

# Befristung – ein Flexibilisierungsinstrument mit beherrschbarem Risiko

Aktuelles zu folgenden Themen:

- I. Schriftform und Nachweis
- II. Sachgrundbefristung
- III. Sachgrundlose Befristung
- IV. Hinausschieben einer Altersgrenze
- V. Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses
- VI. Verfahrensrechtliche Fragen

# I. Schriftform - Gegenstand

Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG)

- Das Schriftformerfordernis erstreckt sich nur auf die Befristungsabrede, nicht auf den übrigen Inhalt des Arbeitsvertrags.
- Erforderlich ist die schriftliche Niederlegung des Endtermins.

(LAG Thüringen 21. Juni 2021 – 1 Sa 115/21 - ; nachfolgend BAG 16. August 2023 – 7 AZR 300/22 -)

# I. Schriftform - Anwendungsbereich

Schriftformerfordernis gilt für alle Befristungsabreden (auch für vertragliche Altersgrenzen)

§ 14 Abs. 4 TzBfG findet keine Anwendung, wenn der Arbeitsvertrag insgesamt auf einen einschlägigen Tarifvertrag Bezug nimmt, der seinerseits die Befristung vorsieht.

(BAG 5. Juli 2022 – 9 AZR 476/21 – Rn. 49; 23. Juli 2014 - 7 AZR 771/12 - Rn. 27 ff.)

# I. Schriftform – Anforderungen

## Unterzeichnung durch Vertreter

Wird ein Vertrag von einem Vertreter iSv. § 164 Abs. 1 BGB unterschrieben, ist die gesetzliche Schriftform nur gewahrt, wenn der Vertretungswille in der Urkunde jedenfalls andeutungsweise Ausdruck gefunden hat. Das kann insbesondere durch einen entsprechenden Zusatz bei der Unterschrift erfolgen.

- Der Zusatz „In Vertretung“ deutet auf die Vertretung hin.
- Aus dem Zusatz „Im Auftrag“ ergibt sich nicht zwingend, dass der Erklärende lediglich als Bote gehandelt hat. Maßgeblich sind vielmehr die Gesamtumstände. Ergibt sich daraus, dass der Unterzeichner die Erklärung ersichtlich im Namen eines anderen abgegeben hat, ist von einem Handeln als Vertreter auszugehen.

(BAG 14. April 2017 – 7 AZR 446/15 -)

# I. Schriftform – Anforderungen

## **Unterzeichnung eines mehrteiligen Vertrags**

Die Unterzeichnung eines Vertragsbestandteils deckt die schriftformbedürftigen Inhalte eines anderen Vertragsbestandteils nur ab, wenn das Vertragswerk eine einheitliche Urkunde bildet.

Von einer Einheitlichkeit der Urkunde ist bei fester körperlicher Verbindung auszugehen sowie dann, wenn sich die Einheit der Urkunde aus fortlaufender Paginierung oder Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergibt.

(BAG 4. November 2015 – 7 AZR 933/13 -)

# I. Schriftform – elektronische Form

Die schriftliche Form kann nach § 126 Abs. 3 BGB durch die elektronische Form ersetzt werden, da diese in § 14 Abs. 4 TzBfG nicht ausgeschlossen ist.

§ 126a BGB:

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

**Eine eingescannte Unterschrift genügt nicht den Anforderungen an eine qualifizierte elektronische Signatur.**

(LAG Berlin-Brandenburg 16. März 2022 – 23 Sa 1133/21 -)

# I. Nachweis

Bei der Ersetzung der Schriftform durch elektronische Form bedarf (derzeit zusätzlich) eines schriftlichen Nachweises nach § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG. Nach dieser Vorschrift ist in die Niederschrift aufzunehmen

Nr. 3: bei befristeten Arbeitsverhältnissen: das Enddatum oder die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Der Nachweis erfordert die Schriftform iSv. § 126 BGB. Die elektronische Form ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 NachwG ausgeschlossen.

Der Hinweis wird nicht durch den Hinweis auf einen anwendbaren Tarifvertrag ersetzt (§ 2 Abs. 4 Satz 1 NachwG).

# I. Nachweis

Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 14 NachwG ist in die Niederschrift aufzunehmen das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftform-erfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, sowie die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage; § 7 KSchG ist auch bei einem nicht ordnungsgemäßen Nachweis der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage anzuwenden.

Fragen:

Bedarf es bei einer Befristung eines entsprechenden Hinweises?

## II. Eigenart der Arbeitsleistung

Mit dem Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung iSv. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG soll vor allem verfassungsrechtlichen, sich aus der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und der Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) ergebenden Besonderheiten Rechnung getragen werden.

Der Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung ist jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf diese Fallgruppen beschränkt, sondern kann auch in anderen Fällen zur Anwendung kommen.

(BAG 1. Juni 2022 – 7 AZR 151/21 – Rn. 20)

## II. Eigenart der Arbeitsleistung

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen können nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG befristete Verträge insbesondere begründet werden von

- Tendenzunternehmen der Presse mit sog. Tendenzträgern haben
- wissenschaftl. Einrichtungen mit ihrem wissenschaftl. Personal außerhalb des Anwendungsbereichs des WissZeitVG.

Es bedarf einer Interessenabwägung der Parteien.

(BAG 1. Juni 2022 – 7 AZR 151/21 – Rn. 20)

## II. Eigenart der Arbeitsleistung

Außerhalb verfassungsrechtlich geprägter Arbeitsverhältnisse setzt der Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung jedenfalls voraus, dass das Arbeitsverhältnis durch außergewöhnliche Umstände geprägt ist, die ein berechtigtes Interesse der Parteien, insbesondere des Arbeitgebers, an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung begründen können, etwa Verschleißtatbestände, das Abwechslungsbedürfnis des Publikums oder auch ein Wechselinteresse des Arbeitnehmers.

(BAG 1. Juni 2022 – 7 AZR 151/21 – Rn. 37)

# II. Eigenart der Arbeitsleistung

Tätigkeiten als Führungskraft oder in leitenden Positionen rechtfertigen die Befristung des Arbeitsvertrags nicht aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung. Ein berechtigtes – und das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegendes – Befristungsinteresse des Arbeitgebers folgt grds. nicht aus:

- herausgehobenen Position des Arbeitnehmers sowie daraus folgenden Befugnissen
- weitgehender Weisungsfreiheit.

(BAG 1. Juni 2022 – 7 AZR 151/21 – Rn. 37 f.)

## II. Eigenart der Arbeitsleistung

Für konfessionelle Einrichtungen im Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG kommt die Befristung des Arbeitsverhältnisses mit ihrem Gemeindepastor als Tendenzträger nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG wegen der "Eigenart der Arbeitsleistung" in Betracht.

(LAG München 29. Juli 2022 – 1 Sa 681/21, Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 7 AZR 367/22)

## II. Erprobung

Die vereinbarte Vertragslaufzeit muss sich am Sachgrund der Befristung orientieren und so mit ihm im Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen des Sachgrunds spricht.

Steht die vereinbarte Dauer der Erprobungszeit in keinem angemessenen Verhältnis zu der in Aussicht genommenen Tätigkeit, trägt der Sachgrund der Erprobung nicht.

(BAG 19. November 2019 - 7 AZR 311/18- Rn. 28)

## II. Erprobung

In der Regel werden nach dem Vorbild des § 1 KSchG und der Kündigungsfristenregelung für Kündigungen während der Probezeit (§ 622 Abs. 3 BGB) sechs Monate als Erprobungszeit ausreichen.

Längere Befristungen zur Erprobung aufgrund besonderer Einzelfallumstände sind aber - vorbehaltlich entgegenstehender einschlägiger und für das Arbeitsverhältnis geltender Tarifvorschriften - möglich. Einschlägige Tarifverträge können Anhaltspunkte geben, welche Probezeit angemessen ist.

(BAG 19. November 2019 - 7 AZR 311/18 - Rn. 28)

## II. Erprobung

§ 31 Abs. 1 TV-L gestattet eine Befristungsdauer von bis zu zwei Jahren für die Führung auf Probe. Diese tarifvertraglich geregelte Befristungsdauer ist grundsätzlich nicht unangemessen lang. § 31 Abs. 1 TV-L kann zwar die Befristungsmöglichkeit des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG nicht zu Lasten der Arbeitnehmer erweitern, § 22 Abs. 1 TzBfG. Die Ergebnisse kollektiv ausgehandelter Tarifvereinbarungen haben jedoch die Vermutung der Angemessenheit für sich. Tarifverträge können insoweit Maßstäbe für branchenübliche Abweichungen von der allgemein üblichen Erprobungsdauer von sechs Monaten setzen.

(BAG 19. November 2019 - 7 AZR 311/18 - Rn. 28)

# II. Erprobung

Art. 8 Richtlinie 2019/1152/EU

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass eine Probezeit, falls das Arbeitsverhältnis nach Maßgabe des nationalen Rechts oder der nationalen Gepflogenheiten eine solche umfasst, nicht länger als sechs Monate dauert.

(2) Bei befristeten Arbeitsverhältnissen tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Probezeitdauer im Verhältnis zur erwarteten Dauer des Vertrags und der Art der Tätigkeit steht. Bei einer Vertragsverlängerung für dieselbe Funktion und dieselben Aufgaben gilt für das Arbeitsverhältnis keine neue Probezeit.

(3) Die Mitgliedstaaten können in Ausnahmefällen längere Probezeiten festsetzen, wenn dies durch die Art der Tätigkeit gerechtfertigt oder im Interesse des Arbeitnehmers ist. Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass die Probezeit in Fällen, in denen der Arbeitnehmer während der Probezeit der Arbeit ferngeblieben war, entsprechend verlängert werden kann.

# II. Probezeit im befristeten Arbeitsverhältnis

§ 15 Abs. 3 TzBfG nF:

Wird für ein befristetes Arbeitsverhältnis eine Probezeit vereinbart, so muss diese im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen.

Ist die Dauer der Probezeit unangemessen, ist die Probezeitvereinbarung nicht wirksam mit der Folge, dass

- die verkürzte Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB nicht greift
- der befristete Vertrag nicht kündbar ist? (umstr.).

# III. Verlängerung

Das Tatbestandsmerkmal der Verlängerung iSd. § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG eines nach § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags setzt voraus, dass

- das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts noch vor Abschluss der Laufzeit des bisherigen Vertrags in schriftlicher Form vereinbart wird und
- der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleibt.

(BAG 21. Februar 2021 – 7 AZR 108/20 – Rn. 18, 27)

# III. Verlängerung – befristete Arbeitsbedingung

„A wird bis zum 31.12.2016 (Laufzeitende) mit einer Arbeitszeit von 90 vH einer Vollzeitbeschäftigten weiterbeschäftigt.“

- War die Vertragsänderung auf den vereinbarten Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses befristet, setzt eine Vertragsverlängerung iSv. § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG voraus, dass der Vertrag mit seinem ursprünglichen, vor der befristeten Vertragsänderung bestehenden Inhalt fortgesetzt wird.
- War die Vertragsänderung unbefristet vereinbart (und mit der Angabe bis 31.12.2016 nur deklaratorisch auf das Ende des Arbeitsverhältnisses verwiesen), liegt eine Verlängerung nach § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG vor, wenn der Vertrag mit der zuletzt geltenden - gegenüber dem Ausgangsvertrag geänderten - Bedingung fortgesetzt wird.

(BAG 21. Februar 2021 – 7 AZR 108/20 – Rn. 22)

# III. Vorbeschäftigung

„Arbeitgeber“ iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber, also diejenige natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Der Gesetzgeber hat für das Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung auf den rechtlichen Bestand eines formellen Arbeitsverhältnisses mit dem Vertragsarbeitgeber abgestellt, nicht auf eine Beschäftigung in demselben Betrieb.

(BAG 5. April 2023 – 7 AZR 224/22 – Rn. 17)

# III. Vorbeschäftigung - Leiharbeitnehmer

Eine Vorbeschäftigung iSd. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG liegt grundsätzlich nicht allein deshalb vor, weil der befristet eingestellte Arbeitnehmer zuvor als Leiharbeitnehmer im gleichen Betrieb auf dem gleichen Arbeitsplatz gearbeitet hat.

Von einer Vorbeschäftigung ist aber auszugehen, wenn infolge der Überlassung ein Arbeitsverhältnis der Parteien nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert ist.

(BAG 5. April 2023 – 7 AZR 224/22 – Rn. 17)

# III. Vorbeschäftigung - Leiharbeitnehmer

In der bloßen Aneinanderreihung von Arbeitnehmerüberlassung und sachgrundlos befristetem Arbeitsvertrag bei durchgängiger Beschäftigung des Arbeitnehmers auf demselben Arbeitsplatz liegt keine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Befristungsmöglichkeit des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG.

(BAG 5. April 2023 – 7 AZR 224/22 – Rn. 40)

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – verfassungskonforme Auslegung

Das in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG normierte Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber wirkt grundsätzlich uneingeschränkt. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift deren Anwendung auf Fälle auszuschließen, in denen das Verbot für die Parteien unzumutbar wäre.

(BAG 16. September 2020 – 7 AZR 552/19 - Rn. 17).

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – verfassungskonforme Auslegung

Das Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber ist unzumutbar, soweit

- eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und
- das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

(BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 55).

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben AG kann insbesondere dann unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung **sehr lang zurückliegt, von sehr kurzer Dauer oder ganz anders geartet** war. So liegt es etwa

- bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studienzeit oder Familienzeit,
- bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifikation oder
- bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht.

(BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 63).

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – „sehr lang“

Nach Ablauf von 22 Jahren seit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann bei der erneuten Einstellung des Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber in der Regel eine Befristung ohne Sachgrund vereinbart werden. In einem solchen Fall ist es geboten, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift nicht anzuwenden, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die die Anwendung des Verbots dennoch gebieten könnten.

(BAG 21. August 2019 – 7 AZR 452/17 – Rn. 24)

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – „sehr kurz“

Bei einer nur geringfügigen Nebenbeschäftigung während der Schul-, Studien- oder Ausbildungszeit kann die Annahme gerechtfertigt sein, es bestehe weder eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers noch sei das Verbot der sachgrundlosen Befristung erforderlich, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten (neun Jahre zurückliegende Beschäftigung von sechs Wochen, unklar ob geringfügige Nebenbeschäftigung während der Schulzeit: Zurückverweisung).

(BAG 12. Juni 2019 – 7 AZR 429/17 - Rn. 28).

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – „sehr kurz“

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, bei einem vor ca. 13 Jahren bestehenden Arbeitsverhältnis für die Dauer von acht Wochen handele es sich um eine Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer, welche die Unzumutbarkeit der Anwendung von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bedingt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(BAG 15. Dezember 2021 – 7 AZR 530/20 – Rn. 27)

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – „sehr kurz“

Die nachträgliche Befristung eines laufenden Arbeitsverhältnisses bedarf wegen § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG eines sachlichen Grundes.

Die sachgrundlose Befristung ist nicht deshalb zulässig, weil das Verbot für die Parteien wegen der Kürze des laufenden Arbeitsverhältnisses unzumutbar wäre und deshalb in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung käme.

(BAG 12. Juni 2019 – 7 AZR 548/17 – Rn. 18 ff.)

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – „ganz anders“

Die Annahme einer „ganz anders gearteten Tätigkeit“ setzt regelmäßig voraus, dass die in dem neuen Arbeitsverhältnis geschuldete Tätigkeit Kenntnisse oder Fähigkeiten erfordert, die sich wesentlich von denjenigen unterscheiden, die für die Vorbeschäftigung erforderlich waren.

(BAG 16. September 2020 – 7 AZR 552/19 - Rn. 17)

### III. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – „ganz anders“

Im Zusammenhang mit einer Aus- oder Weiterbildung ist eine ganz anders geartete Tätigkeit nur anzunehmen, wenn diese den Arbeitnehmer zur Erfüllung von Aufgaben befähigt, die zwar nicht einer beruflichen Neuorientierung im Sinne einer Tätigkeit etwa in einer anderen Branche gleichkommen, aber der Erwerbsbiographie des Arbeitnehmers eine völlig andere Richtung geben.

(BAG 16. September 2020 – 7 AZR 552/19 - Rn. 17)

### III. § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG

§ 14 Abs. 2 S, 3 TzBfG eröffnet den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, die Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung und die Anzahl der Verlängerungen abweichend von § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG festzulegen.

Diese tarifliche Regelungsbefugnis unterliegt aus verfassungs- und unionsrechtlichen Gründen einer Beschränkung dahingehend, dass ihre Grenze bei der Festlegung der Dauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses auf **maximal sechs Jahre** und der **höchstens neunmaligen Verlängerung** bis zu dieser Gesamtdauer erreicht ist.

(BAG 20. Juli 2022 – 7 AZR 247/21 – Rn. 18)

### III. § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG

Die Tarifvertragsparteien können - sofern sie von ihrer Regelungsbefugnis nach § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG Gebrauch machen - die erweiterte Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung zugunsten des Arbeitnehmers (§ 22 TzBfG) von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen und damit einschränken.

(BAG 20. Juli 2022 – 7 AZR 247/21 – Rn. 18)

# IV. Hinausschieben einer Altersgrenze

Eine Befristung nach § 41 S. 3 SGB VI setzt voraus

- Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze
- Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts
  - noch während der Laufzeit
  - die zur nahtlosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führt

(BAG 19. Dezember 2018 – 7 AZR 70/17 –)

# IV. Hinausschieben einer Altersgrenze

Umstritten und höchstrichterlich ungeklärt ist, ob das Tatbestandsmerkmal des Hinausschiebens des Beendigungszeitpunkts voraussetzt, dass die anderen Vertragsbedingungen unverändert bleiben.

- „Unveränderte Bedingungen vorausgesetzt“: LAG Schleswig-Holstein 14. Oktober 2021 - 4 Sa 342 öD/20 – (Vergleich beim BAG)
- „Unveränderte Bedingungen nicht vorausgesetzt“: LAG Baden-Württemberg 30. April 2020 – 3 Sa 98/19 – (Vergleich beim BAG):

# V. Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Wird einem Arbeitnehmer für die Zeit nach Ablauf seines befristeten Arbeitsverhältnisses Urlaub gewährt, ist der Tatbestand des § 15 Abs. 5 TzBfG in der bis zum 31. Juli 2022 geltenden Fassung (seit dem 1. August 2022 § 15 Abs. 6 TzBfG) nicht erfüllt.

(BAG 9. Februar 2023 – 7 AZR 266/22 –)

# VI. Befristungskontrollklage – Rechtsschutzinteresse

Grundsätzlich bedarf es bei einer Befristungskontrollklage gemäß § 17 Satz 1 TzBfG keines besonderen Feststellungsinteresses

Eine Befristungskontrollklage ist allerdings - wie jede Klage - unzulässig, wenn für sie kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Dies ist der Fall, wenn der Kläger kein schutzwürdiges Interesse an dem begehrten Urteil haben kann.

(BAG 21. Dezember 2022 – 7 AZR 489/21 – Rn. 16)

## VI. Befristungskontrollklage – Rechtsschutzinteresse – Abweisung eines Schleppnetzantrags

Ein klageabweisendes Urteil, das rechtsfehlerhaft die Zulässigkeit der Klage offenlässt und diese als "jedenfalls unbegründet" abweist, erwächst als Sachurteil in Rechtskraft. Der Umfang der materiellen Rechtskraft gemäß § 322 Abs 1 ZPO ist aus dem Urteil und den dazu ergangenen Gründen zu bestimmen.

Die materielle Rechtskraftwirkung der Abweisung des allgemeinen Feststellungsantrags (Schleppnetzantrags) erfasst den Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung.

(BAG 21. Dezember 2022 – 7 AZR 489/21 – Rn. 21 ff.)

## VI. Befristungskontrollklage – Klagefrist – „Arbeitsgericht“

Hat der Arbeitnehmer eine Befristungskontrollklage im Wege der Anschlussberufung in ein zweitinstanzliches Verfahren eingeführt, kann er, nachdem die Anschließung infolge einer Berufungsrücknahme durch den Arbeitgeber ihre Wirkung verloren hat (§ 524 Abs. 4 ZPO), mit einer die nämliche Befristung betreffenden weiteren Befristungskontrollklage zum Arbeitsgericht in analoger Anwendung der in §17 TzBfG iVm. § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG bestimmten Frist - nur - durchdringen, wenn er die neue Klage innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis vom Wirkungsverlust anhängig macht.

(BAG 10. Dezember 2020 – 2 AZR 308/20 – zur Kündigungsschutzklage)

# VI. Prozessbeschäftigung auf vertraglicher Grundlage

Erfolgt eine Beschäftigung für die Dauer des Befristungskontrollrechtsstreits nicht zur Abwendung der Zwangsvollstreckung, sondern auf vertraglicher Grundlage, bedarf die entsprechende Abrede einer Zweckbefristung bzw. auflösenden Bedingung

- eines sachlichen Grundes nach (§ 21,) § 14 Abs. 1 TzBfG (liegt vor)
- der Einhaltung der Schriftform nach (§ 21,) § 14 Abs. 4 TzBfG

## VI. Prozessbeschäftigung: Beschäftigung auf vertraglicher Grundlage oder zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung

Vereinbaren die Parteien schon vor einer erstinstanzlichen Entscheidung über einen Kündigungsschutzklage und einen Weiterbeschäftigungsantrag die vorläufige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage, spricht dies gegen eine bloß tatsächliche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zur Abwendung der Zwangsvollstreckung.

Etwas anderes kann gelten, wenn der Arbeitgeber erkennbar nur im Vorgriff auf eine mögliche Zwangsvollstreckung zur vorläufigen Weiterbeschäftigung bereit ist.

(BAG 20. Mai 2021 – 2 AZR 457/20 – Rn. 13 f.)

# VI. Separates Prozessarbeitsverhältnis?

Setzen die Arbeitsvertragsparteien ihren bisherigen Arbeitsvertrag auflösend bedingt („Fortsetzung bis zur rechtskräftigen Abweisung der Klage“) fort, besteht zwischen ihnen lediglich ein Arbeitsverhältnis. Sie begründen kein separates „Prozessarbeitsverhältnis“ neben dem gekündigten Arbeitsverhältnis.

(BAG 20. Mai 2021 – 2 AZR 457/20 – Rn. 15 ff.)

# VI. Separates Prozessarbeitsverhältnis?

Die Vereinbarung einer auflösend bedingten Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses ist nicht deshalb unwirksam, weil nicht sichergestellt ist, dass das Arbeitsverhältnis bei rechtskräftig festgestellter Wirksamkeit der Kündigung zu einem in § 622 Abs. 1 BGB vorgesehenen Endtermin (15. oder Ende eines Kalendermonats) enden wird.

(BAG 20. Mai 2021 – 2 AZR 457/20 – Rn. 19)

# VI. Beschäftigungsantrag

Bei einem Antrag, mit dem der Arbeitnehmer die Beschäftigung aufgrund eines bestehenden bzw. wieder einzugehenden Arbeitsverhältnisses begehrt, handelt es sich um eine Klage auf zukünftige Leistungen iSv. § 259 ZPO.

Voraussetzung für eine solche Klage ist die Besorgnis, der Schuldner werde sich andernfalls der rechtzeitigen Leistung entziehen. Der Arbeitgeber muss etwa zu erkennen geben, er werde den Arbeitnehmer auch dann nicht vertragsgemäß beschäftigen, wenn der (Fort-)Bestand des Arbeitsverhältnisses rechtskräftig festgestellt ist

(BAG 21. Dezember 2022 – 7 AZR 489/21 – Rn. 69 ff.)