

Arbeitsrecht

Waltermann

20. Auflage 2021

ISBN 978-3-8006-6584-6

Vahlen

1. Zeitablauf und Zweckerreichung

Das Gesetz kennt drei Konstellationen: Das Arbeitsverhältnis endet mit Zeitablauf, wenn es für eine bestimmte Zeit eingegangen ist (§ 620 Abs. 1, Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 3 Abs. 1 S. 2, 1. Fall, 15 Abs. 1 TzBfG: *kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag*). Es endet mit Zweckerreichung, wenn es für einen bestimmten Zweck (etwa ein bestimmtes Projekt) eingegangen ist (§ 3 Abs. 1 S. 2, 2. Fall TzBfG) und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtzeitig schriftlich über den Zeitpunkt der Zweckerreichung unterrichtet hat (§ 15 Abs. 2 TzBfG: *zweckbefristeter Arbeitsvertrag*). Auch durch *Eintritt einer auflösenden Bedingung* endet das Arbeitsverhältnis gemäß § 158 Abs. 2 BGB ohne Kündigung. Es gelten ähnliche Voraussetzungen wie für Befristungsabreden (Einzelheiten → Rn. 299ff.).

2. Kündigung

Das Arbeitsverhältnis endet durch Kündigung (Einzelheiten → Rn. 318ff.).

3. Aufhebungsvertrag

Das Arbeitsverhältnis endet durch Aufhebungsvertrag, der ein Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 1 BGB begründet. Aufhebungsverträge haben in der Praxis große Bedeutung. Sie werfen arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Fragen auf.

a) Abschluss

Aufhebungsverträge sind (zum Schutz vor Übereilung) gemäß § 623 BGB schriftformbedürftig. Ist die Form nicht gewahrt, ist der Aufhebungsvertrag nichtig. Aufhebungsverträge werden nicht selten durch Prozessvergleich (der die Form wahrt) geschlossen.

b) Wirksamkeit

Aufhebungsverträge sind im Ausgangspunkt Ausdruck der Vertragsfreiheit. Im Einzelfall kann jedoch die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers aus tatsächlichen Gründen eingeschränkt sein. Um zu vermeiden, dass Arbeitnehmer Aufhebungsverträge vorschnell oder in Drucksituationen abschließen, sehen Tarifverträge zum Teil Bedenkzeiten oder Widerrufsrechte vor.

Aufhebungsverträge werden nicht selten in Drucksituationen geschlossen. Ihre ganze, namentlich auch sozialversicherungsrechtliche Tragweite wird vielen Arbeitnehmern erst nach Vertragsschluss klar. Das BAG hat aus überzeugenden Gründen den Standpunkt eingenommen, dass die »besonderen Vertriebsformen« gewidmeten Vorschriften zum *Widerruf* bei Haustürgeschäften (§§ 312ff., 355 BGB) auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge keine Anwendung finden (**Fall a**).¹ Der Aufhebungsvertrag wird für Arbeitnehmer nicht an einem »fremden«, für das abzuschließende Rechtsgeschäft atypischen Ort geschlossen, es fehlt das entsprechende Überraschungsmoment. Arbeitnehmer befinden sich beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Betrieb regelmäßig nicht in einer vom Schutzzweck der §§ 312ff. BGB erfassten Lage. Da Arbeitnehmer auf den Abschluss eines Aufhebungsvertrags nicht angewiesen sind, ist es ihnen auch in einer Drucksituation nicht unmöglich, »nein« zu sagen. Sie bleiben durch die Möglichkeit der *Anfechtung* wegen Willensmängeln geschützt, insbesondere gegenüber Täuschung und widerrechtlicher Drohung. Die Drohung des Arbeitgebers mit Kündigung oder Strafanzeige ist widerrechtlich, wenn ein verständiger Arbeitgeber die angedrohte Sanktion nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte. Darauf, ob die Kündigung wirksam wäre, kommt es nicht an. Unterhalb der Schwelle der §§ 105, 119ff. BGB kann die Unwirksamkeit nach der Rechtsprechung aus der Verletzung des *Gebots*

¹ BAG 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597 (601).

fairen Verhandeln folgen, wenn etwa ein Arbeitnehmer am Krankenbett überrumpelt wird.² In Fall a ist der Verdacht eines Diebstahlsversuchs begründet, sogar eine außerordentliche (Verdachts-)Kündigung (→ Rn. 347) würde nach den Umständen der arbeitsgerichtlichen Prüfung wahrscheinlich standhalten. Ein Anfechtungsgrund gemäß § 123 Abs. 1, 2. Fall BGB besteht nicht, weil die Drohung mit der durchaus in Betracht kommenden außerordentlichen Kündigung nicht widerrechtlich war. Eine *Inhaltskontrolle* gemäß §§ 307ff. BGB kommt in Bezug auf Nebenabreden, z. B. einem formularmäßigen Klageverzicht,³ nicht auf die Aufhebung selbst (vgl. § 307 Abs. 3 BGB), in Betracht (→ Rn. 108).

c) Sozialversicherung

- 292 Beim Abschluss von Aufhebungsverträgen und Aufhebungsvergleichen muss den *sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen* Aufmerksamkeit geschenkt werden.⁴ Gemäß § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III droht eine *Sperrzeit* von grundsätzlich zwölf Wochen, wenn Arbeitnehmer ihr Beschäftigungsverhältnis (durch einen Aufhebungsvertrag oder einen Abwicklungsvertrag) selbst gelöst und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt haben. Ferner *ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld* nach Maßgabe des § 158 SGB III, wenn der Arbeitslose wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Entlassungsschädigung (insbesondere Abfindung) erhalten oder zu beanspruchen hat und das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden ist.⁵ Vor allem im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen (aber etwa auch im Zusammenhang mit Ansprüchen auf eine betriebliche Altersversorgung) können den Arbeitgeber gemäß § 241 Abs. 2 BGB *Aufklärungspflichten* treffen, deren Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht gemäß § 280 Abs. 1 BGB führt.

d) Abwicklungsvertrag

- 293 Im Unterschied zum Aufhebungsvertrag regelt der in der Praxis sog. Abwicklungsvertrag einvernehmlich Folgen einer vom Arbeitnehmer hingenommenen wirksamen Kündigung des Arbeitgebers (z. B. Abfindung als Ausgleich für den Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage). Auch wenn es Sache des Arbeitnehmers ist, ob er eine formgültige Kündigung seines Arbeitsverhältnisses hinnehmen will oder nicht, kommt im Hinblick auf die Leistung von Arbeitslosengeld arbeitsförderungsrechtlich eine Sperrzeit gemäß § 159 SGB III in Betracht; das BSG sieht insoweit keinen relevanten Unterschied zwischen Abfindungs- und Aufhebungsverträgen.⁶ Bei *betriebsbedingter* Kündigung scheidet vor dem Hintergrund von § 1 a Abs. 1 S. 1 KSchG eine Sperrzeit (§ 159 SGB III) jedoch aus, wenn der Arbeitgeber die Kündigung mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt hat und das Arbeitsverhältnis nicht früher endet als bei fristgerechter Kündigung.⁷

2 Vgl. BAG 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, NJW 2019, 1966ff. m. Anm. Bachmann/Ponßen; Kamanabrou RdA 2020, 201ff.

3 BAG 12.3.2015 – 6 AZR 82/14, NZA 2015, 676 (679).

4 MHDBarbR/Wank § 135 Rn. 20ff.

5 S. näher KKW/Kallert SGB III § 158 Rn. 1ff.

6 BSG 18.12.2003 – B 11 AL 35/03 R, NZA 2004, 661ff.

7 Vgl. BSG 12.7.2006 – B 11a AL 47/05 R, NZA 2006, 1359ff.; DA der Bundesagentur für Arbeit 11/2011, 144.102ff. Zur Problematik näher Rolfs FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 445 (453ff.).

4. Gerichtsentscheidung

Unter den Voraussetzungen des § 9 KSchG endet das Arbeitsverhältnis durch gerichtliche Entscheidung. 294

5. Altersgrenzenregelung

Es gibt im Arbeitsrecht keine gesetzliche Altersgrenze. Die rentenversicherungsrechtlichen »Altersgrenzen« (§§ 35 ff. SGB VI) legen fest, von welchem Alter an Versicherte eine Altersrente beanspruchen können, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Rentenversicherungsrechts gegeben sind. Arbeitsrechtliche Altersgrenzenregelungen⁸ zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (früher meist mit der Vollendung des 65. Lebensjahrs, jetzt angepasst an die gemäß § 235 Abs. 2 SGB VI stufenweise von 2012 an auf das Alter 67 ansteigende Rentenaltersgrenze) finden sich in Arbeitsverträgen und in Tarifverträgen, aber auch in Betriebsvereinbarungen.⁹ Altersgrenzenregeln werden als Befristungsregelungen eingestuft.¹⁰ 295

Einschlägige Gesetzesvorschriften bei der Beurteilung von *allgemeinen Altersgrenzenregelungen*, die nicht auf besondere berufliche Anforderungen, sondern auf den Anspruch auf Altersrente abstellen, sind § 41 SGB VI und § 14 Abs. 1 TzBfG, ferner die Bestimmungen des AGG, insbesondere §§ 1, 7 und 10 AGG. § 41 S. 1 SGB VI stellt klar, dass der Anspruch eines Versicherten auf Altersrente kein *Kündigungsgrund* sein kann. Eine *arbeitsvertragliche Altersgrenzenvereinbarung*, nach der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorgesehen ist, zu dem der Arbeitnehmer vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine Altersrente beantragen kann, gilt gemäß § 41 S. 2 SGB VI dem Arbeitnehmer gegenüber als auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen, es sei denn, dass die Vereinbarung innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen oder von dem Arbeitnehmer bestätigt worden ist. Das Grundrecht der Berufsfreiheit (unter den Gewährleistungsaspekten der freien Wahl des Arbeitsplatzes und des Berufs, Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) beeinflusst die Frage, ob die in einer tarifvertraglichen oder formulararbeitsvertraglichen allgemeinen Altersgrenze liegende Befristung gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG sachlich gerechtfertigt ist (→ Rn. 302). Im Licht des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG betrachtet, zeigt sich, dass die ständige Rechtsprechung des BAG¹¹, nach der allgemeine Altersgrenzenregelungen zulässig sind, durchaus diskussionswürdig ist, wenn auch die Rechtsfrage der Zulässigkeit von Altersgrenzen zum Ruhestand für die Praxis geklärt erscheint: Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die freie Wahl des Arbeitsplatzes und des Berufs unabhängig vom Alter nicht nur im Hinblick auf die notwendige Existenzsicherung durch berufliche Arbeit, sondern auch unter dem Aspekt der Selbstverwirklichung durch berufliche Arbeit. Den strengen Anforderungen der Verfassung werden die vom BAG herangezogenen tragenden Rechtfertigungsgründe (Existenzsicherung durch Altersversorgung; Interesse des Arbeitgebers an einer ausgewogenen Personal-

⁸ Grundsätzlich *Boecken*, Verh. d. 62. DJT 1998, S. B 31ff.; *Preis*, Verh. d. 67. DJT 2008, S. B 39f.; *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008; *Waltermann*, Berufsfreiheit im Alter – Verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Schranken tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen, 1989.

⁹ Nach st. Rspr. des BAG möglich *BAG* 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (918); dagegen z. B. *Preis/D. Ulber* RdA 2013, 211 (216); *Waltermann* SAE 2013, 94 (95ff. m. N.).

¹⁰ Vgl. *BAG* 21.9.2011 – 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271ff.

¹¹ S. stellvertretend *BAG* 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, NZA 1998, 715f.; *BAG* 18.6.2008 – 7 AZR 116/07, NZA 2008, 1302ff.; *BAG* 21.9.2011 – 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271ff.

struktur) nicht gerecht, wenn auch der EuGH unter dem unionsrechtlichen Aspekt des Verbots der Altersdiskriminierung keine Bedenken hat.¹² Hinzu kommt, dass sich die Fälle mehren, in denen die von der Altersgrenze Betroffenen keine existenzsichernde Altersversorgung erreicht haben.¹³ Rechtspolitisch kann man fragen, ob nicht in der alternden Gesellschaft ein neues arbeitsrechtliches Konzept für den Übergang in den Ruhestand gefunden werden sollte.¹⁴

In Fall b geht es nicht um eine allgemeine Altersgrenze im Übergang zum Ruhestand, sondern um eine Altersgrenzenregelung, die den *besonderen Anforderungen einer bestimmten Berufstätigkeit* Rechnung tragen soll. Im Hinblick auf die Differenzierung wegen des Alters (§§ 7 Abs. 1, 1 AGG) kommt die Rechtfertigung gemäß § 8 Abs. 1 AGG und gemäß § 10 Sätze 1, 2 AGG in Betracht. Der EuGH hat festgestellt, dass die Differenzierung weder für die öffentliche Sicherheit und den Gesundheitsschutz notwendig, noch zur Gewährleistung der Flugsicherheit gerechtfertigt ist, wenn die nationalen und internationalen staatlichen Bestimmungen der Tätigkeit als Pilot erst mit 65 Jahren eine Grenze setzen.¹⁵ Folgt man dieser überzeugenden Begründung, ist die Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten nicht gemäß § 8 Abs. 1 AGG erlaubt und nicht sachlich gerechtfertigt i. S. d. § 14 Abs. 1 TzBfG. Die Flugsicherheit ist kein legitimes Ziel i. S. v. § 10 S. 1 AGG.¹⁶

6. Tod des Arbeitnehmers

- 296 Das Arbeitsverhältnis endet mit dem Tod des Arbeitnehmers, da die Arbeit gemäß § 613 BGB in Person zu leisten ist.

7. Arbeitskampf

- 297 Im Arbeitskampf endet das Arbeitsverhältnis nur durch lösende Aussperrung oder durch das Abkehren des Arbeitnehmers nach suspendierender Aussperrung (→ Rn. 715 ff.).

8. Keine Beendigungsgründe

- 298 Keine Beendigungsgründe (möglicherweise jedoch Anlässe zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses) sind die *Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers*; der *Tod des Arbeitgebers* (es treten die Erben gemäß §§ 1922, 1967 BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein; § 613 S. 2 BGB schließt die Vererblichkeit des Anspruchs auf die Dienste nicht aus, Ausnahmen gelten, wenn die Arbeitsleistung personenbezogen ist, siehe auch § 620 Abs. 2 BGB); die Eröffnung des *Insolvenzverfahrens* über das Vermögen des Arbeitgebers (vgl. aber § 113 InsO); der *rechtsgeschäftliche Betriebsübergang* (§ 613 a BGB, beim rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang tritt der neue Inhaber im Weg der Einzelrechtsnachfolge in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein, → Rn. 405 ff., 411).

12 EuGH 16.10.2007 – C-411/05, NZA 2007, 1219ff. – Palacios de la Villa; EuGH 12.10.2010 – C-45/09, NZA 2010, 1167ff. – Rosenblatt; EuGH 5.7.2012 – C-141/11, NZA 2012, 785ff. – Hörnfeldt.

13 So in BAG 18.6.2008 – 7 AZR 116/07, NZA 2008, 1302ff. (Altersrente monatlich 599,47 EUR) und EuGH 12.10.2010 – C-45/09, NZA 2010, 1167ff. – Rosenblatt (Altersrente monatlich 253,19 EUR). Kritisch gegenüber allgemeinen Altersgrenzen z. B. Preis ArbR II Rn. 985f.; Waltermann RdA 2015, 343 (346) m. w. N.

14 Umfassend Chandna-Hoppe, Die Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters, 2019.

15 EuGH 13.9.2011 – C-447/09, NZA 2011, 1039ff. – Prigge; dazu Temming EuZA 2012, 205ff.; zur Vereinbarkeit der entsprechenden Verordnung mit der GRCh EuGH 5.7.2017 – C-190/16, NZA 2017, 897 (Rn. 68f., 79) – Fries.

16 BAG 18.1.2012 – 7 AZR 112/08, NZA 2012, 575ff.

II. Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse

Schrifttum: *Chandna-Hoppe*, Das Befristungsrecht im Wandel – Unionsrechtlicher Rahmen, verfassungsrechtliche Implikationen und mögliche Gesetzesänderungen, ZfA 2020, 70ff.; *Linsenmaier*, Befristung und Bedingung, RdA 2012, 193ff.; *Greiner*, Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung als komplementäre Schutzkonzepte mit Annäherungstendenz, ZESAR 2013, 305ff.; *Kiel*, Einstellung auf Zeit, NZA-Beil. 2016, 72ff.; *vom Stein* NJW 2015, 369ff.; *Wiedemann*, Sachgrundlos befristete Arbeitsverträge – Eine Rechtsfigur zum Abbau des Arbeitnehmerschutzes?, FS Otto, 2008, S. 609ff.

Fälle:

- Arbeitgeber G möchte in seinem Blumengeschäft die Floristin A als weitere Arbeitskraft einstellen, um die gestiegene Nachfrage abzudecken. Er ist aber unsicher, ob er sich langfristig binden kann, weil noch nicht abzusehen ist, ob die Nachfrage anhalten wird.
- Bauunternehmer U fragt, ob er für zwei Großaufträge mehrere Arbeitnehmer befristet einstellen kann. Die Arbeiten an dem mit der Stammebelegschaft nicht zu verwirklichenden Projekt werden sich voraussichtlich über drei Jahre hinziehen.
- Arbeitgeber G schließt einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit dem 52-jährigen Arbeitnehmer A. Das Arbeitsverhältnis ist ohne Benennung eines Grundes auf vier Jahre befristet.

1. Ausgangspunkt

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen hat in der Praxis große Bedeutung. Für Arbeitsverträge, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden, gilt gemäß § 620 Abs. 3 BGB das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).

299

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen kann dazu führen, dass der gesetzliche Kündigungsschutz ausgeschaltet wird. Besonders deutlich wird dies, wenn mehrere befristete Arbeitsverhältnisse aneinandergereiht werden (Kettenarbeitsverhältnisse). Die Problematik der befristeten Arbeitsverhältnisse (insbesondere Kettenarbeitsverhältnisse) hat zunächst die Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage der Umgehung des Kündigungsschutzes viel beschäftigt, weil bis 2001 eine gesetzliche Regelung fehlte. Nach den richterrechtlichen Grundsätzen zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse durfte sich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber nicht auf eine Befristung des Arbeitsverhältnisses berufen, wenn für die Befristung bei Abschluss des Vertrags keine *sachlichen Gründe* vorlagen und die Befristung dem Arbeitnehmer den Schutz von zwingenden Kündigungsschutzbedingungen entzog.¹⁷ Die Anwendung der gemäß § 620 Abs. 1 BGB an sich anerkannten Rechtsform des befristeten Arbeitsverhältnisses bedeute in derart gelagerten Fällen eine *Umgehung* des gesetzlichen Kündigungsschutzes. Dieses richterrechtliche Befristungsrecht war sozusagen Komplementärfigur zum Kündigungsschutz. Im Anwendungsbereich des KSchG war nur die Befristung mit Sachgrund möglich. Durch das TzBfG hat der Gesetzgeber die Befristung des Arbeitsverhältnisses normiert. Damit wird die EG-Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverhältnisse umgesetzt und zugleich eine beschäftigungspolitische Zielsetzung verfolgt. Diese ist dem Gedanken verpflichtet, durch die Erleichterung befristeter Arbeitsverhältnisse Arbeitslosigkeit abzubauen. Dem dient vor allem die Eröffnung der *sachgrundlosen* Befristung. Mit dem TzBfG entfällt einerseits die mit den früheren Rechtsprechungsgrundsätzen notwendig verbundene Anknüpfung der Befristungskontrolle an den Anwendungsbereich des KSchG; jede Befristung, auch in Kleinbetrieben und bei Arbeitsverhältnissen in den ersten sechs Beschäftigungsmonaten, unterliegt der Kontrolle nach den Maßstäben des TzBfG. Im Hinblick auf die beschäftigungspolitische Zielsetzung ist andererseits davon auszugehen, dass unbefristete Arbeitsverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses sind, der Rückgriff auf befristete Verträge dagegen sowohl nach europäischem Unionsrecht als auch nach deutschem Arbeitsrecht Ausnahmecharakter hat.¹⁸ Im Hinblick auf die *sachgrundlose* Befristung ist die Frage zu stellen, ob nicht der Gesetzgeber von der Eröffnung dieser Möglichkeit nur mit großer Zurückhaltung Gebrauch machen sollte. Ausnahmen vom

¹⁷ Grundlegend BAG 12.10.1960 – GS 1/59, BAGE 10, 65ff.

¹⁸ EuGH 10.3.2011 – C-109/09, NZA 2011, 397 (398) – Deutsche Lufthansa; EuGH 25.10.2018 – C-331/17, NZA 2018, 1535 Rn. 30f.; BT-Drs. 14/4374, 12.

Bestandsschutz gebieten den Nachweis konkreter Sachgründe, weil dies mit einer Rechtsschutzgewährung verbunden ist.¹⁹

2. Rechtslage nach dem TzBfG

- 300 Gemäß § 620 Abs. 3 BGB ist das TzBfG auf Arbeitsverträge anwendbar, die auf bestimmte Zeit in dem oben dargelegten Sinn abgeschlossen werden. Für auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse gelten wesentliche Bestimmungen des TzBfG gemäß § 21 TzBfG entsprechend. Die Bedingung ist dadurch gekennzeichnet, dass ihr Eintritt ungewiss ist, so dass es um eine auflösende Befristung geht, wenn der Zeitpunkt des gewiss eintretenden zukünftigen Ereignisses nicht vorhersehbar ist. Im Einzelnen gilt:

a) Schriftform

- 301 Gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG ist Wirksamkeitserfordernis für die Befristung des Arbeitsverhältnisses, dass die Befristungsabrede (nicht der Arbeitsvertrag im Übrigen) in der Schriftform geschlossen wird. Gleiches gilt für auflösend bedingte Arbeitsverträge (§ 21 TzBfG). Das Schriftformerfordernis gilt auch bei Vereinbarung einer befristeten Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses (zweckbefristeter Arbeitsvertrag).²⁰

Im Einzelnen²¹ entsteht bei nur mündlich vereinbarter Befristung gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 S. 1 BGB kein befristetes, sondern gemäß § 16 S. 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis; die spätere schriftliche Niederlegung des mündlich Vereinbarten ändert daran nichts. Anders liegt es, wenn ein unbefristet zustande gekommenes Arbeitsverhältnis durch eine *nachträgliche Abrede* befristet wird. Schickt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer (auch ohne vorherige Absprache) ein von ihm bereits unterschriebenes Vertragsformular mit der Bitte um Unterzeichnung zu, macht er sein Angebot von einer schriftlichen Annahmeerklärung abhängig; der Arbeitnehmer kann dann gemäß § 126 Abs. 2 BGB nur durch schriftliche Erklärung (und nicht durch konkludentes Verhalten) annehmen und damit das befristete Arbeitsverhältnis begründen.²²

b) Inhaltliche Anforderungen

aa) Sachgrundbefristung

- 302 Soweit eine Befristung nicht spezialgesetzlich erlaubt ist (vgl. § 23 TzBfG, **Beispiele:** § 21 Abs. 1 BBiG, § 21 BEEG, § 6 PflegeZG, §§ 2, 3 WissZeitVG²³), ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–8 TzBfG enthalten *Regelbeispiele* dafür, unter welchen Voraussetzungen ein sachlicher Grund vorliegt.²⁴ Die Befristung aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG) kann dem aus der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) abgeleiteten Gestaltungsinteresse des Arbeitgebers Rechnung tragen.²⁵ Die Regelbeispiele des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gelten gleichermaßen für die kalendermäßige Befristung wie für die Zweckbefristung und die auflösende Bedingung (§ 21 TzBfG). Darüber hinaus liegt ein sachlicher Grund vor,

19 Überzeugend Wiedemann FS Otto, 2008, S. 609 (613ff.).

20 BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NZA 2004, 1275ff.

21 Vgl. anschaulich BAG 16.4.2008 – 7 AZR 1048/06, NZA 2008, 1184ff.

22 BAG 16.4.2008 – 7 AZR 1048/06, NZA 2008, 1184 (1185).

23 Zum Verhältnis zwischen WissZeitVG und TzBfG BAG 18.5.2016 – 7 AZR 533/14, NJW 2016, 3259 Rn. 19ff.

24 Zu den Regelbeispielen Schaub ArbR-HdB/Koch § 40 Rn. 8ff.

25 Zur Befristung eines Schauspielers in einer Krimiserie BAG 30.8.2017 – 7 AZR 864/15, NZA 2018, 229 Rn. 28ff.

wenn andere als die genannten Sachgründe den Regelbeispielen gleichwertig sind.²⁶ Bei der Prüfung, ob ein Sachgrund gegeben ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Diese Umstände können nach dem auf Sachgründe ausgerichteten Schutzkonzept des TzBfG auch Befristungsketten (etwa wegen Vertretungsbedarfs für familienbedingte Auszeiten, vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG) erlauben; auch dann darf aber aus unionsrechtlichen Gründen die an sich mögliche Sachgrundbefristung nicht im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein.²⁷ Im Anschluss an die Prüfung des Sachgrunds ist daher unter Umständen gemäß § 242 BGB zu prüfen, ob der Arbeitgeber in rechtsmissbräuchlicher Weise von seiner Befristungsmöglichkeit Gebrauch macht. Dies wird durch Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, insbesondere anhand von Anzahl und Dauer der befristeten Beschäftigungsverhältnisse, ermittelt.²⁸ Das BAG geht von einem indizierten Rechtsmissbrauch aus, wenn beide zeitlichen Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG um das Vierfache oder eine der Grenzen um das Fünffache überschritten wird. In diesem Fall muss der Arbeitgeber das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs widerlegen.²⁹

bb) Sachgrundlose Befristung

Die kalendermäßige Befristung ist auch ohne Sachgrund möglich. Gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist die Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes (erstens) all- 303
gemein bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrags erlaubt (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG).

Gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist die erstmalige Befristung (nach S. 1 1. Hs.) nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ein früheres Berufsausbildungsverhältnis unterfällt diesem Vorbeschäftigungsverbot nicht. Das BAG machte eine Ausnahme, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Zu Recht sieht das BVerfG darin eine Rechtsfortbildung, die den erkennbaren Willen des Gesetzgebers unzulässig übergeht.³⁰ Mit bereits früher beschäftigten Arbeitnehmern können im Übrigen befristete Arbeitsverhältnisse mit sachlichem Grund wirksam vereinbart werden; die Verlängerung (nach S. 1 2. Hs.) ist möglich. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist nach den Vorgaben des BVerfG jedoch verfassungskonform auszulegen; die Vorschrift ist nicht auf Fälle anzuwenden, in denen das Verbot für die Parteien unzumutbar wäre. Das BAG hat dies in einem Fall angenommen, in dem die Vorbeschäftigung fast 22 Jahre zurücklag.³¹ In **Fall a** könnte G die A etwa für fünf Monate einstellen und ihren Vertrag später, allerdings höchstens dreimal, verlängern, ohne dass für die kalendermäßige Befristung und die Verlängerung ein sachlicher Grund vorliegen müsste (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG). Soweit sich G jedoch über zwei Jahre hinaus arbeitsvertraglich binden will, bietet sich ihm die Möglichkeit einer befristeten Einstellung der A nicht. Denn in diesem Fall fehlt der nach § 14 Abs. 1 TzBfG erforderliche sachliche Grund. Insbesondere kann sich G nicht auf einen nur vorübergehenden betrieblichen Bedarf (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG) berufen, denn G trifft nur eine vage und auf Nachfragevermutungen basierende Prognoseentscheidung. Diese muss aber auf Tatsachen mit hinreichender Sicherheit beruhen.³² In **Fall b** dagegen könnte für die über zwei Jahre hinausgehende Befristung ein sachlicher Grund vorliegen. Entscheidend ist, ob U belegen kann, dass seine Prognoseentscheidung, weitere Arbeitnehmer befristet einzustellen, auf sicheren Tatsachen beruht. Regelmäßig ist dies bei saison- und projektabhängigen Betrieben der Fall.

26 BAG 16.3.2005 – 7 AZR 289/04, NZA 2005, 923 (926).

27 EuGH 26.1.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135 Rn. 56 – Kükük; anknüpfend BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351 (1356ff.); dazu Greiner AP Nr. 99 zu § 14 TzBfG.

28 Näher BAG 7.10.2015 – 7 AZR 944/13, NZA 2016, 354 (357f.).

29 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382 Rn. 28; vom Stein NJW 2015, 369ff.

30 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u. 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774ff.

31 Vgl. BAG 21.8.2019 – 7 AZR 452/17, NZA 2020, 40ff.; BAG 16.9.2020 – 7 AZR 552/19, NZA 2021, 338ff.; Chandna-Hoppe ZfA 2020, 70, 86ff.

32 Vgl. Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 88.

In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens erlaubt (zweitens) § 14 Abs. 2a TzBfG die kalendermäßige Befristung ohne sachlichen Grund bis zur Dauer von vier Jahren. Hat der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet und ist er unmittelbar zuvor mindestens vier Monate lang beschäftigungslos (i. S. v. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III) gewesen (oder erfüllt er die anderen genannten Kriterien), ist die sachgrundlose Befristung (drittens) bis zu einer Dauer von fünf Jahren möglich (§ 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG). § 41 S. 3 SGB VI erlaubt die sachgrundlose Befristung des auslaufenden Arbeitsverhältnisses nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze. Die Vorschrift ist mit dem Unionsrecht vereinbar.³³ Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 41 S. 3 SGB VI können Arbeitsverhältnisse auf der Grundlage von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG befristet weitergeführt werden, wenn dies einer konkreten Personalplanung des Arbeitgebers dient.³⁴

In **Fall c** wäre die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG in der seit dem 1. Mai 2007 geltenden Fassung unter den dort genannten einengenden Voraussetzungen möglich.³⁵ Der Arbeitnehmer müsste unmittelbar vor Beginn des befristeten Beschäftigungsverhältnisses vier Monate beschäftigungslos i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen sein, Kurzarbeitergeld bezogen haben oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen haben. Eine frühere Fassung von § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. ließ die sachgrundlose Befristung der Arbeitsverhältnisse über 52-Jähriger *ohne Weiteres* zu. Mit überzeugenden Gründen hat der EuGH in der viel beachteten *Mangold*-Entscheidung die Vorschrift als Verstoß gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (nunmehr Art. 21 Abs. 1 GRCh) angesehen.³⁶

c) Rechtsfolgen

- 304 Sind die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1–4 TzBfG nicht erfüllt, ist die Befristungsabrede bei kalendermäßiger Befristung und Zweckbefristung unwirksam, der befristete Arbeitsvertrag gilt gemäß § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Für die Kündigung sind dabei in Anlehnung an die Regelungen des Kündigungsrechts in § 16 TzBfG besondere Voraussetzungen aufgestellt. Die Unwirksamkeit einer Befristung muss der Arbeitnehmer (so wie die Unwirksamkeit einer Kündigung) innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses *durch Klageerhebung geltend machen*, andernfalls wird die Rechtswirksamkeit unwiderlegbar vermutet (§ 17 TzBfG, § 7 KSchG). Für auflösend bedingte Arbeitsverträge gelten die §§ 16–20 TzBfG entsprechend (§ 21 TzBfG).³⁷ Die Prüfung der Befristungskontrollklage gemäß § 17 TzBfG entspricht im Wesentlichen dem Schema der Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG, vgl. → Rn. 389b).

33 *EuGH* 28.2.2018 – C-46/17, NZA 2018, 355 Rn. 33, 54ff. – John; *BAG* 19.12.2018 – 7 AZR 70/17, AP Nr. 17 zu § 41 SGB VI m. Anm. *Chandna-Hoppe*; kritisch zu § 41 S. 3 SGB VI *Waltermann RdA* 2015, 343 (347ff.) m.w.N.

34 *BAG* 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, NZA 2015, 1066ff. = *RdA* 2016, S. 236ff. m. Anm. *K. Hoppe*.

35 *BAG* 28.5.2014 – 7 AZR 360/12, NZA 2015, 1131 (1133ff.): Das BAG bejaht die Vereinbarkeit mit Unionsrecht für die (geprüfte) erstmalige Anwendung.

36 *EuGH* 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345 (1347) – *Mangold*; eine das deutsche Verfassungsrecht verletzende Kompetenzüberschreitung durch die *Mangold*-Entscheidung hat das BVerfG verneint, *BVerfG* 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995ff.

37 Näher *BAG* 6.4.2011 – 7 AZR 704/09, NJW 2011, 2748ff.