

Neues zur Befristung.....	2
I. Einleitung	2
II. Die Sachgrundbefristung.....	2
1. Die Küçük-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkung auf das nationale Recht.....	3
a) Die 1. Stufe der Prüfung der Sachgrundbefristung.....	6
aa) Dauer der Befristung.....	6
aaa) Fortbestehende Grundsätze	6
bbb) Ausnahme: Diskriminierung durch die Dauer der Befristung.....	7
bb) Mehrfache Befristung.....	9
b) Die – neue – 2. Stufe der Prüfung der Sachgrundbefristung: Institutioneller Rechtsmissbrauch	9
aa) Die auf der 2. Stufe zu berücksichtigenden Kriterien	10
bb) Konkrete Folgerungen	11
2. Neues zu einzelnen Sachgründen	12
a) Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen bei fremdbestimmter und Abordnungsvertretung	12
aa) Prognose	13
bb) Kausalität	14
b) Vorübergehender Bedarf	16
c) Gerichtlicher Vergleich	17
d) Achtung Risiko: Weiterbeschäftigung während des Bestandsschutzverfahrens.....	18
e) Weiterbeschäftigung nach der Altersgrenze: Der neue § 41 Satz 3 SGB VI	21
III. Die sachgrundlose Befristung	23
1. Verlängerung (§ 14 Abs. 2 Satz 1 2. Hs. TzBfG).....	24
2. Die zeitliche Reichweite des Anschlussverbotes (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG)	27
3. Sachgrundlose Befristung und Arbeitnehmerüberlassung	29
4. Sachgrundlose Befristung eines Betriebsratsmitglieds.....	31
5. Sachgrundlose Befristung aufgrund Tarifvertrags	32
IV. Neues zum Annahmeverzug.....	33

Neues zur Befristung

I. Einleitung

Das Befristungsrecht ist in Bewegung geraten. Motor ist allerdings nicht der Gesetzgeber. Dieser hat in jüngerer Zeit eine ruhige Hand bewiesen. Das Befristungsrecht ist zum 1. Januar 2001 und damit vor mehr als zehn Jahren erstmals umfassend kodifiziert worden. Seither sind nur einzelne Änderungen vorgenommen worden. Die zuletzt vorgenommene praktisch bedeutsame Neuregelung des Befristungsrechts hat der Gesetzgeber nicht im TzBfG, sondern im SGB VI angesiedelt. Auf die Vorschrift des § 41 Satz 3 SGB VI komme ich zurück.

Neue Entwicklungen sind im Bereich der Sachgrundbefristung insbesondere durch europarechtliche Vorgaben und Vorlagen an den EuGH und deren Umsetzung durch das BAG angestoßen worden. Von besonderer praktischer Bedeutung ist bei mehrfachen Befristungen die Frage, welche Auswirkung die Gesamtdauer und die Zahl der geschlossenen Verträge auf die Wirksamkeit einer mit einem Sachgrund gerechtfertigten Befristungsvereinbarung haben. Hierauf gehe ich sogleich ein.

Bei der sachgrundlosen Befristung ist nach wie vor die zeitliche Reichweite des Anschlussverbotes heftig umstritten. Gleiches gilt für die Auslegung des Begriffs der „Verlängerung“. Mit diesen Fragen werde ich mich im zweiten Teil des Vortrags beschäftigen.

Abschließend möchte ich auf eine praktisch wichtige Entscheidung des 5. Senats des BAG zum Annahmeverzug nach Befristungsablauf eingehen.

II. Die Sachgrundbefristung

Ich wende mich zunächst der Sachgrundbefristung zu. Hier haben zwei Problemfelder seit jeher für intensive und kontrovers geführte Diskussionen gesorgt. Angesprochen sind die Fragen, welchen Einfluss einerseits die Dauer einer Befristung und andererseits die Häufigkeit einzelner Verträge auf die Wirksamkeit einer Befristung haben. Der EuGH hat den 7. Senat des BAG in der Kücük-Entscheidung zu einer **teilweisen Modifikation seiner bisherigen Rechtsprechung** veranlasst.

Die Betonung liegt insoweit auf dem Wort „teilweise“. Zu beachten ist, dass das BAG in weiten Teilen auch nach „Kücük“ an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten kann und auch festhält. Neu ist, dass die Wirksamkeit einer **Sachgrundbefristung nunmehr in zwei Stufen** zu prüfen ist. In der ersten Stufe bleibt alles beim Alten. Die europarechtlichen Vorgaben des EuGH sind erst in der zweiten Stufe zu prüfen.

1. Die Kücük-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkung auf das nationale Recht

Der Entscheidung liegt ein gängiger Sachverhalt aus dem öffentlichen Dienst Deutschlands zugrunde. Eine Mitarbeiterin wurde als Justizangestellte auf der Grundlage von insgesamt 13 befristeten Verträgen in der Zeit vom 02.07.1996 bis zum 31.12.2007 beschäftigt. Der Sachgrund „Vertretung“ blieb jeweils erhalten, lediglich die vertretenen Personen wechselten.

Diesen Fall nahm der 7. Senat des BAG zum Anlass, den EuGH anzurufen.¹ Maßgeblich hierfür war, dass die Entfristungsklage auf Basis der bisherigen Rechtsprechung des BAG abzuweisen gewesen wäre, aber aus Sicht des BAG Bedenken bestanden, ob seine Auslegung der nationalen Befristungsbestimmungen europarechtskonform war. Danach kam es für die Wirksamkeit einer Befristung nicht auf die Anzahl der befristeten Verträge an. Es war auch nicht danach zu fragen, ob der Arbeitnehmer mit Tätigkeiten beschäftigt wird, die einem ständig anfallenden Dauerbedarf des Arbeitgebers zuzuordnen sind. Von einer zur Unwirksamkeit der Befristung führenden „Dauervertretung“ sollte nur auszugehen sein, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss schon vorhatte, den befristet eingestellten Arbeitnehmer für eine Vielzahl von Vertretungsfällen auf Dauer zu beschäftigen.

Mit der Vorlage wollte der 7. Senat daher zwei zentrale Punkte seiner Rechtsprechung zum Sachgrund der Vertretung europarechtlich klären lassen. Sie betraf zum einen die Frage, ob das Vorliegen eines ständigen Vertretungsbedarfs, den der Arbeitgeber auch durch die unbefristete Einstellung eines Arbeitnehmers abdecken könnte, dem Sachgrund der Vertretung entgegensteht. Zum anderen wollte der 7. Senat wissen, ob die Zahl der aufeinanderfolgenden Verträge für die Wirksamkeit einer Befristung von Bedeutung ist.

Der EuGH hat in seiner Antwort auf die Fragen des BAG zunächst hervorgehoben, dass die vorübergehende Vertretung eines anderen Arbeitnehmers grundsätzlich einen sachlichen Grund i.S.v. § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge bilden kann.² Er hat seine Aussage aus dem Urteil „Angelidaki“³ wiederholt, dass eine Befristung zur Deckung eines dauernden und ständigen Bedarfs unzulässig ist. Diese Annahme hat der Gerichtshof allerdings erheblich relativiert, weil er bei der Befristungskontrolle wie auch das BAG im Ausgangspunkt nur auf den jeweiligen Vertrag abstellen will. Weiterhin hat der EuGH ausgeführt, der bloße Umstand, dass befristete Verträge zur Deckung eines ständigen oder wiederkehrenden Bedarfs des Arbeitgebers an Vertretungskräften geschlossen werden, reiche nicht aus, um auszuschließen, dass jeder dieser Verträge für sich genommen geschlossen worden sei, um eine vorübergehende Vertretung

¹BAG 17.11.2010 – 7 AZR 443/09 (A) – NZA 2011, 34 m. Anm. *Sievers* jurisPR ArbR 3/2011 Anm. 2.

²EuGH 26.01.2012 – C – 586/10 – Kücük - EzA § 14 TzBfG Nr. 80 m. Anm. *Sievers* jurisPR ArbR 10/2012 Anm. 4.

³EuGH 23.04.2009 – C-387/07 ua. – Angelidaki – Slg. 2009, I-3071.

sicherzustellen. Auch wenn die Vertretung insofern einen ständigen Bedarf decke, als der mit einem befristeten Vertrag eingestellte Arbeitnehmer genau festgelegte Aufgaben wahrnehme, die Teil der gewöhnlichen Tätigkeiten des Arbeitgebers oder des Unternehmens seien, bleibe der Bedarf an Vertretungskräften gleichwohl vorübergehend, da zu erwarten sei, dass der vertretene Arbeitnehmer nach Beendigung seines Urlaubs seine Tätigkeit wieder aufnehmen werde. Daher folge aus dem bloßen Umstand, dass ein Arbeitgeber gezwungen sei, wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückzugreifen, nicht, dass die Befristung unwirksam sei. Dies ergebe sich auch nicht daraus, dass der Arbeitgeber seinen Bedarf an Arbeitskräften auch mit unbefristeten Arbeitsverträgen decken könne.

Damit soll die Prüfung allerdings nicht sein Bewenden haben. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Verlängerung befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, müssen nach der Rechtsprechung des EuGH vielmehr die Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeiten **alle Umstände des Einzelfalls einschließlich der Zahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse berücksichtigen**.

Diese Aussagen sind zwar in einem Verfahren getroffen worden, in dem es nur um den Sachgrund der Vertretung ging. Sie sind allerdings allgemeiner Natur und gelten daher für (fast) alle Sachgründe.⁴ Daher ist eine Rechtsmissbrauchskontrolle auch vorzunehmen, wenn die Befristung auf den im WissZeitVG geregelten Sachgrund der Drittmittelfinanzierung gestützt wird.⁵ Sie ist selbst dann angezeigt, wenn die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht, an dem das Gericht mitgewirkt hat.⁶ Lediglich für die auf Wunsch des Arbeitnehmers vereinbarte Befristung hat der 7. Senat des BAG angedeutet, dass eine Rechtsmissbrauchskontrolle ausscheidet.⁷

Aus der Entscheidung des EuGH hat das BAG die bereits angesprochene Konsequenz gezogen, dass die Prüfung einer Sachgrundbefristung nunmehr zweistufig zu erfolgen hat.⁸ Auf der ersten Stufe hat die Rechtsprechung des BAG keine Änderung erfahren. Allerdings dürfen sich die Gerichte – so das BAG - bei der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, in einem zweiten Prüfungsschritt alle Umstände des Einzelfalls und dabei namentlich die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung ist im

⁴BAG, 13.02.2013 – 7 AZR 225/11, EzA § 14 TzBfG Nr. 92.

⁵LAG Köln 06.11.2013 – 11 Sa 226/13 - juris.

⁶BAG 14.01.2015 – 7 AZR 2/14 - juris; 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 - juris.

⁷BAG 14.01.2015 – 7 AZR 2/14 – juris.

⁸BAG 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351 (Kücük). Zum weiteren Verfahrensablauf: Das BAG hat die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das LAG Köln zurückverwiesen. Vor einer weiteren Entscheidung des LAG Köln haben sich die Parteien verglichen.

deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen.

a) Die 1. Stufe der Prüfung der Sachgrundbefristung

aa) Dauer der Befristung

aaa) Fortbestehende Grundsätze

Die vertraglich vereinbarte **Befristungsdauer bedarf** nach der ständigen Rechtsprechung des BAG **keiner eigenen sachlichen Rechtfertigung**. Zur Begründung verweist das BAG darauf, dass es bei der Befristungskontrolle nicht um die Zulässigkeit der Befristungsdauer, sondern nur um das Vorliegen eines Sachgrunds für die Wahl eines befristeten anstatt eines unbefristeten Arbeitsvertrages gehe.⁹

Für den Sachgrund der Vertretung gilt in ständiger Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, einen Arbeitnehmer für einen kürzeren Zeitraum zu beschäftigen als die Stammkraft voraussichtlich ausfallen wird.¹⁰ Für die haushaltsrechtliche Befristung nimmt das BAG an, die Prognose müsse sich lediglich darauf beziehen, ob der Bedarf während der Dauer des befristeten Vertrages bestehen wird.¹¹

Mit der Annahme, dass die Befristungsdauer keiner eigenen Rechtfertigung bedarf, stand allerdings die Rechtsprechung des 7. Senats des BAG zum Sachgrund des vorübergehenden Mehrbedarfs lange nicht in Einklang. In früheren Entscheidungen hatte der 7. Senat regelmäßig dahingehend formuliert, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses müsse mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers in dem Betrieb kein Bedarf mehr besteht.¹²

Diesen Widerspruch hat das BAG in der Entscheidung vom 17.03.2010 durch die Verwendung des unscheinbaren aber praktisch bedeutsamen Wortes „dauerhaft“ (vgl. Rz 12) aufgelöst.¹³ Während dieser Begriff in vorherigen Entscheidungen zunächst nicht verwandt¹⁴ und er sodann in Klammern gesetzt wurde¹⁵, formuliert der 7. Senat nunmehr ohne Klammerzusatz dahingehend, es komme für die Prognose darauf an, ob für die Beschäftigung des Arbeitnehmers „kein dauerhafter Bedarf“ bestehe.

⁹BAG 21.01.2009 - 7 AZR 630/07 - NZA 2009, 727; 20.02.2008 - 7 AZR 950/06 - AP § 14 TzBfG Nr. 45; 21.02.2001 - 7 AZR 200/00 - EzA § 620 BGB Nr. 174; 06.12.2000 - 7 AZR 262/99 - EzA § 620 BGB Nr. 172.

¹⁰BAG 25.03.2009 - 7 AZR 34/08 - NZA 2010, 34; 13.10.2004 - 7 AZR 654/03 - NZA 2005, 469.

¹¹BAG 07.05.2008 - 7 AZR 198/07 - NZA 2008, 880; 14.02.2007 - 7 AZR 193/06 - NZA 2007, 871.

¹²Vgl. etwa BAG 17.01.2007 - 7 AZR 20/06 - NZA 2007, 566; 15.02.2006 - 7 AZR 241/05 - ZTR 2006, 509.

¹³BAG 17.03.2010 - 7 AZR 640/08 - EzA § 14 TzBfG Nr. 63, mit Anm. *Sievers* jurisPR ArbR 22/2010 Anm. 1.

¹⁴BAG 17.01.2007 - 7 AZR 20/06 - NZA 2007, 566; 15.02.2006 - 7 AZR 241/05 - ZTR 2006, 509.

¹⁵BAG 29.07.2009 - 7 AZR 907/07 - juris; 16.10.2008 - 7 AZR 360/07 - NZA 2009, 676; 20.02.2008 - 7 AZR 950/06 - AP § 14 TzBfG Nr. 45.

Damit hat der 7. Senat seine Rechtsprechung zum Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs endgültig an seine Rechtsprechung zu anderen Sachgründen mit einem Prognoseerfordernis (Vertretung, Haushalt) angeglichen. Er hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber bei Befristungen, die auf die in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 3 und 7 TzBfG normierten Sachgründe gestützt sind, frei darüber entscheiden könne, ob er den Zeitraum des von ihm prognostizierten zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs ganz oder nur teilweise durch den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen abdeckt.

Im Ergebnis sind somit die Anforderungen an die Wirksamkeit von Befristungen nicht mehr nur im Bereich der Vertretung und des Haushalts zugunsten der Arbeitgeber erleichtert worden, sondern auch im Bereich des vorübergehenden Bedarfs.

bbb) Ausnahme: Diskriminierung durch die Dauer der Befristung

In einer bemerkenswerten Entscheidung hat das BAG allerdings angenommen, allein der Verstoß der Dauer der Befristung gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters führe zur Unwirksamkeit der Befristung.¹⁶

Der Entscheidung lag – kurz zusammengefasst – folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger war zunächst beim Land NRW vom 1. Juni 2005 bis zum 31. Mai 2007 befristet als wissenschaftlicher Angestellter beschäftigt. Dem schloss sich eine weitere Befristung vom 1. Juni 2007 bis zum 30. Juni 2008 bei der beklagten Universität an. Wäre der Kläger jünger gewesen, hätte die beklagte Universität ihn zwar auch nur befristet weiterbeschäftigt. Das Vertragsende wäre in diesem Fall aber nicht auf den 30. Juni 2008, sondern auf den 31. Mai 2009 festgesetzt worden.

Der 7. Senat des BAG hat angenommen, dass die Befristung gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Alters verstößt. Diese Annahme ist noch nicht besonders bemerkenswert. Aufhorchen lässt die Entscheidung im Hinblick auf die Rechtsfolgen, die der Senat aus diesem Verstoß abgeleitet hat. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Befristung nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam und somit ein unbefristeter Vertrag zustande gekommen ist. Dies ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil im vorliegenden Fall nicht die Vereinbarung der Befristung an sich gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters verstoßen hat, sondern „nur“ die Vereinbarung der zu kurzen Dauer der Befristung. Denn wenn der Kläger jünger gewesen wäre, hätte die Universität ihn auch nur befristet weiterbeschäftigt (allerdings mit einer längeren Laufzeit des Vertrages).

¹⁶BAG 06.04.2011 – 7 AZR 524/09 – NZA 2011, 970 mit Anm. *Sievers* jurisPR ArbR 38/2011 Anm. 4.

Dem Tatbestand der Entscheidung ist zu entnehmen, dass die Universität auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen und geltend gemacht hatte, mit der Annahme eines unbefristeten Vertrages stünde sich der Kläger besser als ohne die Benachteiligung. Dieser Einwand hat den 7. Senat nicht überzeugt. Er hat darauf hingewiesen, dass die Befristungsvereinbarung nicht teilbar sei; sie könne nicht mit einer verlängerten Befristungsdauer aufrechterhalten werden.

Darüber hinaus hat das BAG den Hinweis auf § 15 Abs. 6 AGG als nicht durchschlagend angesehen. Nach § 15 Abs. 6 AGG begründet ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG keinen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages. Diese Vorschrift ist unmittelbar nicht anwendbar, weil es um die Wirksamkeit der Befristung und nicht um einen (Wieder-) Einstellungsanspruch ging. Eine Analogie hat der 7. Senat abgelehnt, weil er keine vergleichbare Interessenauslage gesehen hat. Es sei wertungsmäßig ein Unterschied, ob ein Arbeitgeber verpflichtet sei, einen von ihm abgelehnten Bewerber einzustellen, oder ob er verpflichtet sei, einen Arbeitnehmer, den er aus eigener Willensentscheidung eingestellt habe, weiterzubeschäftigen.

Nicht geklärt ist, wie zu verfahren gewesen wäre, wenn die Universität wegen des Alters des Klägers jegliche Verlängerung des bis zum 31. Mai 2007 abgelaufenen Vertrages abgelehnt hätte. Diese Frage stellt sich nicht nur bei einer Altersdiskriminierung, sondern etwa auch, wenn der befristete Vertrag einer schwangeren Arbeitnehmerin nicht verlängert wird. In diesem Fall wäre es nicht möglich, die ursprüngliche (bis zum 31. Mai 2007 währende) Befristung als unwirksam anzusehen. Denn der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Befristungsvereinbarung ist nach allgemeiner Auffassung der Abschluss des befristeten Vertrages.¹⁷ In Betracht zu ziehen ist allerdings ein Fortsetzungsanspruch. Dieser wird durch § 15 Abs. 6 AGG nicht ausgeschlossen. Als Anspruchsgrundlage kann die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB herangezogen werden.¹⁸ Hierfür spricht, dass nur so ein effektiver Diskriminierungsschutz gewährleistet wird. Darüber hinaus werden mit diesem Ergebnis Wertungswidersprüche vermieden. In beiden Fällen haben die Arbeitnehmer die Möglichkeit, aufgrund der erfolgten Diskriminierung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis durchzusetzen. Unterschiedlich ist nur der Weg zu dem gleichen Ziel: In dem einem Fall erweist sich bereits die Befristung als unwirksam; in dem anderen Fall ist die Befristung wirksam, es besteht jedoch ein Fortsetzungsanspruch.

Keinen Anspruch auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis hat allerdings der Bewerber, der schon im Auswahlverfahren diskriminiert wird, bevor es zu dem Abschluss eines Arbeitsvertrages gekommen ist. Für diesen bleibt es bei der Grundregel des § 15 Abs. 6 AGG. Dies führt allerdings nicht zu einem Wertungswiderspruch. Zu Recht haben der 7. Senat¹⁹ und zuvor schon *Backhaus*²⁰ darauf hingewiesen,

¹⁷Vgl. nur BAG 11.07.2007 – 7 AZR 708/06 – juris.

¹⁸So APS/*Backhaus* TzBfG § 15 Rz 117 f.

¹⁹BAG 06.04.2011 – 7 AZR 524/09 – NZA 2011, 970 mit Anm. *Sievers* jurisPR ArbR 38/2011 Anm. 4.

²⁰APS TzBfG § 15 Rz 117.

dass dem Arbeitgeber gegenüber dem schon in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer weitreichendere Pflichten zukommen als gegenüber einem Bewerber auf einen Arbeitsplatz.

bb) Mehrfache Befristung

Das BAG nimmt an, dass die **Anforderungen an die vom Arbeitgeber zu erstellende Prognose mit der Dauer und der Häufigkeit der Befristungen nicht ansteigen**.²¹ Entscheidend ist danach ausschließlich, ob zum Zeitpunkt der streitbefangenen Befristungsabrede ein Sachgrund vorlag. Darauf, ob etwa ein ständiger Vertretungsbedarf bestand, den der Arbeitgeber ebenso durch eine Personalreserve von unbefristet eingestellten Arbeitnehmern abdecken könnte, kommt es für die Beurteilung des Vorliegens des Sachgrunds der Vertretung nicht an.

b) Die – neue – 2. Stufe der Prüfung der Sachgrundbefristung: Institutioneller Rechtsmissbrauch

Das BAG weist darauf hin, dass sich die Gerichte bei der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds beschränken dürfen.²² Sie seien vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, **alle Umstände des Einzelfalls und dabei namentlich die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen**, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung sei im deutschen Recht **nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB)** vorzunehmen. Sie sei – wie bereits ausgeführt - nicht nur dann veranlasst, wenn die streitgegenständliche (*meistens die letzte*) Befristung auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gestützt wird, sondern auch dann, wenn diese aus anderen Gründen - etwa nach dem Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG - gerechtfertigt sein soll. Eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung hänge nicht - jedenfalls nicht ausschließlich - davon ab, welcher Sachgrund für die zur gerichtlichen Überprüfung gestellte Befristungsabrede vorliege.

Zu beachten ist, dass es nicht darum geht, ob das Verhalten des Arbeitgebers verwerflich ist. Das BAG führt ausdrücklich aus, der Vorwurf ergebe sich beim institutionellen Rechtsmissbrauch bereits aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts. Daher verlange die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht.²³

Das BAG hat es (verständlicherweise) vermieden, konkrete Zahlen zu nennen, bei deren Erreichen von einem Rechtsmissbrauch auszugehen ist. Der 7. Senat betont vielmehr, dass die nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs vorzunehmende Prüfung eine **Würdigung sämtlicher**

²¹BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777; 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 - NZA 2012, 1351.

²²BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777; 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 - NZA 2012, 1351.

²³BAG 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351.

Umstände des Einzelfalls verlange.²⁴ Allerdings hat das BAG gewichtige und weniger gewichtigere Kriterien genannt, die für oder gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen können. Es hat auch grobe quantitative Orientierungshilfen gegeben. Dabei ist zu beachten, dass bei einem vorliegenden Sachgrund Rechtsmissbrauch **nur ausnahmsweise** angenommen werden kann.²⁵ Das BAG spricht davon, dass „**hohe Anforderungen**“ zu erfüllen seien.²⁶

aa) Die auf der 2. Stufe zu berücksichtigenden Kriterien

Folgende Kriterien sind zu berücksichtigen:²⁷

- Gesamtdauer der befristeten Verträge (von besonderer Bedeutung);
- Anzahl der Vertragsverlängerungen (von besonderer Bedeutung);
- der Umstand, ob der Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wird oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt;
- damit zusammenhängend, ob die befristeten Arbeitsverhältnisse auf denselben oder unterschiedlichen Sachgründen beruhen;
- die Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge;
- ob und in welchem Maße die vereinbarte Befristungsdauer zeitlich hinter dem vorliegenden Sachgrund zurückbleibt: Wird etwa trotz eines tatsächlich zu erwartenden langen Vertretungsbedarfs in rascher Folge mit demselben Arbeitnehmer eine Vielzahl kurzfristiger Arbeitsverhältnisse vereinbart, liegt die Gefahr des Gestaltungsmissbrauchs näher, als wenn die vereinbarte Befristungsdauer zeitlich nicht hinter dem prognostizierten Vertretungsbedarf zurückbleibt;
- branchenspezifische Besonderheiten etwa bei Saisonbetrieben;
- Grundrechte des Arbeitgebers: Zu berücksichtigen sind insbesondere die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film, aber auch für die in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre,

²⁴BAG 24.09.2014 – 7 AZR 987/12 - NZA 2015, 301; 19.02.2014 – 7 AZR 260/12 - NZA-RR 2014, 408; 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 – EzA § 14 TzBfG Nr. 92; 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351; 18.07.2012 – 7 AZR 783/10 - NZA 2012, 1359.

²⁵BAG 10.07.2013 – 7 AZR 833/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 95; 16.01.2013 – 7 AZR 661/11 - NZA 2013, 614.

²⁶BAG 10.07.2013 – 7 AZR 833/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 95; 16.01.2013 – 7 AZR 661/11 - NZA 2013, 614.

²⁷BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 – NZA 2015, 379; 24.09.2014 – 7 AZR 987/12 – NZA 2015, 301; 19.02.2014 – 7 AZR 260/12 - NZA-RR 2014, 408; 13.02.2013 – 7 AZR 225/1 - EzA § 14 TzBfG Nr. 92; 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 - NZA 2012, 1351; 18.07.2012 – 7 AZR 783/10 - NZA 2012, 1359.

- die Dauer einer möglichen Unterbrechung zwischen zwei befristeten Verträgen.²⁸

bb) Konkrete Folgerungen

Die „nach unten“ zu beachtende Grenze ergibt sich aus der in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung. Die Vorschrift macht eine Ausnahme von dem Erfordernis der Sachgrundbefristung und erleichtert damit den Abschluss von befristeten Verträgen bis zu der festgelegten Höchstdauer von zwei Jahren bei maximal dreimaliger Verlängerungsmöglichkeit. Sie kennzeichnet den nach Auffassung des Gesetzgebers unter allen Umständen unproblematischen Bereich.²⁹

Zumindest regelmäßig besteht hiernach bei Vorliegen eines die Befristung an sich rechtfertigenden Sachgrunds kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle, wenn die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für die sachgrundlose Befristung bezeichneten Grenzen nicht um ein Mehrfaches überschritten sind. Werden diese Grenzen jedoch alternativ oder insbesondere kumulativ mehrfach überschritten, ist eine umfassende Missbrauchskontrolle geboten.³⁰

In Ausnahmefällen soll auch bei einem relativ kurzen Gesamtzeitraum aus befristeten Arbeitsverträgen eine Rechtsmissbrauchsprüfung veranlasst oder nach Lage der Umstände ein institutioneller Rechtsmissbrauch indiziert sein. Dies soll in der Fallkonstellation geboten sein, in der aufeinanderfolgend oder mit kurzen Unterbrechungen eine Vielzahl von Verträgen mit kurzer Laufzeit (von wenigen Wochen) abgeschlossen wird und Arbeitnehmer weder eine dauerhafte noch eine zeitweise Planungssicherheit haben.³¹

Demgegenüber ist bei langjährigen Befristungen zugunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer wenigstens über eine zeitweise, wenn auch nicht dauerhafte Planungssicherheit verfügt. In diesen Fällen kommt es neben der Anzahl der Befristungen und der Gesamtdauer mehr darauf an, ob die Dauer der Befristung mit der Dauer des Sachgrunds übereinstimmt oder ob ein Auseinanderfallen sachlich nachvollzogen werden kann.³²

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der 7. Senat bei einer Dauer von insgesamt sieben Jahren und neun Monaten bei vier befristeten Arbeitsverhältnissen sowie keinen weiteren Umständen keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch gesehen.³³ Gleiches gilt bei einer Beschäftigung des

²⁸Vgl. *vom Stein* NJW 2015, 369, 373.

²⁹BAG 19.02.2014 – 7 AZR 260/12 - NZA-RR 2014, 412.

³⁰BAG 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 - NZA 2015, 379; 19.02.2014 – 7 AZR 260/12 - NZA-RR 2014, 412.

³¹BAG 24.09.2014 – 7 AZR 987/12 - NZA 2015, 301.

³²BAG 24.09.2014 – 7 AZR 987/12 - NZA 2015, 301.

³³BAG 18.07.2012 – 7 AZR 783/10 - NZA 2012, 1359.

Arbeitnehmers auf der Grundlage von insgesamt fünf befristeten Arbeitsverträgen über einen Zeitraum von insgesamt knapp drei Jahren mit unveränderten Arbeitsbedingungen.³⁴

Dagegen hat das BAG bei einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und einer Anzahl von 13 Befristungen sowie einer gleichbleibenden Beschäftigung zur Deckung eines ständigen Vertretungsbedarfs angenommen, die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit der Vertretungsbefristung sei indiziert, könne aber vom Arbeitgeber noch widerlegt werden.³⁵

In einer weiteren Entscheidung hat der 7. Senat ausgeführt, die Gesamtdauer der befristeten Vertragsgestaltung von etwas mehr als 5 ½ Jahre erscheine nicht lang. Allerdings könnte die Anzahl der Befristungen (13) und die kurze Laufzeit der einzelnen Verträge Anlass für eine Rechtsmissbrauchskontrolle sein.³⁶

Aus diesen Entscheidungen hat *Kiel*³⁷ (der Berichterstatter des 7. Senats im Fall Kücuk war) eine „Rechtsmissbrauchsampel“ entwickelt, welcher der Praxis wichtige Orientierungspunkte bietet:

- Danach besteht **unterhalb des Vierfachen allein eines** der beiden Schwellenwerte des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG in aller Regel kein Anhaltspunkt für den Rechtsmissbrauch („grüne Phase“).

- Dagegen ist ein institutioneller Rechtsmissbrauch indiziert, wenn **einer** der Schwellenwerte des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG um **mehr als das Fünffache** überschritten ist. Gleiches gilt bei einer **kumulativen** Überschreitung der Schwellenwerte um **mehr als das vierfache** („rote Phase“).

- Dazwischen soll die „Gelbphase“ liegen, die zu erhöhter Prüfintensität führen soll, ohne dass bereits ein Rechtsmissbrauch indiziert sein soll. In der Kombination von Gesamtdauer und Anzahl der Befristungen soll eine erhöhte Prüfintensität veranlasst sein, wenn die Schwellenwerte des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG wenigstens **kumulativ um das Dreifache** überschritten sind.

2. Neues zu einzelnen Sachgründen

a) Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen bei fremdbestimmter und Abordnungsvertretung

Der Sachgrund der Vertretung kann sich daraus ergeben, dass die Stammkraft vollständig ausfällt, etwa wegen Krankheit, Urlaub oder einer Freistellung. Das BAG spricht davon, dass der

³⁴BAG 11.02.2015 – 7 AZR 113/13 - juris.

³⁵BAG 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 - NZA 2012, 1351.

³⁶BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 92.

³⁷*Kiel* Jahrbuch des Arbeitsrechts 2013, Band 50, S. 25, 45 ff.

Vertretungsbedarf für den Arbeitgeber in diesen Fällen „fremdbestimmt“ entsteht, weil der Ausfall der Stammkraft nicht in erster Linie auf seiner Entscheidung beruht.³⁸

Darüber hinaus ist der Sachgrund der Vertretung vom BAG in mehreren Entscheidungen in Fällen anerkannt worden, in denen die Stammkraft weiterhin im Unternehmen arbeitet, aber auf einen anderen Arbeitsplatz vorübergehend „abgeordnet“ worden ist.³⁹ Dies kann etwa der Fall sein, wenn sich der Arbeitnehmer auf einem Beförderungsposten bewähren soll.

Das BAG hat für diese beiden Varianten der Befristung unterschiedliche Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit entwickelt. Dies betrifft sowohl die vom Arbeitgeber anzustellende Prognose als auch die anzustellende Kausalitätsprüfung.

aa) Prognose

Das BAG hat zur „fremdbestimmten“ Vertretung ausdrücklich hervorgehoben, dass die Befristung mit einem Arbeitnehmer, der zur Vertretung eines zeitweilig verhinderten Arbeitnehmers eingestellt wird, **in der Regel sachlich gerechtfertigt** sei.⁴⁰ Auch eine wiederholte Befristung wegen der mehrfachen Verhinderung der zu vertretenden Stammkraft stehe der Prognose des künftigen Wegfalls des Vertretungsbedarfs nicht entgegen. Der Arbeitgeber könne auch bei mehrfacher Krankheits- oder Urlaubsvertretung davon ausgehen, dass die zu vertretende Stammkraft an ihren Arbeitsplatz zurückkehren werde. Etwas anderes gelte nur, wenn die zu vertretende Stammkraft dem Arbeitgeber bereits vor dem Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages mit der Vertretungskraft **verbindlich** erklärt habe, dass sie die Arbeit nicht wieder aufnehmen werde. Eine unverbindliche Ankündigung reiche nicht aus. Auch wenn die beurlaubte oder erkrankte Stammkraft beabsichtige, nach dem Urlaubsende oder der Wiedergenesung die Arbeit nicht wieder aufzunehmen und dies dem Arbeitgeber gegenüber unverbindlich äußere, könnten später eintretende Umstände oder unvorhergesehene Ereignisse im persönlichen Bereich dazu führen, dass die Stammkraft entgegen ihren ursprünglichen Planungen an ihren Arbeitsplatz zurückkehre. Solange die **Stammkraft einen Anspruch** darauf habe, die Tätigkeit wieder aufzunehmen, müsse und dürfe der Arbeitgeber daher mit ihrer Rückkehr rechnen.

Für den Fall der Abordnung des Arbeitnehmers gelten nach der Rechtsprechung des BAG strengere Maßstäbe.⁴¹ Hier hänge die voraussichtliche Rückkehr der Stammkraft nicht von

³⁸BAG 16.01.2013 – 7 AZR 661/11 – NZA 2013, 614.

³⁹BAG 10.07.2013 – 7 AZR 833/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 95; 10.07.2013 – 7 AZR 761/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 94; 13.02.2013 – 7 AZR 324/11 – AP § 14 TzBfG Nr. 103; 16.01.2013 – 7 AZR 662/11 – NZA 2013, 611; 16.01.2013 – 7 AZR 661/11 – NZA 2013, 614.

⁴⁰BAG 13.06.2007 – 7 AZR 747/07 – juris; 02.07.2003 – 7 AZR 529/02 – AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 254; 04.06.2003 – 7 AZR 523/02 – AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 252. Vgl. auch BAG 16.01.2013 – 7 AZR 661/11 – NZA 2013, 614; 13.10.2004 – 7 AZR 654/03 – EzA § 14 TzBfG Nr. 14.

⁴¹BAG 16.01.2013 – 7 AZR 661/11 – NZA 2013, 614.

Umständen aus der Sphäre des Arbeitnehmers ab, sondern ganz maßgeblich auch von Umständen und Entscheidungen, die in der Sphäre des Arbeitgebers lägen. Die Rückkehr des abgeordneten Arbeitnehmers auf seinen Stammarbeitsplatz sei häufig durch den Arbeitgeber plan- und steuerbar. Dieser strukturelle Unterschied zu den Fällen der für den Arbeitgeber „fremdbestimmten“ Abwesenheit der Stammkraft sei bei der vom Arbeitgeber anzustellenden Rückkehrprognose zu berücksichtigen. Diese könne sich daher nicht darauf beschränken, die Stammkraft werde, sofern sie nicht Gegenteiliges erklärt hat, auf ihren Arbeitsplatz zurückkehren. Vielmehr müsse der **Arbeitgeber bei der Prognose über die voraussichtliche Rückkehr der abgeordneten Stammkraft sämtliche Umstände des Einzelfalls würdigen**. Dazu gehörten nicht nur etwaige Erklärungen der abgeordneten Stammkraft über ihre Rückkehrabsichten, sondern insbesondere auch die Planungs- und Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers. Je nach Lage des Einzelfalls könne der Zweck der Abordnung es nahelegen, dass der Arbeitgeber den Arbeitsplatz des anderweitig eingesetzten Arbeitnehmers frei halte. Er könne aber auch gegen eine solche Annahme sprechen. Von Bedeutung könnten zudem ihre Dauer sowie etwaige wiederholte Verlängerungen der Abordnung sein. Zu berücksichtigen sei ggf. auch, ob die Abordnung dem Wunsch des Beschäftigten entsprochen habe oder gegen seinen Willen erfolgt sei. Ebenfalls sei zu würdigen, ob die Rückkehr der Stammkraft auf ihren Arbeitsplatz nach Ablauf der Abordnung automatisch erfolge oder ob es hierzu einer weiteren Entscheidung bedürfe. Dabei könne auch eine Rolle spielen, ob eine solche Entscheidung allein vom Willen der Stammkraft, vom Willen des Arbeitgebers oder von einem beiderseitigen Einvernehmen abhängt. Derartige, vom BAG nicht abschließend bezeichnete und nicht in jedem Einzelfall in gleicher Weise zwingend zu beachtende Umstände müsse der Arbeitgeber bei seiner Rückkehrprognose berücksichtigen und diese im Streitfall im Prozess darlegen.

bb) Kausalität

Hinsichtlich der Kausalität unterscheidet das BAG zwischen der unmittelbaren, der mittelbaren Vertretung und den Fällen der „gedanklichen Zuordnung“. Für Lehrer im öffentlichen Dienst hat das BAG darüber hinaus das Rechtsinstitut der Gesamtvertretung entwickelt. Der 7. Senat hat in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich offen gelassen, ob an diesem Rechtsinstitut festzuhalten ist.⁴²

Geht es um eine unmittelbare Vertretung, hat der Arbeitgeber darzulegen, dass der Vertreter nach dem Arbeitsvertrag mit Aufgaben betraut worden ist, die zuvor dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer übertragen waren.⁴³

Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters nicht von dem Vertreter, sondern einem anderen Arbeitnehmer oder mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (*mittelbare Vertretung*), hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette

⁴²BAG 10.10.2012 – 7 AZR 462/11 – NZA-RR 2013, 185.

⁴³BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777; 10.10.2012 – 7 AZR 462/11 – NZA-RR 2013, 185

zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen. Auch ohne dass eine Vertretungskette vorliegt, kann die Kausalität bei der mittelbaren Vertretung auch dann bestehen, wenn der Arbeitgeber - was ihm auch im Vertretungsfalle unbenommen ist - die Aufgaben in seinem Betrieb oder seiner Dienststelle neu verteilt. Er hat dann zunächst die bisher dem vertretenen Mitarbeiter übertragenen Aufgaben darzustellen. Anschließend ist die Neuverteilung dieser Aufgaben auf einen oder mehrere Mitarbeiter zu schildern. Schließlich ist darzulegen, dass sich die dem Vertreter zugewiesenen Tätigkeiten aus der geänderten Aufgabenzuweisung ergeben.⁴⁴

Die erforderliche Kausalität kann sich in den Fällen der „fremdbestimmten“ Vertretung auch daraus ergeben, dass der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Mitarbeiter im Falle seiner Anwesenheit die dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu übertragen.⁴⁵ Zur Gewährleistung des Kausalzusammenhanges zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten nach außen erkennbar gedanklich zuordnet. Nur so ist gewährleistet, dass die Einstellung tatsächlich auf der Abwesenheit des zu vertretenen Mitarbeiters beruht und nicht etwa auf die Abwesenheit eines Mitarbeiters, die Vertretung durch eine Vielzahl weiterer Arbeitnehmer gestützt wird. Die gedankliche Zuordnung kann insbesondere durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag geschehen.

Bei einem anderweitigen Einsatz des Stammarbeitnehmers im Unternehmen kann der Arbeitgeber die Kausalität nach der Rechtsprechung des 7. Senats dagegen nicht mit der „gedanklichen Zuordnung“ begründen.⁴⁶ Entscheidend sei, dass der Arbeitgeber in diesen Fällen nicht daran gehindert sei, von seinen Versetzungs- und Umsetzungsbefugnissen Gebrauch zu machen. Er habe sie vielmehr wahrgenommen. Würde es auch in einem solchen Fall zur Befristung des Arbeitsvertrages mit der „Vertretungskraft“ genügen, dass der Arbeitgeber seine Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse auch in anderer Weise als von ihm tatsächlich praktiziert hätte ausüben können, so würde dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, sich ohne sachliche Rechtfertigung Befristungsmöglichkeiten selbst zu schaffen. Das wäre mit dem aus dem TzBfG folgenden Gebot einer wirksamen Befristungskontrolle unvereinbar.

⁴⁴BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777; 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351.

⁴⁵BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11 – NZA 2013, 777; 13.02.2013 – 7 AZR 324/11 - AP § 14 TzBfG Nr. 103; 10.10.2012 – 7 AZR 462/11 – NZA-RR 2013, 185.

⁴⁶BAG 10.07.2013 – 7 AZR 833/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 95; 13.02.2013 – 7 AZR 324/11 - AP § 14 TzBfG Nr. 103; 16.01.2013 – 7 AZR 662/11 - EzA § 14 TzBfG Nr. 91.

b) Vorübergehender Bedarf

Die Anforderungen an den Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs hat der 7. Senat in einer Entscheidung aus Mai 2012 konkretisiert.⁴⁷

Danach setzt der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG voraus, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein dauerhafter betrieblicher Bedarf mehr besteht. Hierüber hat der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages eine **Prognose** zu erstellen, der **konkrete Anhaltspunkte** zugrunde liegen müssen. Die Prognose ist ein Teil des Sachgrundes für die Befristung. Die allgemeine Unsicherheit über die zukünftig bestehende Beschäftigungsmöglichkeit rechtfertigt die Befristung nicht. Eine solche Unsicherheit gehört zum unternehmerischen Risiko des Arbeitgebers, das er nicht durch Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages auf den Arbeitnehmer abwälzen darf. Die tatsächlichen Grundlagen für die Prognose hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen.

Geht es um eine **Zweckbefristung**, muss sich die Prognose auf die Erreichung des Zwecks richten. Da ein zulässiger Zweck iSd. TzBfG nur ein Ereignis ist, dessen Eintritt die Parteien hinsichtlich des „Ob“ als sicher ansehen, dessen „Wann“ aber noch nicht feststeht, **muss mit hinreichender Sicherheit deutlich werden, dass der Zweck tatsächlich zu irgendeinem Zeitpunkt erreicht werden wird**, wenngleich noch nicht feststeht, wann dies sein wird. Eine auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gestützte Zweckbefristung fordert daher 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.

Wird die Zweckbefristung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Ende des Betriebes einer Maßregelvollzugsklinik gerechtfertigt, ohne zugleich darzulegen, dass nach einer zuverlässigen, bei Vertragsschluss erstellten Prognose mit der Schließung der Maßregelvollzugsklinik die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer entfallen würde, ist der vorübergehende betriebliche Bedarf für die Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht ausreichend dargetan. Ein sachlicher Grund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG liegt insoweit nicht vor.⁴⁸

⁴⁷BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11 – NZA 2012, 1366.

⁴⁸BAG 15.05.2012 – 7 AZR 35/11 – NZA 2012, 1366.

c) Gerichtlicher Vergleich

Ein gerichtlicher Vergleich stellt unter zwei Voraussetzungen einen Sachgrund dar. Zum einen ist die Mitwirkung des Gerichts am Zustandekommen des befristeten Arbeitsverhältnisses erforderlich. Zum anderen muss ein offener Streit der Parteien über die Rechtslage hinsichtlich des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses bestehen.⁴⁹ Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist eine (weitere) Befristungskontrolle nicht vorzunehmen. Die Funktion der Befristungskontrolle erfüllt das Arbeitsgericht durch seine Mitwirkung an dem Zustandekommen des Vergleichs.

Daraus folgt trotz des weit gefassten Wortlauts der Vorschrift, dass regelmäßig **nur Vergleiche, die im Rahmen eines Bestandsschutzverfahrens geschlossen werden**, keiner gesonderten Befristungskontrolle unterliegen.⁵⁰ Erforderlich ist ein **offener Streit der Parteien**, ob bzw. wie lange zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.⁵¹

Zudem sind **nur solche Vergleiche privilegiert, an deren Zustandekommen das Gericht mitgewirkt hat**. Insoweit ist nach der Rechtsprechung des BAG⁵² eine formale Betrachtungsweise angezeigt. Es kommt nur darauf an, ob das Gericht die Möglichkeit und die Obliegenheit hat, beim Abschluss des Vergleichs darauf hinzuwirken, dass bei dessen Inhalt - auch unter Berücksichtigung der Prozessaussichten in dem beigelegten Rechtsstreit - die Schutzinteressen des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Nicht maßgeblich ist, mit welcher Intensität die Sach- und Rechtslage erörtert worden ist und welchen tatsächlichen Einfluss das Gericht auf den Vergleichstext genommen hat.

Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:⁵³

- Eine Befristung ist nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG gerechtfertigt, wenn die Parteien in einem Bestandsschutzverfahren einen Vergleich nach §§ 159 bis 160a, 162, 163 ZPO protokollieren lassen.

- Gleiches gilt, wenn die Parteien einen Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO schließen. Dies ist der Fall, wenn sie einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Dabei ist nicht erforderlich, dass das Gericht der Urheber der Vergleichsidee ist. Der Sachgrund ist auch gegeben, wenn sich das Gericht einen von den Parteien vorgelegten Einigungsentwurf als seinen Vorschlag zu eigen macht und diesen den Parteien unterbreitet.

⁴⁹BAG 14.01.2015 – 7 AZR 2/14 – juris; 15.02.2012 – 7 AZR 734/10 - NZA 2012, 919; 26.04.2006 - 7 AZR 366/05 - AP § 14 TzBfG Vergleich Nr. 1.

⁵⁰BAG 15.02.2012 – 7 AZR 734/10 - NZA 2012, 919; 26.04.2006 - 7 AZR 366/05 - AP § 14 TzBfG Vergleich Nr. 1.

⁵¹BAG 15.02.2012 – 7 AZR 734/10 - NZA 2012, 919; 26.04.2006 - 7 AZR 366/05 - AP § 14 TzBfG Vergleich Nr. 1.

⁵²BAG 14.01.2015 – 7 AZR 2/14 – juris; 15.02.2012 – 7 AZR 734/10 - NZA 2012, 919.

⁵³Vgl. BAG 14.01.2015 – 7 AZR 2/14 - juris; 12.11.2014 – 7 AZR 891/12 - juris; 15.02.2012 – 7 AZR 734/10 - EzA § 14 TzBfG Nr. 84.

- Ein von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG erfasster gerichtlicher Vergleich liegt dagegen nicht vor, wenn die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten (§ 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO) und das Gericht das Zustandekommen und den Inhalt des Vergleichs lediglich feststellt.

- Ein außergerichtlicher Vergleich ist ebenfalls nicht geeignet, eine Befristung zu rechtfertigen. Dies gilt auch für den Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO. Privilegiert ist nur der gerichtliche Vergleich. Der außergerichtliche Vergleich verdient als privater Vertrag nach § 779 BGB keine andere Bewertung als jeder andere Vertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, in dem eine Befristung vereinbart ist.

Der 7. Senat begründet seine Rechtsprechung mit dem Hinweis, dass zwischen den Alternativen des schriftlichen Vergleichsschlusses nach § 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO ein struktureller Unterschied bestehe. Die Möglichkeit des Gerichts, auf den Inhalt des Vergleichs unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Arbeitnehmers Einfluss zu nehmen, sei bei § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO schon durch die Verfahrensgestaltung begrenzt, denn das Gericht habe in dem Fall, in dem die Parteien ihm einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten, dessen Zustandekommen und Inhalt - abgesehen von Verstößen gegen Strafgesetze oder gegen §§ 134, 138 BGB - nach § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO nur noch festzustellen. Dieser strukturell allein in der Protokollierung von (*nicht gesetzwidrigen*) Einigungsentwürfen liegende gerichtliche Beitrag sei keine „Mitwirkung“ im Sinn einer inhaltlichen Verantwortung, die der Intention des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG entspreche.

Diese Argumentation mag auf den ersten Blick etwas formalistisch erscheinen. Zudem besteht in der Praxis in Bezug auf die Mitwirkung des Gerichts zwischen einem Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO und einem gerichtlich protokolliertem Vergleich häufig kein Unterschied.

Gleichwohl ist die Unterscheidung des BAG überzeugend. Sie gibt der Praxis eine klare Orientierung, indem sie zutreffend darauf abstellt, ob das Gericht die Möglichkeit und die Obliegenheit hat, beim Abschluss des Vergleiches schützend einzugreifen, sofern dies erforderlich erscheint. Es kommt darauf an, ob das Gericht nach den maßgeblichen verfahrensrechtlichen Bestimmungen gehalten ist, an dem Vergleichsschluss verantwortlich mitzuwirken.

d) Achtung Risiko: Weiterbeschäftigung während des Bestandsschutzverfahrens

Die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist oder der Vertragslaufzeit während eines laufenden Bestandsschutzverfahrens kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG ist nach der Rechtsprechung des BAG

einzuhalten, wenn die Weiterbeschäftigung auf **vertraglicher Grundlage** erfolgt.⁵⁴ Hierauf hat sich die Praxis ungeachtet der in der Literatur erhobenen Einwände⁵⁵ einzustellen.

Eine Zweckbefristung liegt vor, wenn sich die Parteien auf die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung verständigt haben. Von einer auflösenden Bedingung ist demgegenüber auszugehen, wenn die Parteien die Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage vereinbaren.⁵⁶ Da die Beschäftigung in beiden Fällen auf einer **vertraglichen Abrede** beruht, ist nach der Rechtsprechung das **Schriftformgebot** zu beachten. Wird die Vereinbarung nur mündlich getroffen, kann es zu dem Ergebnis kommen, dass trotz wirksamer Kündigung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (fort)besteht.

Haben die Parteien die Weiterbeschäftigung schriftlich vereinbart, sind die weiteren Vorgaben des Befristungsrechts zu beachten. Nach (§ 21 i.V.m.) § 15 Abs. 2 TzBfG endet das Arbeitsverhältnis erst 2 Wochen nach vorheriger Information durch den Arbeitgeber. Für die Wirksamkeit der Befristung bzw. der auflösenden Bedingung bedarf es zudem eines Sachgrunds.⁵⁷ Da der Befristungskatalog des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht abschließend ist, ist die Anerkennung neuer Sachgründe möglich.⁵⁸ Voraussetzung ist, dass sich ein rechtlich anerkennenswertes Interesse – meist des Arbeitgebers – feststellen lässt, anstelle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit eines befristeten Arbeitsverhältnisses zu wählen.⁵⁹ Der Arbeitgeber, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durchsetzen will, hat ein rechtlich anerkennenswertes Interesse an der nur vorübergehenden Beschäftigung des Arbeitnehmers. Die Prozessbeschäftigung ist daher als Sachgrund anzusehen.⁶⁰

Bei einer Weiterbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem arbeitsgerichtlichen Urteil kommt kein Vertrag zustande. Das Schriftformerfordernis ist daher nicht zu beachten.⁶¹ Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG wegen des Widerspruchs des Betriebsrats weiter beschäftigt. Liegen die Voraussetzungen des § 102

⁵⁴BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 - EZA § 14 TzBfG Nr. 6; LAG Schleswig-Holstein 29.09.2011 – 5 Sa 155/11 - LAGE § 14 TzBfG Nr. 66a; LAG Nürnberg 25.06.2004 – 9 Sa 151/04 - LAGE § 102 BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht Nr. 1; LAG Hamm 16.01.2003 – 16 Sa 1126/02 - DB 2003, 1739.

⁵⁵*Dollmann* BB 2003, 2681; *Bayreuther* DB 2003, 1736; *Tschöpe* BB 2004, 434; *Bengelsdorf* NZA 2005, 277; *Ricken* NZA 2005, 323.

⁵⁶BAG 19.01.2005 – 7 AZR 113/04 - EzBAT § 53 BAT Beschäftigung Nr. 13; 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 - EZA § 14 TzBfG Nr. 6.

⁵⁷LAG Köln 05.04.2012 – 13 Sa 1360/11 - juris; *ErfK/Müller-Glöge* § 14 TzBfG Rn. 76; a.A. LAG Köln, 30.05.2011 – 2 Sa 209/11 - juris; *KR/Fischermeier* § 625 BGB Rn. 34.

⁵⁸BAG 02.06.2010 – 7 AZR 136/09 - EZA § 14 TzBfG Nr. 67; 22.04.2009 – 7 AZR 96/08 - EZA § 14 TzBfG Nr. 58; 17.01.2007 – 7 AZR 20/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 37.

⁵⁹BAG 16.03.2005 – 7 AZR 289/04 - NZA 2005, 923; 23.01.2002 – 7 AZR 611/00 - EZA § 620 BGB Nr. 185.

⁶⁰LAG Köln 05.04.2012 – 13 Sa 1360/11 - juris; *Ricken* NZA 2005, 323 (329 f.); a.A. *ErfK/Müller-Glöge* § 14 TzBfG Rn. 76 (nur gerichtlicher Vergleich möglich); *Kossens*, jurisPR-ArbR 33/2012 Anm. 5.

⁶¹LAG Schleswig-Holstein, 29.09.2011 – 5 Sa 155/11 - juris; LAG Thüringen 02.10.2007 – 1 Sa 393/07 - juris; *Meinel/Heyn/Herms* § 14 TzBfG Rn. 265.

Abs. 5 Satz 1 BetrVG vor, besteht das bisherige Arbeitsverhältnis während des Bestandsschutzverfahrens kraft Gesetzes fort und ist nur auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage.⁶² Ebenso kommt kein Vertrag zustande, wenn der Arbeitgeber den vom Großen Senat des BAG entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch erfüllt.⁶³

Ob eine Prozessbeschäftigung auf vertraglicher Grundlage erfolgt, oder ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Tätigkeit auffordert, um eine drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, ist durch Auslegung der Erklärungen der Parteien zu ermitteln.⁶⁴ Schwierigkeiten können sich insbesondere ergeben, wenn der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach Befristungsablauf beschäftigt wird. Das **BAG differenziert** danach, ob die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers **vor oder nach einer der Kündigungsschutz- bzw. der Entfristungsklage stattgebenden Entscheidung des Arbeits- oder Landesarbeitsgerichts erfolgt**. Maßgeblich ist somit, ob eine Pflicht des Arbeitgebers besteht, den Arbeitnehmer zu beschäftigen.⁶⁵

Wird der Arbeitnehmer vorher beschäftigt, ist mangels eines anderen Verpflichtungstatbestandes des Arbeitgebers regelmäßig davon auszugehen, dass dies auf vertraglicher Grundlage beruht. Wird der Arbeitnehmer nachher beschäftigt, ist regelmäßig anzunehmen, dass kein Vertrag zustande kommt. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer keinen auf seine vorläufige Weiterbeschäftigung gerichteten Antrag gestellt hatte. Das BAG stellt darauf ab, dass der Arbeitgeber gleichwohl nach einem stattgebenden erst- oder zweitinstanzlichen Urteil materiell-rechtlich zur Beschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Bestandsschutzverfahrens verpflichtet ist. Komme der Arbeitgeber dieser materiell-rechtlichen Verpflichtung nach und weise er den Arbeitnehmer darauf hin, dass er nur dessen Weiterbeschäftigungsanspruch erfüllen und weder das Arbeitsverhältnis über das Befristungsende hinaus fortsetzen noch ein neues Arbeitsverhältnis begründen wolle, hindere dies die Annahme einer vereinbarten Prozessbeschäftigung.⁶⁶

Nach diesen Grundsätzen kommt auch dann ein Vertrag zustande, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch noch nach Abänderung des klagestattgebenden Urteils des Arbeitsgerichts und Abweisung der Klage durch das Landesarbeitsgericht und damit nach Wegfall der Beschäftigungsverpflichtung weiterbeschäftigt.⁶⁷

⁶²BAG 15.03.2001 – 2 AZR 141/00 - EzA § 4 KSchG n.F. Nr. 61.

⁶³BAG 22.07.2014 – 9 AZR 1066/12 - NZA 2014, 1330; 08.04.2014 – 9 AZR 856/11 - juris.

⁶⁴BAG 22.07.2014 – 9 AZR 1066/12 - NZA 2014, 1330; 08.04.2014 – 9 AZR 856/11 - juris; 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 - EzA § 14 TzBfG Nr. 6; LAG Schleswig-Holstein 29.09.2011 – 5 Sa 155/11- juris.

⁶⁵BAG 22.07.2014 – 9 AZR 1066/12 - NZA 2014, 1330; 08.04.2014 – 9 AZR 856/11- juris.

⁶⁶BAG, 22.07.2014 – 9 AZR 1066/12 - NZA 2014, 1330; 08.04.2014 – 9 AZR 856/11- juris.

⁶⁷BAG 22.07.2014 – 9 AZR 1066/12 – NZA 2014, 1330; 08.04.2014 – 9 AZR 856/11- juris.

e) Weiterbeschäftigung nach der Altersgrenze: Der neue § 41 Satz 3 SGB VI

Zunehmend streben sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber eine befristete Weiterbeschäftigung über die Regelaltersgrenze hinaus an. § 41 Satz 3 SGB VI n.F. soll hier die Möglichkeit zu einer rechtssicheren Vertragsgestaltung eröffnen. Ob dies gelungen ist, ist allerdings zweifelhaft. Gegen die Vorschrift werden nämlich erhebliche europarechtliche Bedenken vorgebracht, weil sie weder zeitliche noch quantitative Beschränkungen vorsieht. Zu beachten ist, dass § 41 Satz 3 SGB VI n.F. nur für Vereinbarungen gilt, die im bestehenden Arbeitsverhältnis getroffen werden. Kommt die vertragliche Abrede später zustande, gelten die allgemeinen Grundsätze.

§ 41 Satz 3 SGB VI n.F. ist als Vorschrift zur Sachgrundbefristung zu verstehen.⁶⁸ Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, dass die Befristung wirksam sein soll, wenn die in § 41 Satz 3 SGB VI n.F. ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Für die Annahme, dass eine Sachgrundbefristung vorliegt, spricht, dass der Gesetzgeber an den Befristungsgrund, der Altersgrenzen erfasst, und damit an § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG anknüpfen wollte. Vor allem ist darauf zu verweisen, dass die Vorschrift bei einem anderen Verständnis offensichtlich europarechtswidrig wäre, weil sie keines der drei in § 5 Nr. 1 der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG genannten Kriterien erfüllen würde.⁶⁹ Dies würde allerdings, wenn der Arbeitgeber nicht dem öffentlichen Dienst angehört, nicht dazu führen, dass die Norm nicht anzuwenden wäre. Denn im Verhältnis von Privaten sind Richtlinien nicht unmittelbar anwendbar.⁷⁰

Unabhängig hiervon stellt sich die Frage, ob die Vorschrift den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG entspricht. Dies ist zu verneinen. Eine Regelung, die ohne jegliche Begrenzung die mehrfache Befristung bis ins hohe Alter des Arbeitnehmers vorsieht, ist mit dem europarechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung nicht vereinbar.⁷¹

Unklar ist auch, worin der Sachgrund bestehen soll. In der Gesetzesbegründung ist von dem „Wunsch“ von Arbeitnehmern und Arbeitgebern die Rede, auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze und darauf bezogener Beendigungsvereinbarungen einvernehmlich das Arbeitsverhältnis für einen von vornherein bestimmten Zeitraum rechtssicher fortsetzen zu können.⁷² Der Wunsch des Arbeitnehmers ist indes in der Regel nicht geeignet, eine Befristung zu rechtfertigen. Er ist zumeist primär auf eine unbefristete Weiterbeschäftigung gerichtet, weil der Arbeitnehmer dann selbst entscheiden kann, wann das Arbeitsverhältnis beendet wird.

⁶⁸Bader NZA 2014, 749 (752); Klösel/Reitz NZA 2014, 1366.

⁶⁹Einen Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie nehmen Waltermann Vortrag Europarechtliches Symposium 2015 des BAG, S. 18 f., und Rolfs an, vgl. ErfK § 41 SGB VI Rn. 22.

⁷⁰Vgl. Waltermann Vortrag Europarechtliches Symposium 2015 des BAG, S. 19.

⁷¹Bader NZA 2014, 749 (752); a.A. Giesen ZfA 2014, 217 (230 ff.); Klösel/Reitz NZA 2014, 1366 (1368 f.); Poguntke NZA 2014, 1372 (1374).

⁷²BT-Drucks. 18/1489 S. 25.

Der Gesetzgeber hat weiterhin als Beispiel den Fall genannt, dass eine Nachbesetzung der Stelle nicht nahtlos erfolgen kann. Auch könnten Arbeitnehmer laufende Projekte mit ihrer Sachkunde erfolgreich zum Abschluss bringen oder neu eingestellte, jüngere Kollegen in ihre Tätigkeit einarbeiten.⁷³ Mit diesem Zweck ist die nach der gesetzlichen Regelung bestehende Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mehrfach und dauerhaft zu befristen, nicht vereinbar.⁷⁴

Der Aspekt der wirtschaftlichen Absicherung, der für auf das gesetzliche Rentenalter bezogene Altersgrenzen von Bedeutung ist, kann bei einer Weiterarbeit über diesen Zeitpunkt hinaus keine tragende Rolle spielen. Zu berücksichtigen ist, dass insbesondere solche Arbeitnehmer auf eine Weiterarbeit angewiesen sind, die nicht wirtschaftlich abgesichert sind. Es wäre kaum sachgerecht, diese Personengruppe von der vorübergehenden Weiterbeschäftigung auszuschließen. Die Arbeitnehmer, die eine Altersrente erhalten, sind auch ohne die Weiterarbeit wirtschaftlich abgesichert.

Erste tatbestandliche Voraussetzung ist, dass eine Vereinbarung (ggf. nach Auslegung) die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht. Mit „Vereinbarung“ sind Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge gemeint. Soll das Arbeitsverhältnis früher oder auch später enden, kommt nur der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG in Betracht.

Zweite Voraussetzung ist, dass die Vereinbarung während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wird. Die Vorschrift findet auf Arbeitsverhältnisse, die nach Erreichen der Regelaltersgrenze begonnen werden, keine Anwendung.⁷⁵

Schließlich sind nur solche Vereinbarungen privilegiert, die „den Beendigungszeitpunkt hinausschieben“. Daraus folgt, dass sich die Vertragslaufzeit des Verlängerungsvertrages nahtlos an diejenige des vorangegangenen Vertrages anschließen muss. Darüber hinaus ist Voraussetzung, dass nur der Beendigungszeitpunkt geändert wird, die übrigen Arbeitsbedingungen aber unverändert bleiben.⁷⁶ Insoweit ergibt sich gegenüber § 14 Abs. 2 TzBfG keine Abweichung, auch wenn § 41 S. 3 SGB VI nicht den Begriff der Verlängerung verwendet und zudem nicht vom „Arbeitsvertrag“, sondern vom „Arbeitsverhältnis“ spricht.⁷⁷ Maßgeblich ist, dass es nach dem Wortlaut um ein Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts geht. Hierfür spricht auch der Wille des Gesetzgebers, der nicht nur im Wortlaut, sondern auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommen ist.⁷⁸ Vor

⁷³BT-Drucks. 18/1489 S. 25.

⁷⁴Bader NZA 2014, 749 (752).

⁷⁵Giesen ZfA 2014, 217 (221); Groeger ZTR 2015, 115 (120); Waltermann Vortrag Europarechtliches Symposium 2015 des BAG, S. 15.

⁷⁶Bader NZA 2014, 749 (751); a.A. Giesen ZfA 2014, 217, (225 f.); Groeger ZTR 2015, 115 (120).

⁷⁷Hierauf verweist Giesen ZfA 2014, 217 (226).

⁷⁸Vgl. BT-Drucks. 18/1489 S. 25 und Bader NZA 2014, 749, (751).

diesem Hintergrund ist eine vom Wortlaut abweichende Auslegung unter Hinweis auf einen abweichenden Sinn und Zweck der Vorschrift nicht angezeigt.

Die Anzahl der Verträge ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht beschränkt. Der Beendigungszeitpunkt soll „mehrfach“ hinausgeschoben werden können. Wenn die Befristung auf § 41 Satz 3 SGB VI gestützt werden soll, ist dies nur im Wege der Zeitbefristung möglich.⁷⁹ Wenn eine auflösende Bedingung oder eine Zweckbefristung vereinbart wird, bedarf es hierfür eines zusätzlichen sachlichen Grundes.

Das Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG gilt für jede Art von Befristungsabreden, unabhängig davon, ob sie auf das TzBfG oder andere Rechtsgrundlagen gestützt werden. Es ist daher auch bei einer Vereinbarung nach § 41 S. 3 SGB VI einzuhalten.⁸⁰ Der Hinweis der Gegenauffassung, bei einem Verzicht auf das Schriftformerfordernis würde die vom Gesetzgeber erwünschte maximale Flexibilität und Rechtssicherheit erreicht werden⁸¹, vermag nicht zu überzeugen. Das Gegenteil ist der Fall. Das Schriftformgebot verhindert Rechtsunsicherheit, die mit formlosen Abreden verbunden sind. Es ist auch nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmer völlig schutzlos stellen wollte, indem er dem Arbeitgeber „maximale Flexibilität“ ermöglicht. Das Schriftformgebot hat Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktion.⁸² Es leuchtet nicht ein, warum diese Funktionen bei Befristungen mit älteren Arbeitnehmern nicht mehr zum tragen kommen sollen.

Die nachträgliche Befristung eines zuvor langjährig unbefristet bestehenden Arbeitsverhältnisses nach Erreichen der Regelaltersgrenze ist unter zwei Voraussetzungen sachlich gerechtfertigt. Zum einen muss der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Altersrente aus der gesetzlichen Altersversicherung haben. Dies allein ist nicht ausreichend. Erforderlich ist zusätzlich, dass die Befristung einer konkreten Nachwuchsplanung des Arbeitgebers dient.⁸³

III. Die sachgrundlose Befristung

Ich wende mich nunmehr der sachgrundlosen Befristung zu. Ich möchte zunächst drei Fragen herausgreifen, die derzeit im Mittelpunkt der Diskussion stehen. Anfangs will ich mich damit auseinandersetzen, ob bei einer Verlängerung des Vertrages die Arbeitsbedingungen verändert werden dürfen oder nicht. Im Anschluss soll die zeitliche Reichweite des Anschlussverbots des § 14 Abs. 2

⁷⁹Bader NZA 2014, 749 (751); a.A. Giesen ZfA 2014, 217, (221); Waltermann Vortrag Europarechtliches Symposium 2015 des BAG, S. 15.

⁸⁰Bader NZA 2014, 749 (751); Waltermann Vortrag Europarechtliches Symposium 2015 des BAG, S. 15; BeckOK ArbR/Bayreuther § 14 TzBfG Rn. 72b; a.A. Poguntke NZA 2014, 1372 (1374); ErfK/Rolfs § 41 SGB VI Rn. 23.

⁸¹ Poguntke NZA 2014, 1372 (1374).

⁸² Vgl. unten Rdn. #.

⁸³BAG 11.02.2015 – 7 AZR 17/13 - Pressemitteilung.

Satz 2 TzBfG behandelt werden. Danach möchte ich auf die Frage eingehen, wie zu verfahren ist, wenn der Arbeitnehmer im Anschluss an eine sachgrundlose Befristung an den alten Arbeitgeber aufgrund einer Arbeitnehmerüberlassung verliehen wird. Abschließend stelle ich zwei neue Entscheidungen des BAG dar, die sich mit der sachgrundlosen Befristung von Betriebsratsmitgliedern und der sachgrundlosen Befristung aufgrund eines Tarifvertrages beschäftigen.

1. Verlängerung (§ 14 Abs. 2 Satz 1 2. Hs. TzBfG)

Bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren ist die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Insgesamt können somit **vier befristete Verträge** mit variablen Laufzeiten abgeschlossen werden.

Nicht jeder befristete Arbeitsvertrag, der im Anschluss an eine kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund geschlossen wird, stellt eine „Verlängerung“ des Arbeitsvertrages i.S.d. Teilzeit- und Befristungsgesetzes dar. Der Begriff der Verlängerung ist von dem **unzulässigen Neuabschluss** eines befristeten Arbeitsvertrages abzugrenzen. Die Abgrenzung kann nur vorgenommen werden, indem **alle** zwischen den Parteien geschlossenen **Arbeitsverträge** in die **Kontrolle** einbezogen werden. Liegen vier Verträge vor, sind alle vier Verträge darauf hin zu untersuchen, ob sie den Vorgaben des § 14 Abs. 2 TzBfG gerecht geworden sind. Dem steht nicht entgegen, dass die dem letzten befristeten Vertrag vorhergehenden Verträge gemäß § 17 Satz 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG als wirksam gelten. Es verbleibt dabei, dass nur der letzte mit der Klage angegriffene Vertrag der Befristungskontrolle unterliegt. Nur diesen überprüft das Gericht auf seine Wirksamkeit. Der letzte Vertrag kann jedoch nur dann wirksam sachgrundlos befristet worden sein, wenn die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG auch für den vorhergehenden befristeten Vertrag vorlagen.⁸⁴ Der vorletzte Vertrag kann seinerseits nur dann wirksam nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristet sein, wenn der ihm vorhergehende Vertrag die Vorgaben des § 14 Abs. 2 TzBfG beachtet hat. Ist etwa zwischen dem ersten und dem zweiten Vertrag eine Unterbrechung gegeben, ist der zweite Vertrag keine Verlängerung des ersten Vertrages. Dies schlägt auf die sich anschließenden Verträge durch. Haben die Parteien vier befristete Verträge abgeschlossen, ist die Befristung des letzten Vertrages, welcher der Befristungskontrolle unterliegt, unwirksam, weil der vierte Vertrag keine Verlängerung des dritten Vertrages ist. Der vierte Vertrag ist keine Verlängerung des dritten Vertrages, weil schon der zweite Vertrag keine Verlängerung des ersten Vertrages war.

Eine **Vertragsverlängerung** iSv. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG **setzt voraus**, dass

- die Verlängerungsvereinbarung noch **vor Ablauf des zu verlängernden Vertrages** getroffen wird
- sich die Vertragslaufzeit des Verlängerungsvertrages **unmittelbar** an diejenige des vorangegangenen Vertrages **anschließt**,

⁸⁴BAG 18.01.2006 – 7 AZR 178/05 – EzA § 14 TzBfG Nr. 26.

- und nur der Beendigungszeitpunkt geändert wird, die übrigen **Arbeitsbedingungen** hingegen **unverändert** bleiben.

Ist eine der Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrages, dessen Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unzulässig ist.⁸⁵ Dies entnimmt das BAG dem Begriff der Verlängerung. Danach lässt eine bloße Verlängerung die übrigen Vertragsbestandteile unberührt. Werden diese von den Parteien aus Anlass der Beendigung des bisherigen Vertragsverhältnisses geändert, handelt es sich um den **Neuabschluss eines Vertrages** und nicht mehr um die Verlängerung der Laufzeit des bisherigen Vertrages.⁸⁶

Nach der Rechtsprechung des **BAG** soll eine weitere **sachgrundlose Befristung grundsätzlich** selbst dann **ausgeschlossen** sein, wenn der sich an die vorhergehende sachgrundlose Befristung anschließende Vertrag Lohnerhöhungen und andere Veränderungen **zu Gunsten des Arbeitnehmers** vorsieht. Nur ausnahmsweise liege gleichwohl eine Verlängerung vor. Dies sei der Fall, wenn die Parteien anlässlich der Verlängerung Anpassungen des Vertragstextes an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage vornähmen. Die Änderung von Vertragsbedingungen sei **zulässig, wenn die Neufassung des Vertrages Arbeitsbedingungen zum Inhalt habe, die von den Parteien vereinbart worden wären, wenn der Arbeitnehmer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stünde**. Dabei werde es sich regelmäßig um Arbeitsbedingungen handeln, auf die der befristet beschäftigte Arbeitnehmer wie auch andere Arbeitnehmer des Betriebs gleichermaßen einen **Anspruch** hätten und die zur Dokumentation des Vertragsinhalts schriftlich niedergelegt würden. Diese Auslegung des Begriffs der Verlängerung sei im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 S. 1 TzBfG geboten. Anderenfalls werde der befristet beschäftigte Arbeitnehmer entgegen § 4 Abs. 2 S. 1 TzBfG gegenüber dem unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer unzulässig benachteiligt.⁸⁷

Danach schließt eine Verringerung oder Verlängerung der Arbeitszeit, die der Arbeitnehmer nach § 8 bzw. § 9 TzBfG beanspruchen kann, die Möglichkeit, eine weitere sachgrundlose Befristung zu vereinbaren, nicht aus.⁸⁸ Im Streitfall muss der Arbeitgeber beweisen, dass die Veränderung der Arbeitszeit dem Wunsch des Arbeitnehmers entsprach. Die Verlängerung der Arbeitszeit ist nicht

⁸⁵BAG 20.2.2008 – 7 AZR 786/06 – EzA § 14 TzBfG Nr. 45; 26.07.2006 – 7 AZR 514/05 – EzA § 14 TzBfG Nr. 30.

⁸⁶BAG 16.01.2008 – 7 AZR 603/06 – EzA § 14 TzBfG Nr. 44; 23.08.2006 – 7 AZR 12/06 – NZA 2007, 204; 18.01.2006 – 7 AZR 178/05 – EzA § 14 TzBfG Nr. 26; 25.05.2005 – 7 AZR 286/04 - EzA § 14 TzBfG Nr. 19; 25.10.2000 - 7 AZR 483/99 - EzA § 1 BeschFG 1985 Nr. 22; 26.07.2000 - 7 AZR 51/99 - EzA § 1 BeschFG 1985 Nr. 19.

⁸⁷BAG 16.01.2008 - 7 AZR 603/06 - EzA § 14 TzBfG Nr. 44; 23.08.2006 - 7 AZR 12/06 - NZA 2007, 204; LAG Bremen 25.08.2005 - 3 Sa 282/04 - juris; *Dörner* Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 463 ff.; *Gräfl/Arnold/Gräfl* § 14 TzBfG Rn. 214.

⁸⁸BAG 16.01.2008 - 7 AZR 603/06 - EzA § 14 TzBfG Nr. 44; *HaKo/Mestwerdt* § 14 TzBfG Rn. 164; *Dörner* Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 568; *Gräfl/Arnold/Gräfl* § 14 TzBfG Rn. 215.

zwingend für den Arbeitnehmer vorteilhaft.⁸⁹ Das BAG hat darüber hinaus die Weitergabe einer tariflichen Lohnerhöhung auch bei nicht tarifgebundenen Vertragsparteien als zulässig erachtet.⁹⁰ Gleiches gilt, wenn der Ursprungsvertrag die nunmehr vorgenommenen Änderungen erlaubte.⁹¹

Änderungen des Vertragsinhalts sollen auch **zulässig** sein, wenn sie **während der Laufzeit des befristeten Arbeitsvertrages** erfolgen. Zur Begründung führt das BAG aus, dass eine Befristungskontrolle nur stattfindet, wenn die Laufzeit des bisherigen Arbeitsvertrages geändert werde.⁹² In diesem Fall ist es möglich, die während der Laufzeit des ersten Vertrages vereinbarten Änderungen in den zweiten Vertrag mit aufzunehmen.⁹³

Die Rechtsprechung des BAG vermag nicht zu überzeugen.⁹⁴ Änderungen zugunsten des Arbeitnehmers sind unabhängig davon, ob er auf sie einen Anspruch hat oder nicht, als zulässig anzusehen. Der Wortlaut des Gesetzes steht der Annahme, dass Änderungen zugunsten des Arbeitnehmers möglich sind, nicht entgegen. Eine Verlängerung kann auch dann vorliegen, wenn der Vertragsinhalt geändert wird (es geht um die Fortführung des Vertragsverhältnisses, nicht um die Beibehaltung der ursprünglich vereinbarten Arbeitsvertragsbedingungen). Die Gegenauffassung führt darüber hinaus zu praktisch unbefriedigenden und vom Gesetzgeber nicht gewollten Folgen. Denn der Arbeitgeber sieht sich durch die Gegenauffassung vor die Alternative gestellt, den Arbeitnehmer entweder nicht weiter zu beschäftigen oder ihm die Vergünstigung nicht zu geben. Die weitere Möglichkeit, den Arbeitnehmer unbefristet einzustellen, wird er häufig nicht ergreifen. Er wird allenfalls versuchen, die Rechtsprechung zu umgehen, indem er zunächst einen unveränderten Folgevertrag schließt und kurze Zeit darauf einen Änderungsvertrag. Entgegen der Auffassung des 7. Senats ergibt sich aus der hier vertretenen Auffassung auch nicht die Konsequenz, alle Vertragsänderungen, d.h. auch solche, die für den Arbeitnehmer ungünstiger sind, zuzulassen. Die hier vorgenommene Unterscheidung ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, welches den Arbeitnehmer schützen will. Bei für ihn günstigen Vertragsbedingungen ist der Schutzzweck nicht berührt, wohl aber bei für ihn ungünstigen Vereinbarungen. Schließlich ist der Rechtsprechung des BAG entgegenzuhalten, dass sie gerade nicht zu der von ihr mehrfach postulierten Rechtssicherheit und Rechtsklarheit führt. Denn sie verlangt den Instanzgerichten die Prüfung ab, welche Vereinbarung die Parteien bei Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses getroffen hätten. Da die Parteien aber gerade kein unbefristetes Arbeitsverhältnis vereinbart haben, wird es in der Praxis häufig kaum

⁸⁹LAG Baden-Württemberg 19. 05. 2006 - 2 Sa 1/06 - juris.

⁹⁰BAG 24.01.2001 - 7 AZR 567/99 - juris.

⁹¹*Dörner* Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 476; *Annuß/Thüsing/Maschmann* § 14 TzBfG Rn. 72.

⁹²BAG 23.08.2006 - 7 AZR 12/06 - NZA 2007, 204; 26.07.2006 - 7 AZR 514/05 - NZA 2006, 1402; 18.01.2006 - 7 AZR 178/05 - AP TzBfG § 14 Nr. 22; 19.10.2005 - 7 AZR 31/05 - EzA § 14 TzBfG Nr. 23; 25.05.2005 - 7 AZR 286/04 - EzA § 14 TzBfG Nr. 19; 19.02.2003 - 7 AZR 648/01 - juris.

⁹³BAG 16.01.2008 - 7 AZR 603/06 - EzA § 14 TzBfG Nr. 44.

⁹⁴*APS/Backhaus* § 14 TzBfG Rn. 374 ff.; *HaKo/Mestwerdt* § 14 TzBfG Rn. 194; *Meinel/Heyn/Herms* § 14 TzBfG Rn. 214; *Preis* NZA 2005, 714 (716); *KR/Lipke* § 14 TzBfG Rn. 405 ff.; *Roßdorf/Mühlhausen*, RdA 2013, 226 ff.; *Bauer* NZA 2007, 207; *Seifert* RdA 2007, 304; *Sowka* SAE 2007, 172.

möglich sein, sicher zu ermitteln, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie eine andere Abrede getroffen hätten.

2. Die zeitliche Reichweite des Anschlussverbotes (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG)

Die erleichterte Befristung ist nur möglich, wenn es sich um eine Neueinstellung handelt. In diesem Punkt hat der Gesetzgeber eine **gegenüber dem früheren Beschäftigungsförderungsgesetz bedeutsame Änderung** vorgenommen. Früher war es möglich, eine Befristung zunächst für mehrere Jahre auf einen Sachgrund zu stützen und im Anschluss bei Wegfall des Sachgrundes die erleichterte sachgrundlose Befristung zu vereinbaren. Dies ist nunmehr ausgeschlossen. Mit demselben Arbeitgeber darf zuvor kein befristetes (oder unbefristetes) Arbeitsverhältnis bestanden haben.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist nur eine Ersteinstellung möglich. Auch langjährig zurückliegende Arbeitsverhältnisse hindern die Vereinbarung einer sachgrundlosen Befristung. Eine zeitliche Grenze bestand nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG nicht. Danach war von einem **lebenslangen Anschlussverbot** auszugehen.⁹⁵

Von dieser vom 2. Senat des BAG begründeten Rechtsprechung ist der für das Befristungsrecht zuständige 7. Senat abgerückt. Nunmehr soll gelten, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht vorliegt, wenn das frühere **Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt**.⁹⁶ Dies ergebe die an ihrem Sinn und Zweck orientierte, verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Regelung. Diese solle zum einen Arbeitgebern ermöglichen, auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen durch befristete Einstellungen zu reagieren, und für Arbeitnehmer eine Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen. Zum andern sollten durch das Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“ Befristungsketten und der Missbrauch befristeter Arbeitsverträge verhindert werden. Das Verbot könne allerdings auch zu einem Einstellungs Hindernis werden. Seine Anwendung sei daher nur insoweit gerechtfertigt, als dies zur Verhinderung von Befristungsketten erforderlich sei. Das sei bei lange Zeit zurückliegenden früheren Beschäftigungen typischerweise nicht mehr der Fall. Hier rechtfertige der Gesetzeszweck die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers nicht. Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten bestehe regelmäßig nicht mehr, wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag mehr als drei Jahre liegen. Dieser Zeitraum entspreche auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck komme.

⁹⁵BAG 13.05.2004 – 2 AZR 426/03 - EzBAT SR 2 y BAT TzBfG Nr. 10; 06.11.2003 – 2 AZR 690/02 - EzA § 14 TzBfG Nr. 7.

⁹⁶BAG 06.04.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; bestätigt von BAG 21.09.2011 – 7 AZR 375/10 - NZA 2012, 255. Zustimmung etwa *Greiner* ZESAR 2013, 305, 307; *ders.* ZESAR 2014, 357 ff.; *Wank* RdA 2012, 361 ff.

Die Rechtsprechungsänderung ist nicht überzeugend.⁹⁷ Sie steht im Widerspruch zum Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Hiervon ist auch der 7. Senat des BAG ausgegangen. In seiner Nichtzulassungsentscheidung vom 29. Juli 2009⁹⁸ hat er der zeitlichen Reichweite des Anschlussverbotes aus 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG beigemessen. Zur Begründung hat er darauf verwiesen, der 7. Senat halte ebenso wie der 2. Senat des BAG den Wortlaut der Vorschrift „für eindeutig“. Es leuchtet nicht ein, warum dies nunmehr nicht mehr gelten soll. Da der Begriff „zuvor“ mit keiner zeitlichen Einschränkung versehen ist, ist das „Zuvor-Arbeitsverhältnis“ nach dem Wortlaut zeitlich uneingeschränkt.

Auch die Gesetzesgeschichte spricht für ein lebenslanges Anschlussverbot. Wie der 7. Senat selbst darlegt, war sich der Gesetzgeber über die Folgen seiner Gesetzesformulierung bewusst. Im Gesetzgebungsverfahren war auf die weitreichende zeitliche Geltung der Regelung hingewiesen worden. In dieser Konsequenz liegt es, dass sich die CDU/CSU/FDP-Koalition im Koalitionsvertrag auf eine Beschränkung des Anschlussverbotes auf ein Jahr verständigt hatte. Der 7. Senat ist nunmehr an die Stelle des Gesetzgebers getreten und hat dessen Funktion übernommen.

Geradezu zu einer Umkehrung der Verhältnisse führt das Argument, dass das BAG als „entscheidend“ bezeichnet. Gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich unbeschränkten Anschlussverbotes sollen nämlich verfassungsrechtliche Erwägungen sprechen. Wer nun erwartet, dass der 7. Senat auf die Grundrechte des Arbeitgebers abstellt, sieht sich getäuscht. Diese tauchen in seinen verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht auf. Hingewiesen wird vielmehr auf die aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit abzuleitende Schutzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer. Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers und seine Privatautonomie würden durch ein lebenslanges Anschlussverbot unverhältnismäßig begrenzt. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die Schutzpflichten des Staates nach der Rechtsprechung des 7. Senats des BAG in ihr Gegenteil verkehren. Sie führen im Ergebnis dazu, dass die Rechte der Arbeitnehmer beschränkt und die Rechte der Arbeitgeber erweitert werden, indem die Möglichkeit, Arbeitsverhältnisse sachgrundlos zu befristen, zu Gunsten der Arbeitgeber erweitert wird. Dies ist nicht nur methodisch verfehlt, es gibt für die Rechtsprechung des BAG auch keine empirische Grundlage. So nimmt das BAG an, das Verbot der Vorbeschäftigung stelle typischerweise ein Einstellungshindernis dar. Es ist allerdings bis heute empirisch nicht belegt, dass ein Abbau von Bestandsschutz zu einem Abbau von Arbeitslosigkeit führt.⁹⁹

Welche Schwierigkeiten auftreten, wenn der Richter die Rolle des Gesetzgebers einnehmen will, zeigen die Ausführungen des 7. Senats zu der nach seiner Auffassung geltenden zeitlichen Grenze des

⁹⁷So auch LAG Baden-Württemberg 21.02.2014 – 7 Sa 64/13 - juris; LAG Baden-Württemberg 26.09.2013 – 6 Sa 28/13 - LAGE § 14 TzBfG Nr. 78; *Höpfner* NZA 2011, 893; *Lakies* AuR 2011, 190 ff.; *ders.* ArbR 2011, 445 (448 ff.); *Hako/Mestwerdt* § 14 TzBfG Rn. 198 f.

⁹⁸BAG 29.7.2009 – 7 AZN 368/09 – ZTR 2009, 544.

⁹⁹Vgl. *Lakies* AuR 2011, 190.

Anschlussverbotes. Unter Bezugnahme auf die Verjährungsfrist des § 195 BGB nimmt er die dreijährige Geltung des Anschlussverbotes an. Zwischen der Verjährung eines Anspruchs und der zeitlichen Geltung des Vorbeschäftigungsverbots besteht indes kein Zusammenhang. Es wäre Aufgabe des hierzu allein berufenen Gesetzgebers gewesen, in das Gesetz eine – durchaus sinnvolle – zeitliche Grenze aufzunehmen.

Eine Klärung der Rechtslage könnte nunmehr aufgrund einer Vorlage des ArbG Braunschweig an das BVerfG erfolgen. Das Arbeitsgericht Braunschweig teilt die Auffassung des BAG, dass ein zeitlich unbegrenztes Anschlussverbot gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt. Im Gegensatz zum BAG nimmt es an, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sei nicht in der Weise verfassungskonform auszulegen, dass das Vorbeschäftigungsverbot auf drei Jahre begrenzt ist. Daher hat das Arbeitsgericht das BVerfG mit der Frage angerufen, ob § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG mit Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und deshalb nichtig ist.¹⁰⁰

Nur am Rande sei erwähnt: Die Argumente, die das BAG gegen ein zeitlich unbegrenztes Anschlussverbot verwendet, sprechen auch dafür, dass Verbesserungen in Anschlussverträgen nicht zu einer Unwirksamkeit der sachgrundlosen Befristung führen. Denn die bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage stellt mit Sicherheit ein Weiterbeschäftigungshindernis dar.

3. Sachgrundlose Befristung und Arbeitnehmerüberlassung

Vielen Arbeitgebern reichen die Möglichkeiten, ein Arbeitsverhältnis bis zur Dauer von zwei Jahren sachgrundlos zu befristen, nicht aus. In der Praxis kommt es daher nicht selten vor, dass der Arbeitnehmer im Anschluss an eine sachgrundlose Befristung weiterhin auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt bleibt, er allerdings nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis zum alten Arbeitgeber steht, sondern an diesen mittels einer Arbeitnehmerüberlassung verliehen wird. In vielen Fällen gehört der Verleiher darüber hinaus zum Konzern des bisherigen Arbeitgebers.

Die Ausgangslage ist klar. **Nach den Buchstaben des Gesetzes sind derartige Vertragsgestaltungen zulässig und wirksam:** Arbeitgeber i.S.d. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber, also die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Maßgeblich ist nicht die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb, sondern die individualvertragliche Bindung. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag hat daher nur dann mit demselben Arbeitgeber bestanden, wenn Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist.¹⁰¹

¹⁰⁰ ArbG Braunschweig 04.04.2014 – 5 Ca 463/13 - LAGE § 14 TzBfG Nr 83.

¹⁰¹ BAG 18.07.2012 – 7 AZR 451/11 – NZA 2012, 1369; 09.03.2011 – 7 AZR 657/09 – juris; 09.02.2011 – 7 AZR 32/10 – NZA 2011, 791; 16.07.2008 - 7 AZR 278/07 - EzA § 14 TzBfG Nr. 51.

Daher sind mehrere Vertragsarbeitgeber, die einen gemeinsamen Betrieb führen, nicht als dieselben Arbeitgeber anzusehen.¹⁰² Eine Neueinstellung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer unmittelbar zuvor als Leiharbeiter im selben Betrieb tätig gewesen ist.¹⁰³ Auch Tätigkeiten für verschiedene Unternehmen desselben Konzerns fallen nicht unter § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.¹⁰⁴ Gleiches gilt für den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der GbR im Anschluss an ein Arbeitsverhältnis mit einem der Gesellschafter (und umgekehrt).¹⁰⁵

In **Ausnahmefällen** kann sich die gewählte **Vertragsgestaltung als rechtsmissbräuchliche Ausnutzung** der durch § 14 Abs. 2 TzBfG eröffneten Befristungsmöglichkeiten darstellen.¹⁰⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG und die in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG enthaltene Höchstbefristungsdauer es nicht verbieten, im Anschluss an einen für die Dauer von zwei Jahren sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag einen weiteren sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag mit einem anderen Arbeitgeber für zwei Jahre abzuschließen. Dies gilt auch dann, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei seinem vormaligen Vertragsarbeitgeber erfolgen soll. Rechtsmissbräuchlich ist eine derartige Fallgestaltung allenfalls dann, wenn sie darauf abzielt, den Arbeitnehmer unter Einschaltung mehrerer Vertragsarbeitgeber auf eine unangemessene Zeit mit sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen bei einem Arbeitgeber beschäftigen zu können.¹⁰⁷

In der Entscheidung vom 18.10.2006 hat das BAG einen sehr restriktiven Maßstab angelegt. Danach soll die Dauer der Befristung maßgeblich sein. Es habe eine Orientierung an der in § 14 Abs. 2 a TzBfG vorgesehenen Vier-Jahres-Frist zu erfolgen. Erreichen die befristeten Verträge insgesamt eine Dauer von nicht mehr als vier Jahren, sei regelmäßig kein Rechtsmissbrauch gegeben. Bei einer länger als vier Jahre währenden Beschäftigung sei eine andere Beurteilung abhängig von den Umständen des Einzelfalls angebracht sein.¹⁰⁸

Diese Rechtsprechung hat der 7. Senat ausdrücklich aufgegeben.¹⁰⁹ Nunmehr gilt, dass sich die Rechtsmissbrauchskontrolle an allen Umständen des Einzelfalls zu orientieren hat. Die Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverhältnisse ist (nur) ein in die Gesamtabwägung einzustellender Aspekt. Daher kann Rechtsmissbrauch auch dann anzunehmen sein, wenn die Gesamtdauer der Arbeitsverträge vier Jahre unterschreitet.

¹⁰² BAG 25.04.2001 - 7 AZR 376/00 - EZA § 1 BeschFG 1985 Nr. 25.

¹⁰³ BAG 09.03.2011 - 7 AZR 657/09 - NZA 2011, 1147; 09.02.2011 - 7 AZR 32/10 - NZA 2011, 791; 17.01.2007 - 7 AZR 20/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 37; 18.10.2006 - 7 AZR 145/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 35.

¹⁰⁴ BAG 18.07.2012 - 7 AZR 451/11 - NZA 2012, 1369; 09.03.2011 - 7 AZR 657/09 - NZA 2011, 1147; 18.10.2006 - 7 AZR 145/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 35.

¹⁰⁵ ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG Rn. 93.

¹⁰⁶ BAG 18.10.2006 - 7 AZR 145/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 35; 25.04.2001 - 7 AZR 376/00 - EZA § 1 BeschFG 1985 Nr. 25.

¹⁰⁷ BAG 18.10.2006 - 7 AZR 145/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 35.

¹⁰⁸ BAG 18.10.2006 - 7 AZR 145/06 - EZA § 14 TzBfG Nr. 35.

¹⁰⁹ BAG, 15.05.2013 - 7 AZR 525/11 - EZA § 14 TzBfG Nr. 93; vgl. auch bereits BAG 09.03.2011 - 7 AZR 657/09 - NZA 2011, 1147 und im Anschluss BAG 19.03.2014 - 7 AZR 527/12 - NZA 2014, 840.

Das LAG Köln hat angenommen, Folge des Rechtsmissbrauchs sei, dass mit dem ursprünglichen Arbeitgeber (d.h. dem jetzigen Entleiher) ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande komme. Der Rechtsmissbrauch liege gerade darin, dass sich der bisherige Arbeitgeber trotz eines fortbestehenden Beschäftigungsbedarfs der Konstruktion und der Hilfe des nachfolgenden Leiharbeitgebers bediene, um den Normzweck des § 14 Abs. 2 TzBfG zu umgehen. Die Rechtsfolgen der Umgehung müssten den treffen, der die Umgehung begehe und veranlasse.¹¹⁰

Dieser Auffassung hat sich das **BAG** nicht angeschlossen. Der 7. Senat hat entschieden, dass sich der Arbeitnehmer nicht an den Beschäftigungsarbeitgeber, sondern an den **Vertragsarbeitgeber** wenden müsse. Der unredliche Vertragspartner könne sich auf eine solche Befristung nicht berufen.¹¹¹ Hierauf hat sich die Praxis einzustellen. Allerdings sind bereits europarechtliche Bedenken erhoben worden.¹¹²

Denkbar ist ein Rechtsmissbrauch auch im umgekehrten Fall, der dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Leiharbeitnehmer nach zweijähriger Anstellung beim Verleiher bei dem vormaligen Entleiher befristet eingestellt wird. Allerdings ist hier für den Rechtsmissbrauch ein strengerer Maßstab anzulegen, weil keine Arbeitnehmerüberlassung mehr, sondern „nur“ noch eine befristete Beschäftigung erfolgt.¹¹³

4. Sachgrundlose Befristung eines Betriebsratsmitglieds

Die nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisse von Betriebsratsmitgliedern enden ebenso wie diejenigen anderer Arbeitnehmer mit Ablauf der vereinbarten Befristung. Der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 TzBfG ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht etwa aus unionsrechtlichen Gründen teleologisch zu reduzieren.¹¹⁴

Damit soll es allerdings nicht sein Bewenden haben. Der 7. Senat nimmt an, dass ein sachgrundlos befristet beschäftigtes Betriebsratsmitglied keinen ausreichenden Schutz und keine ausreichenden Sicherheiten genösse, wenn die Beendigung seines Arbeitsvertrags mit seinem Mandat oder mit seiner Amtstätigkeit begründet werden könnte. Das Gesetz sehe für eine derartige unzulässige Benachteiligung aber hinreichende Sanktionen vor. Dem unionsrechtlich gebotenen Schutz eines Betriebsratsmitglieds vor einer im Zusammenhang mit einer Befristung stehenden Benachteiligung könne durch § 78 Satz 2 BetrVG - ggf. iVm. § 280 Abs. 1 und/oder § 823 Abs. 2 BGB - Rechnung getragen werden. Danach dürfen Mitglieder des Betriebsrats nicht wegen ihrer Tätigkeit benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Daher könne die Nichtübernahme eines befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes oder in ein

¹¹⁰So auch APS/*Backhaus* § 14 TzBfG Rn. 400b.

¹¹¹BAG 19.03.2014 – 7 AZR 527/12 - NZA 2014, 840; 22.01.2014 – 7 AZR 243/12 - NZA 2014, 483; 15.05.2013 – 7 AZR 525/11 - EzA §14 TzBfG Nr. 93. So auch BAG 23.09.2014 – 9 AZR 1025/12 - juris.

¹¹²*Greiner* NZA 2014, 284, 287; *ders.* DB 2014, 1987, 1990.

¹¹³Zutreffend *Greiner* NZA 2014, 284, 288.

¹¹⁴BAG 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – NZA 2013, 515.

weiteres befristetes Arbeitsverhältnis eine unzulässige Benachteiligung darstellen, wenn sie gerade wegen der Betriebsratsstätigkeit erfolge.¹¹⁵

Ist ein Arbeitnehmer bereits bei Abschluss der Befristungsabrede Betriebsratsmitglied - das wird regelmäßig nur bei Vertragsverlängerungen in Betracht kommen - könne auch die Befristungsabrede als solche unwirksam sein. Dies könne insbesondere dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nur wegen seiner Betriebsratsmitgliedschaft lediglich ein befristetes statt eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses anbietet.¹¹⁶

5. Sachgrundlose Befristung aufgrund Tarifvertrags

Nach § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG können durch Tarifvertrag nicht nur entweder die Anzahl der Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge oder die Höchstdauer der Befristung, sondern kumulativ beide Vorgaben abweichend von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG geregelt werden.¹¹⁷

Die den Tarifvertragsparteien mit § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG eröffnete Möglichkeit, die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung oder beide Umstände abweichend von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG festzulegen, ist zwar nach dem Gesetzeswortlaut weder hinsichtlich der Höchstdauer noch der Anzahl der Verlängerungen eingeschränkt. Dennoch ist sie nach der Rechtsprechung des BAG nicht völlig unbegrenzt. Systematischer Gesamtzusammenhang und Sinn und Zweck des TzBfG sowie verfassungs- und unionsrechtliche Gründe geböten vielmehr eine immanente Beschränkung der durch § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG eröffneten Dispositionsbefugnis der Tarifvertragsparteien. § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG erlaube keine tarifvertragliche Gestaltung sachgrundloser Befristungen, die das in § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ausgedrückte gesetzgeberische Konzept konterkariert, wonach die Befristung grundsätzlich eines Sachgrundes bedarf. Auch ermögliche die Vorschrift keine tarifvertragliche Befristung ohne Sachgrund, die nicht mehr der mit dem TzBfG verfolgten Verwirklichung der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden staatlichen Schutzpflicht entspricht oder dem nach der Befristungs-RL und deren inkorporierter Rahmenvereinbarung von den Mitgliedstaaten zu verwirklichenden Ziel der Verhinderung von Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge erkennbar zuwiderlaufe.¹¹⁸

Danach hat das BAG eine tarifliche Bestimmung, wonach die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von 42 Monaten bei höchstens viermaliger Verlängerung des befristeten Vertrages zulässig ist, nicht beanstandet.¹¹⁹

¹¹⁵BAG 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – NZA 2013, 515.

¹¹⁶BAG 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – NZA 2013, 515.

¹¹⁷BAG 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – NZA 2013, 515; 15.08.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45.

¹¹⁸BAG 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – NZA 2013, 515; 15.08.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45.

¹¹⁹BAG 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – NZA 2013, 515.

IV. Neues zum Annahmeverzug

Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Ablauf einer Befristung hat der 5. Senat des BAG an etwas versteckter Stelle eine für die Praxis sehr wichtige Rechtsprechungsänderung vorgenommen.¹²⁰

Bisher ist die Rechtsprechung ohne großes Problembewusstsein davon ausgegangen, dass der Arbeitgeber nach Ablauf einer unwirksamen Befristung in Annahmeverzug gerät, ohne dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anbieten muss. Hiervon kann nunmehr nicht mehr ausgegangen werden.

Der 5. Senat nimmt an, im Anschluss an eine Befristung bedürfe es eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots des Arbeitnehmers, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen. Ein Angebot des Arbeitnehmers sei nicht nach § 296 BGB entbehrlich. Zur Begründung führt das BAG lediglich aus, die Rechtsprechung des BAG gehe lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung von der Anwendbarkeit des § 296 BGB aus.

Dieser Argumentation ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Aussage nicht zutrifft. Der 7. Senat des BAG ist in der Entscheidung vom 25. November 1992¹²¹ von der Anwendbarkeit des § 296 BGB ausgegangen. Eine ausdrückliche Aufgabe dieser Rechtsprechung ist - soweit ersichtlich - nicht erfolgt.

Unabhängig hiervon enthält der Hinweis, dass das BAG § 296 BGB bei Kündigungsschutzklagen anwende, nicht aber bei Befristungskontrollklagen, keine inhaltliche Begründung. Es stellt sich die Frage, warum zwischen den genannten Bestandsschutzklagen unterschieden werden soll.

Eine Betrachtung der Begründung des BAG, warum § 296 BGB überhaupt nach einer Arbeitgeberkündigung Anwendung finden soll, spricht eher dafür, dass eine Unterscheidung nicht angezeigt ist. Danach habe der Arbeitgeber eine nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung vorzunehmen, weil er dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen und Arbeit zuweisen müsse.¹²² Die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers hängt nicht davon ab, ob das Arbeitsverhältnis nach seiner Vorstellung aufgrund einer Kündigung oder einer Befristung enden soll.

Für eine Unterscheidung der beiden Fälle könnte indes die Begründung sprechen, mit der der 5. Senat des BAG die Anwendbarkeit des § 296 BGB im Anschluss an einen Aufhebungsvertrag (dessen Wirksamkeit später streitig wurde) abgelehnt hat. Der Senat hat darauf hingewiesen, § 296 BGB sei

¹²⁰BAG 19.09.2012 – 5 AZR 627/11 – NZA 2013, 101 mit Anm. *Sievers* jurisPR ArbR 2013 Anm. 1 .

¹²¹7 AZR 191/92 – juris.

¹²²BAG 09.04.1984 – 2 AZR 374/83 – NZA 1985, 119.

nicht heranzuziehen, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht durch einseitig gestaltende Willenserklärung die Arbeitsmöglichkeit entziehe.¹²³ Dieser Gesichtspunkt trifft auch Befristungen zu.

¹²³BAG 07.12.2005 – 5 AZR 19/05 – NZA 2006, 435.