

eventuelles Schreiben des Integrationsamtes warten, sondern muss nach Eintreten der Zustimmungsfiktion tunlichst sofort für den Zugang der Kündigung sorgen, um nicht wie im oben beschriebenen Fall eine Überraschung zu erleben. Im konkreten Fall wird dabei dem AG nichts anderes übrigbleiben, als am Ende der Zustimmungsfrist beim Integrationsamt telefonisch zu klären, ob eine tatsächliche Zustimmung bereits erfolgt ist oder ob wegen Untätigbleibens des Integrationsamtes eine Zustimmung gem. § 91 III 2 SGB IX als erteilt gilt.

Hinweis: Wie bei der ordentlichen Kündigung kann sich der AN nur dann auf § 85 SGB IX berufen, wenn die Voraussetzungen des § 90 II a SGB IX vorliegen und bei Unkenntnis des AG von der Schwerbehinderteneigenschaft der AN ihm diese innerhalb von 3 Wochen mitgeteilt hat. 566

3. Betriebsräte

Die ordentliche Kündigung von Betriebsräten ist nach § 15 KSchG in dem dort genannten zeitlichen Rahmen unzulässig (Ausnahme: Betriebsstilllegung, § 15 IV KSchG). Bei einer zulässigen außerordentlichen Kündigung ist zu beachten, dass sie gem. § 103 I BetrVG nur mit – vorheriger – *Zustimmung* des Betriebsrats möglich ist. Das Verfahren nach § 103 I BetrVG ist rechtlich ein um das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung des Betriebsrats erweitertes Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, muss der AG innerhalb der Frist des § 626 II BGB deren Ersetzung beim Arbeitsgericht beantragen, § 103 II BetrVG.²⁸⁴ Da hierdurch stets die Frist des § 626 II BGB für die Erklärung der Kündigung versäumt wird, gilt § 91 V SGB IX analog, dh der AG muss unverzüglich nach Rechtskraft der Zustimmungsersetzung kündigen. Nach Ablauf des Betriebsratsmandats genießen Betriebsräte für ein Jahr nachwirkenden Bestandsschutz. Während dieser Zeit ist gleichfalls nur eine außerordentliche Kündigung möglich, jedoch bedarf es keiner Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG mehr. 567

4. Wehrpflichtige

AN, die ihren Grundwehrdienst oder eine Wehrübung ableisten, können in dem in § 2 I ArbPISchG genannten Zeitraum nicht ordentlich gekündigt werden. Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bleibt gem. § 2 III ArbPISchG unberührt. Im Übrigen darf unabhängig von dem Schutzzeitraum des § 2 I ArbPISchG auch nicht aus Anlass des Wehrdienstes gekündigt werden, § 2 II ArbPISchG. 568

5. Beendigung von Ausbildungsverhältnissen

a) Ablauf der Ausbildungszeit

Der Normalfall der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ist nach § 21 I BBiG der Ablauf der Ausbildungszeit. Für den Fall, dass der Azubi die Abschlussprüfung schon vorher besteht, ordnet § 21 II BBiG das Ende des Ausbildungsverhältnisses mit dem Bestehen der Prüfung an. Bei Nichtbestehen der Abschlussprüfung verlängert sich das Ausbildungsverhältnis nach § 21 III BBiG bis zum nächsten Prüfungs- oder auch zweiten Wiederholungstermin, längstenfalls für ein Jahr, jedoch nur auf Verlangen des Azubi. 569

b) Kündigung

Bei der Kündigung des Ausbildungsverhältnisses existieren zwei Varianten: 570

Während der Probezeit (§ 20 BBiG) ist die Kündigung gem. § 22 I BBiG jederzeit ohne Einhalten einer Kündigungsfrist möglich. Dies stellt die einfachste aller Kündigungsmöglichkeiten dar, da die Kündigung weder einen Kündigungsgrund braucht noch irgendwelche Fristen beachtet werden müssen (sog. entfristete ordentliche Kündigung). *Nach der Probezeit* allerdings bedarf es nach § 22 II Nr. 1 BBiG des Vorliegens eines wichtigen Grundes iSd § 626

²⁸⁴ Auch in diesem Fall kann eine Kündigung erst dann wirksam ausgesprochen werden, wenn der gerichtliche Ersetzungsbeschluss *rechtskräftig* geworden ist, BAG DB 1998, 2124.

I BGB bzw. ist eine ordentliche Kündigung nach § 22 II Nr. 2 BBiG mit einer Kündigungsfrist von 4 Wochen nur bei Aufgabe oder Wechsel der Berufsausbildung möglich.

- 571 Die Kündigung muss *schriftlich* und nach der Probezeit unter – genauer – *Angabe der Kündigungsgründe* erfolgen, § 22 III BBiG.²⁸⁵ Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB wird hier durch die speziellere Regelung des § 22 IV BBiG ersetzt.
- 572 Für alle in § 22 BBiG nicht geregelten Kündigungsfragen (zB Kündigung von schwangeren oder schwerbehinderten Azubis) ergibt sich die Lösung aus § 10 II BBiG. Diese Vorschrift bestimmt die Anwendbarkeit der für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze, soweit keine Regelung im BBiG existiert und sich aus Wesen und Zweck des Berufsbildungsverhältnisses nichts anderes ergibt. Das allgemeine Arbeitsrecht ist damit im Ergebnis weitgehend auch auf den Ausbildungsvertrag anwendbar.

c) Prozessuale Besonderheiten

- 573 Bei Klagen eines Azubi ist die etwas versteckt gelegene Vorschrift des § 111 II ArbGG zu berücksichtigen.²⁸⁶ Demzufolge können nach § 111 II 1 ArbGG zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Ausbildenden und Auszubildenden aus einem noch *bestehenden* Ausbildungsverhältnis – hierunter fällt auch der strittige Bestand nach einer *Kündigung* – Ausschüsse gebildet werden. Dieser Ausschuss fällt nach Anhörung der Parteien über den Streitfall einen Spruch. Wird dieser Spruch nicht innerhalb einer Woche von beiden Parteien anerkannt, kann gem. § 111 II 3 ArbGG binnen zwei Wochen Klage beim Arbeitsgericht erhoben werden. Das Einhalten dieser Frist ist (ebenso wie die Durchführung des Verfahrens vor dem Ausschuss als solches, § 111 II 5 ArbGG) *Zulässigkeitsvoraussetzung* der Klage und verdrängt die Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG. Existiert ein solcher Ausschuss nicht, so hat der Auszubildende die dreiwöchige Klagfrist der §§ 13 I 2, 4 KSchG einzuhalten, wenn er sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen will.²⁸⁷

6. Massenentlassungen

- 574 AN, die von einer Massenentlassung betroffen sind, können die Unwirksamkeit der Kündigung rügen, wenn der AG keine Anzeige nach § 17 I KSchG bei der Agentur für Arbeit erstattet hat. Eine Massenentlassung liegt vor, wenn innerhalb von 30 Tagen eine nach § 17 I KSchG definierte Anzahl von AN entlassen wird, wobei gem. § 17 IV 2 KSchG außerordentliche Kündigungen nicht gezählt werden. Die Anzeigepflicht besteht auch bei anderen vom AG veranlassten Beendigungen des Arbeitsverhältnisses, zB durch Aufhebungsvertrag, § 17 I 2 KSchG.
- 575 Die Vorschriften der §§ 17 bis 22 KSchG sind zwar arbeitsmarktpolitischer Natur (die Agentur für Arbeit soll sich auf eine größere Zahl von Arbeitslosen vorbereiten können), doch erwächst aus der Verletzung der Anzeigepflicht auch ein privatrechtlicher Kündigungsschutz. Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁸⁸ und des BAG²⁸⁹ ist mit dem in den §§ 17 f. KSchG genannten Begriff »Entlassung« nicht der Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis, sondern der Kündigungsausspruch gemeint.
- 576 Die Massenentlassungsanzeige muss also vor der Kündigung erfolgen, ansonsten ist die Kündigung unwirksam.²⁹⁰ Der AG kann die Kündigung direkt im Anschluss an die erstattete Anzeige aussprechen. Liegt der Kündigungstermin vor Ablauf der Sperrfrist des § 18 I KSchG, so wirkt die Kündigung erst einen Monat nach Eingang der Anzeige bei der Arbeitsagentur.²⁹¹

285 Ein Verstoß dagegen führt gem. §§ 125 S. 1, 126 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung.

286 → Rn. 28.

287 BAG DB 1999, 1408.

288 EuGH NZA 2005, 213.

289 BAG NZA 2006, 971; 2007, 25; 2008, 753.

290 BAG Urt. v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, NZA 2013, 845; Urt. v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267.

291 BAG Urt. v. 6.11.2008 – 2 AZR 924/07, NZA 2009, 1013.

XVII. Kündigungsfrist

Die Grundkündigungsfrist für AG und AN beträgt nach § 622 I BGB 4 Wochen zum 15. oder zum Ende des Monats. Bei einer Beschäftigungsdauer ab 2 Jahren verlängert sich die Kündigungsfrist des AG stufenweise gem. § 622 II BGB bis zu 7 Monaten. Die verlängerten Kündigungsfristen gelten nach ihrem Wortlaut nur für die Kündigung durch den AG und nicht auch für den AN. Bei der Berechnung der Kündigungsfrist sind *auch Zeiten vor dem 25. Lebensjahr* zu berücksichtigen. § 622 II 2 BGB ist nicht mehr anzuwenden. Es liegt eine nach § 1 AGG verbotene Benachteiligung wegen des Alters vor.²⁹² Während einer vereinbarten *Probezeit*,²⁹³ maximal für 6 Monate, reduziert sich die Kündigungsfrist auf 2 Wochen, § 622 III BGB.²⁹⁴ 577

Kürzere als die gesetzlichen Fristen können in Tarifverträgen enthalten sein, § 622 IV BGB. Auch eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf tarifliche Kündigungsvorschriften und damit zusammenhängend auf die entsprechenden Kündigungsfristen ist möglich, § 622 IV 2 BGB. In Arbeitsverträgen kann gem. § 622 V BGB nur in sehr begrenztem Umfang von der Grundfrist des Abs. 1 abgewichen werden. Praktisch bedeutsam ist vor allem die Regelung des § 622 V 1 Nr. 2 BGB, wonach der AG bei Vorliegen der dort genannten Betriebsgröße bei der vierwöchigen Kündigungsfrist nicht auf die Endtermine 15. oder Monatsende beschränkt ist. Die verlängerten Fristen des § 622 II BGB und die Probezeitkündigungsfrist des § 622 III BGB sind nach § 622 V BGB arbeitsvertraglich nicht dispositiv. Die Vereinbarung *längerer Kündigungsfristen* ist dagegen jederzeit möglich. Dabei ist aber als *Kündigungstermin* das *Monatsende* zwingend und gilt auch für den Fall, dass der AG bei Ausspruch der Kündigung freiwillig eine längere Kündigungsfrist gewählt hat.²⁹⁵ Gem. § 622 VI BGB darf die Frist für die Kündigung durch den AN nicht länger sein als für die AG-Kündigung. 578

Beginn und Ende der Kündigungsfrist bestimmen sich nach §§ 187 I, 188 II Alt. 1 BGB. Fällt der letzte Tag der Kündigungsfrist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, so endet das Arbeitsverhältnis an diesem Tag. § 193 BGB ist (mangels einer Verpflichtung zur Abgabe einer fristgebundenen Willenserklärung) nicht anwendbar. 579

Spricht der AG eine Kündigung »zum nächstmöglichen Zeitpunkt« oder »zum nächstzulässigen Termin« aus, so genügt diese Kündigung idR dem *Bestimmtheitsgebot*. Eine solche Kündigungserklärung ist typischerweise dahingehend auszulegen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der gesetzlichen, tariflichen oder arbeitsvertraglichen Regelungen als frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt.²⁹⁶

Wird eine Kündigung zu einem falschen (verfrühten) Termin erklärt, so ändert dies nichts an der Wirksamkeit der Kündigung selbst. Die Kündigung mit zu kurzer Kündigungsfrist wird in eine Kündigung mit der richtigen Frist ausgelegt.²⁹⁷ Wenn aber aus der Kündigungserklä- 580

292 EuGH Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85 – Küçükdevici; BAG Urt. v. 1.9.2010 – 5 AZR 700/09, NZA 2010, 1409 und Urt. v. 29.9.2011 – 2 AZR 177/10, NZA 2012, 754 Rn. 22 ff.

293 **Hinweis:** Die in § 622 III BGB genannte Probezeit darf nicht mit dem *befristeten Arbeitsverhältnis zur Probe* gem. § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG verwechselt werden, welches nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich oder der Vereinbarung einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit gem. § 15 III TzBfG gekündigt werden kann und ansonsten erst mit Ablauf der Befristungszeit endet. Ein solches liegt aber nur vor, wenn die Befristungsvereinbarung klar erkennbar ist (Formulierung zB: »Zwischen A und B wird ein befristeter Arbeitsvertrag bis ... geschlossen. Er dient der Erprobung des Arbeitnehmers.«).

294 Die Bedeutung der Probezeit in rechtlicher Hinsicht wird allgemein weit überschätzt. Außer der Verkürzung der Kündigungsfrist ergeben sich tatsächlich keine weiteren Rechtswirkungen daraus. Insbesondere wird der Kündigungsschutz als solcher davon nicht berührt, weil sämtliche Kündigungsschutzvorschriften unabdingbar sind.

295 BAG NZA 2008, 476; Urt. v. 21.8.2008 – 8 AZR 201/07, NZA 2009, 29.

296 BAG Urt. v. 20.6.2013 – 5 AZR 805/11, NZA 2013, 1137 und Urt. v. 23.5.2013 – 2 AZR 54/12, NZA 2013, 1197.

297 BAG Urt. v. 15.5.2013 – 5 AZR 130/12, NZA 2013, 1076; NZA 2006, 791.

8. Kapitel. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

rung selbst zu erkennen ist, dass eine Kündigung bewusst zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt ausgesprochen wurde, ist eine derartige Auslegung nicht möglich. Die Kündigung kann dann aber gem. § 140 BGB in eine Kündigung zum rechtlich zulässigen Zeitpunkt umgedeutet werden.²⁹⁸ Dabei ist es dem AN möglich, in seiner Klage lediglich die nicht eingehaltene Kündigungsfrist zu rügen und die Tatsache der Kündigung selbst zu akzeptieren. In diesem Fall muss, da es ja nicht um die Wirksamkeit der Kündigung an sich geht, die Frist des § 4 KSchG nicht eingehalten werden.²⁹⁹ Der Entscheidungssatz im Tenor des Urteils würde dann folgendermaßen lauten:

Es wird festgestellt, dass die Kündigung vom ... das Arbeitsverhältnis des Klägers erst zum ... aufgelöst hat.

Im Normalfall wird der AN mit seiner Klage jedoch die Kündigung insgesamt angegriffen haben. Ist diese wirksam und nur die Kündigungsfrist falsch berechnet, so muss zusätzlich zum obigen Tenorsatz eine Klageabweisung im Übrigen ausgesprochen werden.

- 581 **Klausurhinweis:** Da eine falsche Kündigungsfrist die Wirksamkeit der Kündigung selbst nicht berührt, darf die Kündigungsfrist im Urteil erst nach der Prüfung (und Bejahung) der Wirksamkeit der Kündigung behandelt werden.
- 582 Ein weiteres Problem stellt die *Kündigung vor Dienstantritt* dar. Dass vor dem geplanten Arbeitsbeginn überhaupt gekündigt werden kann, ist unumstritten.³⁰⁰ Es lässt sich aber immer nur im Einzelfall entscheiden, wann die Kündigungsfrist in diesem Fall zu laufen beginnt, ob mit *Zugang* der Kündigung oder erst mit dem *Tag des geplanten Arbeitsantritts*. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG³⁰¹ liegt eine Vertragslücke vor, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist. Danach sind die Umstände des Einzelfalls, abhängig von der jeweiligen beiderseitigen Interessenlage, maßgebend. Wurde in dem abgeschlossenen Arbeitsvertrag zB die kürzest zulässige Kündigungsfrist oder eine Probezeit vereinbart, so ist anzunehmen, dass die Vertragsparteien auf eine Arbeitsaufnahme verzichtet hätten, falls sie die Möglichkeit der Kündigung vor Dienstantritt in Erwägung gezogen hätten. In diesem Fall beginnt die Kündigungsfrist mit Zugang der Kündigung zu laufen.

C. Befristetes Arbeitsverhältnis

- 583 Für befristete Arbeitsverhältnisse gelten gem. § 620 III BGB die §§ 14 ff. TzBfG. Als *befristet beschäftigte* AN werden nach § 3 I TzBfG AN mit einem kalendermäßig befristeten oder zweckbefristeten³⁰² Arbeitsvertrag definiert. Auch *auflösend bedingte* Arbeitsverträge werden gem. § 21 TzBfG weitgehend den befristeten Arbeitsverträgen gleichgestellt. Die Vorschriften der §§ 14 ff. TzBfG sind mit Ausnahme von § 14 II 3 und 4 TzBfG *nicht* zuungunsten des AN *abdingbar*, § 22 I TzBfG.

I. Schriftform

- 584 **Fall 1:** A war seit März 2000 als Kfz-Meister bei V, der als VW-Vertragshändler ein Autohaus betrieb, beschäftigt. Im Januar 2014 entschloss sich V, seinen Betrieb stillzulegen und kündigte am 31.1.2014 das Arbeitsverhältnis mit A zum 28.2.2014. Dagegen erhob dieser fristgerecht Kündigungsschutzklage. Am 19.3.2014 erhielt A folgendes Schreiben des V:

298 BAG Urt. v. 1.9.2010 – 5 AZR 700/09, NZA 2010, 1409.

299 BAG NZA 2006, 791.

300 BAG AP BGB § 620 Nr. 1.

301 Zuletzt BAG DB 2004, 1089.

302 Befristung nicht für einen datumsmäßig genannten Zeitraum, sondern zB bis zur Rückkehr des erkrankten AN, zu dessen Vertretung die Einstellung erfolgt ist.

»Sehr geehrter Arbeitnehmer, ich erwarte Sie am 24.3.2014 um 8 Uhr zur Arbeit. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung Ihres Arbeitsgerichtsverfahrens benötige ich Sie zum Zwecke von Abwicklungsarbeiten.«

A nahm tatsächlich am 24.3.2014 die Arbeit auf. Mit Schriftsatz vom 10.4.2014 erweiterte A seine Klage um den Antrag, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auf unbestimmte Zeit fortbestehe. Nach seiner Meinung ist durch die Aufforderung des V vom 19.3.2014, zur Arbeit zu erscheinen, und seine tatsächliche Aufnahme der Tätigkeit am 24.3.2014 ein befristetes Arbeitsverhältnis für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses zustande gekommen. Die vereinbarte Befristung sei aber mangels Schriftform unwirksam.

Wie ist über den Klageantrag vom 10.4.2014 zu entscheiden, wenn das Arbeitsgericht feststellt, dass die Kündigung vom 31.1.2014 tatsächlich wirksam war?

Fall 2:³⁰³ Der Kläger war zunächst aufgrund zweier befristeter Arbeitsverträge vom 1.1. bis 30.6.2013 und vom 1.7. bis 31.12.2013 beim Beklagten als Facharbeiter beschäftigt. Ende November 2013 informierte der zuständige Meister den Kläger darüber, dass eine Weiterbeschäftigung auf seinem Arbeitsplatz nicht in Frage komme. Der Personalchef P teilte ihm Anfang Dezember mit, dass aufgrund eines Krankheitsfalles eine befristete Beschäftigung in einer anderen Werkstatt möglich sei und forderte ihn auf, sich beim dortigen Meister vorzustellen. Der Kläger nahm den Vorstellungstermin absprachegemäß wahr. Daraufhin übersandte P an den Kläger am 6.12.2013 einen von ihm bereits unterzeichneten Arbeitsvertrag und ein Anschreiben mit folgendem Text:

»Wir stellen Sie als Facharbeiter für unsere Werkstatt in R ein. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.1.2014 und endet am 31.8.2014. Diesen Vertrag erhalten Sie in doppelter Ausfertigung. Schicken Sie uns bitte die Kopie möglichst bald unterschrieben zurück.«

Am 2.1.2014 trat der Kläger seine Arbeit an und übergab in der Mittagspause P das von ihm unterschriebene Vertragsexemplar.

In der Befristungskontrollklage ist an sich nur die Wirksamkeit der Befristung des Arbeitsvertrags zu prüfen. Dies setzt aber voraus, dass überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Die Aufforderung nach Ausspruch der Kündigung, die Arbeit befristet wieder aufzunehmen (Angebot) und die am 23.3.2014 erfolgte tatsächliche Arbeitsaufnahme (konkludente Annahme) haben im **Fall 1** zum Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages geführt. Fordert nämlich der AG einen gekündigten AN nach Ablauf der Kündigungsfrist auf, seine Tätigkeit bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage fortzuführen, geht der Wille der Parteien regelmäßig dahin, das Arbeitsverhältnis, das der AG beenden möchte, bis zur endgültigen Klärung, ob die Kündigung wirksam geworden ist, fortzusetzen. Anders wäre die Sachlage nur, wenn der AG den AN zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungsurteil beschäftigen will.³⁰⁴ 585

Der durch konkludentes Handeln geschlossene Vertrag ist zweckbefristet iSv § 3 I 2 TzBfG bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage.³⁰⁵ Die Befristung des Arbeitsvertrags bedarf nach § 14 IV TzBfG der Schriftform. Andernfalls gilt nach § 16 S. 1 TzBfG der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Im **Fall 1** haben die Parteien die Befristung nicht schriftlich (§ 126 II BGB) vereinbart. Das Schreiben des V stellt zwar ein schriftliches Angebot dar, jedoch fehlt es an einer schriftlichen Annahme. A hat das Angebot lediglich durch konkludentes Handeln angenommen. Die Befristung ist daher unwirksam, das Arbeitsverhältnis besteht auf unbestimmte Zeit fort.³⁰⁶ 586

303 Fall nach BAG NZA 2008, 1184.

304 So BAG DB 2004, 2815.

305 Es liegt keine auflösende Bedingung vor, denn bei dieser ist ungewiss, ob das zukünftige Ereignis überhaupt eintreten wird. Eine Entscheidung über die Kündigungsschutzklage ist jedoch ein sicheres Ereignis.

306 BAG DB 2004, 1089; NZA 2008, 108; Urt. v. 23.4.2009 – 6 AZR 533/08, NZA 2009, 1260.

- 587 In einer weiteren Entscheidung hat das BAG³⁰⁷ eine ähnliche Lösung auch für den Fall gefunden, dass bei einem Vorstellungsgespräch für einen Arbeitsplatz Mitte Oktober mündlich ein befristeter Arbeitsvertrag ab November vereinbart worden war, der dann am 10.11. schriftlich unterzeichnet wurde. Auch hier kam das BAG zu der Lösung, dass die mündliche Abrede gem. § 14 IV TzBfG formnichtig war, sodass nach § 16 S. 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden ist. § 154 II BGB ist auf den Fall nicht anwendbar, da § 154 II BGB die Beurkundung des gesamten Vertrags betrifft, das Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG sich aber nur auf die Vereinbarung der Vertragsdauer bezieht. Auch handelt es sich bei § 14 IV TzBfG nicht um ein gewillkürtes, sondern um ein gesetzliches Schriftformerfordernis.³⁰⁸ Auch § 141 II BGB kann den Formmangel nicht heilen.³⁰⁹ Dasselbe gilt, wenn die Arbeitsvertragsparteien während der Laufzeit eines befristeten Vertrags mündlich dessen Verlängerung vereinbaren, diese Vereinbarung aber erst nach Ablauf des zu verlängernden Vertrags schriftlich niederlegen. Auch in diesem Fall ist gem. §§ 14 IV, 16 TzBfG ein Dauerarbeitsverhältnis entstanden.³¹⁰ Das Schriftformerfordernis ist dagegen gewahrt, wenn die Parteien im späteren schriftlichen Arbeitsvertrag abweichend von der mündlichen Abrede keine Befristung oder eine Befristung zu einem anderen Zeitpunkt vereinbart haben. In diesem Fall wird im schriftlichen Vertrag eine eigenständige Befristungsabrede getroffen.³¹¹
- 588 Im Fall 2 wurde die Schriftform dagegen gewahrt. Die Rechtslage stellt sich nämlich anders dar, wenn der AG den *Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch den AN abhängig gemacht* hat. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn der AG dem AN ohne vorangegangene Absprache ein von ihm bereits unterschriebenes Vertragsformular mit der Bitte um Unterzeichnung übersendet. Hier macht der AG deutlich, dass der Vertrag nur bei Wahrung des Schriftformerfordernisses zustande kommen soll. Nimmt der AN vor diesem Zeitpunkt die Arbeit auf, besteht zwischen den Parteien nur ein faktisches Arbeitsverhältnis.

II. Befristung mit Sachgrund

- 589 **Fall:** A war bei X vom 15.1.2012 bis 28.2.2014 aufgrund von insgesamt vier befristeten Arbeitsverträgen zur Vertretung der erkrankten Z als Reinigungskraft tätig. A ist der Ansicht, dass die Befristungen unwirksam sind, weil überhaupt nicht abzusehen sei, wann die erkrankte Z wieder auf ihren Arbeitsplatz zurückkehren werde. Somit fehle es am erforderlichen Sachgrund für eine Befristung.
- 590 Nach § 14 I TzBfG ist für eine Befristung stets ein sachlicher Grund notwendig (außer in den Fällen der erleichterten Befristung nach § 14 II, II a und III TzBfG). Die Betriebsgröße oder Dauer der Befristung spielt dabei keinerlei Rolle. Eine – nicht abschließende – Aufzählung von *Sachgründen* findet sich in § 14 I 2 Nr. 1–8 TzBfG. Ein Sachgrund kann immer dann angenommen werden, wenn die Vertragsparteien *bei Abschluss des Arbeitsvertrags* die Prognose stellen können, die Beschäftigungsmöglichkeit für den AN werde zu einem bestimmten Zeitpunkt entfallen. Bloße Befürchtungen über Schwankungen der Konjunktur können daher eine Befristung nach § 14 I Nr. 1 TzBfG nicht rechtfertigen, da diese zum Unternehmerrisiko gehören.³¹² Bei der Überprüfung des Sachgrundes ist immer nur auf den *letzten Arbeitsvertrag* abzustellen, da der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages gleichzeitig auch die stillschweigende Aufhebung eines – eventuell noch bestehenden – früheren Arbeitsvertrages beinhaltet.³¹³ Hat jedoch der AN Klage nach § 17 TzBfG auf Feststellung erhoben, dass sein Arbeitsverhältnis durch eine Befristungsvereinbarung nicht beendet ist, haben nachfolgende Befris-

307 BAG NZA 2005, 575.

308 BAG NZA 2008, 1184.

309 Genaue Begründung bei BAG NZA 2005, 575.

310 BAG NZA 2005, 923.

311 BAG NZA 2008, 108.

312 BAG DB 2001, 284.

313 BAG NZA 2007, 566; 2008, 295.

tungsvereinbarungen ausnahmsweise nicht zur Folge, dass der vorangehende Vertrag aufgehoben worden ist. Vielmehr enthalten Folgeverträge in diesem Fall den konkludent vereinbarten Vorbehalt, der nachfolgende Vertrag solle nur dann maßgeblich sein, wenn nicht bereits aufgrund einer vorherigen unwirksamen Befristung ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit besteht.³¹⁴

Eine wirksame Befristung setzt nicht voraus, dass der Befristungsgrund Vertragsinhalt geworden ist. Es ist ausreichend, wenn der sachliche Grund bei Vertragsschluss objektiv vorliegt.³¹⁵ Auch spielt es keine Rolle, wenn im Arbeitsvertrag ein anderer Sachgrund oder § 14 II TzBfG als Rechtfertigung für die Befristung genannt wurde.³¹⁶ Im **Fall** spielt es zunächst keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt die erkrankte ANin auf ihren Arbeitsplatz zurückkehren wird. Entscheidend ist die bei Abschluss des befristeten Vertrages zu stellende Prognose, dass der *Vertretungsbedarf nur vorübergehend* ist. Auch die bisherige Anzahl und Dauer der befristeten Arbeitsverträge ist rechtlich ohne Belang.³¹⁷ Die *Dauer der Befristung* bedarf keiner eigenen sachlichen Rechtfertigung.³¹⁸ Dem AG steht es frei, wie er den Arbeitsausfall überbrücken will. Nur wenn die Befristungsdauer – neben anderen Umständen – darauf hinweist, dass der Sachgrund der Befristung nur vorgeschoben ist, kann dieser inzident eine gewisse Bedeutung beigemessen werden. Jedoch kann der AG auch bei längerer Krankheitsdauer grundsätzlich davon ausgehen, dass die zu vertretende Stammkraft wieder zurückkehren wird.³¹⁹ 591

Aus dem bloßen Umstand, dass für einen AG von vornherein absehbar war, dass in seinem Betrieb ein ständiger Vertretungsbedarf bestehen wird, etwa weil erfahrungsgemäß immer eine bestimmte Zahl von AN in Elternzeit sein werden, und er dennoch wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückgegriffen hat, obwohl diese Vertretungen auch durch die Einstellung von AN mit unbefristeten Arbeitsverträgen hätte abgedeckt werden können, folgt nicht zwangsläufig die Unwirksamkeit einer Vertretungsbefristung.³²⁰ Jedoch ist eine zusätzliche Prüfung nach den Grundsätzen des *institutionellen Rechtsmissbrauchs*, § 242 BGB, vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Gesamtdauer der befristeten Verträge und die Anzahl der Vertragsverlängerungen.³²¹ Es besteht noch kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle, wenn die in § 14 II 1 TzBfG für eine sachgrundlose Befristung bezeichneten Grenzen nicht um ein Mehrfaches überschritten sind. Von Bedeutung ist auch, ob der AN stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wird oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt. Zu berücksichtigen ist ferner die Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge sowie die Frage, ob und in welchem Maße die vereinbarte Befristungsdauer zeitlich hinter dem zu erwartenden Vertretungsbedarf zurückbleibt.³²²

Der Sachgrund der Vertretung setzt auch nicht voraus, dass der befristet eingestellte AN die von der ausfallenden Stammkraft bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt.³²³ Der für eine Vertretung erforderliche Kausalzusammenhang liegt vor, wenn der AG tatsächlich und rechtlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden AN im Falle seiner Weiterarbeit den Aufgabenbereich des Vertreters zu übertragen. 592

314 BAG DB 2004, 1434; Urt. v. 13.8.2008 – 7 AZR 513/07, NZA 2009, 27.

315 BAG DB 2002, 85; 2004, 2585.

316 BAG Urt. v. 13.2.2013 – 7 AZR 225/11, NZA 2013, 777.

317 BAG DB 2001, 871; Urt. v. 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34.

318 BAG DB 2001, 870; NZA 2005, 469; Urt. v. 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34.

319 BAG Urt. v. 29.6.2011 – 7 AZR 6/10, NZA 2011, 1346.

320 EuGH Urt. v. 26.1.2012 – C-586/10, DB 2012, 290 – Kükük.

321 Nach BAG Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359 ergeben sich bei einer Gesamtdauer von 8 Jahren und 4 Befristungen für einen Rechtsmissbrauch noch keine Anhaltspunkte!

322 Vgl. dazu die Grundsatzentscheidungen des BAG Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359; Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351; Urt. v. 13.2.2013 – 7 AZR 225/11, NZA 2013, 777.

323 BAG Urt. v. 6.10.2010 – 7 AZR 397/09, NZA 2011, 1155; Urt. v. 12.1.2011 – 7 AZR 194/09, NZA 2011, 507; Urt. v. 4.5.2011 – 7 AZR 252/10, NZA 2011, 1178.

III. Befristung ohne Sachgrund

- 593 Nach § 14 II TzBfG ist eine Befristung bis zu 2 Jahren ohne weitere Gründe zulässig, wobei in diesem Zeitraum auch mehrere (maximal vier) Verträge geschlossen werden können.³²⁴ Voraussetzung der Zulässigkeit von *mehreren Verträgen* ist allerdings, dass eine *Verlängerung* iSd § 14 II 1 Hs. 2 TzBfG vorliegt. Nach der Rechtsprechung des BAG³²⁵ kann von einer Verlängerung nur gesprochen werden, wenn
- die Verlängerung vor Ablauf oder zumindest im unmittelbaren Anschluss an den zu verlängernden Vertrag vereinbart wurde und
 - die bisherigen Vertragsbedingungen im Wesentlichen unverändert bleiben.
- 594 Unschädlich ist es jedoch, wenn die Parteien während der Laufzeit des befristeten Arbeitsverhältnisses eine Änderung der Arbeitsbedingungen vereinbaren. Eine Vertragsverlängerung nach § 14 II 1 TzBfG setzt nicht voraus, dass die Bedingungen des Ausgangsvertrags während der Gesamtdauer der Vertragslaufzeit unverändert beibehalten werden. Die Änderung darf nur nicht im Zusammenhang mit der Vertragsverlängerung erfolgen.³²⁶ Allerdings können die Parteien anlässlich der Verlängerung Anpassungen des Vertragstextes an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende (veränderte) Rechtslage vornehmen oder Arbeitsbedingungen vereinbaren, auf die der AN einen Anspruch hat.³²⁷
- 595 Eine Befristung nach § 14 II 1 TzBfG ist jedoch ausgeschlossen, wenn mit *demselben AG zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand*, § 14 II 2 TzBfG.³²⁸ Diese Regelung ist so zu verstehen, dass nach Ausschöpfung der Befristungsmöglichkeit des § 14 II 1 TzBfG (inklusive der Verlängerungsmöglichkeiten) weitere befristete Arbeitsverträge ohne Sachgrund nicht mehr möglich sind. Da dies auch ein Einstellungshindernis darstellen kann, ist § 14 II 2 TzBfG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Verbot einer neuen sachgrundlosen Befristung nicht entgegensteht, wenn – in Anlehnung an das Verjährungsrecht – zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem neuen Arbeitsvertrag mehr als *drei Jahre* liegen.³²⁹ AG iSd § 14 II 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber, dh die natürliche oder juristische Person, die mit dem AN den befristeten Vertrag geschlossen hat.³³⁰
- 596 Bei *Gründung eines Unternehmens* sind die Möglichkeiten zur Befristung erweitert. Hier hat der Gesetzgeber den maximalen Befristungszeitraum auf 4 Jahre (inklusive etwaiger Verlängerungen) ausgedehnt, § 14 II a TzBfG. Eine noch weitergehende Befristungsmöglichkeit ist in § 14 III TzBfG für AN, die das *52. Lebensjahr* vollendet haben, unter den dort genannten Einschränkungen vorgesehen. Sonstige für die Praxis wichtige Befristungsmöglichkeiten sind in § 21 BEEG und dem *Wissenschaftszeitvertragsgesetz* normiert, siehe § 23 TzBfG.

IV. Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses

- 597 Das *kalendermäßig befristete* Arbeitsverhältnis endet nach § 15 I TzBfG mit Zeitablauf. Bei einer *Zweckbefristung* endet das Arbeitsverhältnis mit Erreichung des Zwecks, frühestens jedoch 2 Wochen nach der schriftlichen Unterrichtung des AN durch den AG über den Zeitpunkt der Zweckerreichung, § 15 II TzBfG. Die Möglichkeit einer *ordentlichen Kündigung* kann im Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag vereinbart werden, § 15 III TzBfG; ansonsten ist sie mit Ausnahme von § 16 S. 2 iVm § 15 IV TzBfG ausgeschlossen. Eine *außerordentliche Kündigung* (bei Vorliegen eines wichtigen Grundes) ist dagegen jederzeit zulässig. Wird das

324 Dies ist tarifvertraglich abdingbar, § 14 II 3 TzBfG.

325 BAG DB 2001, 100; NZA 2006, 605.

326 BAG NZA 2006, 154; 2006, 605.

327 BAG NZA 2008, 701.

328 Vorherige *andere* Vertragsverhältnisse mit dem späteren AG (zB ein Ausbildungsvertrag) stehen der Befristung nach § 14 II TzBfG nicht entgegen, BAG NZA 2006, 154.

329 Genaue Begründung siehe BAG Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905.

330 BAG NZA 2007, 443; 2008, 1347; Urt. v. 9.3.2011 – 7 AZR 657/09, NZA 2011, 1147; Urt. v. 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255.