

Aktenzeichen: 6 AZR 533/08
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 23. April 2009
- 6 AZR 533/08 -

I. Arbeitsgericht
Darmstadt

Urteil vom 17. August 2007
- 2 Ca 22/07 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 30. April 2008
- 18 Sa 1500/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Formnichtige Befristung - Abbedingen des § 16 Satz 2 TzBfG

Gesetz:

TzBfG § 16 Satz 2

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 533/08
18 Sa 1500/07
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. April 2009

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Kapitza und die ehrenamtliche Richterin Lorenz für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 30. April 2008 - 18 Sa 1500/07 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 17. August 2007 - 2 Ca 22/07 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat auch die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob eine in einem formnichtig befristeten Arbeitsverhältnis erklärte ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber aufgrund einer vertraglich vereinbarten Beschränkung des Kündigungsrechts unwirksam ist.

1

Der Kläger war seit dem 1. Juni 2005 bei der Beklagten, die nicht dem betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 KSchG) unterfällt, als Projektleiter gegen ein monatliches Entgelt von 8.200,00 Euro brutto beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthielt zu Zweck und Ablauf der Befristung sowie zu den Kündigungsmöglichkeiten während des Laufs der Befristung folgende Regelungen:

2

„§ 1 Inhalt, Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses

1. Der Arbeitnehmer wird für die Zeit vom 1. Juni 2005 bis 31. Dezember 2007 als Projekt-Oberbauleiter ... befristet eingestellt.

Zu seinen Aufgaben gehört die Realisierung der Baumaßnahme Wissenschafts- und Kongresszentrum D (WKZ).

Das Arbeitsverhältnis ist aus folgendem Grund befristet:

Grund für die Anstellung von Herrn S ist die Beauftragung der g mit der Objektplanung Gebäude LPH



6-9 bei dem Bauvorhaben Wissenschafts- und Kongresszentrum D. ... Seine Tätigkeit ist einzig und allein auf dieses Projekt bezogen und endet deshalb mit dessen Fertigstellung. Eine Beschäftigung über dieses Projekt hinaus wird von beiden Vertragspartnern nicht beabsichtigt. ...

...

3. Das Arbeitsverhältnis kann aus wichtigem Grund beiderseitig mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende gekündigt werden.

...

5. Das Arbeitsverhältnis endet mit der Übergabe der Baumaßnahme WKZ an den Nutzer, spätestens jedoch mit dem 31. Dezember 2007.

...

§ 14 Schriftform, Vertragsänderungen und Bestand des Vertrages

1. Herr S ist verpflichtet, sämtliche Änderungen seiner persönlichen Daten, insbesondere seiner Anschrift, umgehend dem Arbeitgeber mitzuteilen.
2. Mit Abschluss dieses Vertrages werden alle eventuell zuvor mündlich oder schriftlich geschlossenen Vereinbarungen hinfällig.
3. Änderungen, Ergänzungen und Nebenabreden bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform; dies gilt auch für die Aufhebung der Schriftform selbst.
2. Sollten einzelne Vertragsbestimmungen unwirksam sein, so sind sich die Vertragspartner bereits jetzt darüber einig, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt.“

Der Arbeitsvertrag führte unter § 2 „Aufgabengebiet und Zuständigkeit“ die vom Kläger geschuldeten Arbeitsleistungen im Einzelnen auf. Dazu gehörten ua. die Leitung und Protokollierung wichtiger Besprechungen sowie die obligatorische Teilnahme an den wöchentlichen Baubesprechungen.

Die Beklagte hatte dem Kläger im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit Anschreiben vom 17. Mai 2005 einen von ihr nicht unterzeichneten Vertragsentwurf zugeleitet. Dieser hatte unter § 1 Ziff. 3 und 4 noch folgende

3

4



Kündigungsregelungen vorgesehen:

- „3. Die ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses gelten als Probezeit. Während der Probezeit ist das Arbeitsverhältnis beiderseitig mit einer Frist von 2 Wochen ohne Angabe von Gründen kündbar. Unberührt bleibt das Recht zur außerordentlichen Kündigung.
4. Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis beiderseitig mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende gekündigt werden.“

Der Kläger kündigte mit Schreiben vom 24. Mai 2005 Änderungswünsche an, die sein Rechtsanwalt der Beklagten mit Schreiben vom 30. Mai 2005 mitteilte und in einem Nachtrag zum Arbeitsvertrag zusammenfasste. Zu § 1 des Vertragsentwurfs ist in diesem Schreiben ausgeführt:

„Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass ein befristeter Arbeitsvertrag als Projektarbeitsvertrag abgeschlossen wird, der befristet ist bis zum 31.12.2007. Damit bleibt wohl kein Raum mehr für eine Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende. Hiervon ausgenommen werden soll natürlich eine Kündigung aus wichtigem Grund. Da Herr S bereits für das Projekt seit mehreren Monaten tätig ist, dürfte wohl auch die Probearbeitszeitklausel vollkommen zu streichen sein.

Wir haben uns daher erlaubt, in § 1 den Punkt 3 vollständig zu streichen, den Punkt 4 entsprechend den vorgemachten Ausführungen abzuändern. Die endgültige Fassung befindet sich dementsprechend im Nachtrag.“

Im Nachtrag ist zu § 1 folgender Änderungswunsch formuliert:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass § 1 Abs. 3 (Probezeit) ersatzlos gestrichen wird.

§ 1 Abs. 4 wird zwischen den Parteien wie folgt neu gefasst:

Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis beiderseits bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende gekündigt werden.“



Die Beklagte änderte daraufhin ihren Vertragsentwurf in der zum Vertragsinhalt gewordenen Weise ab. Weiterer Schriftwechsel oder Gespräche der Parteien über die Kündigungsregelung erfolgten nicht.

7

Der geänderte Arbeitsvertrag war nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bei Arbeitsaufnahme des Klägers am 1. Juni 2005 noch nicht von der Beklagten unterzeichnet. Der Kläger unterschrieb den Vertrag am 1. Juni 2005, die Geschäftsführerin der Beklagten am Folgetag. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30. Januar 2007 zum 28. Februar 2007. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner am 8. Februar 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage. Eine von der Beklagten vorsorglich ausgesprochene weitere Kündigung zum 31. Dezember 2007 hat der Kläger nicht angegriffen.

8

Der Kläger hat geltend gemacht, die Parteien hätten mit § 1 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages wegen der enormen Wichtigkeit der Erstellung des Bauwerks vereinbaren wollen, dass das Arbeitsverhältnis nur außerordentlich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit sozialer Auslauffrist gekündigt werden könne. Eine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung sei der Beklagten auch nicht durch § 16 Satz 2 TzBfG eröffnet worden. Ohnehin greife diese Bestimmung nicht ein, weil die Befristung nicht ausschließlich wegen des Formmangels nichtig sei. Der Vertragstext sei bezüglich der Befristungsgründe widersprüchlich und hinsichtlich des Befristungsendes nicht hinreichend bestimmt. Daher sei das Transparenzgebot verletzt. Jedenfalls verhalte sich die Beklagte treuwidrig, wenn sie sich auf die Unwirksamkeit der Befristung wegen der Formnichtigkeit berufe und so dem Kläger den ausdrücklich vereinbarten Bestandsschutz bis zum 31. Dezember 2007 nehme.

9

Der Kläger hat zuletzt beantragt

10

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30. Januar 2007 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages die Ansicht vertreten, sie habe ihr Recht zur ordentlichen Kündigung nicht aus-

11



schließen wollen. Der Kläger habe sie durch seine falsche Behauptung, eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende sei wegen der Befristung unmöglich, zur Änderung der Kündigungsregelung veranlasst. Jedenfalls sei ihr aufgrund der Regelung in § 16 Satz 2 TzBfG eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit eröffnet. Die Befristungsabrede sei hinreichend bestimmt.

Die Beklagte hat die von ihr behauptete wiederholte Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Kläger, insbesondere der zur Berichterstattung und Leitung von Besprechungen, im Einzelnen dargelegt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Es hat angenommen, die Parteien hätten vereinbart, dass eine Kündigung nur aus „gewichtigen Grund“ erfolgen könne. Diese vertragliche Beschränkung des Kündigungsrechts gelte ungeachtet der formnichtigen Befristung des Arbeitsverhältnisses und werde durch § 16 Satz 2 TzBfG nicht aufgehoben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 30. Januar 2007 mit dem 28. Februar 2007 beendet worden.

I. Zwischen den Parteien bestand ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Die von ihnen vereinbarte Befristungsabrede genügte dem Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht. Deshalb war sie nichtig (§ 125 Satz 1 BGB) mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen galt.

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Parteien mit dem schriftlichen Vertrag nur eine vor Arbeitsaufnahme des Klägers mündlich vereinbarte Befristungsabrede schriftlich niederlegen wollten. Eine von dieser



mündlichen Abrede abweichende und damit eigenständige Vereinbarung hätten sie nicht getroffen. Die Beklagte habe den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages auch nicht von der Unterzeichnung einer Vertragsurkunde durch den Kläger abhängig gemacht, weil sie diesem vor Arbeitsaufnahme lediglich einen nicht von ihr unterschriebenen Vertragsentwurf übersandt habe. Diese festgestellten Tatsachen werden von der Beklagten nicht mit Verfahrensrügen angegriffen und sind deshalb für den Senat bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO). Die Befristungsabrede ist damit auch nach den vom Siebten Senat in seinem Urteil vom 16. April 2008 (- 7 AZR 1048/06 - AP TzBfG § 14 Nr. 46 = EzA TzBfG § 14 Nr. 47) entwickelten Grundsätzen formnichtig. Dies steht zwischen den Parteien auch nicht mehr im Streit.

II. Das formnichtig befristete Arbeitsverhältnis konnte von der Beklagten zum 28. Februar 2007 ordentlich gekündigt werden. Die Parteien haben § 16 Satz 2 TzBfG nicht abbedungen. 17

1. Ist die Befristung rechtsunwirksam und hat der Arbeitgeber von der Möglichkeit des § 15 Abs. 3 TzBfG, sich für die Laufzeit des befristet vereinbarten Arbeitsverhältnisses eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorzubehalten, keinen Gebrauch gemacht, so kann nur der Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt vor dem vereinbarten Befristungsende kündigen. Der Arbeitgeber kann dagegen eine ordentliche Kündigung nur mit Wirkung zum Zeitpunkt des ursprünglich geplanten Fristablaufs erklären. Für ihn gilt damit eine Mindestbefristungsdauer (§ 16 Satz 1 TzBfG). Treffen die Parteien also keine Vereinbarung über eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit, ist der Arbeitnehmer auch bei Unwirksamkeit der Befristung vor dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber für die Dauer der beabsichtigten Befristung geschützt. In diesen Bestandsschutz greift § 16 Satz 2 TzBfG ein. Ist die Befristung nämlich allein wegen fehlender Schriftform gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam, können beide Vertragsparteien, also auch der Arbeitgeber, unabhängig von einer Vereinbarung nach § 15 Abs. 3 TzBfG zu einem Zeitpunkt vor dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages ordentlich kündigen. 18



2. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob die Befristung ausschließlich wegen des Formmangels unwirksam ist oder auch deshalb, weil - wie der Kläger geltend macht - der Befristungsablauf nicht hinreichend klar bestimmt ist. Auch in letzterem Fall findet § 16 Satz 1 TzBfG jedoch keine Anwendung. Vielmehr kann der Arbeitgeber auch das nicht hinreichend bestimmbar befristete Arbeitsverhältnis jederzeit ordentlich kündigen. Ist das Ende der Befristung nicht bestimmbar, kann die Rechtsfolge des § 16 Satz 1 TzBfG nicht greifen, der Arbeitgeber also nicht an eine Mindestbefristungsdauer gebunden sein, weil gerade nicht festzustellen ist, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis enden sollte. Nach überwiegender Ansicht ist deshalb die Unwirksamkeit der Befristung wegen mangelnder Bestimmtheit des Befristungsendes wie ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu behandeln. In diesen Fällen kann das Arbeitsverhältnis also von beiden Arbeitsvertragsparteien jederzeit nach den allgemeinen Regeln ordentlich gekündigt werden (*APS/Backhaus 3. Aufl. § 16 TzBfG Rn. 2; MHH/Meinel 3. Aufl. § 16 Rn. 10; Arnold/Gräfl/Spinner TzBfG 2. Aufl. § 16 Rn. 13; vgl. auch Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 969*). Andere wollen dagegen § 16 Satz 2 TzBfG analog anwenden (*vgl. KR/Lipke 9. Aufl. § 16 TzBfG Rn. 11 mwN*). Welcher der beiden vertretenen Auffassungen der Vorzug zu geben ist, kann dahinstehen, weil sich daraus keine unterschiedlichen Rechtsfolgen ergeben.

3. Die Parteien haben mit § 1 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages die gesetzliche Regelung in § 16 Satz 2 TzBfG nicht abbedungen.

a) Von den Bestimmungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes darf nach § 22 Abs. 1 TzBfG grundsätzlich zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (*APS/Backhaus 3. Aufl. § 22 TzBfG Rn. 3; KR/Bader 9. Aufl. § 22 TzBfG Rn. 4; ErfK/Müller-Glöge 9. Aufl. § 22 TzBfG Rn. 1*). Hat sich der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG das Recht zur ordentlichen Kündigung vorbehalten, so gilt dieses Kündigungsrecht nach § 16 Satz 1 TzBfG auch bei Unwirksamkeit der Befristungsabrede weiter. Die gesetzliche Regelung eröffnet also die Möglichkeit, zu Ungunsten des Arbeitnehmers von der grundsätzlich vom Arbeitgeber einzuhaltenden Mindestvertragsdauer abzuweichen (*vgl.*



APS/Backhaus 3. Aufl. § 22 TzBfG Rn. 44). Umgekehrt schließt § 16 Satz 2 TzBfG als Teilregelung einer Arbeitnehmerschutznorm es nicht aus, zu Gunsten des Arbeitnehmers von der dem Arbeitgeber durch diese Bestimmung eröffneten Möglichkeit abzuweichen, den Arbeitsvertrag bei Formnichtigkeit vor dem vereinbarten Ende ordentlich, dh. unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist und der sonstigen Kündigungsvorschriften, insbesondere des Kündigungsschutzgesetzes, zu kündigen (*zu dieser Definition der Grenzen des Kündigungsrechts BT-Drucks. 14/4625 S. 21*). § 16 Satz 2 TzBfG ist lediglich eine einseitig zwingende Vorschrift (*vgl. grds. zum BeschFG 1985 BAG 25. September 1987 - 7 AZR 315/86 - BAGE 56, 155, 162 ff.*). Den Arbeitsvertragsparteien steht es deshalb frei, dem Arbeitnehmer durch eine vertragliche Vereinbarung den vom Gesetz als Normalfall bei Unwirksamkeit einer Befristung vorgesehenen Bestandsschutz für die Dauer der ursprünglich beabsichtigten Befristung auch bei Formnichtigkeit der Befristung zu verschaffen.

b) Die Parteien wollten mit § 1 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages jedoch die Rechtsfolgen einer Formunwirksamkeit der von ihnen beabsichtigten Befristung nicht abweichend von § 16 Satz 2 TzBfG regeln. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sie bei Vereinbarung dieser vertraglichen Bestimmung den Fall der Formnichtigkeit der Befristung bedacht haben und mit § 1 Ziff. 3 des Vertrages abweichend vom Gesetz regeln wollten. Dies hat das Landesarbeitsgericht bei der Auslegung dieser Bestimmung nicht hinreichend berücksichtigt. 22

aa) § 1 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages der Parteien ist eine Individualabrede, die nur einer beschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt. Diese Bestimmung ist auf die konkreten Verhältnisse der Parteien und nicht für eine Vielzahl von Verträgen zugeschnitten. Da die Klausel im Einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist, liegt auch keine Einmalbedingung iSd. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB vor. 23

bb) Die Auslegung nicht typisierter Verträge ist Aufgabe des Tatsachenrichters. Werden die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, dass und welche Erklärungen abgegeben worden sind, wie hier nicht mit Verfahrens- 24



rügen angegriffen, sind sie für das Revisionsgericht bindend, § 559 Abs. 2 ZPO (vgl. BAG 13. Juli 1956 - 1 AZR 492/54 - BAGE 4, 360, 364 ff.). Das Revisionsgericht prüft in derartigen Fällen deshalb nur, ob bei der Auslegung einer Willenserklärung die Rechtsvorschriften über die Auslegung richtig angewandt worden sind, ob der Tatsachenstoff vollständig verwertet worden ist, ob bei der Auslegung gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen worden ist, ob eine gebotene Auslegung unterlassen worden ist (vgl. BAG 20. Februar 2008 - 4 AZR 64/07 - Rn. 23, AP GG Art. 9 Nr. 134 = EzA GG Art. 9 Nr. 94) und ob die Auslegung rechtlich möglich ist (BAG 13. Dezember 2006 - 10 AZR 787/05 - Rn. 18, AP ZPO § 278 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 779 Nr. 3).

cc) Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält jedoch die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung, die unter § 1 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages vereinbarte Kündigungsbeschränkung gelte ungeachtet der formunwirksamen Befristung des Arbeitsverhältnisses, nicht stand. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist gemäß § 133 BGB ausgehend vom Wortlaut der Erklärung der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen. Das Landesarbeitsgericht hat die für die Ermittlung dieses Willens bedeutsamen Tatsachen nicht vollständig berücksichtigt.

25

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Parteien hätten sich wechselseitig lediglich das Recht zur ordentlichen Kündigung aus einem „gewichtigen Grund“ eingeräumt. Damit hat es an eine Formulierung in der Entscheidung des Zweiten Senats vom 25. Februar 1998 (- 2 AZR 279/97 - BAGE 88, 131, 140) angeknüpft. Ob eine derartige Kündigungsbeschränkung wirksam wäre, kann dahinstehen (offengelassen auch von BAG 25. Februar 1998 - 2 AZR 279/97 - BAGE 88, 131, 141). Ebenso kann offenbleiben, ob die Parteien für die Dauer der beabsichtigten Befristung eine derartige Kündigungsbeschränkung tatsächlich vereinbaren wollten, obwohl jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, wie sie einen „gewichtigen“ Grund von dem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB einerseits und den zur sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG führenden Gründen andererseits abgrenzen wollten (vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten bei einer außerordentlichen Kündigung aus

26



minderwichtigem Grund: KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 306; vgl. auch BAG 7. März 2002 - 2 AZR 173/01 - zu II 2 f der Gründe, AP BGB § 620 Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung Nr. 6 = EzA BGB § 626 nF Nr. 196). Ob § 1 Ziff. 3 des Vertrages einen solchen, notwendig zu Auslegungszweifeln und (Rechts-)Streitigkeiten führenden Inhalt hat, erscheint angesichts des Auslegungsgrundsatzes, dass Parteien vernünftige, in sich widerspruchsfreie Regelungen treffen wollen, die in den Grenzen des Gesetzes sachgerecht sind (BGH 5. April 1993 - II ZR 238/91 - zu III der Gründe, BGHZ 122, 211; 14. März 2003 - V ZR 278/01 - NJW-RR 2003, 1136), zweifelhaft. Die Vereinbarung könnte auch als Klarstellung des gesetzlichen Regelfalls, wonach der befristete Arbeitsvertrag nicht ordentlich gekündigt werden kann, zu verstehen sein.

Im Übrigen würde die vom Landesarbeitsgericht befürwortete Auslegung einer Anwendung des § 16 Satz 2 TzBfG nicht entgegenstehen. Wenn nach dieser Vorschrift der Arbeitgeber selbst im Fall des vollständig fehlenden Vorbehalts der ordentlichen Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses (§ 15 Abs. 3 TzBfG) gleichwohl zur ordentlichen Kündigung berechtigt sein soll, muss dies im Grundsatz erst recht dann gelten, wenn immerhin die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung aus einem „gewichtigen Grund“ vertraglich vereinbart wurde. Ein darüber hinausgehender Wille der Vertragsparteien, § 16 Satz 2 TzBfG auszuschließen, bedürfte eindeutiger Anhaltspunkte.

(2) § 1 Ziff. 3 des Vertrages lässt sich entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts jedoch nicht der Wille der Parteien entnehmen, das ordentliche Kündigungsrecht auch bei Unwirksamkeit der Befristungsabrede in irgendeiner Weise zu beschränken. Im Gegenteil haben die Parteien die zum Vertragsinhalt gewordene Kündigungsregelung gerade wegen der Befristung getroffen. Das ergibt sich aus dem Schreiben des Vertreters des Klägers vom 30. Mai 2005. Darin wird der Wunsch des Klägers zur Abänderung der in dem ihm übersandten Vertragsentwurf enthaltenen Kündigungsregelung wie folgt begründet:

„Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass ein befristeter Arbeitsvertrag als Projektarbeitsvertrag abgeschlossen wird, der befristet ist bis zum 31.12.2007.



Damit bleibt wohl kein Raum mehr für eine Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende.“

Danach ist die Kündigungsregelung vom Kläger ausschließlich im Hinblick auf die beabsichtigte Befristung bis zum 31. Dezember 2007 vorgeschlagen worden und mit den von der Beklagten vorgenommenen Änderungen Vertragsinhalt geworden. Aus den Vertragsverhandlungen ergeben sich keine Anhaltspunkte für den Willen der Parteien, dem Kläger unabhängig von der Einhaltung der für die Befristungsabrede erforderlichen Schriftform Bestandsschutz für die Dauer des Projektes, für das er eingestellt worden ist, zu verschaffen. Das Recht der Beklagten zum Ausspruch einer ordentlichen Kündigung sollte allenfalls wegen der beabsichtigten Befristung beschränkt werden. Den Fall der Formnichtigkeit der Befristung haben die Parteien dabei nicht bedacht. Eine etwaige Einschränkung des Kündigungsrechts war deshalb wegen der Nichtigkeit der Befristungsabrede obsolet.

29

(3) Aus § 14 Ziff. 4 des Arbeitsvertrages (*dort infolge eines Schreibversehens als § 14 Ziff. 2 bezeichnet*) ergibt sich nichts anderes. Es handelt sich um eine salvatorische Erhaltensklausel. Solche im Geschäftsleben üblichen Klauseln besagen nicht, dass die von dem Nichtigkeitsgrund nicht unmittelbar erfassten Teile des Geschäfts unter allen Umständen - begrenzt allein durch den *ordre public* - als wirksam behandelt werden sollen. Sie regeln vielmehr lediglich die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der wegen § 139 BGB stets erforderlichen Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft hinsichtlich des Restes hätten aufrecht erhalten wollen (*BGH 24. September 2002 - KZR 10/01 - NJW 2003, 347*). Welche Folge die Formnichtigkeit der Befristungsabrede für den Arbeitsvertrag im Übrigen hat, ergibt sich aus der Fiktion des § 16 Satz 1 TzBfG. Rückschlüsse auf den Willen der Parteien über die Auswirkungen der Nichtigkeit der Befristungsabrede auf etwa vereinbarte Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts lässt § 14 Ziff. 4 des Arbeitsvertrages nicht zu.

30

III. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Kündigung der Beklagten vom 30. Januar 2007 ist wirksam.

31



1. Das Arbeitsverhältnis der Parteien unterfiel unstreitig nicht dem Kündigungsschutzgesetz. Die Kündigung ist auch nicht treuwidrig (§ 242 BGB). In einem Kleinbetrieb ist der Arbeitnehmer vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt. Dabei haben die Arbeitsgerichte bei der Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB den objektiven Gehalt der Grundrechte, hier vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Allerdings darf dieser Schutz nicht so weit reichen, dass dem Kleinunternehmer praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgesehenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. Verlangt wird vom Arbeitgeber im Kleinbetrieb vielmehr nur ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b cc der Gründe, BVerfGE 97, 169*).

32

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer. Dabei ist durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, soweit er die Überlegungen des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt haben, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Sodann muss sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen, um ihn zu entkräften (*Senat 24. Januar 2008 - 6 AZR 96/07 - Rn. 29, EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 7*).

33

Der Kläger hat auch unter Berücksichtigung dieser abgestuften Darlegungs- und Beweislast nicht hinreichend dargelegt, dass die Kündigung der Beklagten vom 30. Januar 2007 treuwidrig sein könnte. Er hat sich darauf beschränkt, die Kündigungsgründe zu bestreiten, die die Beklagte substantiiert und unter Beifügung von Urkunden zur Untermauerung der behaupteten Vertragspflichtverletzungen des Klägers vorgetragen hat. Im Kleinbetrieb muss der Arbeitgeber die von ihm ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht begründen, solange der Arbeitnehmer keine Tatsachen vorgetragen hat, die für die Treuwidrigkeit der Kündigung sprechen (*BAG 16. Januar 2003 - 2 AZR 609/01 - zu B III 2 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Gemeinschaftsbetrieb Nr. 1*).

34



= *EzA KSchG § 23 Nr. 25*). Nachdem die Beklagte gleichwohl die Kündigungsgründe substantiiert dargelegt hatte, hätte der Kläger, um seiner Darlegungslast zu genügen, im Einzelnen vortragen müssen, dass und aus welchen Gründen die Kündigung treuwidrig sein soll.

2. Die Kündigung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte dem Kläger vor ihrem Ausspruch keine Abmahnung erteilt hat. Außerhalb des besonderen Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses, den das Kündigungsschutzgesetz gewährt, gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht. Deshalb findet das daraus hergeleitete Erfordernis, vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung eine Abmahnung zu erteilen, im Kleinbetrieb in der Regel keine Anwendung (*vgl. BAG 28. August 2003 - 2 AZR 333/02 - zu B III 3 e der Gründe, AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 4; 21. Februar 2001 - 2 AZR 579/99 - BAGE 97, 141, 148 f.; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 258*).

Die Beklagte hat sich entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts mit der Kündigung auch nicht in Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten gesetzt (*vgl. BAG 28. August 2003 - 2 AZR 333/02 - zu B III 3 e der Gründe, AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 4*). Auch wenn sie auf frühere Vertragspflichtverletzungen des Klägers nicht mit einer Kündigung reagiert hatte, war sie vor der Kündigung nicht zum Ausspruch einer Abmahnung verpflichtet. Die Beklagte hatte dem Kläger bereits vor Beginn des Arbeitsverhältnisses in ihrem Schreiben vom 17. Mai 2005 deutlich gemacht, dass, warum und welchen besonderen Einsatz sie von ihm erwartete. Die an den Kläger gestellten Anforderungen hatte sie im Einzelnen unter § 2 des Arbeitsvertrages aufgeführt. Daraus konnte der Kläger erkennen, welche Leistung von ihm zu erbringen war und dass sein Verhalten vertragswidrig war (*vgl. KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 266 mwN*). Angesichts der von der Beklagten vorgetragenen besonderen, dem Kläger erkennbaren Bedeutung der Baubesprechungen vom 17. und 24. Januar 2007 hätte er darlegen müssen, weshalb er gleichwohl davon ausgehen konnte, dass die Beklagte sein

35

36

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



unentschuldigtes Fehlen bei diesen Besprechungen wie in der Vergangenheit dulden werde.

3. Die Beklagte hat dem Kläger keinen Anlass gegeben, davon auszu- 37
gehen, dass auch bei Formnichtigkeit der Befristung eine Kündigungsbe-
schränkung gelten solle und damit keinen schutzwürdigen Vertrauenstat-
bestand geschaffen (vgl. BAG 16. September 2004 - 2 AZR 659/03 - AP BGB
§ 623 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 623 Nr. 1). Auch insoweit hat sie sich deshalb
mit der Erklärung der Kündigung vom 30. Januar 2007 nicht in rechtsmiss-
bräuchlicher Weise in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten gesetzt.

IV. Der Kläger hat gemäß § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO auch die Kosten 38
der Berufung und der Revision zu tragen.

Fischermeier

Linck

Spelge

Kapitza

Lorenz



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)