

Aktenzeichen: 2 AZR 539/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 19. September 1985

- 2 AZR 539/84 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 26. Oktober 1983

Hagen

- 3 Ca 863/83 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 7. Juni 1984

Hamm

- 10 Sa 2445/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Vertragsabschluß bei fehlender Beurkundung - Befristeter
Arbeitsvertrag

Gesetz:

BGB § 154, § 620 Befristeter Arbeitsvertrag;

KSchG 1969 § 1; MuSchG 1968 § 9

Leitsätze:

K e i n e



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 539/84

10 Sa 2445/83 Hamm

Verkündet am
19. September 1985

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

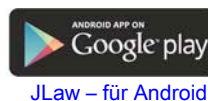
pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 19. September 1985 durch den Richter Professor Dr. Röhslar als Vorsitzender, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Müller und Dr. Wolter für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 7. Juni 1984 - 10 Sa 2445/83 - aufgehoben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Beklagte betrieb das Parkhotel "E" in E und beschäftigte zehn bis fünfzehn Arbeitnehmer. Ein Betriebsrat war nicht gewählt worden. Vom 1. September 1981 bis zum 30. April 1983 wurde das Hotel von dem Geschäftsführer F geleitet, der auch für Personalentscheidungen zuständig war.

Die am 7. September 1960 geborene Klägerin war bei dem Beklagten seit dem Jahre 1981 mit Unterbrechungen und ab 25. Februar 1983 ununterbrochen als Putzhilfe und Wäscherin beschäftigt. Bis Anfang/Mitte März 1983 arbeitete sie täglich zwei Stunden zu einem Monatslohn von 390,-- DM. Am 10. oder 12. März 1983 wurde in einem Gespräch zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer F vereinbart, daß die Klägerin ab diesem Zeitpunkt vollzeitbeschäftigt werden sollte. Der Abschluß eines schriftlichen Arbeitsvertrages war vorgesehen. Ob damals eine Befristung des Arbeitsverhältnisses bis Ende April 1983 vereinbart wurde, ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte meldete die Klägerin erstmals bei der zuständigen Kasse an, wobei als Beschäftigungsbeginn der 15. März 1983 angegeben wurde. Der Monatslohn betrug mit Beginn der Vollzeitbeschäftigung



1.100,-- DM brutto.

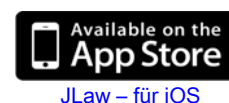
Die Klägerin war nach Berechnung des Arztes seit dem 19. März 1983 schwanger. Nachdem sie dem Geschäftsführer des Beklagten ein über diesen bei der ersten Untersuchung vom 18. April 1983 (bei dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils angeführten Datum 18. März 1983 handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler) erhobenen Befund ausgestelltes Attest vorgelegt hatte, sandte ihr der Geschäftsführer per Einschreiben vom 20. April 1983 einen auf den 10. März 1983 rückdatierten schriftlichen Vertragsentwurf zu. Darin war eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vom 15. März bis 30. April 1983 vorgesehen. Die Klägerin verweigerte die Unterzeichnung.

Unter Hinweis auf die in dem Vertragsentwurf enthaltene Befristung beschäftigte der Beklagte die Klägerin nach dem 30. April 1983 nicht mehr weiter. Er kündigte das Arbeitsverhältnis vorsorglich mit Schreiben vom 21. März 1984 zum 5. April 1984 sowie mit Schreiben vom 11. Mai 1984 zum 18. Mai 1984. Am 18. November 1983 hat die Klägerin entbunden.

Mit ihrer am 28. April 1983 eingereichten Klage hat die Klägerin geltend gemacht, daß das Arbeitsverhältnis über den 30. April 1983 hinaus fortbestehe. Sie hat bestritten, mit einer Befristung einverstanden gewesen zu sein. Der Beklagte habe sie angesprochen, ob sie nicht "auf Steuerkarte" arbeiten wolle. Nach einer Überlegungsfrist habe sie zugestimmt. In der Folgezeit habe sie tatsächlich acht Stunden gearbeitet. Sie habe den Geschäfts-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



führer mehrfach nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag gefragt, sei aber mit dem Hinweis getröstet worden, es eile ja nicht so. Einen Tag nach Vorlage der ärztlichen Schwangerschaftsbescheinigung habe sie der Geschäftsführer aufgefordert, das Arbeitsverhältnis nach zwei Monaten freiwillig zu beenden, und erklärt, anderenfalls müsse man sie entlassen. Im übrigen habe kein sachlicher Grund für eine Befristung vorgelegen. Keinesfalls habe ein nur vorübergehender Arbeitsanfall bestanden. Im Mai 1983 habe der Beklagte per Aushang Putzhilfen gesucht und zwei Putzhilfen eingestellt.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis über den 30. April 1983 hinaus unbefristet fortbestehe.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat vorgetragen, die Befristung sei bereits mündlich bei dem Gespräch am 10./12. März 1983 vereinbart worden. Sie sei auch wegen eines saisonbedingten höheren Arbeitsbedarfs sachlich gerechtfertigt. Der erhöhte Arbeitsanfall, der bei einer täglichen Beschäftigung von zwei Stunden nicht zu bewältigen gewesen sei, sei jedoch, wie die Belegungszahlen der Vorjahre gezeigt hätten, nur bis Ende April zu erwarten gewesen. Zwar habe die Gesamtbelegungsquote des Monats Mai 1983 mit 22,48 % tatsächlich höher gelegen als die des Monats April 1983 mit 21,21 %. Dies sei jedoch nicht vorhersehbar gewesen. Gerade im Frühjahr 1983 habe man davon ausgehen müssen, daß die Belegungsquote in den Monaten April bis Juli niedriger ausfallen werde als in dem entsprechenden Vorjahreszeitraum, da



eine Firma, die ursprünglich vom 24. April bis Anfang Juli 1983 an allen Wochenenden 50 Betten fest gebucht habe, Anfang März 1983 von fünf bis sechs Wochenendterminen zurückgetreten sei. Er habe auch nach dem 30. April 1983 keine neuen Kräfte eingestellt. Im übrigen bedürfe es vorliegend keines sachlichen Grundes für die Befristung, da nur die objektive Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes verboten sei. Eine solche liege nicht vor, da die Klägerin vor ihrer Neueinstellung im Februar 1983 seit dem 1. November 1982 und somit nahezu vier Monate nicht bei ihm beschäftigt gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat nach Vernehmung des Geschäftsführers F als Zeugen der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, es könne dahinstehen, ob die Parteien ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart hätten, da eine bis zum 30. April 1983 vereinbarte Befristung wegen Fehlens eines sachlichen Grundes unzulässig wäre.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

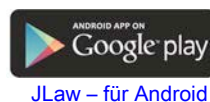
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die vom Beklagten be-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



hauptete Befristung des Vertrages sei aus Rechtsgründen nicht wirksam zustande gekommen. Deshalb könne dahingestellt bleiben, ob sie tatsächlich vereinbart worden sei. Die Klägerin sei schon längere Zeit jeweils als Aushilfe tätig gewesen, so z. B. in der Zeit vom 1. September 1981 bis zum 31. Oktober 1982. Auch nach der Darstellung des Beklagten müßten solche Aushilfstätigkeiten mehrfach vorgekommen sein. Der Gedanke der unzulässigen Befristung mit dem Ziel der Verhinderung des irgendwann eintretenden Kündigungsschutzes liege daher besonders nahe. Angesichts dieser vorausgehenden, nach Darstellung der Klägerin permanenten, nach dem Vortrag des Beklagten mehrfach wiederholten Aushilfstätigkeiten sei die Annahme des Arbeitsgerichts, die Befristung sei unwirksam, nicht zu beanstanden.

Zudem sei die Befristung schon wegen fehlender Schriftform nach § 154 Abs. 2 BGB nicht wirksam vereinbart worden, weil beide Parteien eine Beurkundung des Vertrags gewollt hätten. Die Klägerin habe mehrfach nach dem 10./12. März 1983 den Zeugen F aufgefordert, ihr den Arbeitsvertrag vorzulegen. Dies könne nicht nur damit erklärt werden, daß sie ein Beweismittel habe erlangen wollen, da ihr eine derart kurze Beschäftigungsdauer von 1 1/2 Monaten mit Lohnsteuerkarte keinen erkennbaren Vorteil gebracht hätte. Der Zeuge habe die Klägerin am 20. April 1983 aufgefordert, den auf den 10. März 1983 zurückdatierten Arbeitsvertrag sofort zu unterschreiben und zurückzusenden. Damit habe er seine Vorstellung zu erkennen gegeben, auf die Schriftform einen Anspruch zu haben. Anderenfalls wäre es nicht erklärbar, daß er zehn Tage vor der von ihm angenommenen Beendigung des



Arbeitsverhältnisses durch Fristablauf noch die Unterzeichnung des Vertrages gefordert habe. Das stärkste Indiz für die Schriftformvereinbarung liege aber in dem Vertragsentwurf selbst, in dessen § 10 bestimmt sei, daß mündliche Vereinbarungen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürften. Obwohl in § 154 Abs. 2 BGB nur von einer Beurkundung die Rede sei, gelte diese Vorschrift auch für den Fall der durch Rechtsgeschäft vereinbarten Schriftform. Das spätere Verlangen der Parteien nach Unterzeichnung des Vertrages zeige, daß die vereinbarte Schriftform auch nicht formlos aufgehoben worden sei.

B. Dieser Würdigung des Berufungsgerichts kann weder in der Begründung noch im Ergebnis gefolgt werden.

I. Hatten die Parteien für die Zeit ab 15. März 1983 einen bis 30. April 1983 befristeten Arbeitsvertrag über eine Vollzeitbeschäftigung der Klägerin vereinbart, so scheitert die Wirksamkeit der Befristungsabrede nicht an der fehlenden Schriftform. Das Berufungsgericht durfte deshalb aus diesem Grund nicht offen lassen, ob die Parteien tatsächlich eine Befristung vereinbart hatten.

1. Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages vereinbart worden, so ist nach § 154 Abs. 2 BGB im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist. Wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend angenommen hat, gilt diese Vorschrift auch dann, wenn die Parteien für den Vertrag Schriftform i.S.d. §§ 126, 127 BGB vereinbart haben, und somit auch



für die Errichtung einer privatschriftlichen Urkunde. Dies entspricht der allgemeinen Meinung im Schrifttum, soweit diese Frage ausdrücklich behandelt wird (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 45. Aufl., § 154 Anm. 2 a; MünchKomm-Kramer, BGB, 2. Aufl., § 154 Rz 13; RGRK-Piper, BGB, 12. Aufl., § 154 Rz 7; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 154 Rz 7). Auch der Senat ist in dem vom Berufungsgericht erwähnten Urteil vom 16. November 1979 (- 2 AZR 1052/77 - AP Nr. 1 zu § 154 BGB) hiervon ausgegangen.

2. Das Berufungsgericht hat ferner richtig gesehen, daß § 154 Abs. 2 BGB nur bei Vereinbarung einer konstitutiven Schriftform gilt und nicht anwendbar ist, wenn die Beurkundung lediglich Beweis Zwecken dienen soll (BGH NJW 1964, 1269). Es hat angenommen, daß im vorliegenden Fall die Parteien eine konstitutive Schriftform vereinbart und diese Abrede später auch nicht formlos wieder aufgehoben haben. Folgt man dieser Würdigung, so führt sie jedoch nicht zu der vom Berufungsgericht angenommenen Rechtsfolge. Vielmehr wäre in diesem Fall der beabsichtigte neue Arbeitsvertrag insgesamt als nicht geschlossen anzusehen, so daß zwischen den Parteien ab 15. März 1983 lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden hätte.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Parteien den Arbeitsvertrag, wie er in der auf den 10. März 1983 datierten Urkunde konzipiert war, der konstitutiven Schriftform unterwerfen wollten. Greift jedoch die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB ein, so ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut der gesamte



Vertrag, dessen Beurkundung vereinbart war, nicht geschlossen. Die Annahme des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall sei nur die beabsichtigte Befristung, nicht aber der gesamte Arbeitsvertrag als unwirksam anzusehen, findet auch in dem von ihm angezogenen Senatsurteil vom 26. April 1979 (- 2 AZR 431/77 - AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) keine Stütze. In dem damals entschiedenen Fall war ein unbefristeter Arbeitsvertrag nach mehreren Jahren durch einen befristeten ersetzt worden. Der Senat hat die Befristung wegen Fehlens eines sachlichen Grundes für unwirksam angesehen und angenommen, die Unwirksamkeit der Befristungsabrede führe nicht insgesamt zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Dieser bleibe vielmehr im übrigen wirksam und gelte als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (aaO, zu 3 der Gründe). Der Senat hat somit die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einer nachträglich vereinbarten Befristung wegen Fehlens eines sachlichen Grundes für einen zuvor auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsvertrag bestimmt. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um die hiermit nicht vergleichbare Frage, welche Folgen sich aus der fehlenden Beurkundung eines von Anfang an als befristet beabsichtigten Arbeitsvertrages ergibt, wenn die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB eingreift. Das Berufungsgericht ist selbst nicht davon ausgegangen, daß die Parteien zunächst einen unbefristeten, auf Vollzeitbeschäftigung gerichteten Arbeitsvertrag abgeschlossen und nachträglich in dem Anfang März 1983 geführten Gespräch lediglich die Befristung und nur für diese Abrede Schriftform vereinbart hatten. Für eine solche Annahme fehlte auch jeder Anhaltspunkt im Vortrag der Parteien. Zwar hatte die Klägerin bereits am 25. Februar 1983 bei einer



täglichen Arbeitszeit von 2 Stunden und gegen einen Monatslohn von 390,-- DM wieder im Betrieb des Beklagten gearbeitet. Durch den Anfang März abgeschlossenen Vertrag sollte jedoch ein Vollzeitarbeitsverhältnis gegründet werden, dessen Fortbestehen allein die Klägerin mit der vorliegenden Klage festgestellt wissen will.

b) Würde somit nach § 154 Abs. 2 BGB der gesamte Anfang März 1983 abgeschlossene und auf die Begründung eines Vollzeitarbeitsverhältnis gerichtete Vertrag als nicht geschlossen gelten, so hätte zwischen den Parteien ab 15. März 1983 lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden. Ohne Rücksicht auf das Verbot des § 9 Abs. 1 MuSchG hätte sich der Beklagte durch bloße formlose Erklärung von dem faktischen Arbeitsverhältnis lösen können. Da eine solche Erklärung in der Weigerung des Beklagten gesehen werden müßte, die Klägerin nach dem 30. April 1983 weiterzubeschäftigen, hätte das Berufungsgericht deshalb nach der von ihm zu § 154 Abs. 2 BGB vertretenen Ansicht die Klage abweisen müssen.

3. Die vorstehenden Überlegungen führen jedoch nicht zu dem Ergebnis, daß die Klage unbegründet ist und somit abschließend zu Ungunsten der Klägerin entschieden werden muß. Denn nach dem festgestellten Sachverhalt scheitert die Wirksamkeit des auf eine Vollzeitbeschäftigung der Klägerin abgeschlossenen Arbeitsvertrages entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht an der fehlenden Schriftform.



a) § 154 Abs. 2 BGB enthält, wie § 154 Abs. 1 BGB bei fehlender Einigung über sämtliche Vertragsbedingungen, eine Auslegungsregel. Sie besagt, daß im Zweifel die vereinbarte Beurkundung Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vertrag ist und vor der Beurkundung keine vertragliche Bindung eintreten soll (vgl. MünchKomm-Kramer, aaO, § 154 Rz 12 u. 18; Staudinger/Dilcher, aaO, § 154 Rz 7). Die Rechtsfolge, daß bei Vereinbarung einer konstitutiven Schriftform bis zur Beurkundung keine vertragliche Bindung bestehen soll, tritt jedoch nur im Zweifel ein, der durch die besonderen Umstände des Falles ausgeräumt werden kann. Insoweit gilt nichts anderes als gem. § 154 Abs. 1 BGB bei fehlender Einigung über alle Vertragspunkte (vgl. Senatsurteil vom 26. Januar 1967 - 2 AZR 15/66 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB Vertragsabschluß, zu I der Gründe).

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Parteien hätten eine konstitutive Schriftform vereinbart und diese Vereinbarung später auch nicht stillschweigend wieder aufgehoben. Da es sich insoweit um die Auslegung einer atypischen Willenserklärung handelt, kann das Revisionsgericht diese Würdigung nur eingeschränkt dahin überprüfen, ob das Berufungsgericht gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder für die Auslegung wesentliche Umstände nicht berücksichtigt hat (BAG Urteil vom 27. Juni 1963 - 5 AZR 383/62 - AP Nr. 5 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil jedoch nicht stand.



Das Berufungsgericht hat für seine Würdigung im wesentlichen auf die in § 10 des Vertragsentwurfs enthaltene Schriftformklausel sowie darauf abgestellt, daß beide Parteien, wenn auch aus verschiedenen Motiven, auch noch während der Vertragszeit auf die Vorlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages (Klägerin) bzw. auf Unterzeichnung des vorgelegten Vertragsentwurfs (Zeuge F) gedrängt hätten. Es hat jedoch nicht berücksichtigt, daß die Parteien sich über die wesentlichen Bedingungen des neuen Arbeitsverhältnisses, nämlich die zu leistenden Dienste, die Arbeitszeit und das Arbeitsentgelt geeinigt und das Arbeitsverhältnis zunächst auch tatsächlich durchgeführt hatten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sprechen diese Umstände jedoch dafür, daß die Vertragsparteien trotz fehlender Einigung über alle Punkte oder fehlender Beurkundung bereits eine vertragliche Bindung eingehen wollten. Die begonnene oder erfolgte Durchführung eines Vertrages wird allgemein im Vertragsrecht als Anzeichen dafür gewertet, daß die Parteien sich trotz lückenhafter Vereinbarungen sofort binden wollten (Senatsurteile vom 26. Januar 1967, aaO und vom 16. November 1979, aaO, zu I 2 d der Gründe, m.w.N.). Diese Umstände widerlegen zumindest die in § 154 Abs. 2 BGB enthaltene Auslegungsregel, daß bei Vereinbarung einer konstitutiven Schriftform im Zweifel auch bis zur Beurkundung keine vertragliche Bindung begründet werden soll. Der Senat kann auch abschließend feststellen, daß im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Einigung über die wesentlichen Vertragsbedingungen nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrages keine sachlichen Anhaltspunkte für einen übereinstimmenden Willen der Parteien bestehen, der Vertrag solle dennoch erst mit



der Beurkundung gültig sein. Die in dem Vertragsentwurf enthaltene Schriftformklausel bezieht sich nicht auf den Vertrag selbst, sondern spätere zusätzliche oder ändernde Vereinbarungen. Sie erlaubt deshalb keine Schlüsse darauf, ob die Parteien den Vertrag selbst nach tatsächlicher Durchführung als bindend angesehen haben. Gleiches gilt für das Drängen der Parteien auf die Vorlage des schriftlichen Vertrages während der tatsächlichen Durchführung des neuen Vertragsverhältnisses. Hierfür konnte zu diesem Zeitpunkt auch nur bestimmend gewesen sein, einen Nachweis für die vereinbarten Bedingungen in Händen zu haben. Dazu hatte insbes. der Beklagte Veranlassung, nachdem er von der Schwangerschaft der Klägerin erfahren hatte.

II. Die Frage, ob die Parteien eine Befristung vereinbart haben, kann auch nicht deshalb offen bleiben, weil sie nach den Rechtsprechungsgrundsätzen des Bundesarbeitsgerichts unwirksam wäre. Denn auch die Würdigung des Berufungsgerichts zu diesem Gesichtspunkt hält der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand. Andererseits reichen seine hierzu getroffenen Feststellungen auch nicht zu einer abschließenden Beurteilung dieser Frage durch den Senat aus.

1. Nach den vom Großen Senat (Beschuß vom 12. Oktober 1960 - GS 1/59 - BAG 10, 65 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) aufgestellten und von der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts fortgeführten Grundsätzen (vgl. zuletzt BAG 36, 229; BAG 37, 305; BAG 44, 107 = AP Nr. 61, 65 und Nr. 77 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) ist die an sich



zulässige Befristung von Arbeitsverträgen dann unwirksam, wenn dadurch Kündigungsschutzbestimmungen umgangen werden und hierfür kein sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Befristete Arbeitsverträge müssen ihre sachliche Rechtfertigung, und zwar auch hinsichtlich der Vertragsdauer, so in sich tragen, daß sie die Kündigungsschutzvorschrift sachlich nicht beeinträchtigen. Bereits bei Abschluß des jeweiligen Arbeitsvertrages muß ersichtlich sein, daß sowohl die Befristung als auch die Zeitdauer des Vertrages entweder im Arbeitsleben üblich ist, sofern dies der Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner entspricht, oder nach den konkreten, sich auf das jeweilige Arbeitsverhältnis auswirkenden Umständen des Einzelfalls sachlich gerechtfertigt ist. Fehlt es für die Befristung oder deren Dauer an einem sachlichen Grund, dann wird das unwirksam befristete Arbeitsverhältnis durch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ersetzt.

2. Entgegen der Ansicht der Revision ergeben die Gründe des angefochtenen Urteils eindeutig, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung alternativ und damit tragend auch auf die Unwirksamkeit der behaupteten Befristung gestützt hat. Denn es stellt gegen Ende des diese Frage behandelnden Abschnitts seines Urteils (zu 1 der Gründe) zusammenfassend fest, daß im Hinblick auf die vorausgegangenen Aushilfsbeschäftigungen der Klägerin die Entscheidung des Arbeitsgerichts, die Befristung sei nichtig, nicht zu beanstanden sei.

3. Eine Befristungskontrolle kommt nur in Betracht, wenn zwin-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gende Kündigungsschutzbestimmungen umgangen werden können. Dies ergibt sich aus den vom Großen Senat (aaO) und in der Folgezeit vom Bundesarbeitsgericht weitergeführten Grundsätzen zur Befristungskontrolle.

a) Wie der Senat in dem Urteil vom 11. November 1982 - 2 AZR 552/81 - sowie in dem auch vom Berufungsgericht zitierten Urteil BAG 41, 381 (= AP Nr. 71 u. 74 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) - ausgeführt hat, kommt deshalb eine Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes des Kündigungsschutzgesetzes nur in Betracht, wenn das befristete Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate gedauert hat.

Für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis von mehr als sechs Monaten anzunehmen ist, kann wegen der Begründung der Befristungskontrolle durch den Großen Senat (objektive Umgehung des Kündigungsschutzes) die Rechtsprechung zur Anwartschaft herangezogen werden. Danach sind auf die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG die Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber anzurechnen, wenn das neue Arbeitsverhältnis in einem engen und sachlichen Zusammenhang mit dem früheren Arbeitsverhältnis steht. Dabei kommt es insbesondere auf Anlaß und Dauer der Unterbrechung sowie Art der Weiterbeschäftigung an. Ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen zwei rechtlich unterbrochenen Arbeitsverhältnissen ist in aller Regel zu verneinen, wenn die Zeit der Unterbrechung "verhältnismäßig lange" gedauert hat. Als verhältnismäßig lang angesehen hat der Senat zunächst eine Unterbrechung von mehr als vier Monaten (Urteil vom



18. Januar 1979 - 2 AZR 254/77 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969
Wartezeit), später eine Unterbrechung von 2 2/3 Monaten (Urteil
vom 11. November 1982, aaO) sowie von zwei Monaten (Urteil vom
15. Dezember 1983 - 2 AZR 166/82 - unveröffentlicht).

b) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, auf eine Umgehung des
allgemeinen Kündigungsschutzes komme es im vorliegenden Fall
deshalb nicht an, weil es sich im Hinblick auf die vorausge-
gangenen Beschäftigungen der Klägerin um eine sog. "Daueraus-
hilfe" handle. Hier liegt ein Mißverständnis des vom Berufungs-
gericht für diese Ansicht zitierten Urteils des Bundesarbeitsge-
richts vom 7. Mai 1980 (- 5 AZR 593/78 - = AP Nr. 36 zu § 611
BGB Abhängigkeit) zugrunde. In dem dortigen Fall ging es um die
Beschäftigung einer Musikerin in einem Unterhaltungsorchester,
die ohne "Festanstellung" länger als ein Jahr ständig zu Diensten
in dem Orchester herangezogen worden war, ohne daß zwischen den
Einsätzen jeweils längere Zeiträume gelegen hatten. Der Fünfte
Senat hatte angenommen, in einem solchen Fall sei eine jeweils
auf einen Einsatz beschränkte Befristung des Arbeitsverhältnisses
nicht aus dem Gesichtspunkt der Vertretung oder Aushilfe sachlich
gerechtfertigt, weil der Träger des Orchesters damit einen immer
wieder auftretenden Bedarf an zusätzlichen Musikern (Vertretung
fehlender Musiker, vorübergehende Besetzung offener Stellen, Er-
weiterung des Orchesters aus künstlerischen Gründen) decken wol-
le. Als unerheblich wurde angesehen, ob die Musikerin von vorn-
herein für die jeweiligen Einsätze eingeteilt worden war oder ob
sie von sich aus wöchentlich vorgesprochen hat. Entscheidend war,
daß sie kontinuierlich und regelmäßig zu den einzelnen Orche-



sterdiensten herangezogen wurde und der Träger des Orchesters durch diese praktische Handhabung der Vertragsbeziehungen über ihre Arbeitskraft wie ein Arbeitgeber verfügte. Dieses Arbeitsverhältnis dauerte somit erheblich länger als sechs Monate, so daß die Frage einer Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes keiner näheren Begründung bedurfte. Dem Urteil des Fünften Senats kann somit nicht entnommen werden, daß in den Fällen einer sog. "Daueraushilfe" ohne Rücksicht auf zeitliche Unterbrechungen und die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen stets eine unzulässige Befristung anzunehmen ist.

4. Für die Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes kommt es somit im vorliegenden Fall darauf an, welcher Unterbrechungszeitraum zwischen dem erneuten Einsatz der Klägerin Ende Februar 1983 und ihrem vorausgegangenen letzten Einsatz liegt. Nach der Darstellung des Beklagten war die Klägerin zwischen dem 1. November 1982 und dem 25. Februar 1983 und damit nahezu vier Monate nicht bei ihm beschäftigt gewesen. Hinzu kommt, daß es sich bei den früheren Arbeitsverhältnissen sowie zunächst auch bei der erneuten Beschäftigung im Jahre 1983 unstreitig um Teilzeitbeschäftigungen von zwei Stunden täglich gehandelt hat, während ab 15. März 1983 ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet wurde. Im Hinblick auf die Art des neuen Arbeitsverhältnisses sowie den erheblichen zeitlichen Zwischenraum zu dem vorausgegangenen Arbeitsverhältnis könnte somit ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem Vollzeitarbeitsverhältnis und dem früheren Arbeitsverhältnissen verneint werden, so daß durch eine für die Zeit vom 15. März bis 30. April 1983 vereinbarte Befristung der allge-



meine Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes nicht umgangen worden wäre. Der Senat kann jedoch diese Frage nicht abschließend beantworten, weil das Berufungsgericht die Dauer der Unterbrechungszeiten vor dem 25. Februar 1983 nicht festgestellt hat.

5. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts erlauben auch keine abschließende Beantwortung der Frage, ob bei Annahme einer Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes für die von dem Beklagten behauptete Befristung des Vollzeitarbeitsverhältnisses ein sachlicher Grund vorgelegen hat.

Der Beklagte hat die Befristung zum einen damit gerechtfertigt, daß die Belegungszahlen gewöhnlich ab Mai nachließen und somit nur bis Ende April ein derartiger Mehrarbeitsbedarf bestanden habe. Insoweit sprechen allerdings die von ihm vorgelegten Statistiken nicht für diese Prognose. Zum anderen hat er jedoch die Befristung darauf gestützt, daß eine Firma S, die ursprünglich vom 24. April bis Anfang Juli 1983 an allen Wochenenden 50 Betten fest gebucht habe, Anfang März 1983 von fünf bis sechs Wochenendterminen zurückgetreten sei. Dieser Vortrag könnte als sachlicher Grund für eine Befristung geeignet sein, wenn der Beklagte aufgrund der Stornierungen bei Abschluß des befristeten Vertrages von einem Wegfall des Mehrarbeitsbedarfs ab Mai 1983 ausgehen konnte. Demgegenüber hat die Klägerin unter Beweisantritt behauptet, der Mehrarbeitsbedarf sei nicht weggefallen, da der Beklagte ab Mai 1983 Putzhilfen gesucht und auch eingestellt habe. Auf diesen Vortrag käme es allerdings dann



nicht an, wenn, wie der Beklagte behauptet, diese Entwicklung für ihn bei Vertragsabschluß Anfang März 1983 nicht vorhersehbar gewesen wäre und er zu diesem Zeitpunkt vielmehr davon ausgehen konnte, daß ein derartiger Arbeitsanfall ab Mai 1983 nicht mehr bestehen würde.

III. Nach den vorstehenden Ausführungen durfte das Berufungsgericht somit die Frage, ob die Parteien für die Beschäftigung der Klägerin ab 15. März 1983 eine Befristung vereinbart hatten, nicht offenlassen. Der Senat kann dies nicht beurteilen, weil der Sachverhalt insoweit zwischen den Parteien streitig ist und das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat.

Der Beklagte hat behauptet, während des zwischen dem Zeugen F und der Klägerin um den 10./12. März 1983 geführten Einstellungsgesprächs sei ein befristetes Arbeitsverhältnis zum 30. April 1983 abgeschlossen. Am selben Tag habe seine Ehefrau diese Vereinbarung noch einmal bestätigt. Hiefür hat er den Geschäftsführer F und seine Ehefrau als Zeugen benannt. Demgegenüber hat die Klägerin vorgetragen, bei jenem Einstellungsgespräch sei von einer Befristung nicht die Rede gewesen, und sich hierfür auf die Zeugin H berufen, die bei dem Gespräch anwesend gewesen sein soll.

IV. Der Rechtsstreit muß somit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, um ihm Gelegenheit zu geben, die zur Vereinbarung und zur Wirksamkeit der von der Beklagten behaupteten Befristung unter dem Gesichtspunkt der Umgehung des allgemeinen



Kündigungsschutzes erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu treffen.

Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß eine Befristung vereinbart war und hierfür kein sachlicher Grund, jedoch im Hinblick auf die Unterbrechung der Beschäftigungszeit vor dem 25. Februar 1983 auch keine Umgehung des allgemeinen Kündigungsschutzes vorgelegen hat, wird es noch zu prüfen haben, ob eine Umgehung des besonderen Kündigungsschutzes nach § 9 Abs. 1 MuSchG in Betracht kommen könnte (vgl. hierzu KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 620 BGB Rz 102 bis 106; KR-Becker, aaO, § 9 MuSchG Rz 140 bis 144; Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 9 Rz 44 ff; Koch, BB 1978, 1218). Da jedoch ungewiß ist, ob diese Frage nach dem Ergebnis der erneuten Berufungsverhandlung erheblich wird, sieht der Senat davon ab, insoweit nähere Hinweise zu geben.

Dr. Röhsler

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Müller

Dr. Wolter



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)