbeitsverhältnis enden soll, so genau bezeichnet sein, dass hieraus das Ereignis, dessen Eintritt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, zweifelsfrei feststellbar ist. Bei einer Zweckbefristung muss zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages **mit hinreichender Sicherheit deutlich werden**, dass der **Zweck tatsächlich zu irgendeinem Zeitpunkt erreicht werden wird**, wenngleich noch nicht feststeht, wann dies sein wird. Für die **erforderliche Prognose** reicht es nicht aus, dass der in den Arbeitsvertrag aufgenommene Vertragszweck nur möglicherweise oder wahrscheinlich erreicht wird, sondern es muss im Rahmen des Vorhersehbaren sicher angenommen werden können, dass er eintreten wird. An die **Zuverlässigkeit der Prognose** sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je weiter die vereinbarte Zweckerreichung in der Zukunft liegt. Soweit die Voraussetzungen des **§ 256 ZPO** vorliegen,

vgl. ablehnend BAG 15.02.2017 – 7 AZR 153/15 mit krit. Anm. *Diller*, FD-ArbR 2017, 392675.

kann vorher eine **Feststellungsklage** mit dem Inhalt erhoben werden, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf Grund der Zweckbefristung befristet ist,

vgl. BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11.

Der Siebte Senat definiert **kalendermäßige Befristung (Zeitbefristung)** und **Zweckbefristung** wie folgt:

*„Eine kalendermäßige Befristung (Zeitbefristung) ist vereinbart, wenn die Dauer des Arbeitsverhältnisses kalendermäßig bestimmt ist. Eine Zweckbefristung liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu einem kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt, sondern bei Eintritt eines künftigen Ereignisses enden soll, wobei die Parteien den Eintritt des künftigen Ereignisses als feststehend und nur den Zeitpunkt des Eintritts als ungewiss ansehen. Eine Doppelbefristung in Form einer Kombination von Zweck- und Zeitbefristung ist grundsätzlich zulässig. Eine Zweckbefristung erfordert eine unmissverständliche Einigung darüber, dass das Arbeitsverhältnis bei Zweckerreichung enden soll, wobei der Zweck nach § 14 IV TzBfG schriftlich vereinbart sein muss.“,*

BAG 14.12.2016 – 7 AZR 797/14, Rn. 13; BAG 11.09.2013 – 7 AZR 107/12, Rn. 17; BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11, Rn. 23; BAG 29.06.2011 – 7 AZR 6/10, Rn. 15; BAG 29.06.2011 – 7 AZR 774/09, Rn. 28; BAG 22.04.2009 – 7 AZR 768/07, Rn. 11 und 17.

Eine Zeitbefristung kann in einem Arbeitsvertrag mit einer Zweckbefristung verbunden werden. Bei der **Doppelbefristung** handelt sich um ein als sachgerecht anzuerkennendes Gestaltungsmittel, weil sie es dem Arbeitnehmer ermöglicht, sich darauf einzustellen, dass das Arbeitsverhältnis spätestens zu dem genannten Termin endet und damit die Unsicherheit über die Dauer der Zweckbefristung beseitigt wird,

vgl. *Chaudhry*, NZA 2018, 484.

So kann etwa geregelt werden, dass das Arbeitsverhältnis mit der Rückkehr des erkrankten Arbeitnehmers und spätestens zu einem bestimmten Datum enden soll.

Des Weiteren differenziert das TzBfG grundlegend zwischen der **Befristung mit Sachgrund** (§ 14 I TzBfG) und der **sachgrundlosen Befristung** (§ 14 II, IIa und III TzBfG).

Durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 3002) ist § 14 TzBfG mit Wirkung vom 01.01.2004 um einen Abs. IIa erweitert worden. Mit dieser Regelung sollen die anhand von § 112a II BetrVG gesammelten Erfahrungen beschäftigungspolitisch nutzbar gemacht werden. Danach ist es für neu gegründete Unternehmen in den ersten vier Jahren nach ihrer Gründung über Abs. II hinaus möglich, kalendermäßig befristete Arbeitsverträge bis zu einer Gesamtdauer von vier Jahren (ggf. mehrfach) ohne Sachgrund zu verlängern. Der Begriff der Verlängerung stimmt mit dem in § 14 II 1 TzBfG verwendeten überein. Die Zahl der Verlängerungsverträge ist nicht begrenzt. § 14 II 2 TzBfG ist entsprechend anzuwenden, so dass die Befristungsmöglichkeit nicht besteht, wenn zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die Tariföffnungsklausel einschließlich der zulässigen einzelvertraglichen Bezugnahme gilt gemäß Satz 4 auch hier. Zweckbefristungen und auflösende Bedingungen sind wie bei Abs. II nicht zugelassen,

vgl. *ErfKo-Müller-Glöge*, § 14 TzBfG, Rn. 103 m.w.N.

Das Befristungsrecht weist eine **umfangreiche, schwer zu überschauende Kasuistik** auf, welche die angestrebte Rechtssicherheit in der Praxis oftmals konterkariert. Die **Kontrolldichte und -schärfe** stellen Arbeitgeber und ihre rechtlichen Berater deshalb immer wieder aufs Neue auf die Probe wie die hohe Zahl arbeitsgerichtlicher Rechtsstreite (I., II. und III. Instanz) belegen.

### III. Änderungen 2018 bei der Befristung von Arbeitsverträgen

CDU, CSU und SPD haben sich in ihrem Koalitionsvertrag auf weitreichende Änderungen im Befristungsrecht geeinigt, welche die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung im Zuge ihrer legislativen Umsetzung ggf. zukünftig stark einschränken werden,

vgl. *Schulz*, ArbRAktuell 2018, 170 „*Sachgrundlose Befristung – Quoten sind keine Lösung!*“; kritisch und sehr informativ IAB Kurzbericht 16/2018, *Hohdanner*.

Befristungen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes, das heißt **sachgrundlose Befristungen** nach § 14 II TzBfG, sollen nur noch für die Dauer von **18** statt bislang von **24 Monaten** zulässig sein. Bis zu dieser **Gesamtdauer** soll nur noch eine **einmalige** statt einer dreimaligen **Verlängerung** möglich sein.

Zusätzlich wird eine **Quote für sachgrundlose Befristungen** eingeführt. **Unternehmen mit mehr als 75 Beschäftigten** (Schwellenwert) dürfen nur noch **maximal 2,5 Prozent der Belegschaft** sachgrundlos befristen. Bei einem Überschreiten dieser Quote gilt jedes

weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen. Der Bezugspunkt soll dabei jeweils der Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund sein. Für mittelständische und Großunternehmen wird die sachgrundlose Befristung damit zu einem „**Exoten**“, der mit einem hohen Bearbeitungs- und Kontrollaufwand einhergeht. So kann etwa ein Unternehmen mit 500 Arbeitnehmern nur noch 12 Arbeitnehmer wirksam sachgrundlos befristen. Da es **keine „halben Arbeitnehmer“** gibt, kann ein Unternehmen mit hundert Arbeitnehmern nur 2 Arbeitnehmer und damit de facto nur 2 % seiner Arbeitnehmer wirksam sachgrundlos befristen. Wie die Unternehmen auf diese Einschränkung reagieren werden, ist offen. Neben den erhofften **unbefristeten Einstellungen** könnte es zu **mehr Befristungen mit Sachgrund** kommen. Denkbar ist auch ein verstärkter Rückgriff auf interne und externe Instrumente des Personaleinsatzes wie **Überstunden, Jobrotation, Leiharbeit, freie Mitarbeiter** sowie **Dienst- oder Werkverträge**.

Mit der Einführung eines Schwellenwertes von 75 Beschäftigten oberhalb dessen der Gesetzgeber die beabsichtigte Neuregelung einführen will, offenbart er seine wahre **arbeitspolitische Zielrichtung**, die sachgrundlose Befristung in Groß- und mittelständischen Unternehmen im Hinblick auf gewünschte Dauerbeschäftigung stark zurückzudrängen. Im Hinblick auf das ausgegebene Ziel der Neuregelung, **„Missbrauch bei sachgrundlosen Befristungen vorzubeugen“**, erschließt es sich sachlogisch nicht, warum Unternehmen bis zu 75 Beschäftigten unbegrenzt jeden neuen Arbeitnehmer sachgrundlos befristet einstellen können sollen, während Unternehmen ab 76 Arbeitnehmern der rigiden Quote von 2,5 Prozent unterfallen sollen. Statt rechtlicher Sachlogik gibt hier der politische Kompromiss in den Koalitionsverhandlungen und die Beschränkung einer flexiblen Personalplanung die Richtung vor. Als Fazit bleibt zu konstatieren, dass die beabsichtigte Neuregelung die ohnehin schon komplexen arbeitsrechtlichen Befristungsvorgaben weiter verschärft und zudem zahlreiche Abgrenzungsfragen aufwirft, die bis zu einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung erhebliche Risiken und Unsicherheiten mit sich bringen. Ein **besonderes Risiko bei der sachgrundlosen Befristung** nach neuem Recht dürfte für den Arbeitgeber insbesondere darin liegen, dass bei der Einhaltung bzw. der Überschreitung der Höchstquote von 2,5 % der Belegschaft auch solche Befristungen zu berücksichtigen sind, bei denen – entgegen der irrigen Annahme des Arbeitgebers – ein Sachgrund in der Wirklichkeit nicht gegeben war. Insoweit ergeben sich in der Praxis schwerwiegende prozessrechtliche Folgeprobleme im Rahmen von Entfristungsklagen. Ggf. sind Entfristungsklagen, sollte eine Inzident-Überprüfung anderer „Sachgrund“-Befristungen nicht möglich sein, wegen Vorrangigkeit anderer Rechtsstreite auszusetzen und/oder es sind Anpassungen im Bereich der Darlegungs- und Beweislast vorzunehmen. Das heißt der



Arbeitnehmer hat primär darzulegen und zu beweisen, dass von ihm in Bezug genommene Sachgrundbefristungen des Arbeitgebers unwirksam sind und deshalb die 2,5 % Quote tatsächlich überschritten wird.

#### **IV. Prozessuales, Klagearten und -anträge**

##### **1. Befristungskontrollklage**

Wer sich auf die Unwirksamkeit einer Befristung berufen will, muss **rechtzeitig Klage erheben**,

*Kiel, NZA-Beilage 2016, 72.*

Will der Arbeitnehmer geltend machen, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von **drei Wochen** nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages **Klage** beim Arbeitsgericht **auf Feststellung** erheben, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist (**§ 17 1 TzBfG**). Der Antrag ist punktuell darauf zu richten, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Befristung nicht geendet hat. Ein **allgemein gefasster Feststellungsantrag** lässt sich ausnahmsweise als Befristungskontrollantrag verstehen, wenn sich aus seiner Begründung zweifelsfrei ergibt, dass die Feststellung der Unwirksamkeit einer bestimmten Befristung begehrt wird,

*Kiel, NZA-Beilage 2016, 72; Bader, NZA-RR 2018, 169; BAG 24.06.2015 – 7 AZR 541/13, Rn. 21.*

Nach § 17 Satz 2 TzBfG i.V. mit § 6 Satz 1 KSchG kann sich der Arbeitnehmer zur **Begründung der Unwirksamkeit der Befristung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz** auch auf innerhalb der Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG nicht geltend gemachte Gründe berufen, sofern er innerhalb dieser Frist Befristungskontrollklage erhoben hat. Darauf hat ihn das Arbeitsgericht nach § 17 Satz 2 TzBfG, § 6 Satz 2 KSchG hinzuweisen. Das Arbeitsgericht ist auch dann nach § 17 Satz 2 TzBfG, § 6 Satz 2 KSchG verpflichtet, den Arbeitnehmer auf den Regelungsgehalt des § 6 Satz 1 KSchG hinzuweisen, wenn dieser anwaltlich oder gewerkschaftlich vertreten ist,

*BAG 21.03.2018 – 7 AZR 408/16, Rn. 30 und 33.*

Im Fall einer vereinbarten Kalenderbefristung ist eine **Befristungskontrollklage** dann erhoben, wenn aus dem Klageantrag, der Klagebegründung oder den sonstigen Umständen bei Klageerhebung zu erkennen ist, dass der Kläger geltend machen will, sein Arbeitsverhältnis habe nicht durch die zu einem bestimmten Zeitpunkt vereinbarte Befristung zu dem in dieser Vereinbarung vorgesehenen Termin geendet. Dabei sind an die Form der Klageerhebung **keine zu strengen Anforderungen** zu stellen. Ein (angekündigter) **Klageantrag** ist als Prozesshandlung ebenso **auslegungsfähig** wie eine private Willenserklärung. Ausgehend vom Antragswortlaut ist der geäußerte Parteiwille maßgeblich, wie er aus dem Begehren, der Begründung und sonstigen Umständen bei Erhebung der Klage erkennbar wird. Folgt aus dem Gesamtzusammenhang zweifelsfrei, dass sich der Kläger gegen eine konkrete

Befristungsvereinbarung wendet, genügt dies für die Annahme einer Befristungskontrollklage im Sinne von § 17 1 TzBfG,

BAG 24.06.2015 – 7 AZR 541/13, Rn. 21; BAG 15.05.2012 – 7 AZR 6/11, Rn. 15; BAG 02.06.2010 – 7 AZR 85/09, Rn. 10.

Zur Auslegung der entsprechenden Prozessklärung ist auch das Revisionsgericht befugt,

BAG 24.06.2015 – 7 AZR 541/13, Rn. 21; BAG 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, Rn. 17; BAG 15.05.2013 – 7 AZR 665/11, Rn. 32.

Eine **entsprechende Anwendung des § 6 KSchG** kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer mit einer Leistungsklage aus der Unwirksamkeit einer Kündigung folgende Lohnansprüche oder seine Weiterbeschäftigung für einen Zeitraum nach Zugang der Kündigung innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend gemacht hat. Ein Weiterbeschäftigungsantrag kann einen Klageantrag darstellen, der den Willen des Arbeitnehmers, eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch eine ausgesprochene Kündigung nicht zu akzeptieren, hinreichend klar zum Ausdruck bringt. Entsprechendes gilt im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch späteren Befristungsablauf. Ein angebrachter Weiterbeschäftigungsantrag bewirkt allerdings nicht zwangsläufig eine gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit eines nachfolgend auftretenden Beendigungstatbestandes "auf andere Weise". Für die Wahrung der Klagefrist gemäß § 17 2 TzBfG i.V. mit § 6 1 KSchG analog ist in jedem Fall erforderlich, dass der **Wille, sich gegen die Wirksamkeit einer Befristung wehren zu wollen**, gerichtlich geltend gemacht wird,

BAG 24.06.2015 – 7 AZR 541/13, Rn. 29, 34 und 40.

#### **Praxistipp:**

Angesichts der formalen Anforderungen und Stolpersteine bei Erhebung einer Befristungskontrollklage sollte bei Erstellung der Klageschrift genau darauf geachtet und bereits mit dem Klageantrag unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden, welches Rechtsschutzbegehren der Arbeitnehmer verfolgt. Die Einhaltung der Klagefrist stellt nicht zuletzt mit Blick auf die Haftung einen zentralen Bestandteil der anwaltlichen Dienstleistung dar, dessen Wahrung nicht von der schwer vorhersagbaren und damit ungewissen Auslegung des erkennenden Arbeitsgerichts abhängig sein sollte,

vgl. zum Risiko BAG 16.04.2003 – 7 AZR 119/02, Rn. 15 f.

Beispielsweise wahrt ein **Wiedereinstellungsantrag** nicht die Klagefrist für eine Befristungskontrollklage. Mit einem Wiedereinstellungsantrag wird die Verurteilung des Arbeitgebers zur Abgabe einer auf das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages gerichteten Willenserklärung nach § 894 ZPO angestrebt. Dieses abweichende Klagebegehren schließt es aus, dem auf Wiedereinstellung gerichteten Klageantrag im Wege der Auslegung einen auf die Kontrolle der Beendigung eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses gerichteten Inhalt beizumessen,

vgl. BAG 24.06.2015 – 7 AZR 541/13.

Im Rahmen eines Befristungskontrollverfahrens kann der Kläger **alle Gründe für die Unwirksamkeit der Befristung** bis zum **Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz** geltend machen, worauf ihn das Arbeitsgericht hinweisen soll. Wird ein derartiger Hinweis nicht einmal in allgemeiner Form erteilt, steht die Regelung der Einführung weiterer möglicher Unwirksamkeitsgründe im Berufungsverfahren in Ansehung von § 17 2 TzBfG i.V. mit § 6 KSchG nicht entgegen,

BAG 20.08.2014 – 7 AZR 924/12, Rn. 21; BAG 04.05.2011 – 7 AZR 252/10, Rn. 20; BAG 18.01.2012 – 6 AZR 407/10, Rn. 12 ff.

Vom Grundsatz her gilt aber, dass unter der Voraussetzung rechtzeitiger Klageerhebung bis zum **Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz** sämtliche Gründe geltend zu machen sind, auf die der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung stützen will. In **zweiter Instanz** kann grundsätzlich **nicht mehr nachgelegt werden**. Der Kläger kann sich folglich in der Berufungsinstanz grundsätzlich weder erstmals auf die **Nichteinhaltung der Schriftform** (§ 14 IV TzBfG) berufen, noch mit Erfolg einen **Verstoß gegen das Transparenzgebot** (§ 307 I 2 BGB) rügen. Unwirksamkeitsgründe sind nicht von Amts wegen zu prüfen, sondern nur auf eine entsprechende Rüge des Klägers hin,

vgl. *Kiel*, NZA-Beilage 2016, 72 (73).

Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer Befristung ist gemäß § 16 1 HS 1 TzBfG, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht,

BAG 28.09.2016 – 7 AZR 128/14, Rn. 29; BAG 15.05.2013 – 7 AZR 665/11, Rn. 26.

Im Fall einer **Zweckbefristung** nach **§ 15 II TzBfG** ist eine Befristungskontrollklage erst statthaft, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemäß § 15 II TzBfG schriftlich darüber unterrichtet, wann der Zweck der Befristung erreicht ist. Anders als bei kalendermäßig befristeten Arbeitsverhältnissen, bei denen bereits vor Ablauf der Vertragslaufzeit nach § 17 1 TzBfG Klage zulässig erhoben werden kann,

vgl. BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 12; BAG 24.02.2016 – 7 AZR 182/14, Rn. 24; BAG 21.09.2011 – 7 AZR 375/10 – Rn. 8; BAG 10.03.2004 – 7 AZR 402/03,

ist vor einer schriftlichen Unterrichtung über die Zweckerreichung kein Raum für eine Befristungskontrollklage,

BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 12.

Nach dem Rechtsverständnis des Siebten Senats ist eine Feststellungsklage des Arbeitgebers, die die Wirksamkeit einer Befristung oder – im Fall einer Zweckbefristung – den Streit über den Eintritt einer Zweckerreichung oder dessen Zeitpunkt klären soll, unzulässig. Zur Klärung dieser Fragen sieht § 17 1 TzBfG die Befristungskontrollklage vor, die ausschließlich für den Arbeitnehmer eröffnet ist. Für eine allgemeine Feststellungsklage des Arbeitgebers nach § 256 I ZPO ist daneben kein Raum,

BAG 15.02.2017 – 7 AZR 153/15, Rn. 9 ff.; krit. *Diller*, FD-ArbR 2017, 392675 mit taktischen Hinweisen.

Bei einer **auf die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichteten Änderungskündigung** hat der Arbeitnehmer zwei Klagemöglichkeiten. Er kann mit einer Änderungsschutzklage gemäß § 4 2 KSchG reagieren, in deren Rahmen dann geprüft wird, ob für die Befristung ein sachlicher Grund besteht. Oder er kann die **Änderungskündigung ohne Vorbehalt akzeptieren** und dann eine **Befristungskontrollklage** (§ 17 1 TzBfG) erheben,

*Bader*, NZA 2018, 169; BAG 02.08.2017 – 7 AZR 601/15.

## 2. Allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO)

Macht der Arbeitnehmer geltend, eine Befristung sei gar nicht vereinbart worden, hat er dieses Klagebegehren nicht mit einer Befristungskontrollklage nach § 17 1 TzBfG zu verfolgen, sondern mit einer **allgemeinen Feststellungsklage** gemäß § 256 I ZPO,

vgl. BAG 16.04.2008 – 7 AZR 132/07, Rn. 10; BAG 23.06.2004 – 7 AZR 440/03; BAG 18.10.2006 – 7 AZR 662/05, Rn. 13; vgl. *Bader*, NZA-RR 2018, 169.

Die rechtssichere Abgrenzung der Streitgegenstände und die „**Wahl der richtigen Klage**“ bereiten in der Praxis immer wieder Probleme. Auch wenn es sich bei einem Klageantrag vom Wortlaut her um eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO handelt, kann sich die Klage unter Heranziehung der Klagebegründung als Befristungskontrollklage im Sinne des § 17 TzBfG darstellen, wenn der Kläger dort die Unwirksamkeit einer Befristung oder auflösenden Bedingung geltend macht.

vgl. BAG 07.04.2004 – 7 AZR 441/03; LAG Berlin-Brandenburg 24.01.2017 – 7 Sa 1760/16, Rn. 32.

Ebenfalls ist eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu erheben, wenn es um das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses nach § 15 V TzBfG (willentliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das Befristungsende hinaus) geht. Will sich der Arbeitnehmer also nicht nur gegen die Wirksamkeit der Befristung wenden, sondern zusätzlich das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses geltend machen, muss er **zwei Anträge** stellen, einen **Befristungskontrollantrag** und einen **allgemeinen Feststellungsantrag**. Lässt sich das Klageziel aus der Begründung der Klage nicht hinreichend klar zuordnen, droht die Unzulässigkeit der Klage,

*Kiel*, NZA-Beilage 2016, 72 (73).

Eine allgemeine Feststellungsklage ist ferner auch dann zu erheben, wenn der Arbeitnehmer meint, dass die **Befristungsabrede** eine **Überraschungsklausel** darstelle und deshalb nach § 305c I BGB **nicht Vertragsbestandteil** geworden sei. Inhaltlich mag dies eng mit dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB zusammenhängen, doch prozessual wird scharf differenziert: Die Transparenzkontrolle der Befristungsabrede nach § 307 I 2 BGB ist

Gegenstand der Befristungskontrollklage, die inhaltliche (Un-)Vorhersehbarkeit nach § 305c I BGB Gegenstand der Feststellungsklage. Ein prozessualer Wechsel der Streitgegenstände ist nur nach den allgemeinen Grundsätzen und nur unter den Einschränkungen des § 6 KSchG möglich. Die **Strategie im Befristungsprozess** muss deshalb von vornherein klar durchdacht sein,

Kiel, NZA-Beilage 2016, 72 (73).

### 3. **Bedingungskontrollklage**

Die Unwirksamkeit und der Nichteintritt einer auflösenden Bedingung sind nicht mit einer allgemeinen Feststellungsklage, sondern mit einer **Bedingungskontrollklage** geltend zu machen (zur Abgrenzung zwischen Bedingung und Befristung vgl. *Lorenz/Eichhorn*, JuS 2017, 393). Innerhalb der **dreiwöchigen Klagefrist** nach **§§ 21, 17 1 und 3, § 15 II TzBfG** hat der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht **Klage auf Feststellung** zu erheben, **dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der auflösenden Bedingung nicht beendet worden ist**,

BAG 20.06.2018 – 7 AZR 689/16, Rn. 38

Die Klagefrist nach den §§ 21, 17 1 TzBfG ist auch dann einzuhalten, wenn nicht die Wirksamkeit der Bedingung, sondern deren **tatsächlicher Eintritt im Streit** steht. Ob die auflösende Bedingung eingetreten ist, hängt regelmäßig von der Auslegung der tariflichen oder einzelvertraglichen Bedingungsabrede ab. Die Frage des Eintritts der auflösenden Bedingung ist deswegen häufig mit der Beurteilung der **Rechtswirksamkeit der Bedingungsabrede** verknüpft. Die Auslegung der Bedingungsabrede ist maßgeblich dafür, ob die Bedingung eingetreten ist. Wegen des fast untrennbaren Zusammenhangs der **Wirksamkeit** und des **Eintritts der auflösenden Bedingung** sind beide Fragen Gegenstand der Bedingungskontrollklage,

BAG 11.12.2019 – 7 AZR 350/18; BAG 17.04.2019 – 7 AZR 292/17; BAG 23.03.2016 – 7 AZR 827/13, Rn. 14; BAG 04.11.2015 – 7 AZR 851/13; BAG 06.04.2011 – 7 AZR 704/09, Rn. 18 ff; BAG 04.11.2015 – 7 AZR 851/13, Rn. 16; LAG Berlin-Brandenburg 16.12.2016 – 26 Sa 1892/15, Rn. 33 Revision beim BAG anhängig unter 7 AZR 882/16; Hessisches LAG 12.07.2016 – 8 Sa 186/16, Rn. 43.

Eine **auflösende Bedingung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses** ist für den Fall des Wiederauflebens des Beamtenverhältnisses nach § 14 I 1 TzBfG gerechtfertigt. Die auflösende Bedingung beruht auf der Annahme der Tarifvertragsparteien, dass ein Arbeitnehmer nicht gleichzeitig Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis und aus einem Beamtenverhältnis erfüllen kann. Die drohende **Pflichtenkollision** begründet ein anerkanntes Interesse beider Vertragsparteien daran, den Arbeitsvertrag unter der **auflösenden Bedingung des Wiederauflebens des Beamtenverhältnisses** zu schließen. Der Arbeitnehmer wird dadurch vor dem Eintritt einer Pflichtenkollision geschützt, wobei er zwischen der Fortsetzung des Arbeits- oder des Beamtenverhältnisses entscheiden kann.

Grundsätzlich besteht auch die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mit einem schwerbehinderten Menschen unter eine nach § 21 TzBfG zulässige auflösende Bedingung zu stellen. Dies folgt aus § 92 SGB IX in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (seit 1. Januar 2018 § 175 SGB IX 2018), der einen erweiterten Beendigungsschutz nur für bestimmte auflösende Bedingungen vorschreibt. Knüpft die auflösende Bedingung an andere Umstände an, so schreibt das Schwerbehindertenrecht keinen besonderen Schutz vor,

BAG 15.05.2019 – 7 AZR 285/17.

Die dreiwöchige Klagefrist nach §§ 21, 17 1 TzBfG beginnt bei Bedingungskontrollklagen grundsätzlich mit dem Tag, an dem die auflösende Bedingung eingetreten ist. Da aber nach den §§ 21, 15 II TzBfG der auflösend bedingte Arbeitsvertrag frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Eintritt der Bedingung endet, wird in den Fällen, in denen die Bedingung bereits vor Ablauf der Zweiwochenfrist eingetreten ist, die Klagefrist gemäß §§ 21, 17 1 und 3, § 15 II TzBfG erst mit dem Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis sei aufgrund des Eintritts der Bedingung beendet, in Lauf gesetzt,

BAG 20.06.2018 – 7 AZR 689/16, Rn. 38; BAG 23.03.2016 – 7 AZR 827/13, Rn. 15; BAG 14.01.2015 – 7 AZR 880/13, Rn. 14; BAG 23.07.2014 – 7 AZR 771/12, Rn. 19; BAG 10.10.2012 – 7 AZR 602/11, Rn. 14; BAG 06.04.2011 – 7 AZR 704/09, Rn. 22.

#### **Praxistipp:**

Zur **Wahrung** des für die Unterrichtung über den Eintritt der Bedingung geltenden **Formerfordernisses** ist die Einhaltung der **Textform** nach § 126b BGB ausreichend,

BAG 20.06.2018 – 7 AZR 689/16, Rn. 61 ff.

Bei der Unterrichtung über den Eintritt der auflösenden Bedingung nach §§ 21, 15 II TzBfG handelt es sich zwar nicht um eine rechtsgestaltende Willenserklärung, sondern um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, weil deren Rechtsfolgen nicht wie bei Willenserklärungen kraft des ihnen innewohnenden Willensakts, sondern kraft Gesetzes eintreten. Für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen gelten jedoch die Bestimmungen über Willenserklärungen entsprechend ihrer Eigenart. Der Arbeitgeber kann sich daher zur Mitteilung nach § 15 II TzBfG eines Vertreters bedienen,

BAG 15.05.2019 – 7 AZR 285/17.

Die gedankliche und rechtliche **Abgrenzung** zwischen **Zweckbefristung** und **auflösender Bedingung** nimmt der Siebte Senat,

BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 21,

wie folgt vor:

*„Eine Zweckbefristung liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu einem kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt, sondern bei Eintritt eines künftigen Ereignisses enden soll. Bei einer auflösenden Bedingung hängt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls vom Eintritt*

*eines künftigen Ereignisses ab. Zweckbefristung und auflösende Bedingung unterscheiden sich in der Frage der Gewissheit des Eintritts des künftigen Ereignisses. Im Fall einer Zweckbefristung betrachten die Vertragsparteien den Eintritt des künftigen Ereignisses als feststehend und nur den Zeitpunkt des Eintritts als ungewiss. Bei einer auflösenden Bedingung ist demgegenüber schon ungewiss, ob das künftige Ereignis, das zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, überhaupt eintreten wird. Worauf sich die Vertragsparteien geeinigt haben, ist im Zweifel durch Auslegung der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln.“,*

BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 21; BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11, Rn. 29; BAG 29.06.2011 – 7 AZR 6/10, Rn. 15; BAG 21.12.2005 – 7 AZR 541/04, Rn. 36; BAG 19.01.2005 – 7 AZR 250/04.

Durch die **Erhebung** einer **Kündigungsschutzklage** wird die dreiwöchige Klagefrist für eine Bedingungskontrollklage in **entsprechender Anwendung des § 6 KSchG** jedenfalls dann gewährt, wenn die auflösende Bedingung bis zum Kündigungstermin wirksam werden soll, der Arbeitnehmer noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz ihre Unwirksamkeit ausdrücklich geltend macht und einen Bedingungskontrollantrag nach §§ 21, 17 1 TzBfG stellt,

BAG 20.06.2018 – 7 AZR 689/16, Rn. 43.

## **V. Schriftform (§ 14 IV TzBfG)**

### **1. Voraussetzungen**

Im Recht der Befristung gilt der allgemeine Lebensgrundsatz: „**Nur wer schreibt, der bleibt!**“ in besonderem Maße. Unbedachtheit und Flüchtigkeiten sind bei Abschluss befristeter Arbeitsverträge zu vermeiden. Wahrnehmung, Sorgfalt und Dokumentation sind das „Gebot der Stunde“. Wird das Arbeitsverhältnis von den Parteien ohne wirksame schriftliche Befristungsgrundlage vollzogen, gilt der „befristete“ Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann von dem Arbeitgeber frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden, sofern nicht nach § 15 III TzBfG die ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt möglich ist. Ist die Befristung nur wegen des Mangels der Schriftform unwirksam, kann der Arbeitsvertrag auch vor dem vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden (§ 16 TzBfG).

### **Praxistipp:**

Um sich die Option einer ordentlichen Kündigung zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsprechend den Vorgaben des KSchG und des sonstigen Kündigungsschutzrechts nach § 15 III TzBfG offen zu halten, sollte dies ausdrücklich im Arbeitsvertrag niedergeschrieben werden. Üblich ist dabei eine Formulierung wie: „*Das Arbeitsverhältnis kann von jeder der Parteien unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist schriftlich gemäß § 623 BGB gekündigt werden.*“

Nach **§ 14 IV TzBfG** bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages zur ihrer Wirksamkeit der **Schriftform**. Das erfordert nach § 126 I BGB eine eigenhändig vom Aussteller durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnete Urkunde. Bei einem Vertrag muss nach § 126 II 1 BGB die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 II 2 BGB),

BAG 04.11.2015 – 7 AZR 933/13; BAG 20.08.2014 – 7 AZR 924/12, Rn. 23; BAG 25.03.2009 – 7 AZR 59/08, Rn. 29.

E-Mails und Telefaxe sind ungeeignet die Schriftform zu wahren.

### **Praxistipp:**

Die Schriftform bei Befristungen wird in der Praxis getreu dem Motto „Jeder macht (immer wieder gerne) Fehler!“ häufig missachtet. Dem liegt folgende, schon als „klassisch“ zu beschreibende Fehlerkonstellation zugrunde: Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhandeln über den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages. Der Arbeitgeber übersendet dem Arbeitnehmer das von ihm unterzeichnete Vertragsangebot zweifach mit der Bitte um gegengezeichnete Rücksendung eines Exemplars. Der Arbeitnehmer nimmt seine Tätigkeit auf. Er unterschreibt den „befristeten“ Arbeitsvertrag jedoch erst einige Tage nach der Aufnahme der Arbeit und übergibt ihn verspätet dem Arbeitgeber. Mehr oder mindert verwundert stellen die Parteien bei bzw. nach Ablauf der „Befristung“ fest, dass sie sich entgegen den ursprünglichen Zielvorstellungen und Absprachen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinden. Die Lehre aus dem Vorstehenden ist, dass Arbeitgeber vor der Aufnahme der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer genau darauf achten sollten, dass die Vertragslage und -dokumentation sich entsprechend dem Gewollten in der Personalakte wiederfinden. Ein wirksamer, von beiden Seiten unterschriebener, dem Arbeitgeber zugangener Arbeitsvertrag im Original ist vor der Aufnahme der Tätigkeit unerlässlich!

Das Risiko belegt einmal mehr die Rechtsprechung des Siebten Senats, wenn festgestellt wird: Die Wahrung der in § 14 IV TzBfG bestimmten Schriftform erfordert den **Zugang der unterzeichneten Befristungsabrede** bei dem Erklärungsempfänger **vor Vertragsbeginn**. Der Mangel der Schriftform kann nicht dadurch geheilt werden, dass dem Arbeitnehmer nach Arbeitsaufnahme die unterzeichnete Vertragsurkunde des Arbeitgebers zugeht. Legt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Vertragsurkunde zur Unterzeichnung vor, die er selbst noch nicht unterzeichnet hat, so macht er den Vertragsschluss nicht von der Einhaltung der Schriftform abhängig. Auch ein entsprechender mündlicher Vorbehalt, ist in diesem Fall unbeachtlich,



vgl. BAG 14.12.2016 – 7 AZR 797/14 sowie die teilweisen Parallelentscheidungen 7 AZR 142/15, 7 AZR 717/14 und 7 AZR 756/14; vgl. hierzu auch Schröder, „Altersgrenzen und Befristungsrecht – eine explosive Mischung“, ArbRAktuell 2018, 91.

Eine **Unterzeichnung** im Sinne der gesetzlichen Regelung verlangt einen Schriftzug, der sich als **Wiedergabe eines Namens** darstellt und die **Absicht einer vollen Unterschriftsleistung** erkennen lässt. Ein bloßes Handzeichen (Paraphe) wahrt nach der gesetzlichen Regelung die Schriftform nur im Falle notarieller Beglaubigungen,

BAG 20.08.2014 – 7 AZR 924/12, Rn. 24; BAG 24.01.2008 – 6 AZR 519/07, Rn. 11.

### **Praxistipp:**

Verkürzte Unterschriften mögen Ausdruck einer starken, künstlerischen Natur sein oder Ausdruck der starken Arbeitsbelastung. Im Sinne der Rechtsklarheit und -sicherheit sowie mit Blick auf rügefremde Gegner gilt im Arbeitsrecht jedoch in besonderem Maße, dass eine leserliche Originalunterschrift einen Rechtsstreit über die Einhaltung der Form im Ansatz ausräumt.

Ist eine Erklärung mit dem Zusatz „**Im Auftrag**“ unterschrieben, kann das im Einzelfall dafür sprechen, dass der Unterzeichner nicht selbst handelnd wie ein Vertreter die Verantwortung für den Inhalt der von ihm unterzeichneten Erklärung übernehmen will. Der Zusatz „**In Vertretung**“ deutet demgegenüber darauf hin, dass der Erklärende selbst für den Vertretenen handelt. Für die Wahrung der Schriftform im Sinne des § 14 IV TzBfG kommt es nicht darauf an, ob der Unterzeichner tatsächlich bevollmächtigt war,

BAG 12.04.2017 – 7 AZR 446/15, Rn. 18; BAG 09.09.2015 – 7 AZR 190/14.

Wird ein Vertrag für eine Vertragspartei von einem Vertreter im Sinne von § 164 I BGB unterzeichnet, muss das Vertretungsverhältnis in der Vertragsurkunde deutlich zum Ausdruck kommen, wobei auf den objektiven Erklärungswert (§§ 133, 157 BGB) abzustellen ist. Ergibt die Auslegung, dass der Unterzeichner die Erklärung ersichtlich im Namen eines anderen abgegeben hat (möglich auch bei Unterzeichnung „i. A.“), ist von einem Handeln als Vertreter auszugehen.

*Bader/Jörchel*, NZA 2016, 1105 (1106).

Nach § 1 I 5 WissZeitVG gilt das Formerfordernis auch, soweit eine Befristung allein oder zusätzlich auf das Wissenschaftszeitvertragsgesetz gestützt wird. Das gesetzliche Schriftformerfordernis ist eine arbeitsvertragliche Vorschrift über befristete Arbeitsverträge. Das WissZeitVG enthält keine gegenteiligen Regelungen.

BAG 20.08.2014 – 7 AZR 924/12, Rn. 23

Das **Schriftformerfordernis** des § 14 IV TzBfG gilt auch bei der **Vereinbarung von Altersgrenzen**,

vgl. *Schiefer/Köster*, DB 2018, 2874.

Für eine teleologische Reduktion der Vorschrift ist kein Raum. Durch die Schriftform der Befristungsabrede, die neben der Warn- auch eine Beweisfunktion erfüllt, sollen Streitigkeiten darüber vermieden werden, ob die Parteien in einem – möglicherweise viele Jahre zuvor abgeschlossenen – Arbeitsvertrag eine entsprechende Altersgrenze vereinbart haben. Das gesetzliche Schriftformerfordernis findet nur dann keine Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis insgesamt einem Tarifvertrag unterfällt, der eine Befristung vorsieht,

BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15.

## **2. Prozessuale Geltendmachung der fehlenden Schriftform**

Die **Unwirksamkeit der Befristung mangels Einhaltung der gesetzlichen Schriftform** ist mit der **Befristungskontrollklage** geltend zu machen,

BAG 28.09.2016 – 7 AZR 128/14, Rn. 27.

## **3. Darlegungs- und Beweislastverteilung bzgl. Einhaltung der Schriftform**

Nach dem Grundsatz, dass jede Partei die für sie günstigen Tatbestandsmerkmale beweisen muss, ist hinsichtlich der Wahrung der Schriftform gemäß § 14 IV TzBfG diejenige Partei darlegungs- und beweisbelastet, die sich auf die Wirksamkeit der Befristung beruft,

BAG 20.08.2014 – 7 AZR 924/12, Rn. 33.

## **4. Inbezugnahme tariflicher Befristungs- oder Bedingungsregelung**

Das Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG findet keine Anwendung, wenn ein auf das Arbeitsverhältnis insgesamt anwendbarer einschlägiger Tarifvertrag eine Befristung oder auflösende Bedingung des Arbeitsverhältnisses vorsieht,

BAG 23.07.2014 – 7 AZR 771/12, Rn. 27.

## **5. AGB-Kontrolle**

Enthält ein Formulararbeitsvertrag neben einer drucktechnisch hervorgehobenen Befristung für die Dauer eines Jahres im nachfolgenden Vertragstext ohne besondere Hervorhebung eine weitere Befristung zum Ablauf der sechsmonatigen Probezeit, wird die Probezeitbefristung als überraschende Klausel nach § 305c I BGB nicht Vertragsbestandteil,

BAG 16.2008 – 7 AZR 132/07, Rn. 17.

Ist in einem Formulararbeitsvertrag, der vorsieht, dass zutreffende Regelungen angekreuzt und nichtzutreffende Regelungen gestrichen werden, die Regelung angekreuzt "Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses - nach Ablauf der Probezeit - gilt die gesetzliche Kündigungsfrist", ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Parteien die ordentliche Kündbarkeit des befristeten Arbeitsvertrages einzelvertraglich im Sinne von § 15 III TzBfG vereinbart haben,

BAG 04.08.2011 – 6 AZR 436/10.

## **6. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das Befristungsende hinaus und Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages unter der Bedingung der wechselseitigen Unterzeichnung einer Vertragsurkunde**

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen erfordert eine fehlerfreie Risikosteuerung und dementsprechend ein **sorgfältiges Form- und Fristenmanagement**. Werden Arbeitnehmer über den festgeschriebenen Beendigungstermin hinaus (stillschweigend) weiterbeschäftigt und widerspricht der Arbeitgeber dieser **Weiterbeschäftigung** nicht unverzüglich, wandelt sich die Vertragsbeziehung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Dasselbe gilt, wenn eine „Verlängerung“ des befristeten Arbeitsvertrages nach dem Ablauf der Befristung unwirksam vereinbart wird, denn in diesem Fall liegt keine Verlängerung sondern ein Neuabschluss eines Arbeitsvertrages vor, der zudem ohne Sachgrund gegen das Vorbeschäftigungsverbot nach § 14 II 2 TzBfG verstößt,

vgl. LAG Hamm 19.04.2012 – 8 Sa 63/12.

Der **Widerspruch** des Arbeitgebers nach § 15 V TzBfG kann bereits **vor dem Ende der Vertragslaufzeit** eines befristeten Arbeitsverhältnisses erklärt werden. Eine solche Erklärung liegt vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kurz vor Ablauf der Vertragslaufzeit einen befristeten Anschlussvertrag anbietet. Mit diesem Angebot bringt der Arbeitgeber unmissverständlich zum Ausdruck, dass er mit einer unbefristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden ist. Die **Fiktion des § 15 V TzBfG** kann in diesem Fall auch dann nicht eintreten, wenn der Arbeitnehmer nach Ablauf der Vertragslaufzeit zunächst weiterbeschäftigt wird, der angebotene befristete Arbeitsvertrag aber letztlich nicht zustande kommt,

BAG 11.07.2007 – 7 AZR 501/06; BAG 05.05.2004 – 7 AZR 629/03, Rn. 37.

Der Eintritt der in § 15 V TzBfG angeordneten Fiktion setzt voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bewusst und in der Bereitschaft fortsetzt, die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis weiter zu erfüllen. Die Weiterarbeit des Arbeitnehmers muss mit Wissen des Arbeitgebers selbst oder eines zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigten Vertreters erfolgen,

BAG 11.07.2007 – 7 AZR 501/06, Rn. 24.

Eine Verbindung von auflösender Bedingung und kalendermäßiger Höchstbefristung im Sinne von § 3 I 2 Alt. 1, § 15 I TzBfG ist grundsätzlich zulässig. Die Wirksamkeit der auflösenden Bedingung und der zeitlichen Höchstbefristung sind rechtlich getrennt zu beurteilen. Bei einer **Kombination von auflösender Bedingung und zeitlicher Höchstbefristung** ist Rechtsfolge der widerspruchslosen Weiterarbeit im Sinne von §§ 21, 15 V TzBfG über den Bedingungseintritt hinaus nicht die unbefristete Fortdauer des Arbeitsverhältnisses. Die Fiktionswirkung ist nach Sinn und Zweck der §§ 21, 15 V TzBfG auf den nur befristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beschränkt,

BAG 29.06.2011 – 7 AZR 6/10, Rn. 17 und 28.

Auch bei der Erstbegründung von vermeintlich befristeten Arbeitsverhältnissen können infolge einer **Divergenz** zwischen **tatsächlichem Verhalten** und erklärtem **arbeitgeberseitigen „Vorbehalt einer Befristung“** Formwirksamkeitsprobleme auftreten, wie die Entscheidung des Siebten Senats vom 15.02.2017 – 7 AZR 223/15 zeigt. Zwar kann der Arbeitgeber den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch den Arbeitnehmer abhängig machen. Hat der Arbeitgeber in den Vertragsverhandlungen mit dem Arbeitnehmer den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags ausdrücklich unter den **Vorbehalt eines schriftlichen Vertragsschlusses** gestellt oder dem Arbeitnehmer die schriftliche Niederlegung des Vereinbarten angekündigt, so ist diese Erklärung ohne Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) dahingehend zu verstehen, dass der Arbeitgeber dem sich aus **§ 14 IV TzBfG** ergebenden **Schriftformgebot** entsprechen will und sein auf den Vertragsschluss gerichtetes schriftliches Angebot nur durch die der Form des § 126 II BGB genügende Unterzeichnung der Vertragsurkunde angenommen werden kann. Hat der Arbeitgeber durch sein vor der Arbeitsaufnahme liegendes Verhalten verdeutlicht, dass er den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags von der Einhaltung des Schriftformgebots abhängig machen will, liegt in der bloßen Entgegennahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers regelmäßig nicht die Annahme eines vermeintlichen Vertragsangebots des Arbeitnehmers. Dieser kann das schriftliche Angebot des Arbeitgebers dann noch nach der Arbeitsaufnahme durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrags annehmen. Nimmt der Arbeitnehmer in diesem Fall vor der Vertragsunterzeichnung die Arbeit auf, entsteht zwischen den Parteien lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis, weil es an der Abgabe der zum Vertragsschluss erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen fehlt,

BAG 15.02.2017 – 7 AZR 223/15, Rn. 31; vgl. BAG 14.12.2016 – 7 AZR 797/14, Rn. 38; 07.10.2015 – 7 AZR 40/14, Rn. 20; BAG 16.04.2008 – 7 AZR 1048/06, Rn. 14 *jeweils für den Fall, dass dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn ein schriftliches Vertragsangebot des Arbeitgebers vorliegt.*

Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Arbeitgeber, ohne dem Arbeitnehmer ein annahmefähiges schriftliches Angebot auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags unterbreitet zu haben, ausdrücklich erklärt hat, der Arbeitsvertrag solle erst mit Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch ihn zustande kommen, er dem Arbeitnehmer jedoch bereits zuvor in Widerspruch zu seiner Erklärung einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und die Arbeitsleistung entgegennimmt. Unter diesen Umständen hat er seinerseits nicht alles zur Wahrung der Schriftform getan. In einem solchen Fall ist der Vorbehalt unbeachtlich. Der Arbeitgeber kann die Auslegung seines Verhaltens als Ausdruck eines entsprechenden Rechtsfolgewillens nicht ausschließen. Die in Widerspruch zu seinem tatsächlichen Verhalten stehende

Erklärung ist für die rechtliche Wertung, **welche Erklärungsbedeutung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung zukommt**, ohne Bedeutung. Zeigt jemand ein Verhalten, das nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur als Ausdruck eines bestimmten Willens aufgefasst werden kann, so ist seine wörtliche Verwahrung gegen eine entsprechende Deutung des Verhaltens unbeachtlich, denn er setzt sich in Widerspruch mit seinem eigenen tatsächlichen Verhalten (sog. **protestatio facto contraria**) und hat durch sein tatsächliches Verhalten die Geltendmachung einer anderweitigen Auslegung verwirkt,

BAG 15.02.2017 – 7 AZR 223/15, Rn. 32; BAG 14.12.2016 – 7 AZR 797/14, Rn. 40; BAG 19.01.2005 – 7 AZR 113/04; BGH 09.05.2000 – VI ZR 173/99.

### **7. Berufung auf Formmangel – Verstoß gegen Treu und Glauben**

Die Berufung auf einen Formmangel durch eine Vertragspartei ist nur ausnahmsweise treuwidrig. Grundsätzlich verstößt es nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sich eine Partei nachträglich auf die Unwirksamkeit einer von ihr abgegebenen Willenserklärung beruft oder ein unter ihrer Beteiligung zustande gekommenes Rechtsgeschäft angreift. Dies kann wegen des **Verbots widersprüchlichen Verhaltens** aber ausnahmsweise dann der Fall sein, wenn der Vertragspartner trotz des Formmangels auf die Gültigkeit des Vertrags vertrauen durfte und die den Formmangel geltend machende Vertragspartei sich dadurch zu ihrem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt. Sie muss durch dieses Verhalten beim Anspruchsgegner ein **schutzwürdiges Vertrauen** erweckt haben, ihr Recht zukünftig nicht mehr in Anspruch nehmen zu wollen. Dies kommt im Hinblick auf die Bedeutung des Formerfordernisses nur **in besonderen Ausnahmefällen** in Betracht. Formvorschriften dürfen im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden. Es reicht nicht aus, dass die Nichtigkeit den einen Vertragsteil hart trifft. Für diesen muss das **Ergebnis** vielmehr **schlechthin untragbar** sein,

BGH 16.07.2004 – V ZR 222/03; BAG 04.11.2015 – 7 AZR 933/13, Rn. 21; BAG 18.06.2008 – 7 AZR 214/07, Rn. 32; BAG 15.03.2011 – 10 AZB 32/10, Rn. 17; BAG 26.07.2006 – 7 AZR 494/05, Rn. 24; BAG 16.03.2005 – 7 AZR 289/04; BAG 16.09.2004 – 2 AZR 659/03.

### **VI. Problem der Veränderung der Arbeitsbedingungen, „Änderungssperre“**

Als **handfestes** und **teures Risiko** stellt sich mit Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung,

vgl. BAG 23.08.2006 – 7 AZR 12/06; ArbG München 24.06.2008 – 21 Ca 14559/07,

die Auffassung des Arbeitgebers dar, er könne bei der Verlängerung eines befristeten Vertrages zugleich weitere Arbeitsbedingungen ändern. Häufig nutzen Arbeitnehmer die Verhandlung zur Vertragsverlängerung, um bessere Bedingungen auszuhandeln (etwa mehr Gehalt, Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit, etc.). Das Tatbestandsmerkmal der **Verlängerung** im Sinne des **§ 14 II 1 HS 2 TzBfG** eines nach **§ 14 II 1 HS 1 TzBfG** sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages setzt aber voraus, dass die Vereinbarung über das

Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes noch vor dem Abschluss der Laufzeit des bisherigen Vertrages in schriftlicher Form vereinbart wird und der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleibt. Andernfalls liegt der **Neuabschluss** eines befristeten Arbeitsvertrages und damit eine **unzulässige und unwirksame Befristung** vor,

vgl. BAG 23.08.2006 – 7 AZR 12/06; ArbG München 24.06.2008 – 21 Ca 14559/07.

Die Änderungssperre soll vom Grundsatz her den Arbeitnehmer schützen. Der Arbeitgeber kann in Ansehung des Vorbeschäftigungsverbots im Zuge einer sachgrundlosen Befristung **keine Vertragsverlängerung zu schlechteren Bedingungen** anbieten. Nach der zitierten Rechtsprechung des Siebten Senats steht aber auch eine für den Arbeitnehmer günstige Änderung/Verbesserung seiner Arbeitsbedingungen (z.B. 6 Monate Verlängerung und 1 € Brutto mehr pro Arbeitsstunde) einer Verlängerung seines befristeten Arbeitsvertrages entgegen, was viele Arbeitgeber übersehen,

vgl. BAG 21.03.2018 – 7 AZR 428/16; krit. *Bauer*, FD-ArbR 2018, 4076622.

Eine **Vertragsverlängerung** nach **§ 14 II 1 HS 2 TzBfG** ist nur dann gegeben, wenn **(1)** sich die **Verlängerung zeitlich unmittelbar** an den zu verlängernden Vertrag **anschließt**, **(2)** die **Verlängerung** noch **vor Ablauf der Laufzeit des zu verlängernden Vertrages** vereinbart wird und **(3) nur die Vertragsdauer** unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen **geändert** wird,

BAG 12.08.2009 – 7 AZR 270/08, Rn. 19; *Arnold*, NZA-RR 2020, 1 (3).

Einer Verlängerung im Sinne von § 14 II 1 TzBfG steht nicht entgegen, wenn die Parteien in der Verlängerungsvereinbarung die Vertragsbedingungen **an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage anpassen**,

BAG 12.08.2009 – 7 AZR 270/08, Rn. 20; BAG 23.08.2006 – 7 AZR 12/06, Rn. 11, oder wenn sie in dem Verlängerungsvertrag **Arbeitsbedingungen** vereinbaren, **auf die der befristet beschäftigte Arbeitnehmer einen Anspruch hat**,

BAG 12.08.2009 – 7 AZR 270/08, Rn. 20; BAG 16.01.2008 – 7 AZR 603/06, Rn. 9.

Vereinbaren die Parteien nicht im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung, sondern unabhängig davon während der Laufzeit eines nach § 14 II 1 TzBfG befristeten Arbeitsvertrages **unter Beibehaltung der Vertragslaufzeit eine Änderung der Arbeitsbedingungen**, ist dies **für die Wirksamkeit der Befristung nicht von Bedeutung**,

BAG 12.08.2009 – 7 AZR 270/08, Rn. 20; BAG 19.10.2005 – 7 AZR 31/05; vgl. hierzu auch LAG Baden-Württemberg 30.07.2019 – 15 Sa 75/18 und *Mävers*, ArbRAktuell 2020, 173.

#### **Praxistipp:**

Sind Änderungen des Arbeitsvertrages geplant, sollten diese zwingend während der Vertragslaufzeit erfolgen, nicht aber im Rahmen einer Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages. Andernfalls droht die Qualifizierung als Neuabschluss und die daraus

nach § 14 II 2 TzBfG aufgrund des Vorbeschäftigungsverbots folgende Entfristung des Arbeitsverhältnisses,

vgl. *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 690.

Die Veränderung der Arbeitsbedingungen ist strikt von der Verlängerung der Laufzeit des befristeten Vertrages zu trennen!

Wie schwierig die rechtssichere Handhabung des facettenreichen Befristungsrechts in der Praxis ist,

vgl. LAG Baden-Württemberg 30.07.2019 – 15 Sa 75/18 „Befristungsverlängerung trotz Vertragsänderung“, hierzu *Arnold*, NZA-RR 2020, 1, 3,

zeigt deutlich auch die Entscheidung des Siebten Senats vom 14.12.2016. Danach bedarf eine Befristung, mit der die Laufzeit eines nach § 14 II TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags verkürzt wird, eines sachlichen Grundes gemäß § 14 I TzBfG. Eine sachgrundlose Befristung ist im Rahmen des § 14 II TzBfG nur dann möglich, wenn es sich um eine Neueinstellung oder um eine Verlängerung eines anlässlich einer Neueinstellung abgeschlossenen befristeten Arbeitsvertrags handelt,

BAG 14.12.2016 – 7 AZR 49/15, Rn. 26 ff.

## VII. AGG Kontrolle

Die Vereinbarung einer Befristung des Arbeitsverhältnisses ist eine Entlassungsbedingung nach § 2 I Nr. 2 AGG. Eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, genügt ihrer Beweislast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt jedoch das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss demnach Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben. Die Beweiswürdigung erfolgt nach § 286 I 1 ZPO unter Zugrundelegung der Vorgaben von § 22 AGG.

BAG 17.03.2016 – 8 AZR 677/14, Rn. 26 und Rn. 32.

Nach **§ 4 II TzBfG** gilt folgendes **Diskriminierungsverbot**:

„Ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden, als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht. Sind bestimmte Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des

Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig, so sind für befristet beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass eine unterschiedliche Berücksichtigung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.“

Die gesetzliche Regelung soll verhindern, dass befristete Arbeitsverhältnisse vom Arbeitgeber dazu benutzt/missbraucht werden, diesen Arbeitnehmern Rechte vorzuenthalten, die Dauerbeschäftigten zuerkannt werden. Letztlich beruht das Diskriminierungsverbot auf der Annahme, **befristet Beschäftigte** hätten eine **besonders schwache Verhandlungsposition** und seien deshalb für ein **Diktat der Arbeitsbedingungen** durch einen überlegenen Vertragspartner besonders anfällig,

EuGH 13.09.2007 – C-307/05 [Del Cerro Alonso], Rn. 37 f.; BAG 17.12.2015 – 6 AZR 432/14, Rn. 34; BAG 24.10.2013 – 6 AZR 964/11, Rn. 39; BAG 21.02.2013 – 6 AZR 524/11, Rn. 28; vgl. *Schlachter* in Laux/Schlachter, TzBfG, 2. A., § 4, Rn. 240.

### VIII. Befristung mit Sachgrund

Nach § 14 I 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Dabei benennt das Gesetz in § 14 I 2 Nr. 1 – 8 TzBfG einzelne Sachgründe, ohne dass es sich hierbei um eine abschließende Aufzählung handelt. Auch unionsrechtlich ist es nicht geboten, die sachlichen Gründe abschließend in der Regelung des nationalen Rechts zu benennen,

*Bader/Jörchel*, NZA 1105 (1106); BAG 20.01.2016 – 7 ZR 340/14.

#### 1. Prozesstaktische Ausgangsüberlegungen

Der die **Befristung tragende Sachgrund** muss im Vertrag selbst nicht angegeben werden. Auch die Angabe eines falschen bzw. unzutreffenden Sachgrundes schadet nicht, da die Arbeitsgerichte alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen haben. Der Arbeitgeber kann sich auf einen Sachgrund auch dann stützen, wenn im **Arbeitsvertrag kein** oder ein **anderer Sachgrund** oder etwa **§ 14 II TzBfG (sachgrundlose Befristung)** als Rechtfertigung für die Befristung genannt ist,

vgl. BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11, Rn. 15.

Vorausschauend ist Arbeitgebern dringend anzuraten, die eine **Befristung tragenden Sachgründe** sorgsam und aus der Sicht eines objektiven Dritten nachvollziehbar **gerichtsverwertbar** zu **dokumentieren**. Anderenfalls droht ihnen im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung aufgrund der sie treffenden Darlegungs- und Beweislast,

vgl. BAG 12.10.1994 – 7 AZR 745/93, Rn. 19 ff,

„ein böses Erwachen“. Mit anderen Worten muss der Arbeitgeber bei Zugriff auf die Personalakte in der Lage sein, darzulegen:

- die Tatsachengrundlage, aus der sich der vorübergehende Beschäftigungsbedarf im Zeitpunkt der befristeten Einstellung ergibt,



- die Daten und die Planungsgrundlage, aus denen sich im Zeitpunkt der Einstellung die Annahme auf die künftige Entwicklung des Personalbedarfs rechtfertigt,
- die konkrete Personalbedarfsplanung des Arbeitgebers und ihre Auswirkungen auf die streitige Befristung des Arbeitsverhältnisses.

Auch darf der Arbeitgeber das Instrument der **Sachgrundbefristung** im Sinne größtmöglicher Flexibilisierung **nicht „überstrapazieren“**. Er muss deshalb folgende grundlegenden Rechtssätze des Siebten Senats bei der Vertragsgestaltung immer berücksichtigen:

*„Zur wirksamen Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf es unter dem Gesichtspunkt der Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften außer einem sachlichen Grund für die Befristung nicht noch zusätzlich einer eigenen sachlichen Rechtfertigung auch der gewählten Dauer der Befristung. Die im Einzelfall vereinbarte Vertragsdauer hat nur Bedeutung im Rahmen der Prüfung des sachlichen Befristungsgrundes selbst. Sie muss sich am Sachgrund der Befristung orientieren und so mit ihm im Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen des Sachgrundes spricht. Aus der vereinbarten Vertragsdauer darf sich nicht ergeben, dass der Sachgrund tatsächlich nicht besteht oder nur vorgeschoben ist.“,*

BAG 26.08.1988 – 7 AZR 101/88.

## 2. **Vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung (§ 14 I 2 Nr. 1 TzBfG)**

Der vorübergehende betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung kann sich daraus ergeben, dass 1) für einen **begrenzten Zeitraum** in dem Betrieb **zusätzliche Arbeiten** (abgrenzbare Zusatzaufgaben) **anfallen**, die mit dem Stammpersonal allein nicht erledigt werden können oder es 2) zu einem **vorübergehenden Anstieg des Arbeitsvolumens im Bereich von Daueraufgaben** kommt, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal nicht ausreicht,

BAG 27.07.2016 – 7 AZR 545/14; BAG 20.02.2008 – 7 AZR 950/06, zur Abgrenzung zwischen Projektstätigkeit und Daueraufgabe im Befristungsrecht *Hauck-Scholz*, öAT 2019, 144,

oder daraus, dass sich der **Arbeitskräftebedarf künftig verringert**, zum Beispiel wegen der **Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage** oder aufgrund von **Abwicklungsarbeiten bis zur Betriebsschließung**. Maßgebend für die Feststellung des betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung sind dabei die Verhältnisse in dem Betrieb, für den der Arbeitnehmer befristet eingestellt ist. **§ 14 I 2 Nr. 1 TzBfG** ist seinem Wortlaut sowie Sinn und Zweck nach weder arbeitgeber- noch betriebsorganisationsbezogen, sondern **betriebstätigkeitsbezogen auszulegen**. Beabsichtigt der Arbeitgeber bei Vertragsschluss, seine betriebliche Tätigkeit nach einer räumlichen und/oder organisatorischen Änderung fortzuführen, und besteht der betriebliche Bedarf an der vertraglichen Arbeitsleistung des befristet eingestellten Arbeitnehmers dort fort, sind die Voraussetzungen des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG nicht ohne Weiteres erfüllt. Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Befristung des Arbeitsverhältnisses wegen eines vorübergehenden Bedarfs an der

Arbeitsleistung besteht in einem solchen Fall nur dann, wenn bereits bei Vertragsschluss feststeht, dass die vertragliche Tätigkeit für den befristet beschäftigten Arbeitnehmer an dem neuen Standort nicht mehr anfällt oder ihm diese nicht zugewiesen werden könnte,

BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 30 ff.

Auch ein **projektbedingter personeller Mehrbedarf** oder eine **Zusatzaufgabe**, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal nicht ausreicht, können einen Sachgrund für die **Befristung des Arbeitsvertrags** mit einem projektbezogen beschäftigten Arbeitnehmer für die **Dauer des Projekts** darstellen,

vgl. BAG 21.08.2019 – 7 AZR 572/17; BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17; BAG 16.01.2018 – 7 AZR 21/16, Rn. 16; BAG 27.07.2016 – 7 AZR 545/14, Rn. 17 m.w.N.; *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025; zur Projektbefristung im Hochschul- und Forschungsbereich *Henkel*, öAT 2020, 73.

Ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags liegt nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf kann sowohl durch einen **vorübergehenden Anstieg des Arbeitsvolumens im Bereich der Daueraufgaben** des Arbeitgebers entstehen als auch durch die **Übernahme eines Projekts oder einer Zusatzaufgabe**, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal nicht ausreicht. Wird ein Arbeitnehmer für die Mitwirkung an einem Projekt befristet eingestellt, muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten sein, dass die im Rahmen des Projekts durchgeführten Aufgaben nicht dauerhaft anfallen. Für eine solche Prognose des Arbeitgebers bedarf es ausreichend konkreter Anhaltspunkte. Eine Aufgabe kann nicht gleichzeitig Projekt und Daueraufgabe sein. Bei einem Projekt handelt es sich um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgabe,

BAG 23.01.2019 – 7 AZR 212/17; BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17.

Der Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG steht es nicht entgegen, wenn der **prognostizierte vorübergehende Bedarf** an der Arbeitsleistung noch **über das Vertragsende** des mit dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrags **hinaus andauert**,

BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, Rn. 14.

Um die **Zahl** der befristet eingestellten **Arbeitnehmer** im Rahmen des prognostizierten Mehrbedarfs überprüfen zu können, ist die **namentliche Benennung** der zur Deckung des Mehrbedarfs befristet eingestellten Arbeitnehmer **nicht erforderlich**. Es genügt die zahlenmäßige Konkretisierung,

BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, Rn. 22.

Dem Bundesarbeitsgericht nach sind die folgenden Kriterien **Anhaltspunkte** dafür, dass eine **projektbezogene Tätigkeit** vorliegt, die eine Befristung nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG zu rechtfertigen vermag (*Kossens*, jurisPR-ArbR 29/2017, Anm. 1):

- Für das Vorliegen eines Projekts spricht, wenn **zusätzliche Aufgaben** vom Arbeitgeber übernommen werden, die mit der **Einrichtung von zusätzlichen Arbeitsplätzen** verbunden sind.
- Der Arbeitgeber kann sich zur sachlichen Rechtfertigung eines befristeten Arbeitsvertrags auf eine Tätigkeit in einem zeitlich begrenzten Projekt nur dann berufen, wenn es sich bei den im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers **abgrenzbare Zusatzaufgabe** handelt.
- **Daueraufgaben des Arbeitgebers** sind Tätigkeiten, die im Rahmen seiner unternehmerischen Ausrichtung ständig und im Wesentlichen unverändert anfallen. Davon abzugrenzen sind Zusatzaufgaben, die nur für eine begrenzte Zeit durchzuführen sind und keinen auf längere Zeit planbaren Personalbedarf mit sich bringen. Dies ist nicht der Fall bei Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist.
- Allerdings kann auch die Durchführung zeitlich begrenzter Vorhaben zu den Daueraufgaben des Arbeitgebers gehören. Das kann der Fall sein, wenn die in diesen Vorhaben zu verrichtenden Tätigkeiten im Rahmen des von dem Arbeitgeber verfolgten Betriebszwecks ihrer Art nach im Wesentlichen unverändert und kontinuierlich anfallen und einen planbaren Beschäftigungsbedarf verursachen. Werden die Tätigkeiten hingegen entweder nur unregelmäßig – z.B. nur aus besonderem Anlass – ausgeführt oder sind sie mit unvorhersehbaren besonderen Anforderungen in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals verbunden und verursachen sie deshalb keinen vorhersehbaren Personalbedarf sowohl in quantitativer Hinsicht als auch in Bezug auf die Qualifikation des benötigten Personals, handelt es sich um Zusatzaufgaben.
- Allein eine durch die Einstellung befristeter beschäftigter Arbeitnehmer notwendige Abstimmung mit anderen Bereichen des Arbeitgebers oder mit Dritten rechtfertigt nicht die Annahme, es liege kein Projekt vor. Gerade das **Erfordernis einer Abstimmung** verdeutlicht, dass es sich um unterschiedliche oder gar zusätzliche Aufgabenbereiche handelt.
- Die **Einschaltung Dritter** bei der organisatorischen Abwicklung bestimmter Aufgaben kann Indiz dafür sein, dass eine zusätzliche Aufgabe vorliegt.

- Für das Vorliegen eines Projekts spricht es regelmäßig, wenn dem Arbeitgeber für die Durchführung der im Projekt verfolgten Tätigkeiten **von einem Dritten finanzielle Mittel oder sonstige Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden.**
- Im Bereich der **Daueraufgaben** kann sich der Arbeitgeber nicht dadurch Befristungsmöglichkeiten schaffen, dass er diese Aufgaben **künstlich in “Projekte“ zergliedert,**

vgl. BAG 21.08.2019 – 7 AZR 572/17; BAG 21.11.2018 – 7 AZR 234/17; BAG 24.09.2014 – 7 AZR 987/12; BAG 07.11.2007 – 7 AZR 484/06.

Klassische Fälle des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG sind in der Praxis neben Projektaufgaben **Ernte- und Saisonarbeit, Schlussverkäufe des Einzelhandels, Weihnachtsgeschäft** sowie **Abwicklungsarbeiten vor Betriebsschließungen,**

vgl. *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025; BeckOK ArbR-Bayreuther, TzBfG, § 14, Rn. 27 ff.

Nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG ist die Befristung von Arbeitsverträgen in **Kampagne- und in Saisonbetrieben** für die Dauer der Kampagne oder der Saison grundsätzlich gerechtfertigt. Auch die wiederholte Befristung des Arbeitsvertrags mit einem Saisonarbeitnehmer ist zulässig. Ein Arbeitgeber ist nicht gehalten, mit einem Arbeitnehmer, den er über viele Wochen nicht vertragsgemäß beschäftigen kann, einen Dauerarbeitsvertrag abzuschließen,

BAG 19.11.2019 – 7 AZR 582/17.

Auf eine „**Projektbefristung**“,

zur Projektbefristung im Hochschul- und Forschungsbereich *Henkel*, öAT 2020, 73,

kann sich der Arbeitgeber jedoch nur dann berufen, wenn es sich bei den im Rahmen des Projekts zu bewältigenden Aufgaben um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und gegenüber den Daueraufgaben des Arbeitgebers **abgrenzbare Zusatzaufgabe** handelt. Das ist nicht der Fall bei Tätigkeiten, die der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm verfolgten Betriebszwecks dauerhaft wahrnimmt oder zu deren Durchführung er verpflichtet ist. **Der projektbedingte vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung muss für den Abschluss des Arbeitsvertrags ausschlaggebend sein.** Ist bei Vertragsschluss die **Prognose** gerechtfertigt, dass die Arbeit an dem Forschungsprojekt den wesentlichen Teil der Arbeitszeit beanspruchen wird, schadet es nicht, wenn bereits feststeht oder absehbar ist, dass der Arbeitnehmer nicht ausschließlich projektbezogene Tätigkeiten ausüben wird. Ist hingegen bereits bei Vertragsschluss absehbar, dass die Beschäftigung des Arbeitnehmers mit projektbezogenen Aufgaben nicht den wesentlichen Teil der Arbeitszeit in Anspruch nehmen wird, besteht **kein anerkanntes Interesse des Arbeitgebers** am Abschluss eines nur befristeten Arbeitsvertrags,

BAG 16.01.2018 – 7 AZR 21/16, Rn. 17; BAG 24.09.2014 – 7 AZR 987/12, Rn. 17 und 21.

Der Arbeitgeber kann nach der Rechtsprechung des BAG einen Sachgrund für die Befristung nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG nicht dadurch herbeiführen, dass er **im Wesentlichen**

**unveränderte Daueraufgaben in organisatorisch eigenständige „Projekte“ aufteilt.** Für das Vorliegen eines – relevanten eigenständigen – Projekts spreche aber regelmäßig, wenn dem Arbeitgeber für die Durchführung der in dem Projekt verfolgten Tätigkeiten von einem Dritten finanzielle Mittel oder Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden (vgl. die vorstehend genannten Indizien),

vgl. BAG 27.07.2016 – 7 AZR 545/14; BAG 07.11.2007 – 7 AZR 484/06; *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 (1026).

Der Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung erfordert **nicht**, dass der befristete Vertrag für die **gesamte Laufzeit des Projekts** geschlossen wird. Der Arbeitgeber kann bei Befristungen, die auf den in § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG normierten Sachgrund gestützt sind, frei darüber entscheiden, ob er den Zeitraum des von ihm prognostizierten zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs **ganz** oder nur **teilweise durch den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen abdeckt**,

BAG 27.07.2016 – 7 AZR 545/14, Rn. 33.

Die rechtlichen **Probleme** und **Unwägbarkeiten einer Projektbefristung** sowie ihre **rechtlichen Grenzen** thematisiert anschaulich die Entscheidung des LAG Köln vom 31.07.2014 – 7 Sa 587/13,

vgl. gegenläufig und a.A. Hessisches LAG 06.12.2016 – 3 Sa 294/16,

betreffend die Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Die Siebte Kammer stellt folgende drei Leitsätze seiner Entscheidung voran:

- 1. Besteht der Zweck eines privatrechtlich organisierten Unternehmens darin, der Bundesrepublik Deutschland permanent als Auftragnehmer für die Durchführung ihrer Daueraufgabe "Entwicklungshilfeprojekte" zu dienen, so wird die Daueraufgabe der Auftraggeberin ausnahmsweise auch zur Daueraufgabe des Auftragnehmers.*
- 2. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages zur Durchführung eines Projekts kommt nur in Betracht, wenn die projektbezogene Tätigkeit den Arbeitnehmer voraussichtlich überwiegend beanspruchen wird.*
- 3. Es bestehen erhebliche Bedenken gegen die Rechtsprechung des BAG, wonach es bei der sog. Projektbefristung nicht erforderlich sein soll, eine Prognose darüber anzustellen, ob der Projektmitarbeiter nach Beendigung des Projekts aufgrund seiner Qualifikation auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Projekt oder im Rahmen der Daueraufgaben des Arbeitgebers befristet oder unbefristet weiterbeschäftigt werden könnte.*

#### **Praxistipp:**

Der Arbeitgeber darf **Unsicherheiten** und **Unwägbarkeiten** über den **zukünftigen Beschäftigungsanfall** nicht als Sachgrund für eine Befristung heranziehen. Entsprechende Unsicherheiten und Unwägbarkeiten zählen zu dem **vom Arbeitgeber zu tragenden unternehmerischen Risiko**, dass er nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen darf. Daher ist

der zeitweilige Mehrbedarf von der regelmäßigen unternehmerischen Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs abzugrenzen.

Besteht der Mehraufwand und der ihm entsprechende **Mehrarbeitsbedarf** im Betrieb objektiv **dauerhaft**, kann dies eine Sachgrundbefristung nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG nicht tragen. Gleichfalls ist eine befristete Einstellung nicht gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber für die übliche Arbeitsmenge **permanent zu wenig Personal** vorhält.

Eine Zusatzvereinbarung, die vorsieht, dass ein Arbeitsverhältnis anlässlich einer Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer anderen Gesellschaft ruhend fortbesteht und im Falle einer erneuten Bestellung zum Geschäftsführer einer anderen Gesellschaft nicht wieder auflebt, sondern nur zum Zwecke der Fortführung der betrieblichen Altersversorgung weiter aufrechterhalten wird und mit Ausscheiden aus der Geschäftsführerbestellung gleichzeitig endet, ist dahingehend auszulegen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht nur bei einer Beendigung des Dienstverhältnisses hinsichtlich der Geschäftsführerbestellung in der zweiten Periode der Bestellung zum Geschäftsführer, sondern bei einer Beendigung des Dienstverhältnisses in allen nachfolgenden Bestellperioden endet. Die in einer solchen **Zusatzvereinbarung** liegende **auflösende Bedingung** ist wirksam und durch einen **Sachgrund** nach **§ 14 I 1 TzBfG** gerechtfertigt,

BAG 12.06.2019 – 7 AZR 428/17; BAG 21.11.2018 – 7 AZR 394/17 zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Fluguntauglichkeit.

### 3. Vertretung (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG)

Der in § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG gesetzlich normierte Sachgrund der Vertretung erfordert **Kausalität** zwischen dem zeitweiligen **Ausfall des Vertretenen** und der **befristeten Einstellung der Vertretung**. Der Grund für die Befristung liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Damit besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein – wegen z.B. Krankheit, Elternzeit, Urlaub oder aus sonstigen Gründen – nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis. Teil des Sachgrunds ist daher eine **Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs durch die Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters**. Der Sachgrund der Vertretung setzt des Weiteren einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung des Vertreters voraus. Der Einsatz des befristet beschäftigten Arbeitnehmers muss wegen des Arbeitskräftebedarfs erfolgen, der durch die vorübergehende Abwesenheit des zu vertretenden Mitarbeiters entsteht. Es muss sich deshalb aus den Umständen bei Vertragsschluss ergeben, dass der Bedarf für die

Beschäftigung des Vertreters auf die Abwesenheit des zeitweilig ausfallenden Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Die **Anforderungen an den Kausalzusammenhang und seine Darlegung durch den Arbeitgeber** richten sich dabei nach der Form der Vertretung. Geht es um eine unmittelbare Vertretung, hat der Arbeitgeber darzulegen, dass der Vertreter nach dem Arbeitsvertrag Aufgaben wahrzunehmen hat, die zuvor dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer übertragen waren,

BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, Rn. 17; BAG 11.02.2015 – 7 AZR 113/13, Rn. 15 ff.; BAG 10.10.2012 – 7 AZR 462/11, Rn. 15 ff.; BAG 25.03.2009 – 7 AZR 34/08; BAG 21.02.2018 – 7 AZR 765/16, vorhergehend LAG Schleswig-Holstein 27.09.2016 – 1 Sa 63/16.

Die Befristung des Arbeitsvertrags mit einer Vertretungskraft kann nicht auf den Sachgrund der **Vertretung im Wege gedanklicher Zuordnung** gestützt werden, wenn **mit der abwesenden Stammkraft ein (Abruf-)Arbeitsverhältnis** nach § 12 I TzBfG begründet wird, das dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, aufgrund seines Direktionsrechts die **Stammkraft gleichzeitig mit der Vertretungskraft zur Arbeitsleistung heranzuziehen**. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber – vergleichbar dem Fall der Abordnung – sein Direktionsrecht in Bezug auf die Stammkraft doppelt ausüben, nämlich einmal durch die gedankliche Zuordnung,

zur Sachgrundbefristung im Wege der gedanklichen Zuordnung nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG *Laber/Korkala*, öAT 2019, 155.

der Tätigkeit des Vertreters und andererseits durch einen Abruf der Arbeit im Sinne von § 12 I TzBfG,

BAG 21.02.2018 – 7 AZR 765/16, Rn. 23.

Der Sachgrund der Vertretung wird durch **§ 21 I BEEG** konkretisiert. Danach liegt ein sachlicher Grund, der die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, unter anderem dann vor, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers oder einer anderen Arbeitnehmerin für die Dauer des Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz oder einer Elternzeit oder für diese Zeiten zusammen oder für Teile davon eingestellt wird,

BAG 15.02.2017 – 7 AZR 223/15, Rn. 22; BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, Rn. 16.

Das BAG,

vgl. BAG 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, Rn. 16; BAG 05.06.2007 – 9 AZR 82/07, Rn. 60,

wertet **§ 21 BEEG** nicht als einen eigenständigen Sachgrund mit erleichterten Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Hinblick auf das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen des Befristungsgrunds, sondern nur als eine bestätigende, klarstellende Regelung im Hinblick auf den nach den allgemeinen Grundsätzen der Befristungskontrolle anerkannten Sachgrund der Vertretung (§ 14 I 3 Nr. 3 TzBfG, „**Sonderfall der Vertretungsbefristung**“).

Die Befristungsabrede muss auch beim Ausfall einer Stammkraft aufgrund Elternzeit kalendermäßig bestimmt oder zumindest bestimmbar sein, § 21 III BEEG (Beispiel 1: „*Der Arbeitsvertrag endet ohne Kündigung am 31.12.2013.*“). Zulässig ist gleichfalls eine Zweckbefristung (Beispiel 2: „*Der Arbeitsvertrag wird zur Vertretung unserer Arbeitnehmerin [Name] während deren Elternzeit geschlossen. Er findet daher mit dem Ende dieser Elternzeit sein Ende.*“ Voraussetzung für die Zweckbefristung ist, dass das Ende des Arbeitsvertrages für als Vertretung eingestellten Arbeitnehmer zumindest abgeschätzt werden kann (**Prognose**). Arbeitsrechtlich möglich ist auch hier eine Kombination von kalendermäßiger und Zweckbefristung (sog. „Doppelbefristung“).

Eine Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung nach § 21 I, III BEEG setzt nicht voraus, dass die Stammkraft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Vertretungskraft bereits ein den Anforderungen des § 16 I 1 BEEG genügendes Elternzeitverlangen geäußert hat,

BAG 09.09.2015 – 7 AZR 148/14, Rn. 35.

### **Praxistipp:**

Nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, was gilt, wenn die Stammkraft wider ihre Ankündigung keine Elternzeit in Anspruch nimmt. Der Zweck der Befristung („Ende der Elternzeit“) kann in diesem Fall nicht erreicht werden, § 15 II TzBfG. Ist der Arbeitgeber in diesem Störfall zur Beschäftigung sowohl der Stammkraft als auch der zweckbefristeten Vertretungskraft verpflichtet? Der Siebte Senat verweist für den Fall einer Zweckverfehlung darauf, es sei – wie auch bei sonstigen Störungen im Vertragsverhältnis – zu prüfen, welche Folgen sich daraus für das Arbeitsverhältnis ergäben. Das Risiko, dass wider die Zweckbefristung keine Elternzeit beantragt werde, werde nicht unzulässiger Weise auf die Vertretungskraft abgewälzt. Angesichts dieser sibyllinischen Aussage sollte der Arbeitgeber, wenn möglich und wirtschaftlich vertretbar, von einer „vorzeitigen“, vor Antrag auf Elternzeit abgeschlossenen Zeit- oder Zweckbefristung absehen. Anderenfalls hat ggf. auch er – in seinem Fall unerwünschten – „Zuwachs“ zu vermeiden.

Auch bei wiederholten Befristungen, beispielsweise nach verlängerter Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder aufeinander folgenden Elternzeiten, darf der Arbeitgeber grundsätzlich von einer Rückkehr des Stammarbeitnehmers ausgehen,

zur Rückkehr des Stammarbeitnehmers und den Auswirkungen auf eine vereinbarte Befristung zur Vertretung *Rasche*, öAT 2020, 51.

Mit zunehmender Dauer bzw. Anzahl der Befristungen sind jedoch an den sachlichen Grund höhere Anforderungen zu stellen. **Anzahl und Dauer der Befristungen können Indizien für das Fehlen des Sachgrundes der Vertretung** sein. Von einem lediglich zeitlich begrenzten Bedürfnis ist allerdings nicht mehr bei einer **Dauervertretung**, z.B. im Falle von Springern, auszugehen. Eine Dauervertretung liegt vor, wenn bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrages eine über den Endtermin der Befristung hinausgehende



Beschäftigung des Mitarbeiters vorgesehen ist. In diesem Fall ist der **Sachgrund der Vertretung vorgeschoben** und daher **unbeachtlich**,

BAG 18.07.2012 – 7 AZR 783/10, Rn 14; BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11, Rn. 40; BAG 25.03.2009 – 7 AZR 34/08; BAG 11.11.1998 – 7 AZR 328/97; BAG 03.10.1984 – 7 AZR 192/83  
*Maaß*, ArbRAktuell 2010, 335.

#### **Praxistipp:**

**Vorgeschobene Sachgründe**, die der tatsächlichen Durchführung des befristeten Arbeitsverhältnisses und dem im Unternehmen/Betrieb vorhandenen Beschäftigungsbedarf widersprechen, sind nicht tragfähig und **können** deshalb **keine wirksame Befristung mit Sachgrund rechtfertigen**.

vgl. Hessisches LAG 18.10.2017 – 6 Sa 581/17, Rn. 19.

Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann nicht auf § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG gestützt werden, wenn an der Beschäftigung des Arbeitnehmers **tatsächlich** ein **Dauerbedarf** besteht. Dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer zum Abbau unerledigt gebliebener Arbeiten im Bereich der Daueraufgaben des Arbeitgebers eingestellt wird, die wegen einer von vornherein **zu geringen Personalausstattung** der Dienststelle entstanden sind,

BAG 17.03.2010 – 7 AZR 640/08.

Bei der Befristung zur Vertretung (Nr. 3) oder zur Abdeckung eines vorübergehenden betrieblichen Mehrbedarfs an Arbeitsleistung (Nr. 1) muss die **Befristungsdauer** somit nicht dem **Beschäftigungsbedarf** korrespondieren. Die Befristungsdauer darf nicht über den zeitlichen Bedarf hinausgehen, kann aber hinter diesem – auch deutlich – zurückbleiben. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt grundsätzlich: **Nur die Befristung selbst, nicht aber ihre Dauer bedarf der Rechtfertigung durch den Sachgrund**,

vgl. BAG 21.01.2009 – 7 AZR 630/07; BAG 17.03.2010 – 7 AZR 640/08.

Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Arbeitgeber frei darüber entscheiden kann, ob und wie er den durch einen Vertretungsfall geschaffenen oder sich aus betrieblichen Gründen ergebenden zusätzlichen Arbeitsanfall abdecken will. Dabei ist er frei in seiner Entscheidung, diese Tätigkeiten bereits im Betrieb tätigen Arbeitnehmern zu übertragen, befristete Einstellungen vorzunehmen oder aber hierfür freie Mitarbeiter einzusetzen. Soweit die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt (Nr. 2) bzw. auf Grund der Erprobung des Arbeitnehmers gerechtfertigt wird (Nr. 5), begrenzen die gesetzgeberischen Ziele des Sachgrunds die Bestimmung der Befristungsdauer durch den Arbeitgeber. Bei der Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers (Nr. 6), die sich auf Grund einer Altersgrenze, oder dem zu erwartenden Ablaufen der Aufenthaltserlaubnis sachlich rechtfertigen lässt, setzt sich das Unterschreiten der Befristungshöchstdauer in Widerspruch zum eigentlichen Sachgrund.

vgl. *Boemke/Jäger*, RdA 2017, 20 (23) unter Hinweis auf BAG 06.11.2013 – 7 AZR 96/12, BAG 17.03.2010 – 7 AZR 640/08, BAG 20.02.2008 – 7 AZR 950/06, BAG 18.04.2007 – 7 AZR 293/06; BAG 21.02.2001 – 7 AZR 200/00.

Unerheblich ist es, ob im Zeitpunkt des Ablaufs des befristeten Vertrags eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz für den Vertreter besteht,

BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, Rn. 17; BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, Rn. 17.

Der Siebte Senat unterscheidet bei Befristung zur Vertretung **drei Fallgruppen**:

1. die **unmittelbare Vertretung**,

2. die **mittelbare Vertretung**,

BAG 21.02.2018 – 7 AZR 696/16,

3. die „**gedankliche**“ **Zuordnung/Vertretung**,

BAG 11.02.2015 – 7 AZR 113/13; BAG 25.03.2009 – 7 AZR 34/08; BAG 15.02.2006 – 7 AZR 232/05; *Maaß*, ArbRAktuell 2010, 335.

Der Vertretungszusammenhang ist gegeben, wenn der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt (**unmittelbare Vertretung**),

BAG 11.02.2015 – 7 AZR 113/713, Rn. 18.

Bei der mittelbaren Vertretung differenziert das Bundesarbeitsgericht danach, ob eine „**Vertretungskette**“ zwischen den Vertretenen und dem Vertreter besteht oder ein **Fall der Vertretung in Form der gedanklichen Zuordnung** erfolgt.

Zur Vertretungskette führt der Siebte Senat aus:

*„Der Vertretungszusammenhang kann auch gegeben sein, wenn der Vertreter nicht unmittelbar die Aufgaben des vertretenen Mitarbeiters übernimmt. Denn die befristete Beschäftigung zur Vertretung lässt die Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers unberührt. Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters nicht von dem Vertreter, sondern von einem anderen Arbeitnehmer oder von mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (mittelbare Vertretung), hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen.“*,

BAG 11.02.2015 – 7 AZR 113/13, Rn. 19.

Eine schriftliche Dokumentation der Vertretungskette bei Vereinbarung der Befristung ist bei einer mittelbaren Vertretung nicht erforderlich,

BAG 21.02.2018 – 7 AZR 696/16, Rn. 21; *Bauer*, FD-ArbR 2018, 4073329.

Zum Fall der Vertretung in Form der gedanklichen Zuordnung stellt das Bundesarbeitsgericht fest:

*„Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter nie ausgeübt hat, besteht der erforderliche Vertretungszusammenhang nicht nur, wenn eine mittelbare Vertretung erfolgt, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer im Falle seiner*

*Anwesenheit die dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu übertragen. In diesem Fall ist allerdings zur Gewährleistung des Kausalzusammenhangs zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft erforderlich, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten nach außen erkennbar gedanklich zuordnet. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag geschehen. Nur dann ist gewährleistet, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers beruht.“,*

vgl. BAG 11.02.2015 – 7 AZR 113/13, Rn. 20; LAG Schleswig-Holstein 27.09.2016 – 1 Sa 63/16 (Revision anhängig unter 7 AZR 765/16).

### **Praxistipp:**

Man kann also festhalten, dass „juristische Vertretung“, die eine Befristung rechtfertigt, einen weiteren Umfang hat, als man als arbeitsrechtlicher Laie zunächst vermutet. Wie die Grundsätze des Siebten Senats zeigen, steigen mit der Flexibilität aber die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers. Dies wiederum belegt einmal mehr, wie wichtig eine nachvollziehbare Dokumentation und saubere Administration im Bereich der Befristung ist. Oder mit anderen Worten als allgemeine Lebensweisheit: Es gibt nichts umsonst!

Auch durch die **vorübergehende Abordnung einer Stammkraft** kann ein Vertretungsbedarf im Sinne des § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG entstehen. In den Fällen der unmittelbaren und der mittelbaren Vertretung erfordert es der Sachgrund der Vertretung nicht, dass der zu vertretende Arbeitnehmer an der Erbringung der Arbeitsleistung insgesamt verhindert ist. Der Sachgrund der Vertretung kommt bei einem anderweitigen Einsatz eines Stammarbeitnehmers im Unternehmen allerdings nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die damit verbundene Umorganisation unmittelbar oder mittelbar mit einer befristeten Neueinstellung verknüpft, der befristet beschäftigte Arbeitnehmer also unmittelbar für die anderweitig eingesetzte Stammkraft beschäftigt wird oder sich die Verbindung zu diesem anderweitigen Einsatz durch eine Vertretungskette vermittelt. Es reicht hingegen nicht aus, wenn die Einstellung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers lediglich wegen der "gedanklichen Zuordnung" dem vorübergehend im Unternehmen anderweitig eingesetzten Beschäftigten zugeordnet werden kann,

BAG 10.07.2013 – 7 AZR 761/11, Rn. 11 und 16.

Die Vorschrift des § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG ermöglicht nach ihrem Zweck auch die befristete Beschäftigung zur Vertretung eines zeitweilig an der Dienstleistung verhinderten Beamten,

BAG 25.03.2009 – 7 AZR 34/08, Rn. 13.

Dem Sachgrund der Vertretung nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber über keine ausreichende Personalreserve für Fälle von Krankheit, Urlaub und

Freistellung verfügt, um das regelmäßige Arbeitspensum mit unbefristet beschäftigtem Stammpersonal zu bewältigen. Selbst einem branchentypisch wiederkehrenden, nicht planbaren Vertretungsbedarf muss der Arbeitgeber nicht durch eine Personalreserve begegnen. Anders als beim Sachgrund des nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein dauerhafter betrieblicher Bedarf mehr besteht. Für den Sachgrund der Vertretung nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG kommt es nur auf den Wegfall des durch die Abwesenheit der Stammkraft verursachten vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs an,

BAG 24.08.2016 – 7 AZR 41/15, Rn. 26.

Eine Zeitbefristung, die zur Vertretung eines erkrankten Arbeitnehmers geschlossen wird, wird nicht deshalb unwirksam, weil der vertretene Arbeitnehmer während dieser Zeit stirbt. Fällt der bei Vertragsschluss gegebene Sachgrund für die Befristung später weg, entsteht kein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Die Wirksamkeit der Befristung hängt allein davon ab, ob der sachliche Grund bei Vertragsschluss bestand.

BAG 29.06.2011 – 7 AZR 6/10, Rn. 40.

#### **4. Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 I 2 Nr. 4 TzBfG)**

Nach § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG liegt ein sachlicher Grund (auch) dann vor, wenn die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,

zur Missbrauchskontrolle *Kuckuk*, NZA 2019, 22.

Dies ist unter anderem der Fall, wenn der Arbeitnehmer nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages eine **künstlerische Tätigkeit** schuldet, wenn die in Art. 5 III GG geschützte **Kunstfreiheit des Arbeitgebers** die Möglichkeit fordert, flexibel auf wechselnde künstlerische Vorstellungen hinsichtlich ihrer Umsetzung zu reagieren. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines Schauspielers in einer Fernsehserie ist danach gerechtfertigt, wenn seine Rolle in der Serie wegfällt, sofern die Entscheidung über den Wegfall der Rolle Ausdruck künstlerischer Gestaltungsfreiheit ist. In diesem Sinne beachtliche künstlerische Erwägungen stellen etwa die **Anpassung an den Publikumsgeschmack** oder die Berücksichtigung der **Vorstellungen des Fernsehsenders** durch die Produktionsfirma der Serie dar. Wird das **künstlerische Konzept**, das seinen konkreten Niederschlag im Drehbuch findet, zur Anpassung der Fernsehserie an den veränderten Geschmack oder auf Wunsch des Fernsehsenders geändert, drückt sich darin nicht nur das wirtschaftliche Interesse, sondern in erster Linie die künstlerische Gestaltungsfreiheit der Produktionsfirma aus. Art. 5 III GG rechtfertigt eine Befristung, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Vereinbarung das **Entfallen der Rolle** aus einem der genannten Gründe feststeht,

BAG 30.08.2017 – 7 AZR 864/15 „ZDF-Fernsehkommisar - Der Alte“; BAG 30.08.2017 – 7 AZR 440/16; LAG München 11.05.2016 – 8 Sa 541/15, Rn. 101, Revision anhängig unter 7 AZR 440/16; zur Befristung und Kündigung von Schauspielerverträgen *Pallasch*, RdA 2019, 61.

Auch die Vereinbarung überwiegend künstlerischer Tätigkeit im Arbeitsvertrag einer Maskenbildnerin i. S. von § 1 III 2 NV Bühne ist geeignet, die Befristung des Arbeitsvertrags wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG zu rechtfertigen,

BAG 13.12.2017 – 7 AZR 369/16.

Viel Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit und in der Sportwelt erntete die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz in Sachen des **Lizenzfußballspielers Heinz Müller vom FSV Mainz 05**,

LAG Rheinland-Pfalz 17.02.2016 – 4 Sa 202/15, BAG 16.01.2018 – 7 AZR 312/16; *Drechsler*, NZA 2020, 841; zur Befristung der Arbeitsverträge von Sportdirektoren *Fischinger*, NZA 2020, 218; zu aktuellen Problemen und Lösungsansätzen bei Trainerverträgen im Profifußball *Ittner/Schaich*, NJOZ 2019, 497.

Während das Arbeitsgericht Mainz mit seiner Entscheidung vom 19.03.2015 – 3 Ca 1197/14 – die im Profifußball übliche Befristungspraxis,

hierzu *Koch*, RdA 2019, 54,

und das damit im Zusammenhang stehende Transfersystem gemessen am deutschen Arbeitsrecht für unwirksam erachtete, hob das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Klage ab, weil seiner Auffassung nach die Befristung des Torhüters Müller durch den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung (**Stichworte:** hohes Maß an Ungewissheit über den erfolgreichen Einsatz des Spielers, wechselndes taktisches System des Trainers, ausgewogene, der sportlichen Zielsetzung entsprechende Altersstruktur, Interesse des Spielers an einer Befristung, Besonderheiten bei Arbeitsverhältnissen im Spitzensport/Praxis im Profifußball, altersbedingter Verlust der Leistungsfähigkeit, Unkündbarkeit wegen Befristung, freizügiger Arbeitsmarkt) gemäß § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt sei,

vgl. *Boemkel/Jäger*, RdA 2017, 20.

Vor dem BAG hatte der Kläger Müller ebenfalls keinen Erfolg. Nach Ansicht des Siebten Senats erweist sich die Befristung aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung gemäß § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG als sachlich gerechtfertigt. Dieser Sachgrund umfasse zwar insbesondere in Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben die Befristung von Künstlern und programmgestaltenden Mitarbeitern. Allerdings sei der Anwendungsbereich nicht auf diese Konstellationen beschränkt. Die Arbeitsvertragsbeziehungen zwischen einem Fußballerstligisten und einem Lizenzspieler wiesen Besonderheiten auf, die regelmäßig geeignet seien, die Befristung des Arbeitsvertrags sachlich zu rechtfertigen. Der Normalfall des unbefristeten Arbeitsverhältnisses gehe davon aus, dass ein Arbeitnehmer im Regelfall

seine Tätigkeit dauerhaft bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze ausübe und der Arbeitsvertrag daher eine dauerhafte Existenzgrundlage bilde. Bei einem Lizenzspieler sei dies nicht der Fall. Der kommerzialisierte Spitzenfußball verlange vom Spieler sportliche Höchstleistungen, die dieser nur für eine von vornherein begrenzte Zeit erbringen könne. Die Leistungsentwicklung eines Spielers sei unvorhersehbar und ein gruppodynamischer Prozess voller Unwägbarkeiten. Die junge Altersstruktur des Kaders sei ebenfalls wichtig, um im Wettbewerb mithalten zu können. Auch diene der Abschluss befristeter Verträge typischerweise gleichfalls den berechtigten Interessen des Spielers, da durch die Befristungspraxis mit Kündigungsausschlüssen für die Spieler Beschäftigungsmöglichkeiten bei anderen Vereinen frei würden, die dem Spieler einen Wechsel und eine Erhöhung seiner Vergütung regelmäßig ermöglichen. Diese Handhabe erweise sich auch als unionsrechtskonform,

vgl. BAG 16.01.2018 – 7 AZR 312/16; *Fuhlrott*, GWR 2018, 224; *ders.*, ArbRAktuell 2018, 357.

### **Praxistipp:**

Der Fall Müller zeigt sehr deutlich, dass die Befristung „**rechtfertigende Besonderheiten**“ bzw. die „**Eigenart der Arbeitsleistung**“ auslegungsfähige und -bedürftige Begrifflichkeiten sind, die viel bedeuten können, aber im konkreten Einzelfall oftmals keine Rechtssicherheit geben. Konkret stellt sich immer die Frage: Was ist so besonders, dass es in Abweichung von Dauerarbeitsverhältnis als Normalfall die Befristung eines Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigt? Diese Frage zutreffend zu beantworten, ist Alles andere als einfach. Wenig geholfen ist der beratenden Praxis dabei mit allgemeingültigen Rechtssätzen wie: „Die Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung bildet dann einen sachlichen Grund, soweit ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Befristung besteht.“,

vgl. BAG 16.04.2008 – 7 AZR 85/07.

Denn das Problem der zutreffenden Bestimmung der „Eigenart“ bzw. der „rechtfertigenden Besonderheiten“ wird hier nur durch das Problem der zutreffenden Bestimmung des „berechtigten Interesses“ ersetzt, was bei dem Rechtssuchenden nicht wirklich zur Lösung bzw. Klärung seiner Rechtsfragen und zur Beherrschung seiner rechtlichen Risiken führt.

Zum besseren Verständnis des Befristungsgrundes nach § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG ist deshalb ein Blick in die Gesetzesbegründung unerlässlich. Danach wollte der Gesetzgeber insbesondere dem Recht der Rundfunkanstalten aus Art. 5 I GG entsprechen, programmgestaltende Mitarbeiter aus Gründen der Programmplanung lediglich für eine bestimmte Zeit zu beschäftigen. Zudem sollte dem aus Art. 5 III GG hergeleiteten Recht der Bühnen entsprochen werden, wonach entsprechend dem vom Intendanten verfolgten künstlerischen Konzept das Arbeitsverhältnis mit Solisten befristet werden kann,

vgl. *Rölz*, ArbRAktuell 2019, 39; *Boemke/Jäger*, RdA 2017, 20 (21); BT-Drucks. 591/00, S. 31.

## 5. Befristung zur Erprobung (§ 14 I 2 Nr. 5 TzBfG)

§ 14 I 2 Nr. 5 TzBfG nennt **keine konkrete zeitliche Vorgabe zur Erprobungsdauer**. Allerdings kann der **vereinbarten Vertragslaufzeit** Bedeutung im Rahmen der Prüfung des Befristungsgrunds zukommen. Sie muss sich am Sachgrund der Befristung orientieren und so mit ihm im Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen des Sachgrunds spricht. Aus der vereinbarten Vertragsdauer darf sich nicht ergeben, dass der Sachgrund tatsächlich nicht besteht oder nur vorgeschoben ist. Steht die vereinbarte **Dauer der Erprobungszeit** in keinem **angemessenen Verhältnis** zu der **in Aussicht genommenen Tätigkeit**, trägt der Sachgrund der Erprobung nicht. Vorbeschäftigungszeiten, in denen der Arbeitnehmer mit den gleichen Arbeitsaufgaben betraut war, sind regelmäßig bei der zulässigen Erprobungsdauer im Sinne von § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG zu berücksichtigen,

BAG 25.10.2017 – 7 AZR 712/15; zur Verlängerung der Probezeit *Steinau-Steinrück/Jöris*, NJW-Spezial 2020, 498.

Die Wirksamkeit der **vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit** ist an den Regeln zu messen, die der Arbeitgeber bei der Ausübung seines arbeitsvertraglichen Leistungsbestimmungsrechts einzuhalten hat. Es findet eine so genannte **doppelte Billigkeitsprüfung** statt. In einem ersten Schritt muss es billigem Ermessen entsprechen, dem Arbeitnehmer die höher bewertete Tätigkeit überhaupt zu übertragen. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob es billigem Ermessen entspricht, diese Tätigkeit nur vorübergehend zu übertragen. Dabei ist unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls abzuwägen, ob das Interesse des Arbeitgebers an einer nur vorübergehenden Übertragung oder das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung der höherwertigen Tätigkeit und gegebenenfalls einer höheren Vergütung überwiegt. Die Befugnis des Arbeitgebers, Arbeitnehmern vorübergehend höherwertige Aufgaben zu übertragen, ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Tarifautomatik. Es bedarf deshalb eines hinreichenden Grundes, um billigem Ermessen zu genügen. Die bloße Unsicherheit über die Dauer der Beschäftigungsmöglichkeit mit der übertragenen höherwertigen Tätigkeit ist insoweit nicht ausreichend. Entspricht die nur vorübergehende Übertragung der höherwertigen Tätigkeit nicht billigem Ermessen, erfolgt die „Bestimmung“ der Leistung entsprechend § 315 III 2 BGB durch richterliche Entscheidung. Diese besteht darin, dass die Übertragung der betreffenden Tätigkeit nicht nur als vorübergehend, sondern als von Anfang an oder ab einem anderen bestimmten Zeitpunkt auf Dauer erklärt gilt,

vgl. BAG 27.01.2016 – 4 AZR 468/14; zu § 31 III TVL BAG 19.11.2019 – 7 AZR 311/18.

## 6. Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers (§ 14 I 2 Nr. 6 TzBfG)

Dass die (nachträgliche) Befristung eines Arbeitsverhältnisses „auf Wunsch des Arbeitnehmers“ kein Allheilmittel zur Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen ist, zeigt anschaulich die Entscheidung des Siebten Senats vom 18.01.2017 – 7 AZR 236/15, mit dem dieser den

in Praxis üblichen Konzepten zur Vereinbarung eines vorzeitigen Ausscheidens von Führungskräften entgegentritt,

vgl. krit. *Arnold*, FD-ArbR 2017, 392677.

Ein Aufhebungsvertrag ist eine Vereinbarung über das vorzeitige Ausscheiden eines Arbeitnehmers aus einem Arbeitsverhältnis. Er ist seinem Regelungsgehalt nach auf eine alsbaldige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen gerichtet. Ein solcher auf die alsbaldige Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gerichteter Aufhebungsvertrag ist nicht Gegenstand der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle. Für das Eingreifen der Befristungskontrolle ist nicht die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung entscheidend, sondern der Regelungsgehalt der getroffenen Vereinbarung. Von einer befristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist auszugehen, wenn der von den Parteien gewählte Beendigungszeitpunkt die jeweilige Kündigungsfrist um ein Vielfaches überschreitet und es an weiteren Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fehlt, wie sie im Aufhebungsvertrag regelmäßig getroffen werden,

BAG 18.01.2017 – 7 AZR 236/15, Rn. 26.

Der Wunsch des Arbeitnehmers nach einer nur zeitlich begrenzten Beschäftigung kann die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG („in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe“) sachlich rechtfertigen. Allein aus dem durch Unterzeichnung des Arbeitsvertrags dokumentierten Einverständnis des Arbeitnehmers mit dem befristeten Vertragsschluss kann allerdings nicht auf einen entsprechenden Wunsch geschlossen werden, weil anderenfalls bei keiner Befristung eine Sachgrundkontrolle erforderlich wäre. **Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses** müssen vielmehr **objektive Anhaltspunkte** vorliegen, aus denen ein **Interesse des Arbeitnehmers gerade an einer befristeten Beschäftigung** folgt. Ein Wunsch des Arbeitnehmers an der Befristung seines Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG liegt nicht schon dann vor, wenn er nach reiflicher Überlegung und ausführlicher Beratungsmöglichkeit das Angebot zum Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags annimmt. Die Befristung entspricht auch nicht deshalb dem Wunsch des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber das zeitlich begrenzte Änderungsangebot mit finanziellen Vergünstigungen verbindet. Allein die freie Wahlmöglichkeit des Arbeitnehmers, ein für ihn günstiges Vertragsänderungsangebot seines Arbeitgebers anzunehmen oder das Arbeitsverhältnis unverändert fortzusetzen, ist kein Sachgrund dafür, das geänderte Arbeitsverhältnis auch zu befristen,

BAG 18.01.2017 – 7 AZR 236/15, Rn. 30 und 34.

## 7. Vergütung aus Haushaltsmitteln (§ 14 I 2 Nr. 7 TzBfG)

Nach § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der **Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet** wird, die **haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt** sind, und er **entsprechend beschäftigt** wird.



Dies setzt voraus, dass die Haushaltsmittel für die befristete Beschäftigung ausgebracht sind. Dafür genügt es nicht, dass im Haushaltsplan ausgebrachte Stellen mit einem sog. kw-Vermerk („künftig wegfallend“) versehen sind. Der Umstand, dass eine bestimmte Anzahl von Stellen zu einem späteren Zeitpunkt wegfallen soll, besagt nichts darüber, ob diese Stellen bis dahin mit befristet oder unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern besetzt werden sollen,

BAG 23.05.2018 – 7 AZR 16/17, Rn. 19; BAG 17.03.2010 – 7 AZR 640/08, Rn. 25; *Groeger*, NJW, 2008, 465; *Keysers/Mennemeyer*, NZA 2008, 670.

Nach Auffassung des Siebten Senats bestehen weiterhin **Zweifel** an der **Unionsrechtskonformität** dieses Sachgrundes. Der Senat hat aber im vorgenannten Urteil nicht entschieden, ob die Ungleichbehandlung des öffentlichen Sektors durch den in § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG geregelten Sachgrund gegenüber Arbeitgebern der Privatwirtschaft hinsichtlich der Befristung von Arbeitsverträgen mit den Vorgaben der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 vereinbar ist. Zur Begründung führt der Senat aus, dass ein (erneutes) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nach Art. 267 AEUV nicht in Betracht kam, da nicht beurteilt werden kann, ob diese Frage für den zu entscheidenden Rechtsstreit entscheidungserheblich ist. Das wäre nur der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG erfüllt wären und die Befristung nicht durch einen anderen Sachgrund gerechtfertigt wäre. Hierüber konnte der Senat nicht abschließend befinden, da es hierzu weiterer Tatsachenfeststellungen und Würdigungen seitens des Landesarbeitsgerichts bedarf,

BAG 23.05.2018 – 7 AZR 16/17, Rn. 28.

## **8. Gerichtlicher Vergleich (§ 14 I 2 Nr. 8 TzBfG)**

Nach § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn sie auf einem gerichtlichen Vergleich beruht,

*Schnelle*, NZA 2018, 1445.

Der gerichtliche Vergleich, mit dem die Parteien zur Beilegung einer Rechtsstreitigkeit ein befristetes oder auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis vereinbaren, unterliegt keiner weiteren Befristungskontrolle. Deren Funktion erfüllt das **Arbeitsgericht** durch seine ordnungsgemäße **Mitwirkung beim Zustandekommen des Vergleichs**. Neben der Mitwirkung des Gerichts am Zustandekommen eines befristeten Arbeitsverhältnisses setzt der Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs das **Bestehen eines offenen Streits der Parteien** über den Fortbestand des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses voraus. Dadurch wird die missbräuchliche Ausnutzung des durch § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG eröffneten Sachgrunds verhindert und gewährleistet, dass der gerichtliche Vergleich nicht nur zu einer Protokollierung einer von den Arbeitsvertragsparteien vor Rechtshängigkeit

getroffenen Vereinbarung benutzt wird. Der gerichtliche Vergleich ist ein Sachgrund für die darin vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses nach § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG, wenn die Parteien damit ein Kündigungsschutzverfahren oder einen sonstigen Rechtsstreit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses (Befristung, auflösende Bedingung, Aufhebungsvertrag) beenden. Eine Bestandsstreitigkeit in diesem Sinne kann auch eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss eines Folgevertrags sein. Vergleiche, die im Zusammenhang mit anderen Streitigkeiten (z.B. über eine Abmahnung) geschlossen werden und eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vorsehen, erfüllen hingegen nicht die Voraussetzungen des § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG,

BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12; BAG 26.04.2006 – 7 AZR 366/05.

Ein **nach § 278 VI ZPO zustande gekommener Vergleich** erfüllt die Voraussetzungen eines gerichtlichen Vergleichs im Sinne von § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG nur dann, wenn das **Gericht am Vergleich verantwortlich mitwirkt**. Nach § 278 VI 1 Alt. 2 ZPO wird ein Vergleich dadurch geschlossen, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Der Vergleichsschluss nach § 278 VI 1 Alt. 1 ZPO setzt voraus, dass die Parteien dem Gericht einen übereinstimmenden Vergleichsvorschlag unterbreiten. Der Vorschlag muss die Prozessklärung enthalten, die Parteien beabsichtigten einen Vergleichsschluss nach § 278 VI ZPO. Ein Vergleichsvorschlag beider Parteien im Sinne von § 278 VI 1 Alt. 1 ZPO liegt auch dann vor, wenn eine Partei dem Gericht einen Vergleichsvorschlag unterbreitet und die andere Partei gegenüber dem Gericht erklärt, sie sei mit diesem Vergleichsvorschlag einverstanden. Ein nach § 278 VI 1 Alt. 1 ZPO zustande gekommener Vergleich genügt ausnahmsweise den an einen gerichtlichen Vergleich nach § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG zu stellenden Anforderungen, wenn das Gericht sich den Vergleichsvorschlag einer Partei zu eigen macht und diesen den Parteien unterbreitet,

BAG 08.06.2016 – 7 AZR 339/14, Rn. 17, 22 und 24; BAG 08.06.2016 – 7 AZR 467/14, Rn. 23.

## **9. Sonstige, in § 14 I 2 Nr. 1 bis Nr. 8 TzBfG nicht genannte Sachgründe**

Nach § 14 I 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. § 14 I 2 TzBfG enthält in Nr. 1 bis 8 **eine Aufzählung möglicher Sachgründe für die Befristung**. Die Aufzählung von Sachgründen in § 14 I 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG ist **nicht abschließend**, wie sich aus dem Wort „**insbesondere**“ ergibt. Dadurch sollen weder andere von der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des TzBfG anerkannte noch weitere Sachgründe für die Befristung ausgeschlossen werden (BT-Drucks. 14/4374 S. 18). Die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung gebieten keine andere Beurteilung. Es ergibt sich weder aus der Richtlinie noch aus der Rahmenvereinbarung, dass die

sachlichen Gründe in der Regelung des nationalen Rechts abschließend genannt sein müssen. Allerdings können sonstige, in § 14 I 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG nicht genannte Sachgründe die Befristung eines Arbeitsvertrags nur dann rechtfertigen, wenn sie den in § 14 I TzBfG zum Ausdruck kommenden Wertungsmaßstäben entsprechen und den in dem Sachgrundkatalog des § 14 I 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG genannten Sachgründen von ihrem Gewicht her gleichwertig sind.

vgl. BAG 20.01.2016 – 7 AZR 340/14, Rn. 13; BAG 18.03.2015 – 7 AZR 115/13, Rn. 13; BAG 02.06.2010 – 7 AZR 136/09, Rn. 21; BAG 09.12.2009 – 7 AZR 399/08, Rn. 15; BAG 16.03.2005 – 7 AZR 289/04; BAG 13.10.2004 – 7 AZR 218/04.

Die personelle Kontinuität der Betriebsratstätigkeit kann als sonstiger Sachgrund die Befristung des Arbeitsvertrags eines Betriebsratsmitglieds nach § 14 I 1 TzBfG rechtfertigen. Dies setzt voraus, dass die Befristung geeignet und erforderlich ist, um die personelle Kontinuität des Betriebsrats zu wahren. Diesem Anliegen wird im Regelfall nur dann entsprochen, wenn sich die Laufzeit des Vertrags auf die Dauer der noch verbleibenden gesetzlichen Amtszeit des Betriebsrats erstreckt. Ist sie kürzer bemessen, führt sie ebenso zur personellen Diskontinuität des Betriebsrats wie die zuvor vereinbarte Befristung. In einem solchen Fall bedarf es besonderer Umstände, aus denen sich ergibt, dass die Befristung gleichwohl zur Wahrung der personellen Kontinuität des Betriebsrats geeignet und erforderlich ist,

vgl. BAG 20.01.2016 – 7 AZR 340/14, Rn. 12 und 16.

Die geplante Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem Auszubildenden nach Abschluss der Ausbildung kann die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem anderen Arbeitnehmer bis zu diesem Zeitpunkt allerdings nur dann ohne weiteres rechtfertigen, wenn der Auszubildende in ein unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis übernommen werden soll.

vgl. BAG 18.03.2015 – 7 AZR 115/13.

Die **Drittmittelfinanzierung** kann als **sonstiger**, in § 14 I 2 Nr. 1 bis Nr. 8 TzBfG nicht genannter **Sachgrund** geeignet sein, die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 I 1 TzBfG zu rechtfertigen. Bereits nach der vor Inkrafttreten des TzBfG am 01.01.2001 geltenden Rechtslage war anerkannt, dass die Drittmittelfinanzierung geeignet ist, die Befristung eines Arbeitsvertrags zu rechtfertigen. Dabei reichte allein die Ungewissheit über die in Zukunft zur Verfügung stehenden Mittel als Sachgrund für die Befristung nicht aus. Nur wenn die **Mittel von vornherein lediglich für eine genau bestimmte Zeitdauer bewilligt** wurden und **anschließend wegfallen** sollten, war die Befristung sachlich gerechtfertigt. In diesem Fall war davon auszugehen, dass sowohl der Drittmittelgeber als auch der Arbeitgeber sich gerade mit den Verhältnissen dieser Stelle befasst und ihre Entscheidung über den Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes aus sachlichen Erwägungen getroffen hatten. Dieser Tatbestand entspricht den **Wertungsmaßstäben des § 14 I TzBfG**. Für die

Befristungstatbestände in § 14 I 2 Nr. 1 bis Nr. 8 TzBfG ist kennzeichnend, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an einer nur zeitlich begrenzten Beschäftigung hat, weil er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem befristet eingestellten Arbeitnehmer aufgrund konkreter Tatsachen damit rechnen muss, dass er diesen nur für eine vorübergehende Zeit beschäftigen kann. Gleiches gilt, wenn das Arbeitsverhältnis drittmittelfinanziert ist. Die **begrenzte sachliche Zielsetzung**, die ein **Drittmittelgeber** mit der **zeitlich begrenzten Finanzierung eines Arbeitsplatzes** verfolgt, ist auch für das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Drittmittellempfänger als erheblich und damit geeignet anzusehen, eine entsprechende Befristung sachlich zu rechtfertigen.

BAG 16.01.2018 – 7 AZR 21/16, Rn. 29; BAG 18.03.2015 – 7 AZR 115/13, Rn. 14; BAG 29.07.2009 – 7 AZR 907/07, Rn. 33; BAG 15.02.2006 – 7 AZR 241/05, Rn. 12; BAG 07.04.2004 – 7 AZR 441/03; BAG 26.08.1988 – 7 AZR 101/88.

## 10. Befristungskette

Eine Vertragsverlängerung im Sinne von § 2 I 4 WissZeitVG setzt – anders als eine Vertragsverlängerung nach § 14 II 1 TzBfG –,

hierzu LAG Mecklenburg-Vorpommern 19.06.2020 – 5 Sa 189/19,

nicht voraus, dass die Verlängerungsvereinbarung noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags getroffen wird. Es ist auch nicht erforderlich, dass sich die Laufzeit des neuen Vertrags unmittelbar an den vorherigen Vertrag anschließt. Vielmehr ist innerhalb der jeweiligen Höchstbefristungsdauer nach § 2 I WissZeitVG auch der mehrfache Neuabschluss befristeter Arbeitsverträge zulässig,

BAG 09.12.2015 – 7 AZR 117/14, Rn. 40.

## 11. Prozessbeschäftigung

Die temporäre (Weiter-)Beschäftigung eines Arbeitnehmers während eines anhängigen Bestandsschutzrechtsstreits (Kündigungsschutzprozess oder Befristungskontrollklage) ist ein taktisches Instrument des Arbeitgebers, mit dem dieser einerseits eine Vollstreckung aus einem obsiegenden Urteil abwenden und andererseits Verzugslohnansprüche des Arbeitnehmers ohne Erhalt der Arbeitsleistung vermindern kann. Eine vereinbarte Prozessbeschäftigung kann sich entweder als **Sachgrundbefristung** oder als **auflösende Bedingung** darstellen,

vgl. *Tiedemann*, Personal-Lexikon, Edition 16, 2017; *Kempter/Steinat* 2016, 913; *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2014, 2165.

Vereinbaren die Parteien nach dem Ausspruch einer Kündigung die befristete Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach dem Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses handelt es sich um eine Zweckbefristung (§ 3 I 2 TzBfG). Durch die Weiterbeschäftigungsvereinbarung schaffen die Arbeitsvertragsparteien für die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach dem Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Ent-

scheidung über die Kündigungsschutzklage eine arbeitsvertragliche Grundlage, weil sie in dieser Zeit keine Gewissheit darüber haben, ob zwischen ihnen noch ein Arbeitsverhältnis mit den daraus resultierenden Arbeits- und Beschäftigungspflichten besteht. Hat die Vereinbarung die Beschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses zum Gegenstand, handelt es sich – anders als bei der vereinbarten Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage – nicht um eine auflösende Bedingung, sondern um eine Befristung. Denn bei Abschluss der Weiterbeschäftigungsvereinbarung ist aus Sicht der Parteien die rechtskräftige Entscheidung über die Kündigungsschutzklage ein zukünftiges Ereignis, dessen Eintritt feststeht, lediglich der Zeitpunkt des Eintritts ist ungewiss. Demgegenüber ist bei einer auflösenden Bedingung bereits ungewiss, ob das zukünftige Ereignis, das zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll („die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage“), überhaupt eintreten wird. Ob einer tatsächlichen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach dem Ablauf der Kündigungsfrist eine vertragliche Vereinbarung zugrunde liegt und diese eine Befristung zum Gegenstand hat, ist durch Auslegung der ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen der Parteien zu ermitteln,

BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, Rn. 29 unter Hinweis auf BAG 09.02.1984 – 2 AZR 402/83.

Die Prozessbeschäftigung im Wege der Zweckbefristung oder der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines sachlich rechtfertigenden Grundes. In der Instanzenrechtsprechung ist ein (sonstiger, in § 14 I 2 TzBfG nicht genannter) Sachgrund anerkannt: Der mit der Prozessbeschäftigung verfolgte Zweck, das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers zu minimieren, habe in den Anrechnungsvorschriften der § 615 2 BGB, § 11 KSchG seine rechtliche Anerkennung gefunden und sei den Sachgründen nach § 14 I 2 Nrn. 1 bis 8 TzBfG von ihrem Gewicht her gleichwertig,

LAG Köln 05.04.2012 – 13 Sa 1360/11; zust. *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2014, 2165 (2166).

### **Praxistipp:**

**Vorsicht:** Auch eine Prozessbeschäftigung bis zu einer rechtskräftig abweisenden Entscheidung eines Kündigungsschutz-/Entfristungsrechtstreits kann befristend/auflösend bedingt wirksam nur unter Einhaltung der Schriftform gemäß § 14 IV (ggf. i.V. mit § 21) TzBfG abgeschlossen werden,

vgl. BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03.

**Aber:** Erfolgt die Weiterbeschäftigung nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung oder aufgrund eines Weiterbeschäftigungsverlangens nach § 102 V BetrVG, ist mangels einer vertraglichen Befristungsabrede auch die Schriftform nicht zu beachten.

In der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers nach Ausspruch einer Kündigung und nach Ablauf der Kündigungsfrist oder nach Ablauf der vereinbarten Befristung kann der

Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags liegen oder die Vereinbarung, dass das gekündigte Arbeitsverhältnis auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage fortgesetzt werden soll. Soll der Arbeitnehmer seine Arbeit an den Schulen *“längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits“* aufnehmen, wird damit deutlich, dass die Beschäftigung gerade nicht zwangsläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens erfolgen sollte, sondern die faktische Beschäftigung mit rechtskräftigem Abschluss des Rechtsstreits seine Grundlage verlieren sollte. Das wegen der Androhung der Zwangsvollstreckung erzwungene faktische Beschäftigungsverhältnis entfällt, sobald das die Weiterbeschäftigungspflicht aussprechende Urteil aufgehoben wird. Setzen die Arbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis dadurch fort, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit im Betrieb nicht einstellt und der Arbeitgeber die Vergütung fortzahlt, ohne dass der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung verpflichtet ist, ist davon auszugehen, dass sie das gekündigte oder durch Fristablauf beendete Arbeitsverhältnis bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Bestandsschutzrechtsstreit fortsetzen wollen,

vgl. BAG 14.06.2016 – 9 AZR 8/15; BAG 08.04.2014 – 9 AZR 856/11, Rn. 28, 35 und 39.

#### **X. Zweckbefristung**

Eine **Zweckbefristung** erfordert eine unmissverständliche **schriftliche** (§ 14 IV TzBfG) **Einigung** darüber, dass das Arbeitsverhältnis **bei Zweckerreichung enden soll**. Außerdem muss der Zweck, mit dessen Erreichung das Arbeitsverhältnis enden soll, so genau bezeichnet sein, dass hieraus das Ereignis, dessen Eintritt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, zweifelsfrei feststellbar ist,

BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 24; BAG 29.06.2011 – 7 AZR 774/09, Rn. 28; BAG 21.12.2005 – 7 AZR 541/04, Rn. 36.

Geht es um eine **Zweckbefristung**, muss sich die **Prognose** auf die **Erreichung des Zwecks** richten. Da der zulässige Zweck im Sinne des TzBfG ein Ereignis ist, dessen Eintritt die Parteien hinsichtlich des „Ob“ als sicher ansehen, dessen „Wann“ aber noch nicht feststeht, fordert etwa eine auf § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG gestützte Zweckbefristung eine **hinreichende Prognosedichte** dahingehend, dass der in den Arbeitsvertrag aufgenommene Vertragszweck nicht nur möglicherweise oder wahrscheinlich erreicht wird, sondern dass im Rahmen des Vorhersehbaren sicher angenommen werden kann, dass er eintreten wird. Die Prognose muss sich auf einen arbeitsorganisatorischen Ablauf richten, der hinreichend bestimmt ist und an dessen Ende der Wegfall des Bedarfs für die Tätigkeit des Arbeitnehmers steht. Es reicht nicht aus, dass sich lediglich unbestimmt abzeichnet, aufgrund welcher Abläufe eine Tätigkeit des Arbeitnehmers in der Zukunft entbehrlich sein könnte. An die Zuverlässigkeit der Prognose sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je weiter die vereinbarte Zweckerreichung in der Zukunft liegt,

BAG 21.03.2017 – 7 AZR 222/15, Rn. 29; BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11, Rn. 31.

### **Praxistipp:**

Um die vom Siebten Senat im Fall der Prüfung einer Zweckbefristung geforderte Prognosedichte zu erreichen, kann dem Arbeitgeber nur angeraten werden, vor Abschluss des zweckbefristeten Arbeitsvertrages eine frühzeitige und aussagekräftige Dokumentation zu erstellen. Anderenfalls ist das Risiko eines späteren Scheiterns vor den Arbeitsgerichten vorprogrammiert.

### **XI. Sachgrundlose Befristung**

Die Anwendbarkeit des **§ 14 II TzBfG** setzt keine Vereinbarung der Parteien voraus, die Befristung auf diesen Rechtfertigungstatbestand stützen zu wollen. Die Vorschrift enthält **kein Zitiergebot**. Es genügt vielmehr, dass der **Rechtfertigungsgrund** für die Befristung bei Vertragsschluss **objektiv vorlag**. Ebenso wie sich der Arbeitgeber bei einer Sachgrundbefristung zu deren Rechtfertigung auch auf einen anderen als den im Arbeitsvertrag genannten Sachgrund berufen oder er sich auf einen Sachgrund stützen kann, wenn im Arbeitsvertrag § 14 II TzBfG als Rechtfertigungsgrund für die Befristung genannt ist, kann er die Befristung mit § 14 II TzBfG begründen, wenn im Arbeitsvertrag ein Sachgrund für die Befristung angegeben ist,

BAG 12.08.2009 – 7 AZR 270/08, Rn. 24.

Die Arbeitsvertragsparteien können die **Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung vertraglich ausschließen**. Eine derartige Abbedingung der Befristungsmöglichkeit nach § 14 II TzBfG kann **ausdrücklich** oder **konkludent** erfolgen. Ein konkludenter Ausschluss der Anwendbarkeit von § 14 II TzBfG liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Erklärungen des Arbeitgebers so verstehen darf, dass die **Befristung ausschließlich auf einen bestimmten Sachgrund gestützt werden und nur von seinem Bestehen abhängen soll**. Dabei sind die **Umstände des Einzelfalls** entscheidend. Die **Benennung** eines **Sachgrunds** kann dafür ein **wesentliches Indiz** sein. Allein reicht sie allerdings nicht aus, um anzunehmen, die sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG solle damit ausgeschlossen sein. Vielmehr müssen im Einzelfall noch zusätzliche Umstände hinzutreten,

BAG 12.08.2009 – 7 AZR 270/08, Rn. 26.

Die **Unterrichtungspflicht** des Arbeitgebers nach **§ 99 I 1 und 2 BetrVG** umfasst vor einer beabsichtigten nicht dauerhaften Einstellung eines Arbeitnehmers **nicht die Rechtfertigungsgründe für den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags**. Auch der allgemeine Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach **§ 80 II 1 HS 1 BetrVG** umfasst **nicht die Auskünfte, ob befristete Arbeitsverhältnisse ohne oder mit Sachgrund geschlossen worden sind** und gegebenenfalls **welcher sachliche Grund ihnen zu Grunde liegt**. Diese Informationen haben keinen hinreichenden Bezug zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabe des Betriebsrats. Die in § 80 I Nr. 1 BetrVG

geregelt betriebsverfassungsrechtliche Überwachungsaufgabe ist auf die „Durchführung“ unter anderem von Gesetzen gerichtet. „Durchzuführen“ sind Ver- und Gebote. Weder das TzBfG noch das WissZeitVG verbieten rechtsunwirksame Befristungsvereinbarungen. Rechtsfolge einer rechtsunwirksamen Befristung ist vielmehr nach § 16 I HS 1 TzBfG, dass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Die in **§ 92 I 1 BetrVG** geregelte Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers über die Personalplanung begründet **keine Informationsrechte des Betriebsrats über die Sachgründe einer Befristungsabrede**,

BAG 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, weiterführend *Weinbrenner/Warczynski*, öAT 2019, 224.

### 1. Verbot der Anschlussbeschäftigung

Eine sachgrundlose Befristung ist nach § 14 II 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber „**bereits zuvor**“ ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ob damit ein **unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot** normiert ist, war bis 2018 streitig. Der Siebte Senat hatte das **Vorbeschäftigungsverbot** im Wege vermeintlich „verfassungskonformer Auslegung“ **auf drei Jahre** begrenzt,

BAG 06.04.2011 – 7 AZR 716/09, Rn. 13; vgl. *Rech*, RdA 2020, 31; *Lembke/Tegel*, NZA 2019, 1029; *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 690; *Bauer*, NZA 2014, 889; *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2018, 498.

Einmal mehr zeigt sich in dieser (mittlerweile überholten) Rechtsprechung der befristungstypische Konflikt zwischen „**arbeitsmarktpolitischer Vernunft**“ und „**wortlautbasierter Gesetzestreue**“,

vgl. *Höpfner*, NZA 2011, 893.

Der Siebte Senat vertrat bis 2018 die Auffassung, dass der Zweck der Regelung in § 14 II 2 TzBfG darin bestehe, zu verhindern, dass die in § 14 II 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht werde. Zur Verwirklichung dieses Zwecks bedürfe es keines lebenslangen Anschlussverbots. Ein solches wäre vielmehr nach dem Normzweck überschießend. Eine die Wertordnung des Grundgesetzes berücksichtigende **„verfassungsorientierte Auslegung“** gebiete ein zeitlich eingeschränktes Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung in § 14 II 2 TzBfG. Ein uneingeschränktes Anschlussverbot berge strukturell die Gefahr, als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die durch Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen.

BAG 06.04.2011 – 7 AZR 716/09, Rn. 20 und 29; BAG 21.09.2011 – 21.09.2011 – 7 AZR 375/10.

In Widerspruch zu dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung urteilten die Instanzgerichte mit Blick auf den klaren Wortlaut des Gesetzes (Stichworte: **Wortakrobatik**, vgl. *Höpfner*, NZA 2011, 893 oder **semantische Bemühungen**, LAG Baden-Württemberg 26.09.2013 – 6



Sa 28/13) nach wie vor, das **Anschlussverbot des § 14 II 2 TzBfG** bestehe zeitlich uneingeschränkt,

vgl. BAG 13.05.2004 – 2 AZR 426/03; LAG Mecklenburg-Vorpommern 17.10.2017 – 5 Sa 256/16; Hessisches LAG 11.07.2017 – 8 Sa 1578/16; LAG Niedersachsen 23.05.2017 – 9 Sa 1154/16; LAG Niedersachsen 16.02.2016 – 9 Sa 376/15; LAG Baden-Württemberg 16.11.2016 – 17a Sa 14/16; LAG Baden-Württemberg 21.02.2014 – 7 Sa 64/13; entgegen BAG 21.09.2011 – 7 AZR 375/10.

Ein Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtsprechung des Siebten Senats aus dem Jahr 2011 zur eingeschränkten zeitlichen Reichweite des § 14 II 2 TzBfG sei nicht schutzwürdig, LAG Baden-Württemberg 16.11.2016 – 17a Sa 14/16.

Diesen Auffassungen ist das Bundesverfassungsgericht,

vgl. BVerfG 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14; *Spielberger*, NJW 2020, 22 „Die Vorbeschäftigung im TzBfG – ein Fall für die Pathologie?!“

mit seiner objektiv-teleologischen Auslegung gefolgt und hat für Recht erkannt, dass die Billigung mehrfacher sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse zwischen denselben Vertragsparteien bei Wahrung eines Abstands von mehr als drei Jahren durch den Siebten Senat die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung überschreitet und daher Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit Art. 20 Abs. 3 GG verletzt,

vgl. *Greiner/Senk*, RdA 2019, 236; *Bayreuther*, NZA 2018, 905.

Mit seinen Leitsätzen lehnt der Erste Senat die Rechtsprechung des Siebten Senats, BAG 06.04.2011 – 7 AZR 716/09,

**„zur dreijährigen Karenzfrist im Anwendungsbereich des § 14 II 2 TzBfG“** als verfassungswidrig ab und stellt diesbezüglich fest:

*„1. Die gesetzliche Beschränkung befristeter Beschäftigungsformen und die Sicherung der unbefristeten Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform trägt der sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebenden Pflicht des Staates zum Schutz der strukturell unterlegenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und dem Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG Rechnung.*

*2. Die mit einer Beschränkung der sachgrundlosen Befristung auf die erstmalige Beschäftigung bei dem jeweiligen Arbeitgeber einhergehende Beeinträchtigung der individuellen Berufsfreiheit ist insoweit gerechtfertigt, als es ihrer für den Schutz vor der Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung einer strukturellen Unterlegenheit und zur Sicherung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelfall bedarf.*

*3. Richterliche Rechtsfortbildung darf den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen.“*

### **Praxistipp:**

Damit gilt: Eine sachgrundlose Befristung wird grundsätzlich durch jede Vorbeschäftigung bei dem einstellenden Arbeitgeber ausgeschlossen, ganz gleich, wie lange sie zurückliegt,

vgl. *Bayreuther*, NZA 2018, 905 (906).

Arbeitgeber sollten risikobewusst überprüfen, ob sie aktuell sachgrundlos befristete Arbeitnehmer beschäftigen, bei denen eine Vorbeschäftigung bekannt ist bzw. vorliegt. Ist dies der Fall und soll das betreffende Arbeitsverhältnis nicht ohnehin entfristet werden, ist zu klären, ob die Befristung „gerettet“ werden kann. Hier kommt außer den vom BVerfG benannten Sonder-/Ausnahmefällen insbesondere eine „Umdeutung“ in eine Sachgrundbefristung in Betracht, wenn ein die Befristung rechtfertigender Sachgrund bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorlag und vom Arbeitgeber ausreichend dokumentiert werden kann. Stellt sich heraus, dass die aktuelle Befristung unwirksam ist, ist einzelfallbezogen eine rechtlich tragfähige Lösung zu suchen. Denkbar ist etwa der Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags mit Sachgrund oder der Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Alternativ kann der Arbeitgeber das geplante Vertragsende abwarten und darauf setzen, dass der Arbeitnehmer nicht binnen drei Wochen eine Entfristungsklage erhebt (§ 17 Satz 1 TzBfG).

Im Wege **verfassungskonformer Auslegung** erkennt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts nur wenige **Ausnahmefälle** an, in denen das Vorbeschäftigungsverbot einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegenstehe. Er stellt insoweit fest:

*„Jedoch ist ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber unzumutbar, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Der mit § 14 II 2 TzBfG verfolgte Schutzzweck kann in diesen Fällen das Verbot einer sachgrundlos befristeten Wiedereinstellung nicht rechtfertigen, soweit das legitime Interesse der Arbeitssuchenden an einer auch nur befristeten Beschäftigung und das ebenfalls legitime Flexibilisierungsinteresse der Arbeitgeber entgegensteht.*

*Das sich sonst in der Auslegung des Arbeitsgerichts aus § 14 II 2 TzBfG ergebende Verbot der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrages kann insbesondere unzumutbar sein, wenn eine **Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist**. So liegt es etwa bei **geringfügigen Nebenbeschäftigungen** während der Schul- und Studien- oder Familienzeit (vgl. Bauer, in: NZA 2011, S. 241<243>; Löwisch, in: BB 2001, S. 254; Rudolf, in: BB 2011, S. 2808 <2810>), bei **Werkstudierenden und studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung** (vgl. dazu BAG, Urteil vom 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 -, BAGE 137, 275 Rn. 2) oder **bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit***

**einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht** (vgl. Preis, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, § 620 BGB Rn. 182; ähnlich Löwisch, in: BB 2001, S. 254 f.). Die Fachgerichte können und müssen in derartigen Fällen durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken.“,

BVerfG 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, Rn. 62 f.; vgl. Bayreuther, NZA 2018, 905 (908).

Der **Anwendungsbereich des Verbots in § 14 II 2 TzBfG** ist in **verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift** einzuschränken in Fällen, in denen das Verbot für die Parteien unzumutbar wäre,

vgl. Fuhlrott, LTO 22.08.2019: „Nie zuvor“ heißt nicht immer „niemals vorher“.

§ 14 II 2 TzBfG schränkt die durch Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit und die Vertragsfreiheit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein. Diese Beeinträchtigungen erweisen sich jedoch in der Abwägung mit dem Schutz der Beschäftigten im Arbeitsverhältnis (Art. 12 I GG) und den im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I, Art. 28 I GG verankerten sozial- und beschäftigungspolitischen Zielsetzungen grundsätzlich als zumutbar. Ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber ist unzumutbar, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. Das kann bei einem Zeitraum von etwa neun Jahren nicht angenommen werden. Handelt es sich bei einer Vorbeschäftigung um eine nur geringfügige Nebenbeschäftigung während der Schul-, Studien- oder Ausbildungszeit, können die Umstände geeignet sein, die Annahme zu rechtfertigen, es bestehe weder eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers noch sei das Verbot der sachgrundlosen Befristung erforderlich, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das in § 14 II 2 TzBfG geregelte Verbot der sachgrundlosen Befristung ist auf eine Vorbeschäftigung bei demselben Vertragsarbeitgeber beschränkt. Höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Der Gewährung von Vertrauensschutz kann etwa entgegenstehen, dass die frühere Rechtsprechung auf so erhebliche Kritik gestoßen ist,

dass der unveränderte Fortbestand dieser Rechtsprechung nicht gesichert erscheinen konnte (Merke: **Was gestern galt, muss Morgen nicht mehr gelten.**),

BAG 12.06.2019 – 7 AZR 429/17; BAG 23.01.2019 – 7 AZR 161/15; BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/19; zur Bestimmung der Grenzen des Richterrechts *Rech*, RdA 2020, 31.

**Nach Ablauf von 22 Jahren** seit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann bei der erneuten Einstellung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber in der Regel eine Befristung ohne Sachgrund vereinbart werden. In einem solchen Fall ist es geboten, § 14 II 2 TzBfG in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift nicht anzuwenden, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die die Anwendung des Verbots dennoch gebieten könnten. Das Bundesverfassungsgericht verlangt eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 II 2 TzBfG. Das darin normierte Verbot der sachgrundlosen Befristung im Falle einer Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber gilt also nicht unbeschränkt. Die Anwendung der Norm ist in verfassungskonformer Auslegung in den Fällen auszuschließen, in denen das **Verbot für die Beteiligten unzumutbar** wäre. Ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber ist unzumutbar, soweit eine **Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht** und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn eine **Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen** ist. Hierzu bedarf es einer Würdigung des Einzelfalls,

BAG 21.08.2019 – 7 AZR 452/17.

Für die Annahme einer **„ganz anderen Tätigkeit“**,

vgl. *Arnold*, NZA-RR 2020, 1,

ist regelmäßig erforderlich, dass die im neuen Arbeitsverhältnis geschuldete Tätigkeit Kenntnisse oder Fähigkeiten erfordert, die sich wesentlich von denjenigen unterscheiden, die für die Vorbeschäftigung erforderlich waren,

BAG 12.06.2019 – 7 AZR 477/17.

Wann eine **Vorbeschäftigung „sehr lang“ zurückliegt, „ganz anders“ geartet oder „von sehr kurzer“ Dauer war**, ist unter Berücksichtigung des Grundes für die verfassungskonforme Auslegung, den Anwendungsbereich von § 14 II 2 TzBfG auf Fälle, in denen das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar wäre, einzuschränken, sowie unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht genannten Beispielfälle zu beurteilen. Liegt ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis **zirka 15 Jahre zurück**, ist dies kein sehr langer Zeitraum in diesem Sinne,

BAG 17.04.2019 – 7 AZR 323/17; vgl. *Arnold*, NZA-RR 2020, 1 m.w.N.

Ist der Vertragspartner des Arbeitnehmers sowohl bei einem neuen als auch bei einem bereits zuvor geschlossenen Arbeitsvertrag die Bundesrepublik Deutschland und damit dieselbe juristische Person des öffentlichen Rechts, bestand die Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber i.S. des § 14 II 2 TzBfG. War der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Vorbeschäftigung im Zuständigkeitsbereich eines anderen Ministeriums der Bundesrepublik Deutschland mit eigener Ressortkompetenz tätig, so bleibt dies ohne Bedeutung. Eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags kann nach § 14 II 2 TzBfG auch dann unzulässig sein, wenn die Vorbeschäftigung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber mehr als drei Jahre zurückliegt,

BVerfG 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14.

Liegt das **Vorbeschäftigungsverhältnis** zirka **acht Jahre und neun Monate zurück** kann **nicht** angenommen werden, dass es sich um eine **“sehr lang“ zurückliegende Vorbeschäftigung** im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt. Eine Vorbeschäftigung ist nicht **“von sehr kurzer“ Dauer** im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn die Laufzeit des Arbeitsverhältnisses **zwei Jahre und zehn Monate** betrug. Es verstößt nicht grundsätzlich gegen Treu und Glauben, wenn eine Partei ein unter ihrer Beteiligung zustande gekommenes Rechtsgeschäft angreift. Widersprüchliches Verhalten ist erst dann rechtsmissbräuchlich, wenn dadurch für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Allein die etwaige Kenntnis des Arbeitnehmers davon, dass die Arbeitgeberin ausschließlich einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen wollte, begründet kein schützenswertes Vertrauen der Arbeitgeberin darauf, der Arbeitnehmer werde die Wirksamkeit der Befristungsvereinbarung nicht zur gerichtlichen Überprüfung stellen,

BAG 20.03.2019 – 7 AZR 409/16; BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/16; BAG 23.01.2019 – 7 AZR 13/17.

Es ist dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, die erforderlichen **Daten über das vorangegangene Arbeitsverhältnis** langfristig zu speichern. Verfügt er nicht selbst über die notwendigen Daten, steht ihm vor dem Abschluss des sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags ein **Fragerecht** hinsichtlich einer **Vorbeschäftigung** zu. Täuscht der Bewerber den Arbeitgeber über eine Vorbeschäftigung, kann dieser den wegen § 14 II 2 TzBfG unwirksam sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag anfechten,

BAG 12.06.2019 – 7 AZR 477/17.

### **Praxistipp:**

Zur Absicherung des Vorbeschäftigungsverbots und zur Vorbereitung einer ggf. erforderlichen Anfechtung eines unwirksamen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages wegen Täuschung muss der Arbeitgeber in Einstellungsgesprächen seine Frage nach einer

(fehlenden) Vorbeschäftigung und die Antwort des Arbeitnehmers auf diese Frage gerichtsverwertbar dokumentieren und in der Personalakte ablegen.

Für die Frage, ob das in § 14 II 2 TzBfG normierte Vorbeschäftigungsverbot verletzt ist, kommt es nicht darauf an, ob ein Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt worden ist und ob die Arbeitsvertragsparteien tatsächlich zusammen gearbeitet haben. Entscheidend ist vielmehr, ob zwischen den Parteien bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das Verbot in § 14 II 2 TzBfG erfasst vorherige Arbeitsverhältnisse, die bereits beendet sind, sowie laufende Arbeitsverhältnisse mit Ausnahme der in § 14 II 1 TzBfG vorgesehenen Vertragsverlängerungen. Ein Arbeitsverhältnis entsteht in dem Zeitpunkt, von dem ab die Arbeitsvertragsparteien ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten begründen wollen. Das ist im Regelfall der Zeitpunkt des arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbeginns. Eine Vertragsverlängerung ist nach § 14 II 1 TzBfG nur dann zulässig, wenn der dem Verlängerungsvertrag zugrunde liegende Ausgangsvertrag nicht gegen das Verbot des § 14 II 2 TzBfG verstoßen hat. Die sachgrundlose Befristung soll nur bei einer Neueinstellung und bei einer Verlängerung eines anlässlich einer Neueinstellung abgeschlossenen befristeten Arbeitsvertrags, nicht aber bei einer nachträglichen Befristung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zulässig sein. Die nachträgliche Befristung eines Arbeitsvertrags bedarf wegen § 14 II 2 TzBfG eines sachlichen Grundes. Das gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis erst kurze Zeit bestanden hat,

BAG 12.06.2019 – 7 AZR 548/17.

Auch ein früheres **Beamtenverhältnis** steht der sachgrundlosen Befristung nach § 14 II 1 TzBfG mit dem ehemaligen Dienstherrn nicht entgegen. Ein Beamtenverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 14 II 2 TzBfG (Stichwort: *aliud*),

BAG 24.02.2016 – 7 AZR 712/13, Rn. 18.

Ebenso steht ein früheres **Heimarbeitsverhältnis** der sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 II 1 TzBfG nicht entgegen. Ein Heimarbeitsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 14 II 2 TzBfG,

BAG 24.08.2016 – 7 AZR 625/15, Rn. 12.

Ein **Berufsausbildungsverhältnis** ist ebenfalls kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Vorbeschäftigungsverbots für eine sachgrundlose Befristung in § 14 II 2 TzBfG,

BAG 21.09.2011 – 7 AZR 375/10, Rn. 14.

### **Praxistipp:**

Der Arbeitgeber ist im Sinne größtmöglicher Vor- und Umsicht gut beraten, vor dem Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages eine schädliche Vorbeschäftigung im Unternehmen durch Nachfrage beim Bewerber, Überprüfung und angemessene schriftliche Dokumentation auszuschließen. Bewerber sind verpflichtet, die zulässige Frage nach einer Vorbeschäftigung im Unternehmen wahrheitsgemäß zu beantworten. Hierdurch

eröffnet sich der Arbeitgeber etwa bei unzutreffender Beantwortung das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, zur (fristlosen) Kündigung des Arbeitsverhältnisses und/oder zum Schadensersatz in Form eines Anspruchs auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach den Grundsätzen der c. i. c. Zur weiteren Absicherung kann in den sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag der Passus aufgenommen werden, dass der Arbeitnehmer auf konkrete Nachfrage ausdrücklich versichert, keiner früheren Beschäftigung in dem Unternehmen nachgegangen zu sein,

vgl. *Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2018, 498 (499).

Nach § 14 III TzBfG bestehen erweiterte Möglichkeiten zur sachgrundlosen Befristung bei älteren Arbeitnehmer, die beschäftigungslos sind oder Fördermaßnahmen der Bundesagentur in Anspruch nehmen. § 14 III hat folgenden Wortlaut: „Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist 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 I Nr. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig.“

## 2. Tarifvertragliche Regelungen

§ 14 II 3 TzBfG eröffnet den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung oder beide Umstände abweichend von § 14 II 1 TzBfG festzulegen,

Vgl. *Löwisch*, BB 2020, 1140.

Der Siebte Senat ist der Auffassung, das sei nicht völlig unbegrenzt möglich. Der systematische Gesamtzusammenhang sowie Sinn und Zweck des TzBfG, aber auch verfassungs- und unionsrechtliche Gründe geböten eine immanente Beschränkung der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien,

*Bader/Jörchel*, NZA 2016, 1105 (1109); BAG 17.04.2019 – 7 AZR 410/17.

Ein Tarifvertrag, der die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren bei fünfmaliger Verlängerungsmöglichkeit zulässt, hält sich nach Ansicht des Siebten Senats im Rahmen des verfassungs- und unionsrechtlich zulässigen Gestaltungsrahmens nach § 14 II 3 TzBfG,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, Rn. 14; BAG 14.06.2017 – 7 AZR 627/15 „*Sachgrundlose Zeitbefristung 42 Monate bei viermaliger Verlängerung*“.

Der Siebte Senat sieht die **Grenze der tariflichen Regelungsbefugnis** unter Berücksichtigung der **Gesamtkonzeption von § 14 TzBfG** und der **unionsrechtlichen Vorgaben**

**in der Richtlinie 1999/70/EG** sowie zur Gewährleistung eines Mindestbestandsschutzes für die betroffenen Arbeitnehmer und unter Beachtung der den Tarifvertragsparteien zustehenden Tarifautonomie als erreicht an bei der Festlegung der Dauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags auf **maximal sechs Jahre** und der höchstens **neunmaligen Verlängerung bis zu dieser Gesamtdauer**. Diese Gestaltungsgrenze trägt den Anforderungen der Richtlinie 1999/70/EG und der inkorporierten Rahmenvereinbarung Rechnung. Sie orientiert sich an den **Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs** bei der Sachgrundbefristung, die aus den für die sachgrundlose Befristung maßgeblichen gesetzlichen Werten des § 14 II 1 TzBfG abgeleitet sind. Nach diesen Grundsätzen dürfen sich die Gerichte bei der Kontrolle einer Sachgrundbefristung nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrundes beschränken. Sie sind vielmehr auch bei Bestehen eines Sachgrundes für die Befristung aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen,

EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. “Mascolo”, Rn. 102 ff.; EuGH 26.01.2012 – C-586/10 “Kücük“, Rn. 40; BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, Rn. 32.

Die Regelung in § 2 I des Tarifvertrages über befristete Arbeitsverhältnisse im deutschen Steinkohlenbergbau (TV Befristung Steinkohlenbergbau 2010), wonach der Arbeitsvertrag bis zur Gesamtdauer von sieben Jahren ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes befristet werden kann, ist nicht von der den Tarifvertragsparteien durch § 14 II 3 TzBfG eröffneten Regelungsbefugnis gedeckt. Die den Tarifvertragsparteien durch § 14 II 3 TzBfG eröffnete Möglichkeit, die Höchstdauer der Befristung und die Anzahl der Vertragsverlängerungen abweichend von § 14 II 1 TzBfG festzulegen, ist zwar nach dem Gesetzeswortlaut nicht eingeschränkt, gilt aber dennoch nicht völlig unbegrenzt. Die Grenze der tariflichen Regelungsbefugnis ist unter Berücksichtigung der Gesamtkonzeption von § 14 TzBfG und der unionsrechtlichen Vorgaben in der Richtlinie EGRL 70/99 und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge sowie zur Gewährleistung eines Mindestbestandsschutzes für die betroffenen Arbeitnehmer und unter Beachtung der den Tarifvertragsparteien zustehenden Tarifautonomie bei der Festlegung der Dauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses auf maximal sechs Jahre und der höchstens neunmaligen Verlängerung bis zu dieser Gesamtdauer erreicht,

BAG 17.04.2019 – 7 AZR 410/17.

Nach der Rechtsprechung des Siebten Senats ist eine Rechtsmissbrauchskontrolle bei der Sachgrundbefristung veranlasst, wenn die gesetzlichen Werte für die Höchstdauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags und die Anzahl der möglichen Vertragsverlängerungen um ein Mehrfaches überschritten sind. Davon ist in der Regel auszugehen, wenn die in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte mehr als das Dreifache betragen,



BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, Rn. 32; BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15.

Wäre bei einer Sachgrundbefristung aufgrund der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses und/oder der Anzahl der mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge die Prüfung eines institutionellen Rechtsmissbrauchs veranlasst, obwohl der zuletzt abgeschlossene Arbeitsvertrag durch einen Sachgrund nach § 14 I TzBfG gerechtfertigt ist, kann eine sachgrundlose Befristung nicht mehr in Betracht kommen. Dies widerspräche der Gesamtkonzeption von § 14 I und II TzBfG,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, Rn. 32.

Die Tarifvertragsparteien können nicht nur die Anzahl der Verlängerungen und die Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung abweichend von § 14 II 1 TzBfG regeln, sondern dürfen – sofern sie von dieser Regelungsbefugnis Gebrauch machen – die von ihnen erweiterte **Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung** zugunsten des Arbeitnehmers (§ 22 TzBfG) **von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen und damit einschränken**. Mit dem **Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats** in einem Tarifvertrag ist keine unzulässige Delegation der den Tarifvertragsparteien durch § 14 II 3 TzBfG eingeräumten Regelungsbefugnis verbunden.

BAG 21.03.2018 – 7 AZR 428/16, Rn. 22.

### **3. Privilegierung von Neugründung nach § 14 IIa TzBfG**

In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Dies gilt nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die nach § 138 AO der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist. Auf die Befristung eines Arbeitsvertrages nach Satz 1 findet Absatz 2 Satz 2 bis 4 entsprechende Anwendung. Wird innerhalb eines Konzerns eine Tochtergesellschaft ohne Änderung der rechtlichen Struktur schon bestehender Unternehmen neu gegründet, um bislang im Konzern nicht wahrgenommene wirtschaftliche Aktivitäten zu verfolgen, kann die neu gegründete Tochtergesellschaft von der erleichterten Befristungsmöglichkeit nach § 14 IIa 1 TzBfG Gebrauch machen. Die Tochtergesellschaft ist keine nach § 14 IIa 2 TzBfG von der erleichterten Befristungsmöglichkeit ausgenommene Neugründung im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Die erweiterte Befristungsmöglichkeit soll nur bei einem unternehmerischen Neuengagement gelten, nicht jedoch für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Dem trägt die Vorschrift des § 14 IIa 2 TzBfG Rechnung, die § 112a II 2 BetrVG nachgebildet ist. Durch § 14 IIa TzBfG soll neu gegründeten

Unternehmen in der schwierigen Aufbauphase der Abschluss befristeter Arbeitsverträge besonders erleichtert werden, weil für diese der wirtschaftliche Erfolg besonders ungewiss ist und sie in der Aufbauphase kaum abschätzen können, wie sich das Unternehmen entwickeln und wie hoch der Personalbedarf sein wird. Diese Ungewissheit besteht unabhängig von einem Konzernbezug und auch dann, wenn sich bestehende Unternehmen im Wege von Unternehmensneugründungen neu engagieren und so unternehmerisch "Neuland betreten",

BAG 12.06.2019 – 7 AZR 317/17; *Klein*, ArbRAktuell 2019, 561.

#### **4. Höchstdauer zwei Jahre, höchstens dreimalige Verlängerung**

Nach § 14 II 1 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes **bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig**. Bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die **höchstens dreimalige Verlängerung** eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig,

zu Dauer und Verlängerung vgl. *Bauer*, NZA 2011, 241; zur sachgrundlosen Verlängerung einer Sachgrundbefristung vgl. *Hrach*, NZA 2019, 436.

#### **Praxistipp:**

Immer wieder wird übersehen, dass die Verlängerung vor Ablauf der zu verlängernden Befristung vereinbart werden muss. Für eine rechtzeitige Unterzeichnung reicht es nicht aus, wenn nur der Arbeitgeber vor Ablauf der zu verlängernden Befristung die Verlängerungsvereinbarung unterzeichnet, der vom Arbeitnehmer gegengezeichnete Arbeitsvertrag aber noch aussteht. Darüber hinaus darf bei der Verlängerung der bisherige Vertragsinhalt nicht geändert werden. Andernfalls soll es sich um den Neuabschluss eines Zeitvertrages handeln, der nach § 14 II 2 TzBfG nicht zulässig ist,

vgl. *Bauer*, NZA 2011, 241 (242) m.w.N.; BAG 26.7.2000 – 7 AZR 546/99.

Einigen sich die Vertragsparteien darüber, dass der Arbeitnehmer zu einer im betrieblichen Interesse erforderlichen und angeordneten Schulung, die am frühen Morgen des Tages beginnen soll, der zunächst als Vertragsbeginn vorgesehen war, bereits am Vortag anreist, weil der Schulungsort so weit vom Dienort entfernt liegt, dass anderenfalls eine rechtzeitige Anreise nicht möglich oder unzumutbar wäre, handelt es sich bei der Fahrtzeit für die dienstlich erforderliche Anreise um Arbeitszeit im arbeitsvertragsrechtlichen Sinne. Der Arbeitnehmer erbringt damit bereits die versprochenen Dienste i.S. von § 611 I BGB (a.F.).

**Vertragsrechtliche Arbeitszeit ohne Arbeitsvertrag gibt es nicht.** Die Einigung über vertragsrechtliche Arbeitszeit am Vortag des ursprünglich vorgesehenen Vertragsbeginns führt zur einvernehmlichen Vorverlegung des Beginns des Arbeitsverhältnisses auf den Tag der Dienstreise. Auch wenn im schriftlichen Arbeitsvertrag abweichend als Vertragsbeginn erst der Tag des Schulungsbeginns genannt wird, liegt darin lediglich eine falsa demonstratio. Aufgrund der Übereinkunft hinsichtlich der am Vortag stattfindenden Dienstreise haben die Parteien den Vertragsbeginn einvernehmlich auf dieses Datum

vorverlegt. Die Vorverlegung des Vertragsbeginns unterliegt nicht dem Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG. Beginnt das Arbeitsverhältnis dementsprechend am 04.09.2016, überschreitet eine bis 04.09.2018 vereinbarte Befristung den für sachgrundlose Befristungen nach § 14 II 1 TzBfG maximal zulässigen Zeitraum von zwei Jahren um einen Tag. **Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit der Befristungsabrede und das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.** Rügt der Kläger die Überschreitung der Zweijahresfrist des § 14 II 1 TzBfG erstmalig im Berufungsverfahren, ist er gleichwohl mit seiner Rüge nicht präkludiert, wenn das Arbeitsgericht erstinstanzlich den erforderlichen Hinweis nach § 17 2 TzBfG i.V. mit § 6 KSchG nicht erteilt hat,

LAG Düsseldorf 09.04.2019 – 3 Sa 1126/18.

## **XII. Rechts-/Formenmissbrauch**

### **1. Sachgrundbefristung**

Nach ständiger Rechtsprechung des Siebten Senats ist bei mehreren aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen grundsätzlich nur die **Befristung des letzten Arbeitsvertrags auf ihre Rechtfertigung zu überprüfen**. Durch den Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrags stellen die Parteien ihr Arbeitsverhältnis auf eine neue Rechtsgrundlage, die künftig für ihre Rechtsbeziehungen allein maßgebend ist. Damit wird zugleich ein etwaiges unbefristetes Arbeitsverhältnis aufgehoben. Die Parteien können allerdings in einem nachfolgenden befristeten Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer **ausdrücklich** oder **konkludent** das **Recht vorbehalten, die Wirksamkeit der vorangegangenen Befristung prüfen zu lassen**. In diesem Fall ist die arbeitsgerichtliche Befristungskontrolle auch für den davor liegenden Vertrag eröffnet. Dazu reicht ein vom Arbeitnehmer einseitig erklärter Vorbehalt nicht aus. Der Vorbehalt muss vielmehr – ausdrücklich oder konkludent – vertraglich vereinbart sein. Ob ein derartiger Vorbehalt vereinbart wurde, ist vom Gericht der Tatsacheninstanz durch Auslegung der bei Abschluss des Folgevertrags abgegebenen ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen der Parteien zu ermitteln,

vgl. BAG 21.03.2018 – 7 AZR 408/16; BAG 24.02.2016 – 7 AZR 182/14, Rn. 14 m.w.N.

Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass Arbeitgeber **missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen**,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 23 unter Hinweis auf EuGH 21.09.2016 – C-614/15 – [Popescu], Rn. 44; EuGH 14.09.2016 – C-16/15 – [Pérez López], Rn. 31; EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. – [Mascolo], Rn. 77; EuGH 03.07.2014 – C-362/13 u.a. – [Fiamingo u.a.], Rn. 62; EuGH 26.01.2012 – C-586/10 – [Kücük], Rn. 40).

Die Beachtung von § 5 Nr. 1 Buchst. a der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.06.1999

verlangt, dass konkret geprüft wird, ob die Verlängerung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse der Deckung eines zeitweiligen Bedarfs dient und ob eine nationale Vorschrift nicht in Wirklichkeit eingesetzt wird, um einen ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers zu decken (Stichwort: **Gestaltungs- bzw. institutioneller Rechtsmissbrauch**). Hierzu sind stets alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen und dabei namentlich die Zahl der mit derselben Person oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zurückgreifen, mögen diese auch angeblich zur Deckung eines Vertretungsbedarfs geschlossen worden sein,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 23 unter Hinweis auf EuGH 21.09.2016 – C-614/15 – [Popescu], Rn. 65 f.; EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. – [Mascolo], Rn. 101 f.; EuGH 26.01.2012 – C-586/10 – [Kücük], Rn. 39 f., 43, 51, 55).

Die dazu gebotene zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht **nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB)** vorzunehmen,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 23; BAG 07.10.2015 – 7 AZR 944/13, Rn. 14; BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, Rn. 24; BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12, Rn. 27; BAG 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, Rn. 38; *vom Stein*, NJW 2015, 369.

Besteht ein Sachgrund für die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 I TzBfG, ist eine **umfassende Kontrolle nach den Grundsätzen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB)** in der Regel geboten, wenn die **Gesamtdauer** des befristeten Arbeitsverhältnisses **acht Jahre überschreitet** oder **mehr als zwölf Verlängerungen** des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart wurden oder wenn die **Gesamtdauer** des befristeten Arbeitsverhältnisses **sechs Jahre überschreitet** und **mehr als neun Vertragsverlängerungen** vereinbart wurden. Unter diesen Voraussetzungen hängt es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit anzunehmen ist,

BAG 21.02.2018 – 7 AZR 696/16; BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 27.

Von einem **indizierten Rechtsmissbrauch** ist in der Regel auszugehen, wenn die **Gesamtdauer** des Arbeitsverhältnisses **zehn Jahre überschreitet** oder **mehr als 15 Vertragsverlängerungen** vereinbart wurden oder wenn **mehr als zwölf Vertragsverlängerungen** bei einer **Gesamtdauer von mehr als acht Jahren** vorliegen. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 28.

Bei der Prüfung, ob der Arbeitgeber nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) gehindert ist, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu

berufen, sind auch **Unterbrechungszeiten zwischen den befristeten Arbeitsverträgen** zu berücksichtigen,

BAG 21.02.2018 – 7 AZR 765/16; *Merten*, ArbRAktuell 2018, 342.

### **Praxistipp:**

Werden Arbeitnehmer über sehr lange Zeiträume befristet beschäftigt, kann das nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs im Einzelfall zur Unwirksamkeit der Befristung führen, selbst wenn ein die Befristung tragender Sachgrund nach § 14 I TzBfG vorliegt. Unter welchen Umständen eine Missbrauchskontrolle veranlasst oder die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung gar indiziert ist, hat das BAG in der vorgenannten Entscheidung vom 26.10.2016 nunmehr grundlegend festgelegt und damit für Rechtsklarheit gesorgt. Künftige Entscheidungen über die Verlängerung von Befristungen sollten unter strikter Beachtung dieser Grundsätze getroffen werden, um spätere „unliebsame Überraschungen“ zu vermeiden. Mit Blick auf den Koalitionsvertrag und die dort vorgesehenen verschärften Anforderungen an die Zulässigkeit von Befristungen dürfte in diesem Rechtsbereich mit grundlegenden Änderungen zu rechnen sein,

vgl. *Bauschke*, öAT 2018, 199.

Es ist daher dringend zu empfehlen, die zeitnah zu erwartende Gesetzesentwicklung und die dazu ergehende Rechtsprechung im Blick zu behalten.

Der EuGH hat anerkannt, dass der Schulbereich von der Notwendigkeit besonderer Flexibilität zeugt, die den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge objektiv rechtfertigen kann, um dem Bedarf der Schulen angemessen gerecht zu werden und zu verhindern, dass der Staat als Arbeitgeber dem Risiko ausgesetzt wird, erheblich mehr feste Lehrkräfte anzustellen, als zur Erfüllung seiner Verpflichtungen auf diesem Gebiet tatsächlich notwendig sind. Dabei zwingt das Recht auf Bildung als ein durch die Verfassung des Mitgliedstaats garantiertes Grundrecht den Staat, den Schuldienst so einzurichten, dass zwischen der Zahl der Lehrkräfte und der Zahl der Schüler ein stets angemessenes Verhältnis besteht. Dieses Verhältnis hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, von denen einige in gewissem Umfang schwer zu kontrollieren oder vorherzusehen sind,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 41 unter Hinweis auf EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. [Mascolo], Rn. 94 f.

Damit ist zwar eine Rechtsmissbrauchsprüfung im Schulbereich nicht entbehrlich,

vgl. EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. [Mascolo], Rn. 104).

Jedoch stellt die **schulhalbjahresbezogene Personalplanung** eine nachvollziehbare **branchentypische Besonderheit des Schulbetriebs** dar, die es rechtfertigt, dass befristete Arbeitsverträge mit Vertretungslehrkräften trotz eines darüber hinaus bestehenden konkreten Vertretungsbedarfs einer einzelnen Stammkraft schulhalbjahresbezogen abgeschlossen werden,

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 41 unter Hinweis auf EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. [Mascolo], Rn. 104.

Eine wiederholte Abkopplung der Vertretungsdauer von dem Vertretungsgrund kann im Schulbereich nur dann für einen institutionellen Rechtsmissbrauch sprechen, wenn die befristeten Arbeitsverträge weder dem konkreten Vertretungsbedarf entsprechen noch mit dem jeweiligen Schulhalbjahr enden.

BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, Rn. 41 unter Hinweis auf EuGH 26.11.2014 – C-22/13 u.a. [Mascolo], Rn. 104.

## 2. Sachgrundlose Befristung

Grundsätzlich gilt, dass bei einer sachgrundlosen Befristung, die das letzte Glied (zur letzten Befristung in der Kette,

vgl. *Schwarze*, RdA 2020, 276,

einer Befristungskette ist, anders als bei einer Befristung mit Sachgrund keine Prüfung der Wirksamkeit einer Befristung nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs erfolgt, wenngleich im Einzelfall zu prüfen sein kann, ob die Befristungsmöglichkeit rechtsmissbräuchlich genutzt worden ist. **Bei § 14 II TzBfG kann sich jedoch in spezifischen Fällen auch die Frage nach einem Rechtsmissbrauch stellen,**

vgl. *Bader/Jörchel*, NZA 2016, 1105 (1110); BAG 09.12.2015 – 7 AZR 117/14.

Auch die Ausnutzung der durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn **mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge mit einem Arbeitnehmer ausschließlich deshalb schließen, um auf diese Weise über die nach § 14 II 1 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können.** Bei einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung der Zulässigkeit sachgrundloser Befristungsmöglichkeiten nach § 14 II 1 TzBfG – konkret: bei einer Umgehung des Anschlussverbots nach § 14 II 2 TzBfG – besteht die mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Rechtsfolge nicht in dem Vertragsschluss „an sich“, sondern in der Rechtfertigung der in dem Vertrag vereinbarten Befristung nach § 14 II 1 TzBfG. Der unredliche Vertragspartner kann sich auf eine solche Befristung nicht berufen,

BAG 19.03.2014 – 7 AZR 527/12, Rn. 25 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

**Darlegungs- und beweispflichtig** für das Vorliegen einer missbräuchlichen Vertragsgestaltung ist derjenige, der eine solche geltend macht, bei einer Befristungsabrede also regelmäßig der Arbeitnehmer. Es gelten die **Grundsätze einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast**. Es genügt zunächst, dass der Arbeitnehmer – soweit er die

Überlegungen des Arbeitgebers, die zu der Befristung geführt haben, nicht kennt – einen Sachverhalt vorträgt, der die Missbräuchlichkeit der Befristung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen. Er kann einzelne Tatsachen konkret bestreiten oder Umstände vortragen, welche den Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen. Trägt der Arbeitgeber nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers als zugestanden (§ 138 III ZPO),

BAG 24.06.2015 – 7 AZR 452/13, Rn. 25; BAG 19.03.2014 – 7 AZR 527/12.

Entsprechende Indizien sind neben den Umständen, aus denen sich die rechtliche und tatsächliche Verbundenheit zwischen dem vormaligen und dem letzten Vertragsarbeitgeber ergibt, insbesondere der nahtlose Anschluss des mit dem neuen Vertragsarbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsvertrags an den befristeten Vertrag mit dem vormaligen Vertragsarbeitgeber, eine ununterbrochene Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz oder in demselben Arbeitsbereich (vor allem, wenn sie vertraglich zugesichert ist) zu auch im Übrigen – im Wesentlichen – unveränderten oder gleichen Arbeitsbedingungen, die weitere Ausübung des Weisungsrechts durch den bisherigen Vertragsarbeitgeber oder eine ohnehin gemeinsame Ausübung des Weisungsrechts, die „Vermittlung“ des Arbeitnehmers an den letzten Vertragsarbeitgeber durch den vormaligen Vertragsarbeitgeber und ein erkennbar systematisches Zusammenwirken von bisherigem und neuem Arbeitgeber,

BAG 24.06.2015 – 7 AZR 452/13, Rn. 25

Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 II ZPO im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen. Er kann einzelne Tatsachen konkret bestreiten oder Umstände vortragen, welche den Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen. Insbesondere kann er dabei auch die – für den Arbeitnehmer häufig nicht ohne weiteres erkennbaren – Gründe für den Arbeitgeberwechsel darlegen. Trägt der Arbeitgeber nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 III ZPO als zugestanden. Gelingt es dem Arbeitgeber, die vom Arbeitnehmer vorgetragene Indizien für ein missbräuchliches Vorgehen zu erschüttern, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer darlegen und beweisen muss, der letzte Vertragsarbeitgeber habe die Befristung in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit dem vormaligen Vertragsarbeitgeber nur deshalb vereinbart, um auf diese Weise über die nach § 14 II TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können, Diese abgestufte Darlegungs- und Beweislast trägt (auch) dem **Gebot des effet utile** Rechnung. Angesichts der Darlegungserleichterungen für den Arbeitnehmer ist die Ausübung des durch die Rahmenvereinbarung vorgegebenen Rechtsziels nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert,

BAG 24.06.2015 – 7 AZR 452/13, Rn. 25; BAG 19.04.2014 – 7 AZR 527/12, Rn. 26; BAG 04.12.2013 – 7 AZR 290/12, Rn. 26.

### **XIII. Befristung der Arbeitsverhältnisse älterer Arbeitnehmer, keine Altersdiskriminierung**

Es ist ein häufig anzutreffendes **Missverständnis**, dass **Arbeitsverhältnisse mit Rentenbezug „automatisch“ enden**. Das ist nur der Fall, wenn eine **wirksame Altersgrenzenvereinbarung** getroffen ist. Fehlt diese, muss das Arbeitsverhältnis durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet werden. Ggf. kann dies zu einem **langwierigen** und **„teuren“ Abfindungspoker** führen. Die vorausschauende Vereinbarung wirksamer Altersgrenzenklauseln ist daher dringend anzuraten. Hierbei sind die Bestimmungen und Vorgaben des **AGG**, des **Befristungsrechts** und der **§§ 305 ff. BGB, AGB-Kontrolle**, zu beachten. Altersgrenzenregelungen können **einzelvertraglich** vereinbart, aber auch **kollektivrechtlich** festgelegt werden. Dabei sind die **von der Rechtsprechung vorgegebenen „Spielregeln“** zu berücksichtigen. Im Kontext der Altersgrenzenregelungen rückt auch das **„Hinausschieben“ des Beendigungszeitpunkts des Arbeitsverhältnisses** über die Regelaltersgrenze hinaus nach **§ 41 3 SGB VI** in den Fokus,

vgl. *Chandna-Hoppe*, RdA 2019, 200; *Brock*, öAT 2018,67; *Schieferl/Köster*, DB 2018, 2874; *Waltermann*, NJW 2018, 193; BAG 19.12.2018 – 7 AZR 70/17.

Eine Vereinbarung über das Hinausschieben des auf das Erreichen der Regelaltersgrenze bezogenen Beendigungszeitpunkts des Arbeitsverhältnisses i.S. von § 41 3 SGB VI erfordert keinen Sachgrund i.S. von § 14 I TzBfG. § 41 3 SGB VI ist jedenfalls insoweit unionsrechtskonform, als die Vorschrift das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts ohne Änderung der sonstigen Arbeitsbedingungen ermöglicht. Die Vorschrift verstößt weder gegen Art. 12 I GG noch gegen Art. 3 I GG.

BAG 19.12.2018 – 7 AZR 70/17.

Eine tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für Flugbegleiter ist mangels eines sie rechtfertigenden sachlichen Grundes im Sinne von § 14 I TzBfG unwirksam. Der **altersbedingte Leistungsabbau** oder das mit zunehmendem Alter erhöhte **Risiko plötzlicher, unvorhersehbarer gesundheitlicher Ausfallerscheinungen** können bei einem Mitglied des Kabinenpersonals nicht zu einer annähernd vergleichbaren Gefährdung für die Sicherheit des Flugverkehrs führen wie bei einem Mitglied des Cockpit-Personals. Fälle, in denen der altersbedingte Ausfall eines Flugbegleiters andere Menschen in ernste Gefahr bringen könnte, sind derart theoretisch und unwahrscheinlich, dass sie nicht geeignet sind, eine generelle Altersgrenze von 55 oder 60 Jahren zu rechtfertigen,

BAG 23.06.2010 – 7 AZR 1021/08; BAG 31.07.2002 – 7 AZR 140/01.

Auch die **Altersgrenzen-Regelungen** bei **Piloten** und **Flugingenieuren** ist mit Blick auf das mit ihnen verfolgte (legitime, AGG-konsistente) **Ziel** (Flugsicherheit),



EuGH 05.07.2017 – C-190/16 [Werner Fries/Lufthansa City Line GmbH], „Altersgrenze 65 im gewerblichen Luftverkehr unionsrechtskonform“; *Jacobs*, RdA 2018, 263; *Boecken*, NZS 2005, 393,

stets kritisch zu hinterfragen. So lassen die nationalen und die internationalen Lizenzregelungen die Flugingenieurstätigkeit im Dreipersonencockpit über die Vollendung des 60. Lebensjahres hinaus zu, wenn der Besatzung ein (Co-)Pilot angehört, der das 60. Lebensjahr nicht vollendet hat, und der zweite Pilot das 65. Lebensjahr nicht vollendet hat,

BAG 15.02.2012 – 7 AZR 904/08; vgl. für das doppelt besetzte (Co-)Pilotencockpit EuGH 13.09.2011 – C-447/09, [Prigge], Rn. 73, 75.

Mit **Wirkung vom 01.07.2014** können die Arbeitsvertragsparteien gemäß § 41 3 SGB VI, sofern eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht, durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben,

vgl. *Greiner*, RdA 2018, 65; *Bader* NZA 2014, 749; *Bauer*, NZA 2014, 889; *Poguntke* NZA 2014, 1372.

§ 41 3 SGB VI stellt eine besondere gesetzliche Regelung über die Befristung von Arbeitsverträgen nach § 23 TzBfG dar, die arbeitsrechtliche Flexibilität u.a. dann schaffen soll, wenn eine Nachbesetzung einer Stelle nicht nahtlos durchgeführt werden kann,

vgl. *Bader*, NZA 2014, 749 (752).

Der Siebte Senat hat eine einzelvertragliche Altersgrenze, die an das Erreichen des Renteneintrittsalters angeknüpft hat, als wirksam angesehen (**kalendermäßige Befristung mit Sachgrund nach § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG**). Dem stehe nicht entgegen, dass die Befristung keinen unmittelbaren kollektiven Bezug habe. Die Befristung sei erforderlich, um den Zugang jüngerer Personen zum Arbeitsmarkt zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern und dadurch die Beschäftigungsmöglichkeiten zwischen den Generationen zu verteilen,

vgl. *Sievers* in *Herberger/Martinek/Rüßmann* u.a., jurisPK-BGB, 8. A. 2017, § 10 AGG, Rn. 12; BAG 09.12.2015 – 7 AZR 68/14, Rn. 36 f.

Der EuGH hat in seinem **Urteil vom 28.02.2018 – C-46/17 „Hubertus John/Freie Hansestadt Bremen“** die Unionsrechtskonformität der Regelung des § 41 3 SGB VI bestätigt. Er lässt dabei dahinstehen, ob in dem Erfordernis des Erreichens der Regelaltersgrenze ein Sachgrund für weitere Befristungen zu erblicken ist, weist aber jedenfalls darauf hin, dass die wirtschaftliche Absicherung durch die potentielle Möglichkeit des Rentenbezugs in die Frage der Zulässigkeit der Befristung mit maßgeblichem Gewicht einzustellen sei. In der Praxis kann damit von der Regelung ohne schwebendem Damoklesschwert der Unwirksamkeit entsprechender Gestaltungen Gebrauch gemacht werden,

Fuhlrott, ArbRAktuell 2018, 357 (358); zum Streitstand *ErfKo-Rolfs*, § 41 SGB VI, Rn. 23.

Von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, Altersgrenzen für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrenten vorzusehen, kann auch der einzelne Arbeitgeber bei der Schaffung von Versorgungsregelungen Gebrauch machen,

vgl. *Sievers* aaO, Rn. 12; BAG 04.08.2015 – 3 AZR 137/13, Rn. 57; BAG 18.03.2014 – 3 AZR 69/12, Rn. 24.

Das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts eines auf das Erreichen der Regelaltersgrenze befristeten Arbeitsvertrages nach § 41 3 SGB VI erfordert, dass sich die Laufzeit des Verlängerungsvertrages nahtlos anschließt,

vgl. LAG Niedersachsen 29.11.2016 – 10 Sa 218/16; *Bader*, NZA 2014, 749 und 751.

und dass nur der Beendigungszeitpunkt geändert wird, während die übrigen inhaltlichen Arbeitsbedingungen, insbesondere Arbeitszeit, Tätigkeit und Vergütung unverändert bleiben

vgl. BT-Drucks. 18/1489, S. 25, abweichend ArbG Karlsruhe 27.04.2016 – 3 Ca 22/16, dass auch dann von einem „Hinausschieben“ ausgeht, wenn die Parteien zugleich mit dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts den Beschäftigungsumfang reduzieren.

Nach Auffassung des Siebten Senats,

BAG 11.02.2015 – 7 AZR 17/13,

kann eine bei oder nach Erreichen des Renteneintrittsalters getroffene Vereinbarung über die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, die nicht in den Anwendungsbereich des § 41 3 SGB VI fällt, nach § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG sachlich gerechtfertigt sein,

zur befristeten Beschäftigung von Rentnern *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1017, zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Arbeiten über die Altersgrenze *Worobjow*, NZa 2019, 1023.

Das setzt voraus, dass der Arbeitnehmer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beanspruchen kann und dass die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einer konkreten, im Zeitpunkt der Vereinbarung der Befristung bestehenden Personalplanung des Arbeitgebers dient. Durch eine derartige Befristung wird der Arbeitnehmer nicht in unzulässiger Weise wegen des Alters diskriminiert. Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gemäß § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG sachlich gerechtfertigt sein, wenn das Interesse des Arbeitgebers, aus sozialen Erwägungen mit dem betreffenden Arbeitnehmer nur einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, auch angesichts des Interesses des Arbeitnehmers an einer unbefristeten Beschäftigung schutzwürdig ist. Das ist der Fall, wenn es ohne den in der Person des Arbeitnehmers begründeten sozialen Zweck überhaupt nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags, auch nicht eines befristeten Arbeitsvertrags, gekommen wäre. Der Wunsch des Arbeitnehmers nach einer nur zeitlich begrenzten Beschäftigung kann die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG sachlich rechtfertigen.

Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer auch bei einem Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Vertrags nur ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart hätte.

#### **XIV. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen**

Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB wird hinsichtlich der Kontrolle der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen nicht durch die für die Befristung von Arbeitsverträgen geltenden Bestimmungen in §§ 14 ff. TzBfG verdrängt. Die Befristung einzelner Vertragsbedingungen unterliegt der **Vertragsinhaltskontrolle nach § 307 I BGB**,

BAG 25.04.2018 – 7 AZR 520/16; *Arnold*, NZA-RR 2020, 1 (7); Biedermann NZA-RR 2019, 345.

**Die Vorschriften des TzBfG sind auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen nicht** – auch nicht entsprechend – **anwendbar**,

BAG 25.04.2018 – 7 AZR 520/16; BAG 23.03.2016 – 7 AZR 828/13; BAG 08.08.2007 – 7 AZR 855/06; BAG 18.01.2006 – 7 AZR 191/05; BAG 27.07.2005 – 7 AZR 486/04; BAG 14.01.2004 – 7 AZR 213/03; *Bader/Jörchel*, NZA 2016, 1105 (1111).

Entsprechend erfasst auch das Schriftformerfordernis des § 14 IV TzBfG nicht die Befristung einzelner Vertragsbedingungen. Das folgt aus dem Wortlaut der Regelung in § 14 IV TzBfG, wonach lediglich die Befristung eines Arbeitsvertrags der Schriftform bedarf. Die Beschränkung der Schriftform auf die Befristung des Arbeitsvertrags entspricht ferner Sinn und Zweck der Regelung. Die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 über befristete Arbeitsverträge (ABl. EG 1999 L 175/43) steht dem nicht entgegen,

BAG 14.01.2004 – 7 AZR 342/03; BAG 03.09.2003 – 7 AZR 106/03.

Für die bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen vorzunehmende Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB gelten damit andere Maßstäbe als für die Befristungskontrolle nach § 14 I TzBfG. Während die Befristung des gesamten Arbeitsvertrags – von den Fällen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit von sachgrundlosen Befristungen abgesehen – daraufhin zu überprüfen ist, ob sie durch einen sachlichen Grund gemäß § 14 I TzBfG gerechtfertigt ist, unterliegt die Befristung einzelner Vertragsbedingungen nach § 307 I BGB einer **Angemessenheitskontrolle**, die anhand einer Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen beider Vertragsparteien vorzunehmen ist. Trotz des unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs sind aber bei der nach § 307 I BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle der Befristung einzelner Vertragsbedingungen Umstände, die die Befristung eines Arbeitsvertrags insgesamt nach § 14 I TzBfG rechtfertigen könnten, nicht ohne Bedeutung. Sie können sich bei der Interessenabwägung nach § 307 I BGB zugunsten des Arbeitgebers auswirken,

BAG 10.12.2014 – 7 AZR 1009/12, Rn. 47; BAG 15.12.2011 – 7 AZR 394/10, Rn. 22; BAG 02.09.2009 – 7 AZR 233/08, Rn. 30 und 38.

Die Befristung einer Arbeitszeiterhöhung bedarf zu ihrer Wirksamkeit keines Sachgrunds nach § 14 I TzBfG. Sie unterliegt vielmehr der **Inhaltskontrolle** nach **§ 307 I BGB**. Wird die Arbeitszeit befristet in erheblichem Umfang erhöht, bedarf es zur Annahme einer nicht unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne von § 307 I BGB durch die Befristung solcher Umstände, die die Befristung eines gesondert über das erhöhte Arbeitszeitvolumen abgeschlossenen Arbeitsvertrags nach § 14 I TzBfG rechtfertigen könnten (Sachgrund). Eine Arbeitszeiterhöhung in erheblichem Umfang liegt in der Regel vor, wenn sich das **Aufstockungsvolumen** auf **mindestens 25 % eines entsprechenden Vollzeitverhältnisses** beläuft. Ist das Aufstockungsvolumen geringer, ist anhand einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen nach § 307 I BGB zu prüfen, ob der Arbeitnehmer durch die Befristung unangemessen benachteiligt wird. Gegenstand der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB ist zwar die zuletzt vereinbarte Befristung der Arbeitszeiterhöhung. Bei der Angemessenheitsprüfung können jedoch auch die Anzahl der in der Vergangenheit getroffenen befristeten Aufstockungsvereinbarungen und die Gesamtdauer des Aufstockungszeitraums berücksichtigt werden,

BAG 25.04.2018 – 7 AZR 520/16; BAG 23.03.2016 – 7 AZR 828/13.

Die prozentuale Veränderung der individuellen Arbeitszeit ist nicht von Bedeutung. Eine Arbeitszeiterhöhung in erheblichem Umfang kann ausnahmsweise bei einer geringfügigen Unterschreitung des Wertes von 25 % (24,67 %) vorliegen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit nur deshalb nicht um 25 % erhöht, um die Berechnung der täglichen Arbeitszeit zu vereinfachen,

BAG 25.04.2018 – 7 AZR 520/16.

Vereinbart der Arbeitgeber mit einem unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Vertrag die **befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit**, unterliegt die Befristung grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB. Die Befristungsabrede ist einer uneingeschränkten Inhaltskontrolle zu unterziehen. Sie ist nicht deshalb nur beschränkt kontrollfähig, weil sie sich auf die Tätigkeit und die damit verbundene Vergütung bezieht. Gegenstand der Inhaltskontrolle ist nicht die vereinbarte Tätigkeit und die damit verbundene (höhere) Vergütung und somit der Umfang der von den Parteien zu erbringenden Hauptleistungen, sondern deren zeitliche Einschränkung durch die Befristung,

vgl. BAG 07.10.2015 – 7 AZR 945/13.

Wird einer unbefristet beschäftigten Verkäuferin die höherwertige Tätigkeit einer Kassiererin befristet übertragen, wird die Verkäuferin durch die Befristung nicht unangemessen im Sinne von § 307 I BGB benachteiligt, wenn die befristete Übertragung ihrer Erprobung als Kassiererin dient. Die vereinbarte Vertragslaufzeit muss allerdings zu dem Erprobungszweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Vereinbarung des Erprobungszwecks ist nicht erforderlich. Ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer die höherwertige

Tätigkeit im Anschluss an die wirksame Befristung auf Dauer zu übertragen, führt dies weder zur Unwirksamkeit der Befristung der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit noch begründet dies einen gegenüber dem Arbeitgeber aus § 242 BGB herzuleitenden Einwand des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Es besteht vielmehr ein Anspruch auf Abschluss eines Änderungsvertrags, der mit einer Leistungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung geltend zu machen ist,

BAG 24.02.2016 – 7 AZR 253/14.

#### **XV. Befristung nach dem WissZeitVG**

Die Befristung von Arbeitsverträgen mit nichtpromoviertem wissenschaftlichen und künstlerischem Personal an Hochschulen ist nach § 2 I 1 WissZeitVG bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig. Nach abgeschlossener Promotion, das heißt in der sog. **Postdoc-Phase**, ist gemäß § 2 I 2 Halbsatz 1 WissZeitVG die Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren – im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren – möglich,

BAG 21.08.2019 – 7 AZR 563/17.

Nach § 2 I 3 WissZeitVG a.F. verlängert sich bei Betreuung eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren die nach § 2 I 1 und 2 WissZeitVG insgesamt zulässige Befristungsdauer um zwei Jahre je Kind. Auch wenn die Kinderbetreuung ausschließlich nach der Promotion erfolgt, verlängert sich nicht allein die zulässige Befristungsdauer in der sog. Postdoc-Phase nach § 2 I 2 WissZeitVG, sondern die Höchstdauer der gesamten aus der Promotions- und Postdoc-Phase bestehenden Qualifizierungsphase,

vgl. *Arnold*, ArbRAktuell 2020, 69.

§ 2 I 3 WissZeitVG kann nicht zu einer Verkürzung der nach § 2 I 2 WissZeitVG vorgesehenen Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase führen. § 2 I 3 WissZeitVG sieht bei der Betreuung minderjähriger Kinder nur eine Verlängerung, nicht aber eine Verkürzung der Höchstbefristungsdauer vor. Die Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase vermindert sich daher nicht um die Zeit, um welche die sechsjährige Höchstdauer in der Promotionsphase überschritten war. Die Überschreitung der Höchstbefristungsdauer in der Promotionsphase hat in einem solchen Fall lediglich zur Folge, dass die nach § 2 I 3 WissZeitVG vorgesehene Verlängerung der Höchstbefristungsdauer um zwei Jahre pro Kind nicht oder nicht in vollem Umfang eintritt. Soweit der Senat in der Vergangenheit formuliert hat, die gemäß § 2 I 2 WissZeitVG zulässige Höchstbefristungsdauer von sechs Jahren habe sich nach § 2 I 3 WissZeitVG verlängert und dies dahingehend verstanden werden konnte, dass sich die Verlängerung auf die Höchstdauer der Postdoc-Phase und nicht auf die zulässige Gesamtdauer nach § 2 I 1 und 2 WissZeitVG bezog, hält der Senat daran nicht fest,

BAG 21.08.2019 – 7 AZR 21/18.

Eine Befristung nach § 2 I 2 WissZeitVG setzt voraus, dass sie nach Abschluss der Promotion vereinbart wird. Das WissZeitVG enthält keine ausdrückliche Bestimmung dazu, zu welchem Zeitpunkt die Promotion abgeschlossen ist. Für den Beginn der Promotion als auch für den Zeitpunkt des Abschlusses der Promotion sind grundsätzlich das Landesrecht und das Satzungsrecht der Universität maßgeblich,

BAG 18.05.2016 – 7 AZR 712/14, Rn. 27 und 31.

Der Berücksichtigung der Zeit eines begonnenen Promotionsvorhabens steht nicht entgegen, dass dieses Promotionsvorhaben nicht beendet worden ist. Wird ein Promotionsthema aus persönlichen oder fachlichen Gründen aufgegeben und ein anderes Thema ausgewählt, führt dies nicht dazu, dass der für das nicht beendete Promotionsvorhaben in Anspruch genommene Zeitraum bei der Berechnung nach § 2 I 2 HS 2 WissZeitVG außer Betracht bleibt. Die Promotionszeiten für das ursprüngliche und das neue Promotionsthema sind vielmehr zusammenzurechnen,

BAG 21.08.2019 – 7 AZR 563/17.

Ein Arbeitnehmer gehört zum **künstlerischen Personal** i.S. von § 1 I 1 WissZeitVG, wenn er zur Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Aufgaben **künstlerische Dienstleistungen** zu erbringen hat. Dazu kann auch eine Lehrtätigkeit zählen, wenn sie darauf gerichtet ist, die Studierenden unmittelbar selbst zu **schöpferisch-gestaltendem Wirken** zu befähigen. Der Begriff des "wissenschaftlichen und künstlerischen Personals" bestimmt sich inhaltlich-aufgabenbezogen. Anknüpfungspunkt ist die Art der zu erbringenden Dienstleistung. Zum künstlerischen Personal nach § 1 I 1 WissZeitVG gehört derjenige Arbeitnehmer, der künstlerische Dienstleistungen erbringt. Es kommt – ebenso wie beim wissenschaftlichen Mitarbeiter – nicht auf dessen formelle Bezeichnung, sondern auf den künstlerischen Zuschnitt der von ihm auszuführenden Tätigkeit an. Künstlerische Betätigung i.S. von Art. 5 III GG ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium in bestimmter Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Zur künstlerischen Dienstleistung kann auch eine Lehrtätigkeit gehören. Dies gilt nicht nur für die Vermittlung des interpretatorischen Zugangs zu Kunstwerken, sondern auch für eine Lehrtätigkeit, mit der die Studierenden unmittelbar selbst zu schöpferisch-gestaltendem Wirken befähigt werden sollen. Dabei ist die künstlerische Lehrtätigkeit von einer Lehrtätigkeit ohne Kunstbezug abzugrenzen. Bei Misch Tätigkeiten ist es erforderlich, dass die künstlerischen Dienstleistungen zeitlich überwiegen oder zumindest das Arbeitsverhältnis prägen,

BAG 19.12.2018 – 7 AZR 79/17.

Die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 I 1 WissZeitVG genannten Personals ist auch zulässig, wenn **(1) die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert** wird, **(2) die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt** ist und **(3) die**

**Mitarbeiterin** oder der **Mitarbeiter überwiegend der Zweckbestimmung dieser Mittel entsprechend beschäftigt** wird; die vereinbarte Befristungsdauer soll dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen (§ 2 II WissZeitVG). Die Befristung eines Arbeitsvertrags aus Gründen der Drittmittelfinanzierung nach § 2 II 1 WissZeitVG setzt voraus, dass der **Drittmittelgeber** die **Zweckbestimmung der Mittel** für eine bestimmte Aufgabe und eine bestimmte Zeit vorgenommen hat. Daran fehlt es, wenn eine **Hochschule** oder einer ihrer Bediensteten **in eigener Verantwortung** festlegen kann, zu welchem **Zweck** die Drittmittel aus einer ihr zugewandten **Erbschaft** verwendet werden,

BAG 20.05.2020 – 7 AZR 72/19; BAG 23.05.2018 – 7 AZR 875/16.

Der Arbeitsvertrag eines Juniorprofessors an einer staatlich anerkannten Hochschule kann – anders als der Arbeitsvertrag eines Juniorprofessors an einer staatlichen Hochschule – nach den Vorschriften des WissZeitVG befristet werden. Ein Juniorprofessor an einer nach Landesrecht staatlich anerkannten Hochschule zählt zum wissenschaftlichen Personal i.S. von § 4 1 WissZeitVG und unterfällt dem personellen Geltungsbereich. Dieser ist nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes nach § 1 I 1 WissZeitVG ausgeschlossen. § 4 1 WissZeitVG verweist hinsichtlich des personellen Geltungsbereichs nicht auf § 1 I 1 WissZeitVG, sondern bestimmt den personellen Geltungsbereich für das Personal an staatlich anerkannten Hochschulen eigenständig. Dies ergibt die Auslegung von § 4 1 WissZeitVG,

BAG 23.10.2019 – 7 AZR 7/18.

Nach § 2 III 1 WissZeitVG sind auf die in § 2 I WissZeitVG geregelte zulässige Befristungsdauer alle befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit, die mit einer deutschen Hochschule oder einer Forschungseinrichtung im Sinne des § 5 WissZeitVG abgeschlossen wurden, sowie entsprechende Beamtenverhältnisse auf Zeit und Privatdienstverträge nach § 3 WissZeitVG anzurechnen. Zeiten, in denen kein Arbeitsverhältnis, Beamtenverhältnis auf Zeit oder Privatdienstvertrag bestand, werden nicht auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet,

BAG 08.06.2016 – 7 AZR 568/14, Rn. 20.

Nach § 2 III 3 WissZeitVG sind nur Zeiten eines befristeten Arbeitsverhältnisses, die vor dem Abschluss des Studiums liegen, nicht auf die nach § 2 I WissZeitVG zulässige Befristungsdauer anzurechnen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung können auch Beschäftigungszeiten, die im Rahmen eines während des Studiums begründeten befristeten Arbeitsverhältnisses als studentische Hilfskraft erbracht werden, ab dem Zeitpunkt des Studienabschlusses der Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer unterliegen. Die Anwendung der **Anrechnungsnorm** in **§ 2 III WissZeitVG** ist im Wege einer **teleologischen Reduktion** auf **Zeiten** solcher befristeter Beschäftigungsverhältnisse zu beschränken, die **zur wissenschaftlichen Qualifikation** genutzt werden können. Andere Beschäftigungen an

Hochschulen wie etwa reine Verwaltungstätigkeiten unterliegen deshalb nicht der Anrechnung. Nur durch eine teleologische Reduktion wird die ihrem Wortlaut nach zu weitgehende Anrechnungsbestimmung des § 2 III WissZeitVG ihrem Sinn und Zweck gerecht. Dieser besteht darin, eine **funktionswidrige Verwendung des Sonderbefristungsrechts des WissZeitVG** im Interesse der Innovationsfähigkeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen sowie zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer vor einer durch das Ziel der wissenschaftlichen Qualifizierung nicht mehr getragenen Befristung zu vermeiden,

vgl. BAG 27.09.2017 – 7 AZR 629/15 m.w.N.; BAG 23.03.2016 – 7 AZR 70/14, Rn. 32.

Die Anrechnungsregelung zielt einerseits darauf ab, die Qualifikationsphase zeitlich zu begrenzen, um das Ziel einer zügigen wissenschaftlichen bzw. künstlerischen Qualifizierung zu sichern,

vgl. BT-Drucks. 16/3438, Seite 15.

Andererseits sollen durch die Anrechnungsregelung nicht sonstige Beschäftigungen an der Hochschule oder Forschungseinrichtung erfasst werden, die nicht zur wissenschaftlichen Qualifikation genutzt werden können. Diesem Gesetzeszweck entspricht es auch, dass Arbeitsverhältnisse von bis zu einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit von der Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer ausgenommen wurden, weil diese realistischere nicht zur wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung genutzt werden können,

BT-Drucks. 14/6853, Seite 30.

Derartige Tätigkeiten können daher nicht die Möglichkeit des Arbeitnehmers beschränken, die jeweilige Qualifikationsphase in vollem Umfang auszunutzen,

BAG 27.09.2017 – 7 AZR 629/15 m.w.N.

Im Arbeitsvertrag ist anzugeben, dass die Befristung auf den Vorschriften des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes beruht (§ 2 IV 1 WissZeitVG – sog. **Zitiergebot**).

BAG 20.08.2014 – 7 AZR 924/12, Rn. 45.

Die Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen i.S. von § 1 I 1 WissZeitVG kann auf Sachgründe nach § 14 I TzBfG nicht gestützt werden, wenn die Befristung ausschließlich mit der wissenschaftlichen Qualifizierung des Arbeitnehmers begründet wird. Insoweit verdrängt § 2 I WissZeitVG als Sonderregelung § 14 I TzBfG. Genügt die Befristung nicht dem Zitiergebot des § 2 IV WissZeitVG, kann sie nicht mit der Begründung, die Beschäftigung diene der wissenschaftlichen Qualifizierung des Mitarbeiters, auf den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung gemäß § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden. Ebenso wenig kommt ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund gemäß § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG oder die Aus-, Fort- oder Weiterbildung als sonstiger Sachgrund i.S. von § 14 I 1 TzBfG in Betracht,



BAG 18.05.2016 – 7 AZR 533/14, Rn. 14 f.

Für die Beurteilung, ob die **Tätigkeit** eines Mitarbeiters insgesamt **wissenschaftlich geprägt** ist (vgl. § 1 I WissZeitVG), kommt es auf die **Umstände bei Vertragsschluss** an. Maßgeblich ist, was von dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags, einer Dienstbeschreibung oder sonstiger Umstände nach objektiven Gesichtspunkten erwartet wird. Eine Lehrtätigkeit ist auch dann als wissenschaftliche Dienstleistung anzusehen, wenn zwar keine eigenen Forschungserkenntnisse gelehrt, aber Erkenntnisse Dritter vermittelt und kritisch hinterfragt werden,

BAG 21.03.2018 – 7 AZR 437/16; *Krieger*, ArbRAktuell 2018, 340.

### **Praxistipp:**

Wissenschaftseinrichtungen sollten bei dem Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse zur Qualifizierung unbedingt das Zitiergebot nach § 2 VI 1 WissZeitVG beachten. Sollte im Nachhinein gerichtlich festgestellt werden, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes nicht eröffnet war, ist ein Rückgriff auf die Vorschriften des TzBfG und damit einen die Befristung rechtfertigenden Sachgrund nicht verbaut, vgl. *Müller*, öAT 2017, 89 f. unter Hinweis auf BAG 28.09.2016 – 7 AZR 549/14, Rn. 32. Der „Dienstaufgabenbeschreibung“ kommt bei der Bewertung der Befristung zentrale Dokumentationsfunktion zu, da sich aus ihr der Befristungszweck der wissenschaftlichen Qualifizierung bei Vertragsschluss ableiten lässt. Die Arbeitgeber sind entsprechend im Eigeninteresse angehalten, bei ihrer Erstellung größtmögliche Sorgfalt walten zu lassen, um im Streitfall auf die schriftliche Dokumentation zurückgreifen zu können, vgl. *Müller*, öAT 2017, 89 (90).

### **XVI. Betriebsrats-/Personalratsbeteiligung**

Sowohl der Abschluss als auch die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages stellen eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG dar, weshalb der Betriebsrat vor ihrer Umsetzung zwingend ordnungsgemäß zu beteiligen ist,

BAG 15.12.2011 – 7 ABR 36/10, Rn. 33; BAG 05.05.2004 – 7 AZR 629/03.

Hat der Personalrat bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen mitzubestimmen, genügt der Leiter der Dienststelle nach der Rechtsprechung des BAG seiner Unterrichtungspflicht, wenn für den Personalrat der Sachgrund für die Befristung seiner Art nach hinreichend deutlich wird (**typologisierende Bezeichnung des Befristungsgrunds**). Damit ist gewährleistet, dass der Arbeitgeber den Sachgrund nicht gegen einen Sachgrund austauschen kann, zu dem der Personalrat seine Zustimmung nicht erteilt hat,

BAG 14.06.2017 – 7 AZR 608/15; *Bader*, NZA-RR 2018, 169 (175).

Eine Verletzung des in einem Personalvertretungsgesetz eingeräumten Mitbestimmungsrechts führt zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede

BAG 14.06.2017 – 7 AZR 608/15, Rn. 38; *Bader*, NZA-RR 2018, 169 (175).

## **XVII. Sieben goldene Regeln**

### **Regel Nr. 1: Befristungsabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich erfolgen.**

Dies bestimmt § 14 IV TzBfG. Immer wieder kommt es in der Praxis vor, dass die Schriftform verkannt wird. Schriftform heißt für die HR-Praxis, dass die Befristungsabrede bzw. der Arbeitsvertrag von beiden Parteien eigenhändig im Original mit blauem Stift zu unterschreiben ist (vgl. § 125 BGB); also keine PDFs oder gescannte Unterschriften.

### **Regel Nr. 2: Befristete Verträge müssen vor Arbeitsaufnahme abgeschlossen werden.**

Erfolgt dies nicht, kommt durch Aufnahme der Tätigkeit zunächst ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande, da keine schriftliche und damit wirksame Befristungsabrede vorliegt (siehe Regel Nr. 1). Die nachfolgende Befristungsabrede wiederum ist nicht wirksam, da sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Arbeitnehmer bereits zuvor tätig war. Hierin liegt ein Verstoß gegen das sog. Vorbeschäftigungsverbot.

### **Regel Nr. 3: Sachgrundlose Befristungen sind unwirksam, wenn mit dem Arbeitnehmer „bereits zuvor“ ein Arbeitsverhältnis bestand.**

„Bereits zuvor“ bedeutet, dass es zu keinem Zeitpunkt zuvor ein Arbeitsverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien gegeben haben darf. Die im Jahr 2011 eingeschlagene Rechtsprechung des BAG, die eine dreijährige Karenz zwischen vorherigem Arbeitsverhältnis und Wiedereintritt ausreichen ließ, hat das Bundesverfassungsgericht erst jüngst wieder „einkassiert“. Das Vorbeschäftigungsverbot ist zwingend zu beachten. Ausnahmen, in denen eine Vorbeschäftigung unschädlich ist, sind selten, aber denkbar: wie z.B. bei einem vorherigen Berufsausbildungsverhältnis, da dieses nach der Rechtsprechung des BAG nicht als Arbeitsverhältnis gilt.

### **Regel Nr. 4: Die Dauer der Befristung darf insgesamt nicht mehr als zwei Jahre überschreiten.**

Dies bestimmt § 14 II 1 TzBfG. Längere Laufzeiten sind in der Regel unzulässig, es sei denn, dies ergibt sich z.B. aus tarifvertraglichen Regelungen (über die „Öffnung“ nach § 14 II 3 TzBfG),

hierzu *Hamann*, NZA 2019, 424,

oder den Sonderregelungen der § 14 IIa oder III TzBfG.

### **Regel Nr. 5: Innerhalb der maximal höchstzulässigen Befristungsdauer sind maximal drei Verlängerungen zulässig.**

Dies folgt ebenfalls aus § 14 II 1 TzBfG und wird in der Praxis oft übersehen. So kommt es immer wieder vor, dass zwar die Maximaldauer von derzeit zwei Jahren gewahrt ist, aber munter mehr als drei Verlängerungen erfolgen. Nach der Dritten ist stets Schluss, auch wenn das Arbeitsverhältnis z.B. erst 12 Monate bestand. Ausnahmen/Abweichungen: Tarifvertrag (über die „Öffnung“ nach § 14 II 3 TzBfG) oder § 14 IIa oder III TzBfG,

vgl. *Arnold*, NZA-RR 2020, 1, 3 f.

**Regel Nr. 6: Jede Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages ist vor Ablauf der vorausgehenden Befristung zu vereinbaren.**

Wie schon oben bei Regel Nr. 1 gezeigt, ist eine Befristungsabrede nach Arbeitsaufnahme aufgrund des Verstoßes gegen das Vorbeschäftigungsverbot unwirksam. So verhält es sich auch bei der Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen. Dies wird in der Praxis ebenfalls oft übersehen. Wenn eine Verlängerung geplant ist, müssen beide Parteien die Verlängerungsvereinbarung vor Ablauf der vorausgehenden Befristung schriftlich vereinbaren und es muss ein nachweisbarer Zugang der Willenserklärungen gegeben sein.

**Regel Nr. 7: Im Rahmen von „Verlängerungen“ dürfen keine Vertragsbedingungen abgeändert werden**

Dies ist besonders tückisch. Die Rechtsprechung des BAG ist äußerst streng, wenn es um den Begriff der „Verlängerung“ von Befristungsabreden geht. Zitat: *„Unter einer Verlängerung ist das einvernehmliche Hinausschieben des Endtermins zu verstehen.“* Nicht mehr, und nicht weniger. Im Klartext bedeutet das: Anlässlich der Verlängerung dürfen keine weiteren Absprachen getroffen werden, wie eine Anpassung der Arbeitszeit, des Gehalts oder sonstiger Vertragsbestimmungen. Aber Tipp: Die Änderung von Arbeitsbedingungen in einem laufenden befristeten Arbeitsverhältnis ohne Veränderung der Laufzeit des befristeten Vertrages unterliegt nicht der Befristungskontrolle. Es kommt daher auf ein versiertes HR-Management und das richtige Timing an.

**Was gilt bei Verstößen?**

In allen Fällen, in denen Arbeitgeber gegen die vorstehenden 7 goldenen Regeln verstößt, droht das **Damoklesschwert der Unwirksamkeit der Befristung**. § 16 TzBfG normiert für diesen Fall, dass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Dies wiederum hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer erfolgreich Entfristungsklage nach § 17 TzBfG erheben kann,

zum Streitpunkt „Entfristungsrichtlinien“ vgl. *Reufels/Heite*, ArbRB 2018, 206.

Abschließend bleibt abzuwarten, ob, wann und wie die aktuelle Regierung die Reform des Befristungsrechts (noch?) vorantreiben wird. Die goldenen Regeln werden sicher nicht verschwinden, ein Update ist ihnen aber sicher gewiss.

in Anlehnung an *Lüthge*, Blog von Kliemt Arbeitsrecht ([arbeitsrecht-weltweit.de](http://arbeitsrecht-weltweit.de)), 18.10.2018.