

DR. THOMAS FUCHS
RECHTSANWALT
FACHANWALT FÜR BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

Dr. Thomas Fuchs, Neue Schloßstraße 42, D-69117 Heidelberg

Vorab per Telefax: **0361-26362000**
Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1

99084 Erfurt

Mannheim, 26. Februar 2011

Aktenzeichen: 7 AZR 734/10

Revisionsbegründung

In dem Rechtsstreit

der Frau Diplom-Designerin (FH) ...

– *Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin* –

gegen

den **Freistaat Sachsen**

– *Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten* –

wird die Revision vom 10. Dezember 2010 namens und mit Vollmacht der Klägerin mit folgenden Anträgen begründet:

- 1. Es wird abändernd festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und dem Beklagten seit dem 1. August 2002 bestehende, zuletzt durch Arbeitsvertrag vom 27. August 2008 fortgesetzte Arbeitsverhältnis am 1. August 2009 aufgrund der Befristung vom 25. August 2008 bis zum 31. Juli 2009 nicht beendet ist, sondern als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.**
- 2. Für den Fall, dass der Antrag zu 1 begründet ist, wird der Beklagte abändernd verurteilt, weitere 1.927,67 € brutto nebst Zinsen hierauf in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.**

Begründung

Inhalt

1	Vorbemerkung	3
2	Beruhem auf einem gerichtlichen Vergleich, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG	3
2.1	Materielle Anforderungen	4
2.1.1	Innere Logik und Brüche	5
2.1.2	Unionsrechtskonforme Auslegung	8
2.1.2.1	Sachliche Gründe	9
2.1.2.2	Gegenseitiges Nachgeben?	11
2.1.2.3	Qualifizierte Mitwirkung!	13
2.2	Formeller Rahmen	16
2.2.1	Mündlichkeitsprinzip	17
2.2.2	Erörterung der Sach- und Rechtslage	19
2.2.3	Verfahrensergebnis	21
2.3	Zusammenfassung	23
3	Beschäftigung zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	24
4	Abweichende Vereinbarungen, § 22 Abs. 1 TzBfG	27
5	Benachteiligungsverbot, § 7 Abs. 2 AGG	29
6	Leistung nach Treu und Glauben, § 242 BGB	31
7	Mündlichkeitsprinzip, § 128 Abs. 1 ZPO	32
8	Annahmeverzugsvergütung	34
9	Schlussbemerkung	34
A	Anhang	37

1 Vorbemerkung

[1] Die Parteien streiten darüber, ob eine Befristung, die in einem außergerichtlich zustande gekommenen, dem Gericht von den Parteien schriftlich unterbreiteten und durch gerichtlichen Beschluss festgestellten Vergleich enthaltenen ist, auf einem gerichtlichen Vergleich im Sinn des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG beruht. Die Klägerin stellt dabei die vom Landesarbeitsgericht Chemnitz herangezogene ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs mit Rücksicht auf die Entscheidungen *Adeneler*, *Del Cerro Alonso*, *Angelidaki* und *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich in Frage. Den dort aufgestellten Kriterien genügt § 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 8 TzBfG in der bisherigen Auslegung nicht. Die stattdessen nach einer unionsrechtskonformen Auslegung zu erfüllenden Anforderungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Daneben führt die Klägerin zur Begründung ihres Standpunkts vier weitere materiellrechtliche Rechtsverletzungen durch das Landesarbeitsgericht Chemnitz und einen Verfahrensfehler desselben an.

2 Beruhen auf einem gerichtlichen Vergleich, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG

[2] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz verletzte die §§ 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 8, 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG, indem es diese Vorschriften nicht richtig anwendete.

[3] Die Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG insbesondere vor, wenn die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht. Ist die Befristung rechtsunwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag nach § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

[4] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz nimmt auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Bezug, wonach ein gerichtlicher Vergleich lediglich das Bestehen eines offenen Streits der Parteien über das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis und die ordnungsgemäße Mitwirkung des Gerichts beim Zustandekommen eines befristeten Arbeitsverhältnisses voraussetze (Seiten 11—12 des Urteils).

2.1 Materielle Anforderungen

[5] Das Bundesarbeitsgericht erkannte in drei Entscheidungen¹ aus den Jahren 1961, 1979 und 1984 zunächst den gerichtlichen Vergleich als Befristungsgrund an. In drei weiteren Entscheidungen² aus den Jahren 1984 und 1991 wurde sodann der außergerichtliche Vergleich dem gerichtlichen gleichgestellt. Dies stieß in der Literatur, vor allem bei *Wilfried Hillebrecht*, *Peter Schwerdtner* und *Hans-Jürgen Dörner*, auf erhebliche Kritik. Das Bundesarbeitsgericht sah deshalb in drei Fällen, die ihm in den Jahren 1996, 1997 und 2002 zur Entscheidung³ vorlagen, zunächst von einer ausdrücklichen Bestätigung dieser Rechtsprechung ab. Unterdessen wurden in vier Entscheidungen⁴ aus den Jahren 1998, 2003 und 2006, zuletzt vermeintlich bestärkt durch den am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG, die Grundsätze zum gerichtlichen Vergleich bestätigt. In zwei Entscheidungen⁵ aus den Jahren 2003 und 2005, denen noch Altfälle zugrunde lagen, zog das Bundesarbeitsgericht dann erneut den außergerichtlichen Vergleich als Befristungsgrund heran, und zwar ohne sich mit der erheblichen Kritik aus der Literatur zu befassen. Für das neue Recht wurde diese Frage dagegen bislang in zwei Entscheidungen⁶ aus den Jahren 2003 und 2006, auch im Hinblick auf den Vergleich nach § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1 ZPO, ausdrücklich offen gelassen. Der vorliegende Fall eignet sich ideal dazu, nicht nur diese Lücke zu schließen, sondern das Verständnis des Befristungsgrunds nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG insgesamt weiterzuentwickeln.

¹BAG, Urteil vom 3. August 1961 – 2 AZR 117/60, Rdnr. 62–64; BAG, Urteil vom 18. Dezember 1979 – 2 AZR 129/78, Rdnr. 29; BAG, Urteil vom 9. Februar 1984 – 2 AZR 402/83, Rdnr. 38.

²BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 15–21; BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82, Rdnr. 23; BAG, Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90, Rdnr. 27–28.

³BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95, Rdnr. 13–14; BAG, Urteil vom 14. Oktober 1997 – 7 AZR 599/96, Rdnr. 10; BAG, Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00, Rdnr. 17–18.

⁴BAG, Urteil vom 2. Dezember 1998 – 7 AZR 644/97, Rdnr. 13; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 13; BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 27–28; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 35, 55, 59.

⁵BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04, Rdnr. 42.

⁶BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 56.

2.1.1 Innere Logik und Brüche

[6] Worin soll nun beim Vergleich der sachliche Grund für eine Befristung liegen? Durch die gerichtliche Befristungskontrolle werde lediglich die Zwangslage des Arbeitnehmers ausgeglichen, sich bei der Eingehung oder Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses einer Befristungsvorgabe des Arbeitgebers mit Rücksicht auf dessen Abschlussmacht nicht widersetzen zu können.⁷ Dieses Schutzes bedürfe der Arbeitnehmer jedoch nicht mehr, wenn er sich mit dem Arbeitgeber bereits in einem offenen Streit über die Wirksamkeit der Befristung befinde.⁸ Der tragende Grund, den Vergleich, sei es ein außergerichtlicher oder gerichtlicher, als Befristungsgrund anzuerkennen, liege deshalb in seinem Wesensmerkmal, den Streit der Parteien im Weg *gegenseitigen Nachgebens* zu beseitigen.⁹ Der Arbeitnehmer verzichte in diesem Fall wirksam auf die gerichtliche Befristungskontrolle.¹⁰ Dieser Verzicht werde durch die ordnungsgemäße Mitwirkung des Gerichts beim Zustandekommen des Vergleichs ausgeglichen. Das Gericht habe nach den Artt. 1 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG die Pflicht, den Arbeitnehmer vor einem grundlosen, den staatlichen Kündigungsschutz umgehenden Verlust des Arbeitsplatzes zu bewahren und einen angemessenen Ausgleich der wechselseitigen Interessen der Parteien zu finden. Wenn das Gericht in Erfüllung dieser Schutzpflicht einen Vergleich mit einer Befristungsabrede vorschlage, sei dies im Regelfall eine hinreichende Gewähr dafür, dass dem Arbeitnehmer der zwingende Kündigungsschutz nicht genommen werde.¹¹

⁷BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 19; BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82, Rdnr. 23.

⁸BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 20; BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82, Rdnr. 23; BAG, Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90, Rdnr. 27; BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 14. Oktober 1997 – 7 AZR 599/96, Rdnr. 10; BAG, Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00, Rdnr. 17–18; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14.

⁹BAG, Urteil vom 3. August 1961 – 2 AZR 117/60, Rdnr. 62–64; BAG, Urteil vom 18. Dezember 1979 – 2 AZR 129/78, Rdnr. 29; BAG, Urteil vom 9. Februar 1984 – 2 AZR 402/83, Rdnr. 38; BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 18; BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82, Rdnr. 23; BAG, Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90, Rdnr. 27; BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00, Rdnr. 18; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04, Rdnr. 42.

¹⁰BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 20; BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82, Rdnr. 23; BAG, Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90, Rdnr. 27–28.

¹¹Deutscher Bundestag, Drucksache 14/4374, S. 19; BAG, Urteil vom 9. Februar 1984 – 2 AZR 402/83, Rdnr. 38; BAG, Urteil vom 2. Dezember 1998 – 7 AZR 644/97, Rdnr. 13; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 13; BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 27; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 55.

Eine missbräuchliche Ausnutzung des Vergleichs als Befristungsgrund lasse sich durch die sorgfältige Prüfung, ob zwischen den Parteien wirklich ein offener Streit bestand, verhindern.¹² Hierzu müssten die Parteien gegensätzliche Rechtsstandpunkte darüber eingenommen haben, ob beziehungsweise wie lange zwischen ihnen noch ein Arbeitsverhältnis bestehe.¹³ Insbesondere der Arbeitnehmer müsse nachdrücklich seine Rechtsposition vertreten haben. Der Arbeitgeber müsse diese Beschäftigungsforderung daraufhin abgelehnt haben.¹⁴

[7] Diese Rechtsprechung ist jedoch in sich beileibe nicht so widerspruchsfrei, wie hier zusammenfassend dargestellt. Den vermeintlichen sachlichen Grund, nämlich das gegenseitige Nachgeben als Verzicht auf die gerichtliche Befristungskontrolle, stellte das Bundesarbeitsgericht bereits selbst durch den Hinweis in Frage, dass § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG nicht den außergerichtlichen, sondern nur den gerichtlichen Vergleich nenne.¹⁵ Wenn nach § 779 BGB aber für beide das Wesensmerkmal im gegenseitigen Nachgeben liegt, kann dieses eine Befristung nicht nur beim außergerichtlichen Vergleich, sondern auch beim gerichtlichen nicht rechtfertigen.¹⁶ Mit seiner Rechtsprechung, der Arbeitnehmer bedürfe bei einem offenen Streit über die Rechtslage keiner gerichtlichen Befristungskontrolle, so dass er durch Vergleich darauf verzichten könne, sagt das Bundesarbeitsgericht eigentlich, dass es in einer solchen Situation keines sachlichen Grundes für eine Befristung bedürfe. Wie der Verzicht auf die Überprüfung einer streitigen Befristung einen sachlichen Grund für eine weitere Befristung abgeben können soll, ist im Grunde auch nicht nachvollziehbar. Das für diesen Verzicht ausschlaggebende Motiv eines gegenseitigen Nachgebens, das im Übrigen auf Arbeitgeberseite häufig nur schwach ausgeprägt sein dürfte, ändert nichts daran, dass es sich dabei um einen bloßen, als Befristungsgrund untauglichen privatautonomen Akt handelt. Satz 2 Nummer 8 wird im Rahmen

¹²BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 21; BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00, Rdnr. 18; BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 28; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 55.

¹³BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 14. Oktober 1997 – 7 AZR 599/96, Rdnr. 10; BAG, Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00, Rdnr. 17–18; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04, Rdnr. 42; BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 28; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 55.

¹⁴BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 21; BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95, Rdnr. 14; BAG, Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00, Rdnr. 18; BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 28; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 55.

¹⁵BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14; LAG Stuttgart, Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04, Rdnr. 42.

¹⁶Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rdnr. 274–276.

des Katalogs nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1—8 TzBfG deshalb auch als Fremdkörper angesehen.¹⁷ Dementsprechend stellte das Bundesarbeitsgericht auch bereits mit klaren Worten fest, dass der Arbeitnehmer vor oder bei Vereinbarung einer Befristung nicht auf die spätere Geltendmachung ihrer Unwirksamkeit verzichten könne. Das ergebe sich aus den zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingenden Grundsätzen der Befristungskontrolle.¹⁸ Ausgehend davon wäre es inkonsequent, eine Befristungskontrollklage zwar als zulässig, nicht aber als begründet anzusehen, weil sich der Arbeitnehmer nicht erfolgreich auf das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Befristung berufen könne.¹⁹

[8] Auch gegen das angeblich ausgleichende Element, die ordnungsgemäße Mitwirkung des Gerichts, wendete sich das Bundesarbeitsgericht schon selbst. Die Befristungskontrolle beruhe nicht auf dem Gedanken, in der Vereinbarung einer Befristung liege eine Überrumpelung des rechtsunkundigen Arbeitnehmers durch den rechtskundigen Arbeitgeber. Die Besonderheiten des gerichtlichen Vergleichs, an dem das Gericht und regelmäßig auch rechtskundige Vertreter der Parteien mitwirkten, würden deshalb rechtlich den sachlichen Grund, der bereits im Vergleichscharakter selbst liege, nicht zu ersetzen vermögen.²⁰ Beim gerichtlichen Vergleich, so das Bundesarbeitsgericht weiter, beschränke sich die Tätigkeit des Gerichts häufig auf die Protokollierung einer zwischen den Parteien ausgehandelten Einigung. Eine rechtliche Überprüfung, ob diese Einigung der Rechtslage entspricht, finde dann weder statt noch entspräche sie der Funktion des Vergleichs. Aber auch wenn das Gericht den Inhalt des Vergleichs anrege, sei hierfür nicht stets die Beurteilung der Rechtslage ausschlaggebend, sondern oft auch die Meinung des Gerichts, auf welcher Basis sich eine einvernehmliche Befriedigung der Parteien erreichen lasse.²¹ Zwei spektakuläre Fälle aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²² belegen die eher erledigungsorientierten Zustände in der Praxis²³ eindrucksvoll. Das Merkmal der ordnungsgemäßen Mitwirkung des Gerichts lässt sich demnach guten Gewissens nicht auf eine rein formelle Mitwirkung beschränken, nachdem diese praxisnah bereits einmal als Sachgrund verworfen wurde. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Äußerungen des Bundesarbeitsgerichts,

¹⁷Richardi/Annuß, Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeit und Befristung, BB 2000, 2201 [2205].

¹⁸BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04, Rdnr. 32.

¹⁹So aber wohl BAG, Urteil vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 287/06, Rdnr. 12.

²⁰BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 16; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 14.

²¹BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82, Rdnr. 15.

²²Bloße Protokollierung BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05; richterliche Drohung BAG, Urteil vom 12. Mai 2010 – 2 AZR 544/08.

²³Vergleiche auch Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rdnr. 274.

nicht das Protokoll, sondern die Mitwirkung des Gerichts mache den gerichtlichen Vergleich aus,²⁴ einer tatsächlichen Einflussnahme des Gerichts auf den Inhalt des Vergleichs bedürfe es hierfür aber nicht,²⁵ als widersprüchlich.

2.1.2 Unionsrechtskonforme Auslegung

[9] Das Teilzeit- und Befristungsgesetz²⁶ dient nach seiner amtlichen Anmerkung der Umsetzung unter anderem der Richtlinie 1999/70/EG²⁷.²⁸ Nachdem das Bundesarbeitsgericht zunächst ohne Begründung meinte, die Richtlinie 1999/70/EG führe nicht zu einer einschränkenden unionsrechtskonformen Auslegung des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG,²⁹ scheint es sich dieser Herangehensweise nun auch im Befristungsrecht geöffnet zu haben.³⁰ Die nationalen Gerichte sind nach dem Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verpflichtet, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG auszulegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen. Diese Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung betrifft das gesamte nationale Recht, unabhängig davon, ob es vor oder nach der betreffenden Rahmenvereinbarung erlassen wurde.³¹

[10] Die Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG insbesondere vor, wenn die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich danach für das Erfordernis sachlicher Gründe im Sinn des § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenverein-

²⁴BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 35.

²⁵BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 59.

²⁶Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen vom 21. Dezember 2000, Bundesgesetzblatt Teil I 2000 Nr. 59 vom 28. Dezember 2000 S. 1966—1970.

²⁷Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1999 Nr. L 175 vom 10. Juli 1999 S. 43—48.

²⁸Deutscher Bundestag, Drucksache 14/4374, S. 1, 18.

²⁹BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 57.

³⁰BAG, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 13; BAG, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 11.

³¹EuGH, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 108; EuGH, Urteil vom 15. April 2008 – C-268/06 – Impact, Rdnr. 98; EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 197; EuGH, Urteil vom 24. Juni 2010 – C-98/09 – Sorge, Rdnr. 51.

barung. Um Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedstaaten nach dieser Regelung unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien die Maßnahme "sachliche Gründe, welche die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen", wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen. Daran muss sich der Gesetzgeber bei der Auslegung des § 14 Abs. 1 TzBfG, auch seines Satzes 2 Nummer 8, festhalten lassen.³²

2.1.2.1 Sachliche Gründe

[11] Mit § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung wird nach § 1 Buchst. b der Rahmenvereinbarung speziell das Schutzziel verfolgt, einen Rahmen zu schaffen, der den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse verhindert.³³ Der Begriff "sachliche Gründe" im Sinn des § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung ist dabei dahin zu verstehen, dass er genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang die Verwendung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können.³⁴ Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung diese Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben.³⁵

[12] Eine innerstaatliche Vorschrift, die sich darauf beschränkt, den Rückgriff auf aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge allgemein

³²BAG, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 13.

³³EuGH, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 64; EuGH, Urteil vom 15. April 2008 – C-268/06 – Impact, Rdnr. 89; EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 91.

³⁴EuGH, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 69; EuGH, Urteil vom 13. September 2007 – C-307/05 – Del Cerro Alonso, Rdnr. 53; EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 96; EuGH, Urteil vom 22. April 2010 – C-486/08 – Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Rdnr. 42. Siehe auch BAG, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 14; LAG Düsseldorf, Urteil vom 12. Oktober 2010 – 16 Sa 804/10, Rdnr. 18; BAG, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 26.

³⁵EuGH, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 70; EuGH, Urteil vom 13. September 2007 – C-307/05 – Del Cerro Alonso, Rdnr. 53; EuGH, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 96; EuGH, Urteil vom 22. April 2010 – C-486/08 – Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Rdnr. 42. Siehe auch BAG, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 14; BAG, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 26.

und abstrakt durch Gesetz oder Verordnung zuzulassen, entspricht hingegen nicht den Erfordernissen.³⁶ Denn eine solche rein formale Vorschrift, welche die Verwendung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge nicht mit objektiven Faktoren, die mit den Besonderheiten der betreffenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausführung zusammenhängen, spezifisch rechtfertigt, birgt die konkrete Gefahr eines missbräuchlichen Rückgriffs auf diese Art von Verträgen und ist daher mit dem Ziel und der praktischen Wirksamkeit der Rahmenvereinbarung unvereinbar.³⁷ Würde zugelassen, dass eine nationale Vorschrift von Gesetzes wegen und ohne weitere Präzisierung aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge rechtfertigen kann, so liefe dies auf eine Missachtung der Zielsetzung der Rahmenvereinbarung, mit der die Arbeitnehmer gegen unsichere Beschäftigungsverhältnisse geschützt werden sollen, und auf eine Aushöhlung des Grundsatzes nach Präambel Abs. 2 S. 1 und Erwägung 6 der Rahmenvereinbarung hinaus, dass unbefristete Arbeitsverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses sind.³⁸ Insbesondere lassen sich dem Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge allein aufgrund einer allgemeinen Rechtsvorschrift, ohne Zusammenhang mit dem konkreten Inhalt der betreffenden Tätigkeit, keine objektiven und transparenten Kriterien für die Prüfung entnehmen, ob die Verlängerung derartiger Verträge tatsächlich einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und insoweit erforderlich ist.³⁹

[13] Zusammenfassend ist § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung dahin auszulegen, dass er der Verwendung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge entgegensteht, die allein damit gerechtfertigt wird, dass sie in einer allgemeinen Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats vorgesehen ist. Vielmehr verlangt der Begriff "sachliche Gründe", dass der in der nationalen Regelung vorgesehene Rückgriff auf diese besondere Art des Arbeitsverhältnisses durch konkrete Gesichtspunkte gerechtfertigt

³⁶ *EuGH*, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 71; *EuGH*, Urteil vom 13. September 2007 – C-307/05 – Del Cerro Alonso, Rdnr. 54; *EuGH*, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 97. Siehe auch *BAG*, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 14; *LAG Düsseldorf*, Urteil vom 12. Oktober 2010 – 16 Sa 804/10, Rdnr. 18.

³⁷ *EuGH*, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 72; *EuGH*, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 98. Siehe auch *BAG*, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 14; *LAG Düsseldorf*, Urteil vom 12. Oktober 2010 – 16 Sa 804/10, Rdnr. 18.

³⁸ *EuGH*, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 73; *EuGH*, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 99. Siehe auch *BAG*, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 26.

³⁹ *EuGH*, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 74; *EuGH*, Urteil vom 13. September 2007 – C-307/05 – Del Cerro Alonso, Rdnr. 55; *EuGH*, Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki, Rdnr. 100.

tigt wird, die vor allem mit der betreffenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausübung zusammenhängen.⁴⁰

2.1.2.2 Gegenseitiges Nachgeben?

[14] Das durch § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung festgelegte und durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs näher konkretisierte Ergebnis, den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu verhindern, wird durch § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG in der bisherigen Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht nicht erreicht. Eine Befristung, die auf einem gerichtlichen Vergleich beruht, ist nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die mit den Besonderheiten der betreffenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausführung zusammenhängen. Ein gerichtlicher Vergleich kann völlig unabhängig von den konkreten Umständen, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen, geschlossen werden. Mit dem gegenseitigen Nachgeben als Verzicht auf die gerichtliche Befristungskontrolle wird auch kein legitimes sozialpolitisches Ziel verfolgt. Das Herbeiführen von Rechtsfrieden ist allenfalls ein nicht zur Rechtfertigung taugendes justizpolitisches Ziel. Eine ordnungsgemäße Mitwirkung des Gerichts, zumindest in der bislang postulierten rein formalen, inhaltlich nicht überprüfbaren Ausprägung, vermag daran nichts zu ändern. Es fehlt dann nämlich an objektiven und transparenten Kriterien für die Prüfung, ob die Befristung tatsächlich einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und insoweit erforderlich ist.

[15] § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG lässt aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge vielmehr relativ allgemein und abstrakt zu. Zwischen einem bloßen, nicht weiter qualifizierten richterlichen Mitwirken und einer durch Gesetz allgemein und abstrakt zugelassenen Befristung besteht kein erkennbarer Unterschied. Dadurch wird die konkrete Gefahr eines missbräuchlichen Rückgriffs auf Befristungen eröffnet. Das Landesarbeitsgericht Chemnitz führt dazu, ohne den Zusammenhang zu erkennen, treffend aus, mit dem Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs solle den *Arbeitsvertragsparteien* (und nicht etwa nur den Parteien eines Rechtsstreits) die Möglichkeit gegeben werden, einen sicheren Befristungsgrund zu schaffen. Beide Parteien nutzten bewusst dieses, ihnen vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Mittel, um Rechtssicherheit zu

⁴⁰ *EuGH*, Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler, Rdnr. 75; *EuGH*, Beschluss vom 12. Juni 2008 – C-364/07 – Vassilakis, Tenor 2; *EuGH*, Beschluss vom 24. April 2009 – C-519/08 – Koukou, Tenor 1.

erlangen. Dies setze aber voraus, dass dafür neben dem Vorliegen eines derartigen Vergleichs keine weiteren Merkmale zu erfüllen seien (Seiten 16—17 des Urteils). Durch die ihnen eigentümliche Heilungsmöglichkeit unwirksamer Befristungen leisten gerichtliche Vergleiche dann dem allgemeinen Missbrauch befristeter Arbeitsverhältnisse Vorschub.⁴¹ Arbeitgeber können auf diese Weise weitgehend ungehindert missbräuchlich Befristungen ohne sachlichen Grund vereinbaren, weil sie erwarten können, dass in einem Rechtsstreit darüber mit einiger Wahrscheinlichkeit ein gerichtlicher Vergleich geschlossen wird. Insoweit erweist sich der in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG vorgesehene Befristungsgrund geradezu als Konstruktionsfehler mit Wirkung für den gesamten Katalog des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1—7 TzBfG. Der daraus folgende Missbrauch dieser Befristungsgründe kann durch eine sorgfältige Prüfung beim Abschluss eines heilenden Vergleichs, ob zwischen den Parteien wirklich ein offener Streit bestand, nicht verhindert werden. Dieses Erfordernis ist dann nämlich immer erfüllt. Eine derartige Prüfung kann auch dem Missbrauch des durch § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG selbst eröffneten Befristungsgrunds nur ganz begrenzt abhelfen. Die Parteien haben es nämlich, wenn sie sich geschickt anstellen, allein in der Hand, immer wieder gerichtliche Vergleiche abzuschließen. Das Merkmal des offenen Streits über die Rechtslage kann hier jedes Mal erfüllt werden. Ein Scheinrechtsstreit muss dabei keineswegs vorliegen. Der Umstand, dass die Parteien über das angestrebte Ergebnis einig sind, ändert nichts daran, dass ein Rechtsstreit tatsächlich besteht.⁴² Bei einem Scheingeschäft im Sinn des § 117 Abs. 1 BGB wollen die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen. In Wirklichkeit sollen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten. Ein Scheingeschäft liegt aber nicht vor, wenn es zur Herbeiführung des von den Parteien tatsächlich beabsichtigten Erfolgs der wirksamen Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts gerade bedarf. Wenn beide Parteien die Befristung eines Arbeitsverhältnisses verlängern wollen und zu diesem Zweck einen Prozessvergleich schließen, dann liegt kein Scheingeschäft vor.⁴³ Dagegen spricht auch nicht der Umstand, dass es der Arbeitgeber genauso gut ablehnen kann, einen weiteren gerichtlichen Vergleich zu schließen. Es kommt nur auf die potenzielle Missbrauchsmöglichkeit an.

⁴¹Vergleiche *Lipke* in Etzel et. al, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), 9. Auflage 2009, TzBfG § 14 Rdnr. 341.

⁴²*Tizzano*, Schlussanträge vom 30. Juni 2005 – C-144/04 – Mangold, Rdnr. 28; *EuGH*, Urteil vom 22. November 2005 – C-144/04 – Mangold, Rdnr. 38.

⁴³*BAG*, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 20.

[16] Das Landesarbeitsgericht Köln klammert sich im Hinblick auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG an die vom Europäischen Gerichtshof in der Zusammenfassung gebrauchten Worte "vor allem" (siehe Randnummer 13 auf Seite 10). Danach müsse der sachliche Grund für die Befristung nicht stets mit der betreffenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausübung zusammenhängen. Es könnten auch andere Gründe zur Rechtfertigung herangezogen werden.⁴⁴ Das ist eine bloße Behauptung, die der Europäische Gerichtshof, sollte ihm diese Frage anlässlich dieses Verfahrens vorgelegt werden, nicht bestätigen wird. Andere Gründe, mit denen § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG in der bisherigen Ausprägung gerechtfertigt werden könnte, sind nämlich nicht ersichtlich. Zur Rechtfertigung befristeter Arbeitsverträge können nach den Erwägungen 8 und 10 sowie nach § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung neben der Tätigkeit auch die Anforderungen bestimmter Branchen oder Berufe berücksichtigt werden. Die Erwägung 11 der Rahmenvereinbarung lässt auch Umstände zur Vermeidung von verwaltungstechnischen, finanziellen oder rechtlichen Zwängen zu, welche die Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen behindern könnten. "Andere Gründe", die einen gerichtlichen Vergleich allgemein als Befristungsgrund rechtfertigen könnten, lassen sich daraus nicht ableiten.

2.1.2.3 Qualifizierte Mitwirkung!

[17] Danach genügt ein gerichtlicher Vergleich, bei dem lediglich sämtliche Formalien eingehalten sind, den Anforderungen, die bei einer unionsrechtskonformen Auslegung an § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG zu stellen sind, nicht. Ein sachlicher Grund für die Befristung kann vielmehr erst vorliegen, wenn das Gericht in qualifizierter Weise am Zustandekommen des gerichtlichen Vergleichs mitwirkt.⁴⁵ Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG. Danach muss die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich *beruhen*. Hier kommt ein Kausalverhältnis zwischen der Befristung und dem gerichtlichen Vergleich zum Ausdruck.⁴⁶ Dafür kann keinesfalls, wie jedoch das Landesarbeitsgericht Chemnitz allen Ernstes meint (Seite 17 des Urteils), das bloße Nennen des Befristungsgrunds im Vergleichstext genügen. Die Befristung muss vielmehr das Ergebnis eines gerichtlichen Verfahrens sein.⁴⁷ Dieses Verfahren muss gekennzeichnet sein durch

⁴⁴LAG Köln, Urteil vom 15. Mai 2009 – 4 Sa 877/08, Rdnr. 35.

⁴⁵LAG Stuttgart, Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04, Rdnr. 35, 39, 41.

⁴⁶LAG Stuttgart, Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04, Rdnr. 42.

⁴⁷LAG Stuttgart, Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04, Rdnr. 42.

- den schlüssigen und substantiierten Vortrag der Parteien,
- die gründliche Aufklärung des Sachverhalts durch gerichtliche Fragen,
- die erschöpfende Erörterung der Sach- und Rechtslage der Parteien mit dem Gericht,
- das Erteilen entsprechender rechtlicher Hinweise von Seiten des Gerichts,
- den auf der vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage beruhenden und gegenüber den Parteien entsprechend begründeten gerichtlichen Vergleichsvorschlag,
- die intensive vorbeugende Missbrauchskontrolle durch das Gericht und
- die das Überprüfen dieses Verfahrens (nachträgliche Missbrauchskontrolle) ermöglichende gerichtliche Protokollierung.

[18] Diese Anforderungen lassen sich materiellrechtlich zwanglos aus § 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 8 TzBfG, § 779 BGB und den Artt. 1 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG herleiten. Der in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG gebrauchte Begriff "Vergleich" ist in § 779 BGB legaldefiniert. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht sein Wesensmerkmal, den Streit der Parteien im Weg gegenseitigen Nachgebens zu beseitigen, sondern der dort zum Ausdruck kommende Normalfall. Der nach dem Inhalt des Vergleichs als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt entspricht danach typischerweise der Wirklichkeit. Folglich muss dieser Sachverhalt von den Parteien vorgetragen, vom Gericht aufgeklärt und zwischen den Parteien und dem Gericht erörtert worden sein. Der bei der Auslegung des § 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 8 TzBfG zu berücksichtigende § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung verlangt objektive Faktoren, die mit den Besonderheiten der betreffenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausführung zusammenhängen. Diese objektiven Faktoren werden mit einer Befristung, die auf einem gerichtlichen Vergleich beruht, nicht unmittelbar in Verbindung gebracht werden können. Dieses Erfordernis spricht aber dafür, dass der für den Vergleich herangezogene Sachverhalt vom Gericht zunächst auf derartige Faktoren zu untersuchen ist. Das Gericht ist mit anderen Worten verpflichtet, die Sach- und Rechtslage gründlich aufzuklären, erschöpfend zu erörtern und entsprechend darauf hinzuweisen.⁴⁸ Diese Erfordernisse lassen sich, ebenso wie ein begründeter gerichtlicher Vergleichsvorschlag, auch aus den Artt. 1 Abs. 3,

⁴⁸LAG Stuttgart, Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04, Rdnr. 45.

12 Abs. 1 GG herleiten. Danach hat das Gericht die Pflicht, den Arbeitnehmer vor einem grundlosen, den staatlichen Kündigungsschutz umgehenden Verlust des Arbeitsplatzes zu bewahren und einen angemessenen Ausgleich der wechselseitigen Interessen der Parteien zu finden.⁴⁹ § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung verlangt in diesem Zusammenhang mit Rücksicht auf sein Schutzziel objektive und transparente Kriterien für die Prüfung, ob die Befristung einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und insoweit erforderlich ist.⁵⁰ Auch dieses Merkmal wird nicht unmittelbar auf den gerichtlichen Vergleich, sondern auf die ihm zugrunde liegende Sach- und Rechtslage zu beziehen sein. Erforderlich ist damit aber eine intensive vorbeugende Missbrauchskontrolle, und zwar sowohl in Bezug auf den streitigen Sachverhalt als auch hinsichtlich des gerichtlichen Vergleichs. Um bei einer späteren Überprüfung des gerichtlichen Vergleichs die nachträgliche Missbrauchskontrolle zu ermöglichen, ist der Vergleichsvorschlag durch die vorläufige gerichtliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage zu begründen und das Verfahren ausreichend zu protokollieren.

[19] Bei der Missbrauchskontrolle sind, anders als das Landesarbeitsgericht Chemnitz meint (Seite 17 des Urteils), auch die Zahl und Dauer vorangegangener Befristungen zu berücksichtigen, und zwar entweder durch zunehmend strengere Anforderungen an den sachlichen Grund oder durch eine stärkere Gewichtung der Interessen des Arbeitnehmers bei der Abwägung.⁵¹ Dies entsprach trotz des Standpunkts, dass es für den sachlichen Grund nur auf die letzte Befristung ankomme,⁵² bislang durchaus auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Danach steigen mit zunehmender Dauer der Beschäftigung auch die Anforderungen an den Grund der Befristung. Mit zunehmender Dauer der Beschäftigung wächst die Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Es wird für ihn schwerer, anderweit Arbeit zu finden. Er ist mehr und mehr auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses angewiesen. Deshalb wird mit zunehmend längerer Betriebszugehörigkeit auch der Bestandsschutz eines Arbeitsverhältnisses immer ausgeprägter. Ebenso wächst auch die soziale Verantwortung des Arbeitgebers. Er muss nach langjähriger Be-

⁴⁹BAG, Urteil vom 9. Februar 1984 – 2 AZR 402/83, Rdnr. 38; BAG, Urteil vom 2. Dezember 1998 – 7 AZR 644/97, Rdnr. 13; BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02, Rdnr. 13; BAG, Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05, Rdnr. 27; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 55; BAG, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 11.

⁵⁰BAG, Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08, Rdnr. 11.

⁵¹LAG Köln, Beschluss vom 13. April 2010 – 7 Sa 1150/09, Rdnr. 29–30; LAG Köln, Beschluss vom 13. April 2010 – 7 Sa 1224/09, Rdnr. 25–26.

⁵²BAG, Urteil vom 21. Januar 1987 – 7 AZR 265/85, Rdnr. 19; BAG, Urteil vom 15. März 1989 – 7 AZR 397/88, Rdnr. 26; BAG, Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90, Rdnr. 17.

schäftigung bei einer ins Auge gefassten weiteren Befristung besonders sorgfältig prüfen, ob nicht schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers jetzt eine Dauerbeschäftigung gebieten.⁵³ Weshalb das Bundesarbeitsgericht diese langjährige Rechtsprechung von heute auf morgen aufgab⁵⁴, ist mangels einer Auseinandersetzung damit nicht ersichtlich. (Selbst-) Zweifel an dieser – auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes problematischen – Vorgehensweise sind inzwischen jedenfalls Gegenstand von Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof.⁵⁵

[20] Gegen das Erfordernis einer derart qualifizierten Mitwirkung kann nicht mit einer ansonsten drohenden Gefahr der Rechtsunsicherheit argumentiert werden (Seiten 16–17 des Urteils). Die in § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG vorgesehene Rechtsfolge für eine unwirksame Befristung bezieht sich auch auf den in § 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 8 TzBfG vorgesehenen sachlichen Grund. Nach § 17 S. 1 TzBfG kann der Arbeitnehmer auch in diesem Fall Rechtsschutz suchen. Das Beharren auf voraussetzungsloser – soll heißen: bequemer – Rechtssicherheit nimmt dem mit § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Ergebnis, Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu verhindern, in diesem Zusammenhang *jegliche* praktische Wirksamkeit.

[21] Das Arbeitsgericht Zwickau wirkte beim Zustandekommen des durch Beschluss vom 27. August 2008 festgestellten Vergleichs ausweislich der fehlenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Chemnitz, wie im Folgenden noch näher ausgeführt wird, nicht einmal ansatzweise derart qualifiziert mit.

2.2 Formeller Rahmen

[22] Prozessual lassen sich diese materiellen Anforderungen nicht nur ohne Weiteres umsetzen, sondern das arbeitsgerichtliche Verfahren zielt eigentlich auch geradezu darauf ab.

⁵³BAG, Urteil vom 30. November 1977 – 5 AZR 561/76, Rdnr. 37; BAG, Urteil vom 21. Januar 1987 – 7 AZR 265/85, Rdnr. 29; BAG, Urteil vom 15. März 1989 – 7 AZR 397/88, Rdnr. 30; BAG, Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90, Rdnr. 25.

⁵⁴BAG, Urteil vom 25. März 2009 – 7 AZR 34/08, Rdnr. 25; BAG, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 21.

⁵⁵LAG Köln, Beschluss vom 13. April 2010 – 7 Sa 1150/09, Rdnr. 29–30; LAG Köln, Beschluss vom 13. April 2010 – 7 Sa 1224/09, Rdnr. 25–26; BAG, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 30, 36.

2.2.1 Mündlichkeitsprinzip

[23] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz ist dabei der Auffassung, es entspreche nicht dem Sinn und Zweck der Güteverhandlung, dass die Parteien darin den zu prüfenden Sachverhalt schlüssig und substantiiert vortragen und dass ihn das Gericht dadurch kennenlerne (Seiten 13—15 des Urteils).

[24] Die Klage, die Klageerwiderung sowie sonstige Anträge und Erklärungen einer Partei, die zugestellt werden sollen, sind nach den §§ 496, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG bei dem Gericht schriftlich einzureichen oder mündlich zum Protokoll der Geschäftsstelle anzubringen. Eine Aufforderung an den Beklagten, sich auf die Klage schriftlich zu äußern, erfolgt nach § 47 Abs. 2 ArbGG in der Regel nicht. Eine schriftliche Klagebeantwortung ist nicht erforderlich, weil die Gegenäußerung des Beklagten *mündlich* in der Verhandlung erfolgen kann.⁵⁶ Die Parteien verhandeln nach den §§ 128 Abs. 1, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich. Die mündliche Verhandlung *beginnt* nach § 54 Abs. 1 S. 1 ArbGG mit einer Verhandlung vor dem Vorsitzenden zum Zweck der gütlichen Einigung der Parteien (Güteverhandlung). Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht ist noch mehr als das amtsgerichtliche Verfahren auf die *unmittelbare mündliche Verhandlung* des Rechtsstreits abgestellt.⁵⁷ Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände nach den §§ 138 Abs. 1, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in der mündlichen Verhandlung vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Jede Partei hat sich nach den §§ 138 Abs. 2, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG in der mündlichen Verhandlung über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.

[25] Der Vorrang des Mündlichkeitsprinzips kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Vorschriften über den frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung und das schriftliche Vorverfahren (§§ 275—277 ZPO) auf das arbeitsgerichtliche Verfahren nach § 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG keine Anwendung finden.⁵⁸ Im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren ist nach § 54 Abs. 1 S. 1 ArbGG die Güteverhandlung ausdrücklich als Teil

⁵⁶*Deutscher Reichstag*, Drucksache III/2065, S. 39—40; *Deutscher Bundestag*, Drucksache I/3516, S. 24, 30—31. § 47 Abs. 2 ArbGG 1952 entspricht § 47 Abs. 1 S. 3 ArbGG 1926 (Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926, Reichsgesetzblatt Teil I 1926 Nr. 68 vom 28. Dezember 1926 S. 507—524).

⁵⁷*Deutscher Reichstag*, Drucksache III/2065, S. 39; *Deutscher Bundestag*, Drucksache I/3516, S. 24, 31; *BAG*, Urteil vom 2. Juli 2008 – 10 AZR 355/07, Rdnr. 24. § 54 Abs. 1 S. 1 ArbGG 1952 entspricht im Wesentlichen § 54 Abs. 1 S. 1 ArbGG 1926.

⁵⁸*BAG*, Urteil vom 2. Juli 2008 – 10 AZR 355/07, Rdnr. 24.

der mündlichen Verhandlung bezeichnet, in der nach § 54 Abs. 1 S. 2 ArbGG auch ohne Antragstellung das gesamte Streitverhältnis zwischen den Parteien zu erörtern ist.⁵⁹ Die mündliche Verhandlung soll den Parteien die Gelegenheit geben, in *unmittelbarer Rede und Gegenrede* den Sach- und Streitstoff zu erörtern.⁶⁰ Das Mündlichkeitsprinzip dient dabei der gründlichen Sachaufklärung.⁶¹ Nach dem Mündlichkeitsprinzip kann das Gericht seiner Entscheidung nur den mündlichen Vortrag der Parteien zugrunde legen. Schriftsätzlich vorgetragene Tatsachen sind daher in der mündlichen Verhandlung zu wiederholen, dies kann durch Bezugnahme auf die Schriftsätze geschehen.⁶²

[26] In der Güteverhandlung besteht danach sehr wohl die Gelegenheit und das Erfordernis für einen schlüssigen und substanziierten mündlichen Vortrag der Parteien. Das Gericht hat auf diese Weise von dem streitigen Sachverhalt Kenntnis zu nehmen.

[27] Im vorliegenden Fall behauptete der Beklagte nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Chemnitz in der Güteverhandlung am 12. August 2008 aber nur, dass der Befristungsgrund nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG vorliege und legte dazu den Namen der angeblichen Stammarbeitskraft, eine Frau Uta Dumke, und den angeblichen Anlass der Vertretung, nämlich deren Elternzeit, dar (Seiten 13—14 des Urteils). Die davon völlig überraschte Klägerin erwiderte darauf nicht (Seiten 7—8, 14 des Urteils). Es fehlten damit

- nähere Umstände zur Identifizierung der angeblichen Stammarbeitskraft,
- Vortrag zum ursächlichen Zusammenhang (Vertretungskette) zwischen der Einstellung der Klägerin als angeblicher Ersatzarbeitskraft und dem zeitweiligen Ausfallen der angeblichen Stammarbeitskraft anhand eines Organisationsplans oder des Gesamtvertretungsbedarfs und
- die Darlegung der Prognose, weshalb der Beklagte trotz der damals seit 2002 bereits vorausgegangenen sechs aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverhältnisse mit der Klägerin habe annehmen können, dass der Vertretungsbedarf endgültig wegfallen werde (Seiten 7, 13—14 des Urteils).

⁵⁹ *ArbG Frankfurt a. M.*, Urteil vom 10. Februar 1999 – 2 Ca 8336/98, Rdnr. 16.

⁶⁰ *BAG*, Urteil vom 23. Januar 1996 – 9 AZR 600/93, Rdnr. 22.

⁶¹ *BAG*, Beschluss vom 29. März 1974 – 1 ABR 124/73, Rdnr. 6, 10.

⁶² *BAG*, Urteil vom 24. Mai 1989 – 2 AZR 451/88, Rdnr. 41; *BAG*, Urteil vom 23. Januar 1996 – 9 AZR 600/93, Rdnr. 17.

2.2.2 Erörterung der Sach- und Rechtslage

[28] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz ist weiter der Auffassung, in der Güteverhandlung müsse die Sach- und Rechtslage nicht erörtert werden (Seite 14 des Urteils). Das Gericht könne trotzdem kontrollierend beim Zustandekommen eines Vergleichs mitwirken (Seite 15 des Urteils).

[29] Der Vorsitzende hat nach § 54 Abs. 1 S. 2 ArbGG zum Zweck der gütlichen Einigung das gesamte Streitverhältnis mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann er nach § 54 Abs. 1 S. 3 ArbGG alle Handlungen vornehmen, die sofort erfolgen können. Die Behauptungen der Parteien können nach freiem richterlichen Ermessen gegeneinander abgewogen werden.⁶³ Der Vorsitzende hat nach den §§ 136 Abs. 3 Halbs. 1, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfend erörtert wird. Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht seine Entscheidung nach den §§ 139 Abs. 2 S. 1, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt nach den §§ 139 Abs. 2 S. 2, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. Das Gericht hat nach den §§ 139 Abs. 3, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. Hinweise nach § 139 ZPO sind nach den §§ 139 Abs. 4 S. 1, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG *so früh wie möglich* zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nach den §§ 139 Abs. 4 S. 2, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden.

[30] Die Güteverhandlung gibt dem Gericht die Gelegenheit, den Sachverhalt durch Befragung der Parteien umfassend aufzuklären und dadurch ein solides Fundament für einen *begründeten* Vergleichsvorschlag zu schaffen.⁶⁴ § 278 Abs. 2 ZPO 2001⁶⁵, auf den sich diese Äußerung bezieht, lehnt sich an die Regelungen über den Ablauf der Güteverhandlung im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 54 ArbGG an.⁶⁶ Von letzterer hat der Gesetzgeber damit die gleiche Vorstellung. Die gütliche

⁶³ *Deutscher Reichstag*, Drucksache III/2065, S. 40; *Deutscher Bundestag*, Drucksache I/3516, S. 24, 31.

⁶⁴ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 14/4722, S. 62.

⁶⁵ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, Bundesgesetzblatt Teil I 2001 Nr. 40 vom 2. August 2001 S. 1887–1938.

⁶⁶ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 14/4722, S. 61, 83.

Erledigung des Rechtsstreits soll nach § 57 Abs. 2 ArbGG während des ganzen Verfahrens angestrebt werden. Damit weist das Gesetz dem Gericht im Hinblick auf Vergleichsbemühungen eine aktive Rolle zu, die sich auch in Vergleichsvorschlägen äußern kann. Wenn das Gericht in diesem Zusammenhang – was von vielen Parteien als hilfreich empfunden wird – seine vorläufigen rechtlichen Überlegungen und etwaige Beweisrisiken offenlegt, ist darin in der Regel ein sachlicher Hinweis auf die rechtlichen Folgen eines Scheiterns der Vergleichsverhandlungen zu sehen.⁶⁷

[31] Die Güteverhandlung bietet danach durchaus auch den Rahmen für eine gründliche Aufklärung des Sachverhalts durch gerichtliche Fragen, eine erschöpfende Erörterung der Sach- und Rechtslage des Gerichts mit den Parteien, ein Erteilen entsprechender rechtlicher Hinweise von Seiten des Gerichts und einen auf der vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage beruhenden, entsprechend begründeten und nachvollziehbar dokumentierten gerichtlichen Vergleichsvorschlag.

[32] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz stellte demgegenüber fest, dass die Sach- und Rechtslage in der Güteverhandlung am 12. August 2008 zwischen den Parteien und dem Arbeitsgericht Zwickau nicht erörtert wurde. Im vorliegenden Fall sei lediglich dem Beklagten Gelegenheit gegeben worden, zu der Befristungskontrollklage Stellung zu nehmen und einen Befristungsgrund vorzutragen (Seite 14 des Urteils). Das Arbeitsgericht Zwickau habe daraufhin ausweislich des Protokolls vom 12. August 2008 angeregt, eine weitere, durch Prozessvergleich außer Streit gestellte Befristung zu vereinbaren (Seiten 2–3, 15 des Urteils). Diese angebliche Vergleichsanregung, die noch nicht einmal einen inhaltlich gekennzeichneten Vergleichsvorschlag enthält und daher in ihrer Bedeutung völlig offen ist, beruht mangels aktenkundig gemachter gerichtlicher Hinweise und Begründung nicht auf einer vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage. Das Arbeitsgericht Zwickau hätte dabei insbesondere den Hinweis in das Protokoll aufnehmen müssen, dass der geltend gemachte Sachgrund der Beschäftigung des Arbeitnehmers zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG nach dem bisherigen Sachvortrag des Beklagten nicht vorlag. Dieser angebliche Sachgrund ist, wie das Landesarbeitsgericht Chemnitz feststellte, bis heute nicht belegt (”sodann *ohne* Sachgrund“, Seite 2 des Urteils). Das zeigt sich auch daran, dass das Landesarbeitsgericht Chemnitz davon spricht, bei der letzten Befristung bis zum 31. Juli 2009 handele es sich lediglich um eine ”weitere *zeitlich* begründete“ Befristung (Seite 15 des Urteils). Nach dem Sach- und Streitstand

⁶⁷BAG, Urteil vom 12. Mai 2010 – 2 AZR 544/08, Rdnr. 36.

der Güteverhandlung am 12. August 2008 waren also weder die vorletzte Befristung bis zum 31. Juli 2008 noch anknüpfend daran die anschließend vereinbarte letzte durch einen belastbaren sachlichen Grund indiziert. Daraus folgt – zumal entsprechende Feststellungen fehlen – zugleich, dass das Arbeitsgericht Zwickau in dem Verfahren mit dem Aktenzeichen 6 Ca 1166/08 P weder eine vorbeugende Missbrauchskontrolle durchführte noch eine nachträgliche ermöglichte. Das Fehlen einer nachträglichen Missbrauchskontrolle in den Verfahren mit den Aktenzeichen 6 Ca 1848/09 P und 4 Sa 262/10 belegt das Landesarbeitsgericht Chemnitz dadurch, dass es ausführt, der dem Europäischen Gerichtshof vorgelegte, unter anderem die Missbrauchskontrolle betreffende Fragenkomplex (siehe Randnummer 19 auf Seite 15) sei für den vorliegenden Rechtsstreit weder von unmittelbarer noch von mittelbarer Bedeutung (Seite 19 des Urteils).

2.2.3 Verfahrensergebnis

[33] Schließlich ist das Landesarbeitsgericht Chemnitz der Auffassung, die bloße formelle Mitwirkung des Gerichts nach § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1 ZPO reiche aus, um einen gerichtlichen Vergleich nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG herbeizuführen (Seiten 15—16 des Urteils).

[34] Das Ergebnis der Güteverhandlung, insbesondere der Abschluss eines Vergleichs, ist nach § 54 Abs. 3 ArbGG in die Niederschrift aufzunehmen. Ein gerichtlicher Vergleich kann nach den §§ 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 2, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Ein gerichtlicher Vergleich kann nach den §§ 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG zudem dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach § 278 Abs. 6 S. 1 ZPO geschlossenen Vergleichs nach den §§ 278 Abs. 6 S. 2, 495 ZPO, § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG durch Beschluss fest.

[35] § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 2 ZPO 2004⁶⁸ (entspricht § 278 Abs. 6 S. 1 ZPO 2001) erspart einigungswilligen Rechtsuchenden und ihren Rechtsanwälten den mit der Wahrnehmung eines *eigenen* Protokollierungstermins verbundenen Zeit- und Kostenaufwand und entlastet die Gerich-

⁶⁸Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) vom 24. August 2004, Bundesgesetzblatt Teil I 2004 Nr. 45 vom 30. August 2004 S. 2198—2209.

te.⁶⁹ § 278 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 ZPO 2004 berücksichtigt dagegen die in der Gerichtspraxis häufig auftretende Fallgestaltung, dass *die Parteien* durch ihre Prozessbevollmächtigten Vergleiche aushandeln und schriftlich fixieren.⁷⁰ Während die Protokollierung in der Güteverhandlung nach § 54 Abs. 3 ArbGG, § 160 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 ZPO und der schriftliche Vergleichsvorschlag des Gerichts nach § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 2 ZPO 2004 eine auf der vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage beruhende gerichtliche Begründung ermöglichen,⁷¹ ist das bei dem schriftlichen Vergleichsvorschlag der Parteien nach § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1 ZPO nicht der Fall.⁷² Hier besteht zwischen der Güteverhandlung und dem Vergleich kein diesen tragender kausaler Zusammenhang mehr, weil er durch die Prozessbevollmächtigten der Parteien außerhalb und vor oder nach der Güteverhandlung ausgehandelt wird. § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1 ZPO 2004 verwischt die Grenzen zwischen dem außergerichtlichen und dem gerichtlichen Vergleich.⁷³ Die Behauptung, nach dem Wortlaut differenziere § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG nicht zwischen verschiedenen Arten gerichtlicher Vergleiche und § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1, Alt. 2 ZPO 2004 betreffe gleichermaßen den gerichtlichen Vergleich (Seite 16 des Urteils), trifft ausweislich des dabei unterschlagenen Erfordernisses des *Beruhens* der Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich nicht zu. Von einem derartigen Beruhen kann in der Situation des durch gerichtlichen Beschluss festgestellten außergerichtlichen Vergleichs, die § 278 Abs. 6 S. 1 Alt. 1 ZPO 2004 erfasst, aufgrund des unterbrochenen Kausalzusammenhangs keine Rede sein.⁷⁴ Dieser unterbrochene Kausalzusammenhang wird, anders als das Landesarbeitsgericht Chemnitz meint (Seite 16 des Urteils), auch nicht durch eine abgeschwächte inhaltliche Kontrolle des außergerichtlichen Vergleichs kompensiert. Die bei einem schriftlichen Vergleichsvorschlag der Parteien vom Gericht lediglich durchzuführende Prüfung, ob der unterbreitete Vergleich wirksam abgeschlossen worden ist, also insbesondere nicht gegen ein gesetzliches Verbot, die guten Sitten oder die öffentliche Ord-

⁶⁹ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 14/4722, S. 82.

⁷⁰ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/3482, S. 16.

⁷¹ Vergleiche *BAG*, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 33, 56.

⁷² Offen gelassen *BAG*, Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06, Rdnr. 56.

⁷³ *BAG*, Urteil vom 8. März 2006 – 10 AZR 349/05, Rdnr. 33; *BAG*, Urteil vom 13. Dezember 2006 – 10 AZR 787/05, Rdnr. 17.

⁷⁴ *Backhaus* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 3. Auflage 2007, TzBfG § 14 Rdnr. 324; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rdnr. 274–276; *Hesse* in *Rebmann/Rixecker/Säcker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil II (§§ 611–704), EFZG, TzBfG, KSchG, 5. Auflage 2009, TzBfG § 14 Rdnr. 71; *Koch* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Auflage 2009, § 40 Rdnr. 39; *Schmalenberg* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht, Kommentar, 4. Auflage 2010, TzBfG § 14 Rdnr. 59; *Studt* in *Hümmerich/Boecken/Düwell*, AnwaltKommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage 2010, TzBfG § 14 Rdnr. 68.

nung verstößt,⁷⁵ ist nämlich schon nicht mit dem dargelegten Erfordernis der qualifizierten Mitwirkung des Gerichts am Zustandekommen des Vergleichs zu vereinbaren. Dieses Erfordernis müssen der in der Güteverhandlung protokollierte Vergleich und der vom Gericht schriftlich vorgeschlagene Vergleich erfüllen, um überhaupt erst als gerichtlicher Vergleich im Sinn des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG zu gelten.

[36] Die vom Landesarbeitsgericht Chemnitz in dem Protokoll vom 12. August 2008 gesehene, inhaltlich allerdings nicht gekennzeichnete Vergleichsanregung des Arbeitsgerichts Zwickau (Seite 15 des Urteils), kam nicht zum Tragen. Das Landesarbeitsgericht Chemnitz stellte nämlich fest, dass die Güteverhandlung am 12. August 2008 scheiterte (Seiten 2—3 des Urteils). Die Parteien sollten sich gegebenenfalls selbst einigen (Seite 15 des Urteils). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Chemnitz vereinbarten die Parteien am 26. August 2008 lediglich einen außergerichtlichen Vergleich, den das Arbeitsgericht Zwickau sodann auf entsprechend unterbreitetem schriftlichen Vorschlag der Parteien nur noch durch Beschluss vom 27. August 2008 feststellte (Seiten 3, 5 und 17 des Urteils). Die Befristung beruht deshalb nicht auf einem gerichtlichen Vergleich im Sinn des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG.

2.3 Zusammenfassung

[37] Der sachliche Grund für eine weitere Befristung liegt beim gerichtlichen Vergleich nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG nicht in den Merkmalen des offenen Streits über die Wirksamkeit der bisherigen Befristung, einem damit verbundenen gegenseitigen Nachgeben der Parteien als Verzicht auf die gerichtliche Befristungskontrolle und einer ordnungsgemäßen Mitwirkung des Gerichts beim Zustandekommen des Vergleichs, sondern allein in einer qualifizierten Mitwirkung des Gerichts am Zustandekommen des Vergleichs. Diese Auslegung ist durch § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung nach Maßgabe der dazu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als unionsrechtskonform zwingend geboten. Sie lässt sich materiellrechtlich zwanglos herleiten und fügt sich schlüssig in das arbeitsgerichtliche Verfahren ein. Eine Befristung beruht dabei nur dann auf einem gerichtlichen Vergleich, wenn das Mündlichkeitsprinzip durch einen schlüssigen und substantiierten Vortrag der Parteien gewahrt, die Sach- und Rechtslage gründlich aufgeklärt beziehungsweise unter Erteilung rechtlicher Hinweise erschöpfend erörtert wurde und das einen Missbrauch ausschließende Verfahrensergebnis in einem dementsprechenden und nachprüfbar be-

⁷⁵ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/3482, S. 17.

gründeten gerichtlichen Vergleichsvorschlag besteht. All diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt, weshalb der Beklagte antragsgemäß zu verurteilen ist.

3 Beschäftigung zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG

[38] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz verletzte auch die §§ 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3, 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG, indem es diese Vorschriften nicht anwendete.

[39] Die Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG insbesondere vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Ist die Befristung rechtsunwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag nach § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

[40] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz ging dabei davon aus, es sei nur die Rechtswirksamkeit des letzten befristeten Arbeitsvertrags, also des Vergleichs vom 27. August 2008, zu überprüfen (Seite 17 des Urteils).

[41] Die Gerichte für Arbeitssachen sind jedoch nicht gehindert, die Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags zu überprüfen, wenn die Parteien nach Rechtshängigkeit einer auf Feststellung der Unwirksamkeit dieser Befristung gerichteten Klage gemäß § 17 TzBfG einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag abschließen. Da der Arbeitgeber auf Grund der ihm durch Zustellung zur Kenntnis gelangten Befristungskontrollklage damit rechnen muss, dass er mit dem Arbeitnehmer möglicherweise bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht, darf der Arbeitnehmer als Empfänger des Angebots des Arbeitgebers, einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, der ausdrücklichen Erklärung den zusätzlichen Inhalt entnehmen, dieser Vertrag solle nur dann das Arbeitsverhältnis der Parteien regeln, wenn nicht bereits der zur gerichtlichen Kontrolle gestellte Arbeitsvertrag maßgeblich für das Arbeitsverhältnis ist.⁷⁶

⁷⁶BAG, Urteil vom 13. September 1989 – 7 AZR 562/88, Rdnr. 23; BAG, Urteil vom 22. April 1998 – 5 AZR 92/97, Rdnr. 40; BAG, Urteil vom 10. März 2004 – 7 AZR 402/03, Rdnr. 16; BAG, Urteil vom 13. Oktober 2004 – 7 AZR 218/04, Rdnr. 21; BAG, Urteil vom 18. Juni 2008 – 7 AZR 214/07, Rdnr. 12; BAG, Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A), Rdnr. 14.

[42] Ein solcher Vorbehalt ist grundsätzlich auch bei einem Vergleich denkbar, insbesondere bei einem Zwischenvergleich.⁷⁷ Bei einem vor dem Hintergrund einer rechtshängigen Befristungskontrollklage gerichtlich geschlossenen oder festgestellten Vertrag, der eine Prozesshandlung mit prozessbeendender Wirkung enthält, ist es zwar möglich, dass er auch eine im Weg gegenseitigen Nachgebens getroffene schlüssige⁷⁸ oder ausdrückliche⁷⁹ Abgeltungsregelung aufweist. Eine derartige Abgeltungsregelung ist aber durch Auslegung des Vertrags festzustellen, wenn die klagende Partei ihr Fehlen behauptet und sich das Gericht in seiner Entscheidung trotzdem darauf stützen will.

[43] Im vorliegenden Fall trug die Klägerin vor, dem durch Beschluss vom 27. August 2008 festgestellten "Vergleich" fehle das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens. Das Schicksal des durch Arbeitsvertrag vom 7. Mai 2007 begründeten, angeblich bis zum 31. Juli 2008 befristeten Arbeitsverhältnisses sei darin nämlich gar nicht geregelt worden. Eine Regelung, wonach sich die Parteien darüber einigen, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund wirksamer Befristung zum 31. Juli 2008 sein Ende gefunden habe, sei nicht getroffen worden. Die Parteien hätten lediglich ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart (Seite 8 des Urteils).

[44] Damit setzte sich das Landesarbeitsgericht Chemnitz in keiner Weise auseinander. Es meint zwar in anderem Zusammenhang, die Befristung zum 31. Juli 2009 sei im Weg gegenseitigen Nachgebens zur Beilegung eines Streits über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 31. Juli 2008 hinaus vereinbart worden (Seite 13 des Urteils). Der Vergleich diene ganz offensichtlich der Streitbeilegung und der Erledigung des Rechtsstreits (Seite 14 des Urteils). Darin liegt in tatsächlicher Hinsicht aber nur die Feststellung des Umstands, dass die Parteien eben eine weitere Befristung vereinbarten. Tatsächliche Umstände, die für eine von den Parteien gemeinsam getragene Regelung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Juli 2008 *aufgrund wirksamer Befristung* sprechen würden, stellte das Landesarbeitsgericht Chemnitz nicht fest. Eine solche Regelung ist insbesondere nicht in Nr. 3 des Beschlusses vom 27. August 2008 zu sehen, wonach der Rechtsstreit erledigt ist (Seite 3 des Urteils). Diese Formulierung gehört nicht zum Inhalt des festgestellten Vergleichs, sondern ist lediglich Teil des den Vergleich

⁷⁷Vergleiche *LAG Stuttgart*, Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04, Rdnr. 32.

⁷⁸*BAG*, Urteil vom 18. Dezember 1979 – 2 AZR 129/78, Rdnr. 20; *BAG*, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82, Rdnr. 18.

⁷⁹Beispiel für eine ausdrückliche Abgeltungsregelung in einem vor dem Bundesarbeitsgericht geschlossenen gerichtlichen Vergleich *BAG*, Urteil vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 287/06, Rdnr. 2.

feststellenden verfahrensbeendenden Beschlusses. Die Erklärungen der Parteien vom 26. August 2008 enthalten eine solche Formulierung nämlich nicht (Seiten 2—3 des Urteils). Erst der Beschluss vom 27. August 2008 weist sie auf (Seite 3 des Urteils). Die Bestimmung wurde damit vom Arbeitsgericht Zwickau getroffen und dient folglich nur der Feststellung der formellen Beendigung des Verfahrens, ohne eine materielle Regelung zu treffen.

[45] Die fehlenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Chemnitz wird das Bundesarbeitsgericht auch nicht durch eine eigene Auslegung der Erklärungen der Parteien vom 26. August 2008 ersetzen können. Bei solchen handelt es sich um nichttypische Erklärungen.⁸⁰ Die Auslegung nichttypischer Erklärungen ist grundsätzlich Sache der Tatsachengerichte und unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung daraufhin, ob das Gericht der Tatsacheninstanz die gesetzlichen Auslegungsregeln nach den §§ 133, 157 BGB richtig angewendet, nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und den für die Auslegung maßgeblichen Tatsachenstoff vollständig verwertet hat.⁸¹

[46] Damit hätte das Landesarbeitsgericht Chemnitz auch die Befristung zum 31. Juli 2008 überprüfen müssen. Selbst wenn der Arbeitnehmer in erster Linie nur die letzte Befristung angreift, hängt deren Wirksamkeit im Fall eines Vorbehalts nunmehr von zwei Umständen ab. Entweder hält die letzte Befristung einer Überprüfung nicht stand, oder aber sie ist an sich wirksam, kann aber deshalb nicht greifen, weil die vorhergehende Befristung unwirksam war und der Vorbehalt zum Tragen kommt.⁸²

[47] Hierzu trug die Klägerin vor, dass die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3 TzBfG nicht erfüllt seien. Der Beklagte habe lediglich den Namen der angeblichen Stammarbeitskraft und den Anlass der Vertretung dargelegt. Es fehlten damit nicht nur nähere Umstände zur Identifizierung der angeblichen Stammarbeitskraft, sondern auch Vortrag zum ursächlichen Zusammenhang (Vertretungskette) zwischen der Einstellung der Klägerin als Ersatzarbeitskraft und dem zeitweiligen Ausfällen der angeblichen Stammarbeitskraft anhand eines Organisationsplans oder des Gesamtvertretungsbedarfs. Gleiches gelte für eine Prognose, weshalb der Beklagte trotz der damals seit 2002 bereits vor-

⁸⁰BAG, Urteil vom 8. März 2006 – 10 AZR 349/05, Rdnr. 32—34; BAG, Urteil vom 13. Dezember 2006 – 10 AZR 787/05, Rdnr. 17.

⁸¹BAG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 113/03, Rdnr. 33; BAG, Urteil vom 13. Oktober 2004 – 7 AZR 218/04, Rdnr. 26; BAG, Urteil vom 8. März 2006 – 10 AZR 349/05, Rdnr. 35; BAG, Urteil vom 13. Dezember 2006 – 10 AZR 787/05, Rdnr. 13.

⁸²LAG Düsseldorf, Urteil vom 9. September 2010 – 15 Sa 796/09, Rdnr. 48.

ausgegangenen sechs aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverhältnisse mit der Klägerin habe annehmen können, dass der Vertretungsbedarf endgültig wegfallen werde (Seite 7 des Urteils). Da dies unstreitig blieb, stellte das Landesarbeitsgericht Chemnitz fest, dass die Klägerin beim Beklagten vom 1. August 2002 bis zum 31. Juli 2008 im Rahmen von insgesamt sechs zunächst mit Sachgrund und sodann *ohne Sachgrund* befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt war (Seite 2 des Urteils). Jedenfalls das damals letzte, bis zum 31. Juli 2008 befristete Arbeitsverhältnis erfolgte damit nach den Feststellungen ohne sachlichen Grund.

[48] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz hätte den Beklagten deshalb nach § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG antragsgemäß verurteilen müssen.

4 Abweichende Vereinbarungen, § 22 Abs. 1 TzBfG

[49] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz verletzte zudem § 22 Abs. 1 TzBfG und die §§ 134, 139 BGB, indem es diese Vorschriften nicht anwendete.

[50] Außer in den Fällen der §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 4, 14 Abs. 2 S. 3, S. 4 TzBfG kann nach § 22 Abs. 1 TzBfG von den Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nach § 134 BGB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist nach § 139 BGB das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

[51] Mit Ausnahme der genannten Bestimmungen haben die Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes folglich einseitig zwingenden Charakter zu Gunsten des Arbeitnehmers.⁸³ Derartige arbeitsrechtliche Schutzvorschriften sind ebenso wie Bestimmungen in Arbeitsverträgen im Zweifel zu Gunsten der schwächeren Partei, also des Arbeitnehmers, auszulegen.⁸⁴

[52] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz stellte fest, dass der Beklagte dem Arbeitsgericht Zwickau mit Schriftsatz vom 26. August 2008 einen

⁸³ BAG, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04, Rdnr. 33; BAG, Urteil vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 287/06, Rdnr. 15; BAG, Urteil vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 759/06, Rdnr. 27; BAG, Urteil vom 18. Juni 2008 – 7 AZR 214/07, Rdnr. 28.

⁸⁴ Jääskinen, Schlussanträge vom 22. April 2010 – C-98/09 – Sorge, Rdnr. 21.

Vergleich vorgeschlagen habe, wonach die Klägerin „gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG“ nochmals bis zum 31. Juli 2009 beschäftigt werde. Damit habe sich die Klägerin mit Schriftsatz vom 27. August 2008 einverstanden erklärt (Seiten 2—3 des Urteils). Das Arbeitsgericht Zwickau habe darauf durch Beschluss vom 27. August 2008 das Zustandekommen eines Vergleichs folgenden Inhalts festgestellt (Seite 3 des Urteils):

„Die Parteien sind sich einig, dass die Klägerin ab dem 25. August 2008 befristet bis zum 31. Juli 2009 (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG) als teilzeitbeschäftigte Lehrkraft mit 12/27 Wochenstunden, entspricht 44,44 % der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer entsprechenden vollbeschäftigten Lehrkraft, beschäftigt wird.“

[53] Die Parteien hätten in dem Vergleich vom 27. August 2008 und dem dort abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 27. August 2008 *ausdrücklich den Sachgrund des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG* genannt (Seite 17 des Urteils). Dies habe den Zweck gehabt, eine zweifelsfreie Wirksamkeit der Befristung herbeizuführen (Seiten 18—19 des Urteils). Die Klägerin sei dabei jedoch davon ausgegangen, dass § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG hier nicht eingreife (Seite 2 des Protokolls vom 4. November 2010).

[54] Damit vereinbarten die Parteien aber eine den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 1 TzBfG berührende Fiktion. Es sollte unabhängig von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls das Vorliegen eines gerichtlichen Vergleichs im Sinn des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG fingiert werden. Es sollte nicht mehr überprüfbar sein, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. Darin liegt eine Abweichung von den §§ 14 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 8, 16 S. 1 Halbs. 1, 17 S. 1 TzBfG zu Ungunsten der Klägerin. Die Rechtsfolge dieses Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot liegt nach § 134 BGB in der Nichtigkeit der Nr. 1 des Beschlusses vom 27. August 2008. Diese Rechtsfolge erfasst nach § 139 BGB, bei dem die Rechtsentwicklung zu einer Umkehrung des durch den Wortlaut umschriebenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses führte,⁸⁵ nicht die Nr. 2 des Beschlusses vom 27. August 2008, weil sonst der Schutzcharakter des § 22 Abs. 1 TzBfG in sein Gegenteil verkehrt würde. Dafür spricht auch die in § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG angeordnete Rechtsfolge.

[55] Auch deshalb hätte das Landesarbeitsgericht Chemnitz den Beklagten antragsgemäß verurteilen müssen.

⁸⁵ *Fuchs*, Arbeitnehmer-Urhebervertragsrecht, 2005, S. 75; *Fuchs* in Hümmerich/Boecken/Düwell, AnwaltKommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage 2010, UrhG § 40 Rdnr. 10.

5 Benachteiligungsverbot, § 7 Abs. 2 AGG

[56] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz verletzte ferner § 7 Abs. 2 AGG, indem es diese Vorschrift nicht anwendete.

[57] Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, sind nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Beschäftigte dürfen nach § 7 Abs. 1 Halbs. 1 AGG nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Ziel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist nach § 1 Var. 5 AGG, Benachteiligungen aus Gründen des Alters zu verhindern oder zu beseitigen. Beschäftigte im Sinn des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sind nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Als Beschäftigte gelten nach § 6 Abs. 1 S. 2 Var. 2 AGG auch die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist. Eine mittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 AGG nach Maßgabe des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes unzulässig in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen einschließlich Entlassungsbedingungen sowie den Sozialschutz einschließlich sozialer Sicherheit. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Von den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes kann nach § 31 AGG nicht zu Ungunsten der geschützten Personen abgewichen werden.

[58] Das Alter der Klägerin und der Umstand des Vorliegens von Kettenbefristungen lasse nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Chemnitz noch nicht ohne Weiteres auf Diskriminierungsgesichtspunkte schließen (Seite 17 des Urteils).

[59] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz stellte fest, dass die Klägerin am 2. August 1951 geboren ist (Seite 2 des Urteils). Zum Zeitpunkt des Beschlusses des Arbeitsgerichts Zwickau vom 27. August 2008 war die Klägerin also 57 Jahre alt. Sie gehört damit zu den älteren Arbeitnehmerinnen, bei denen eine Arbeitslosigkeit trotz baldigen Erreichens des Rentenalters noch einen erheblichen Einfluss auf die Rentenhöhe hat. Weiter stellte das Landesarbeitsgericht Chemnitz fest, dass die Klägerin

in der Zeit vom 1. August 2002 bis zum 31. Juli 2008 in einem sechsgliedrigen Kettenarbeitsverhältnis beschäftigt war (Seite 2 des Urteils).

[60] Mit zunehmender Dauer der Beschäftigung wächst die Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Es wird für ihn schwerer, anderweit Arbeit zu finden. Er ist mehr und mehr auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses angewiesen. Ebenso wächst auch die soziale Verantwortung des Arbeitgebers (siehe dazu bereits Randnummer 19 auf Seite 15). Rentennahe Arbeitnehmer wie die Klägerin sind von diesen Mechanismen des Arbeitsmarkts doppelt schwer betroffen, weil sie in diesem Alter so gut wie keine Aussicht mehr haben, noch einmal anderweitig beschäftigt zu werden. Ältere Arbeitnehmer werden deshalb durch eine auf gerichtlichem Vergleich beruhende Befristung im Sinn der dem Anschein nach neutralen Vorschrift des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG gegenüber Arbeitnehmern jüngeren oder mittleren Alters in besonderer Weise benachteiligt. Bei der im Rahmen des Abschlusses eines gerichtlichen Vergleichs nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG durchzuführenden Missbrauchskontrolle ist deshalb auch das Alter des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, und zwar insbesondere dann, wenn dessen vorgerücktes Alter mit einer zunehmender Dauer seiner Beschäftigung einhergeht. Hierdurch kann eine diesbezügliche Benachteiligung ausgeglichen werden. Das Arbeitsgericht Zwickau führte in dem Verfahren mit dem Aktenzeichen 6 Ca 1166/08 P aber gar keine Missbrauchskontrolle durch (siehe Randnummer 32 auf Seite 20). Es liegen damit Indizien vor, die eine Benachteiligung der Klägerin wegen des Alters in Bezug auf Beschäftigungsbedingungen und Sozialschutz vermuten lassen. Vom Beklagten wurde weder dargelegt noch bewiesen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorlag. Weil zwischen dem im Verfahren liegenden Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot und der Befristung bis zum 31. Juli 2009 ein ursächlicher Zusammenhang besteht, ist die diesbezügliche Bestimmung nach Nr. 1 des verfahrensbeendenden Beschlusses vom 27. August 2008 unwirksam. Deshalb hätte das Landesarbeitsgericht Chemnitz den Beklagten antragsgemäß verurteilen müssen.

6 Leistung nach Treu und Glauben, § 242 BGB

[61] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz verletzte schließlich § 242 BGB, indem es diese Vorschrift nicht richtig anwendete.

[62] Der Schuldner ist nach § 242 BGB verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

[63] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz ist der Ansicht, es sei der Klägerin verwehrt, sich gegenüber dem Beklagten auf eine eventuelle Unwirksamkeit der Befristung zu berufen, weil insoweit der Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens eingreife (Seiten 18—19 des Urteils).

[64] Bei vertraglichen Befristungsabreden ist es aber regelmäßig erlaubt, sie auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Das folgt unmittelbar aus § 17 S. 1 TzBfG. Vertragsschluss und Klage sind nicht widersprüchlich im Sinn eines Verstoßes gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB.⁸⁶

[65] Ganz besondere Umstände des Einzelfalls, die womöglich einen anderen Schluss rechtfertigen würden, stellte das Landesarbeitsgericht Chemnitz nicht fest. Der Beklagte trug keine Tatsachen vor (Seite 11 des Urteils). Der Absatz auf den Seiten 18—19 des Urteils gleicht mit Ausnahme der Parteibezeichnungen – wie im Übrigen viele andere tragende Passagen der Entscheidung – wortwörtlich dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 19. Dezember 2007, Aktenzeichen 3 Sa 1123/07. Das zeigt die anliegende Synopse zwischen diesen beiden Entscheidungen (siehe Anhang A auf Seite 47). Eine Einzelfallwürdigung nahm das Landesarbeitsgericht Chemnitz demnach nicht vor. Gegenstand der dortigen "Feststellungen" sind vielmehr typische Umstände.

[66] Auf § 242 BGB konnte das Landesarbeitsgericht Chemnitz seine Entscheidung deshalb auch nicht stützen.

⁸⁶ *BAG*, Urteil vom 1. Dezember 2004 – 7 AZR 198/04, Rdnr. 34; *BAG*, Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04, Rdnr. 48; *LAG Mainz*, Urteil vom 8. April 2008 – 3 Sa 758/07, Rdnr. 37; *BAG*, Urteil vom 18. Juni 2008 – 7 AZR 214/07, Rdnr. 32.

7 Mündlichkeitsprinzip, § 128 Abs. 1 ZPO

[67] Dem Landesarbeitsgericht Chemnitz unterlief sodann auch noch ein Verfahrensfehler, indem es bei seinen Feststellungen das Mündlichkeitsprinzip nach § 128 Abs. 1 ZPO (zu den diesbezüglichen Grundsätzen siehe Randnummer 24 auf Seite 17) missachtete.

[68] Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt gemäß § 559 Abs. 1 S. 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Der Tatbestand des Urteils liefert nach § 314 S. 1 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Enthält der Tatbestand des Urteils Unrichtigkeiten, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann nach § 320 Abs. 1 ZPO die Berichtigung beantragt werden.

[69] Eine Unrichtigkeit tatbestandlicher Feststellungen im Berufungsurteil kann in der Revisionsinstanz mit einer Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO geltend gemacht werden, soweit eine Berichtigung des Tatbestandes nach § 320 Abs. 1 ZPO beantragt wurde und sich aus der den Berichtigungsantrag zurückweisenden Entscheidung des Berufungsgerichts ergibt, dass seine tatbestandlichen Feststellungen widersprüchlich sind.⁸⁷

[70] Das Landesarbeitsgericht Chemnitz stellte fest, das Arbeitsgericht Zwickau habe in der Güteverhandlung am 12. August 2008 mit dem Satz, „die Beklagtenvertreterin möchte nochmals prüfen, ob die Klägerin kurzzeitig beim Beklagten beschäftigt werden könnte“, *unstreitig angeregt*, dass der Beklagte einen entsprechenden Vergleichsvorschlag unterbreitet (Seiten 2—3, 15 des Urteils).

[71] Diese Feststellung traf das Landesarbeitsgericht Chemnitz ausweislich des Tatbestands des Urteils vom 4. November 2010 angeblich aufgrund der mündlichen Verhandlung vom selben Tag. Es habe auf die mündliche Verhandlung am 4. November 2010 für Recht erkannt (Seite 1 des Urteils). Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes werde auf die Sitzungsniederschrift vom 4. November 2010 Bezug genommen (Seite 11 des Urteils). Mit den Parteien sei die Sach- und Rechtslage erörtert worden (Seite 2 des Protokolls vom 4. November 2010).

⁸⁷BAG, Urteil vom 18. September 2003 – 2 AZR 498/02, Rdnr. 25; BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 – I ZR 161/08 – Satan der Rache, Rdnr. 12.

[72] Aus dem Beschluss vom 2. Februar 2011, mit dem der Tatbestandsberichtigungsantrag der Klägerin vom 10. Dezember 2010 bezüglich der vorgenannten Feststellung zurückgewiesen wurde, geht aber hervor, dass das Landesarbeitsgericht Chemnitz diese ausschließlich Teilen des schriftsätzlichen Vorbringens der Parteien entnahm. Das Landesarbeitsgericht Chemnitz nimmt dafür nämlich lediglich auf die erstinstanzlichen Schriftsätze des Beklagten vom 22. September 2009 und der Klägerin vom 9. November 2009 und die zweitinstanzlichen Schriftsätze des Beklagten vom 21. Juli 2010 und der Klägerin vom 3. August 2010 Bezug (Seiten 5—7 des Beschlusses vom 2. Februar 2011). Dabei übergeht es im Übrigen auch noch den im Tatbestandsberichtigungsantrag referierten Primärvortrag der Klägerin auf Seite 5 des Schriftsatzes vom 16. Juli 2009 und auf den Seiten 7, 10 und 11 des Schriftsatzes vom 17. Mai 2010 (Seite 11 des Urteils), den der Beklagte lediglich bestritt, ohne den Substanziierungsgrad zu erhöhen. Mit der Formulierung, „diesem dezidierten Sachvortrag ist die Klägerin jedoch *bis zuletzt* nicht entgegen getreten“, bezieht sich das Landesarbeitsgericht Chemnitz für den Zeitpunkt des letzten Vortrags der Klägerin sogar ausdrücklich auf deren Schriftsatz vom 3. August 2010 (Seite 6 des Beschlusses vom 2. Februar 2011). Dabei berief sich die Klägerin auf Seite 4 ihres Tatbestandsberichtigungsantrags vom 10. Dezember 2010 in diesem Zusammenhang insbesondere auf das Plädoyer ihres Prozessbevollmächtigten vom 4. November 2010, in dem dieser den Standpunkt der Klägerin nochmals dargelegt habe.

[73] Es steht damit fest, dass das Landesarbeitsgericht Chemnitz die angeblich unstrittige Feststellung, bereits das Arbeitsgericht Zwickau habe in der Güteverhandlung am 12. August 2008 den schriftlichen Vergleichsvorschlag des Beklagten vom 26. August 2008 angeregt, nicht aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung schöpfte.

[74] Das Urteil beruht bereits deshalb auf dieser von Amts wegen zu berücksichtigenden⁸⁸ Verletzung des § 128 Abs. 1 ZPO, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Entscheidung ohne diese Gesetzesverletzung anders ausgefallen wäre.⁸⁹ Außerdem stützt sich das Landesarbeitsgericht Chemnitz mit seinen Ausführungen, das Arbeitsgericht Zwickau habe in einer für Fälle dieser Art typischen Weise seiner Kontrollpflicht genügt und an dem Vergleich mitgewirkt, indem es zu der genannten vergleichsweisen Erledigung angeregt habe (Seite 15 des Urteils), vor allem auf diese fehlerhafte Feststellung.

⁸⁸ BAG, Urteil vom 18. September 2003 – 2 AZR 498/02, Rdnr. 25.

⁸⁹ Vergleiche BAG, Urteil vom 23. Januar 1996 – 9 AZR 600/93, Rdnr. 21.

8 Annahmeverzugsvergütung

[75] Gegenstand der Forderung nach dem Antrag zu 2 ist die nur noch von der Entscheidung über den Antrag zu 1 abhängige Annahmeverzugsvergütung.

9 Schlussbemerkung

[76] Dieser Schriftsatz wird in elffacher Ausfertigung vorgelegt und unter <http://delegibus.com/2011,1.pdf> zum Abruf bereit gehalten.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Fuchs
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Rechtsprechung

BAG: Urteil vom 3. August 1961 – 2 AZR 117/60. juris
BAG: Beschluss vom 29. März 1974 – 1 ABR 124/73. juris
BAG: Urteil vom 30. November 1977 – 5 AZR 561/76. juris
BAG: Urteil vom 18. Dezember 1979 – 2 AZR 129/78. juris
BAG: Urteil vom 9. Februar 1984 – 2 AZR 402/83. juris
BAG: Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82. juris
BAG: Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82. juris
BAG: Urteil vom 21. Januar 1987 – 7 AZR 265/85. juris
BAG: Urteil vom 15. März 1989 – 7 AZR 397/88. juris
BAG: Urteil vom 24. Mai 1989 – 2 AZR 451/88. juris
BAG: Urteil vom 13. September 1989 – 7 AZR 562/88. juris
BAG: Urteil vom 4. Dezember 1991 – 7 AZR 307/90. juris
BAG: Urteil vom 23. Januar 1996 – 9 AZR 600/93. juris
BAG: Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95. juris
BAG: Urteil vom 14. Oktober 1997 – 7 AZR 599/96. juris
BAG: Urteil vom 22. April 1998 – 5 AZR 92/97. juris
BAG: Urteil vom 2. Dezember 1998 – 7 AZR 644/97. juris
ArbG Frankfurt a. M.: Urteil vom 10. Februar 1999 – 2 Ca 8336/98. juris
BAG: Urteil vom 23. Januar 2002 – 7 AZR 552/00. juris
BAG: Urteil vom 18. September 2003 – 2 AZR 498/02. juris

BAG: Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 113/03. juris
BAG: Urteil vom 22. Oktober 2003 – 7 AZR 666/02. juris
BAG: Urteil vom 10. März 2004 – 7 AZR 402/03. juris
BAG: Urteil vom 13. Oktober 2004 – 7 AZR 218/04. juris
BAG: Urteil vom 1. Dezember 2004 – 7 AZR 198/04. juris
BAG: Urteil vom 19. Januar 2005 – 7 AZR 115/04. juris
LAG Stuttgart: Urteil vom 3. Mai 2005 – 22 Sa 84/04. juris
EuGH: Urteil vom 22. November 2005 – C-144/04 – Mangold. CVRIA
BAG: Urteil vom 8. März 2006 – 10 AZR 349/05. juris
BAG: Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 366/05. juris
EuGH: Urteil vom 4. Juli 2006 – C-212/04 – Adeneler. CVRIA
BAG: Urteil vom 23. November 2006 – 6 AZR 394/06. juris
BAG: Urteil vom 13. Dezember 2006 – 10 AZR 787/05. juris
BAG: Urteil vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 287/06. juris
BAG: Urteil vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 759/06. juris
EuGH: Urteil vom 13. September 2007 – C-307/05 – Del Cerro Alonso. CVRIA
LAG Mainz: Urteil vom 8. April 2008 – 3 Sa 758/07. juris
EuGH: Urteil vom 15. April 2008 – C-268/06 – Impact. CVRIA
EuGH: Beschluss vom 12. Juni 2008 – C-364/07 – Vassilakis. CVRIA
BAG: Urteil vom 18. Juni 2008 – 7 AZR 214/07. juris
BAG: Urteil vom 2. Juli 2008 – 10 AZR 355/07. juris
BAG: Urteil vom 25. März 2009 – 7 AZR 34/08. juris
EuGH: Urteil vom 23. April 2009 – C-378/07 – Angelidaki. CVRIA
EuGH: Beschluss vom 24. April 2009 – C-519/08 – Koukou. CVRIA
LAG Köln: Urteil vom 15. Mai 2009 – 4 Sa 877/08. juris
BAG: Urteil vom 17. März 2010 – 7 AZR 843/08. juris
LAG Köln: Beschluss vom 13. April 2010 – 7 Sa 1150/09. juris
LAG Köln: Beschluss vom 13. April 2010 – 7 Sa 1224/09. juris
EuGH: Urteil vom 22. April 2010 – C-486/08 – Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols. CVRIA
BAG: Urteil vom 12. Mai 2010 – 2 AZR 544/08. juris
EuGH: Urteil vom 24. Juni 2010 – C-98/09 – Sorge. CVRIA
LAG Düsseldorf: Urteil vom 9. September 2010 – 15 Sa 796/09. juris
LAG Düsseldorf: Urteil vom 12. Oktober 2010 – 16 Sa 804/10. juris
BAG: Beschluss vom 17. November 2010 – 7 AZR 443/09 (A). juris
BGH: Urteil vom 16. Dezember 2010 – I ZR 161/08 – Satan der Rache. juris

Dokumente

Deutscher Reichstag: Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes. Drucksache III/2065 vom 11. März 1926 (URL: http://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_w3_bsb00000091_00110.html)

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes. Drucksache I/3516 vom 27. Juni 1952

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen. Drucksache 14/4374 vom 24. Oktober 2000

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses. Drucksache 14/4722 vom 24. November 2000

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz). Drucksache 15/3482 vom 30. Juni 2004

Tizzano, Antonio: Schlussanträge vom 30. Juni 2005 – C-144/04 – Mangold. CVRIA

Jääskinen, Niilo: Schlussanträge vom 22. April 2010 – C-98/09 – Sorge. CVRIA

A Anhang

LAG Köln, Urteil vom 19.12.2007 – 3 Sa 1123/07

Tenor

1. Die Berufung *des Klägers* gegen das Urteil des Arbeitsgerichts *Aachen* vom 24.08.2007 – 5 Ca 3567/06 d – wird *zurückgewiesen*.
2. *Der Kläger hat die Kosten der Berufung zu tragen*.
3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten *über die Wirksamkeit* der Befristung *ihres Arbeitsvertrages*.

Der Kläger war bei der Beklagten vom 11.02.2002 *zunächst* bis zum 30.06.2005 im Rahmen von insgesamt 13 *zunächst ohne* und sodann *mit* Sachgrund befristeten Arbeitsverträgen als *Zusteller* beschäftigt. *Seine* durchschnittliche monatliche Vergütung betrug zuletzt 1.750,00 € *brutto*.

Die Wirksamkeit der *letzten* am 21.04.2005 für den Zeitraum vom 01.05.2005 bis 30.06.2005 *vereinbarten* Befristung hat *der Kläger* beim Arbeitsgericht *Aachen* unter dem Aktenzeichen - 8 Ca 2608/05 d - zur gerichtlichen Überprüfung gestellt.

Nach *zunächst gescheitertem* Gutetermin unterbreitete *die Beklagte* der *Prozessbevollmächtigten* des Klägers im *vorgenannten Verfahren mit Schreiben vom 21.07.2005 außerprozessual nach telefonischer Absprache* einen Vergleichsvorschlag *mit der Bitte, diesen bei Einverständnis dem Arbeitsgericht zu übermitteln, damit sodann nach § 278 Abs. 6 ZPO verfahren werden könne. Dem kam die Prozessbevollmächtigte des Klägers mit Schriftsatz vom 27.07.2005 nach. Am 29.07.2005 leitete das Gericht den Schriftsatz an die Beklagte zur Stellungnahme weiter.*

Am 12.08.2005 *schlossen die Parteien einen schriftlichen befristeten Arbeitsvertrag für den Zeitraum vom 15.08.2005 bis 14.08.2006. Als Sachgrund wurde dabei eine "Beschäftigung für zwölf Monate aufgrund eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs" angegeben. Mit Schriftsatz vom 15.08.2005, der an diesem Tag um 08:06 Uhr beim Arbeitsgericht Aachen einging, erklärte die Beklagte ihr Einverständnis mit dem Vergleich.*

Noch am 15.08.2007 stellte daraufhin das Arbeitsgericht durch Beschluss das Zustandekommen eines *Vergleichs* folgenden Inhalts fest:

"Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund wirksamer Befristung zum 30. Juni 2005 sein Ende gefunden hat.

Die Beklagte wird den Kläger mit Wirkung

vom 15. August 2005 für die Dauer von 12 Monaten – somit bis zum 14. August 2006 – zu ansonsten unveränderten Bedingungen wieder einstellen.

Damit ist der Rechtsstreit 8 Ca 2608/05 d *erledigt.*"

Mit *seiner* am 17.08.2006 erhobenen Klage *wendet sich der Kläger* gegen die Wirksamkeit dieser Befristung. *Er* hat die Auffassung vertreten, diese sei unwirksam, da *zum Zeitpunkt des Abschlusses des schriftlichen Arbeitsvertrages noch kein gerichtlicher Vergleich vorgelegen* habe,

der *einen Sachgrund hätte darstellen können.*

LAG Chemnitz, Urteil vom 04.11.2010 – 4 Sa 262/10

Tenor

1. Die Berufung *der Klägerin* gegen das Urteil des Arbeitsgerichts *Zwickau* vom 12.03.2010 – 6 Ca 1848/09 P – wird *auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen*.
2. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten *in der Berufung darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund einer in einem vor dem Arbeitsgericht Zwickau abgeschlossenen Vergleich enthaltenen* Befristung *zum 31.07.2009 wirksam beendet worden ist.*

Die am 02.08.1951 geborene Klägerin, die von Beruf Modegestalterin und Diplom-Designerin (FH) ist, war bei der Beklagten vom 01.08.2002 bis zum 31.07.2008 im Rahmen von insgesamt sechs zunächst mit Sachgrund und sodann ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverträgen als teilzeitbeschäftigte Lehrkraft mit 12/27 Wochenstunden im Fach Bekleidungsentwurf im Beruflichen Schulzentrum e.o. plauen beschäftigt. Ihre durchschnittliche monatliche Vergütung betrug zuletzt 1.596,68 €.

Die Wirksamkeit der *vorletzten* am 07.05.2007 für den Zeitraum vom 23.07.2007 bis zum 31.07.2008 *vereinbarte* Befristung hat *die Klägerin* beim Arbeitsgericht *Zwickau* unter dem Aktenzeichen 6 Ca 1166/08 P zur gerichtlichen Überprüfung gestellt.

Nach *zunächst gescheitertem* Gutetermin vom 12.08.2008 unterbreitete der *Beklagte auf Anregung des Gerichts* ("Die *Beklagtenvertreterin* möchte *nochmals prüfen, ob die Klägerin kurzzeitig beim Beklagten beschäftigt werden könnte*") dem *Gericht unter dem 26.08.2008* einen Vergleichsvorschlag *dahingehend, dass die Klägerin gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG nochmals für ein Schuljahr, und zwar dieses Schuljahr (bis zum 31.07.2009) im bisherigen Arbeitsumfang (12/27 Wochenstunden, entspricht 44,44 %) beschäftigt werden kann.*

Mit diesem *Vergleichsvorschlag* erklärte die *Klägerin mit Schriftsatz vom 27.08.2008* ihr Einverständnis *und bat gleichzeitig das Arbeitsgericht, nach § 278 Abs. 6 ZPO zu verfahren.*

Noch am 27.08.2008 stellte daraufhin das Arbeitsgericht durch Beschluss das Zustandekommen eines *Vergleichs* folgenden Inhalts fest:

1. Die Parteien sind sich einig, dass *die Klägerin ab dem 25.08.2008 befristet bis zum*

31.07.2009 (§ 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG) als teilzeitbeschäftigte Lehrkraft mit 12/27 Wochenstunden, entspricht 44,44 % der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer entsprechenden vollbeschäftigten Lehrkraft, beschäftigt wird.

2. Im Übrigen sollen die *Arbeitsbedingungen aus dem beendeten Arbeitsverhältnis vom 07.05.2007, unter Ausnahme der dort vereinbarten Befristung, für dieses Arbeitsverhältnis wieder gelten.*

3. Damit ist der Rechtsstreit *erledigt.*

4. Die *Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.*

Mit *ihrer* am 17.07.2009 erhobenen Klage *wandte sich die Klägerin* gegen die Wirksamkeit dieser Befristung. *Sie* hat die Auffassung vertreten, diese sei unwirksam, da *ein Sachgrund im Sinne von § 14 Abs. 1 Ziff. 8 TzBfG nur vorliege, wenn beide Parteien konträre Rechtspositionen einnehmen und das Gericht den Parteien zur Beendigung des Rechtsstreits einen Vergleich anböte. Ein außegerichtlich vereinbarter Vergleich, den das Gericht festgestellt habe, wie hier, genüge nicht.*

Vorliegend habe das Gericht nicht aktiv am Vergleich mitgewirkt und der Beklagte nach dem damaligen Verfahrensstand keinen nach außen erkennbaren konträren Rechtsstandpunkt vertreten.

Der *Kläger*

hat *beantragt*,
festzustellen, dass das *Arbeitsverhältnis* zwischen *den Parteien* aufgrund der Befristung vom *12./15.08.2005* nicht zum *14.08.2006* beendet *ist und über den 14.08.2006 unbefristet fortbesteht*;

die Beklagte
zu *verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens*
zu *unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Zusteller*
weiter zu *beschäftigen*.

Die Beklagte hat *beantragt*,
die Klage *abzuweisen*.
Sie hat die Befristung aufgrund des gerichtlichen Vergleichs für wirksam erachtet und darauf hingewiesen, dass *die Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrages bereits am 12.08.2005 allein im Interesse des Klägers gelegen* habe. *Arbeitsbeginn* sei *jedenfalls erst der 15.08.2005* gewesen.

Das *Arbeitsgericht* hat mit

Daher sei auch die Befristung unwirksam, so dass ihr auch Annahmeverzugsvergütung in Höhe von 1.926,67 für den Zeitraum vom 01.08.2008 bis 28.02.2010 zustehen würde.

Außerdem meint die Klägerin, der Beklagte schulde ihr 1.632,29 € zuzüglich Zinsen für ihre Teilnahme an der Abnahme staatlicher Prüfungen von Schülern privater Bildungsträger. Der Beklagte verteilte Abrechnungsvordrucke, die von den Lehrkräften ausgefüllt würden. Die Klägerin habe die Vordrucke ausgefüllt und abgegeben, sie aber zurückbekommen, weil sie diese falsch ausgefüllt habe. Sie teile die Ansicht des Beklagten, dass die Abnahme der "Schulfremdenprüfungen" zu den Arbeitsaufgaben der Klägerin gehöre und darum nicht extra zu vergüten sei, nicht.

Schließlich seien ihr für die Erstkorrektur der schriftlichen Arbeiten nicht 1,79 pro Stunde, sondern wie bei der mündlichen Prüfung 10,23 pro Stunde zu zahlen.

Die Klägerin hat daher beantragt:

1. *Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und dem Beklagten seit 01.08.2002 bestehende, zuletzt durch Arbeitsvertrag vom 27.08.2008 fortgesetzte Arbeitsverhältnis am 01.08.2009 aufgrund der Befristung vom 25.08.2008 bis zum 31.07.2009 nicht beendet ist, sondern als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.*

2. *Der Beklagte wird verurteilt, 1.632,29 nebst Zinsen hierauf von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.*

3. *Für den Fall, dass der mit Schriftsatz vom 16.07.2009 angekündigte Antrag zu 1. begründet ist, wird der Beklagte verurteilt, weitere 1.927,67 brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.*

Der Beklagte hat *beantragt*,
die Klage *abzuweisen*.

Er hat die Befristung aufgrund des gerichtlichen Vergleichs für wirksam erachtet und darauf hingewiesen, dass *das Gericht hier am Vergleichsabschluss mitgewirkt* habe. *Entgegen der Auffassung der Klägerin müsse bei einer Befristung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtlichen Vergleich nicht sofort der Rechtsstreit in vollem Umfang erörtert werden und anschließend vom Gericht ein Vergleichsvorschlag unterbreitet werden. Zwischen den Parteien habe bis zum Vergleichsabschluss Streit über die Wirksamkeit der vorletzten Befristung des Arbeitsverhältnisses bestanden. In der Güteverhandlung sei der*

Sachgrund für die vorletzte Befristung – Vertretung der Mitarbeiterin Uta Dumke während der Elternzeit – mitgeteilt worden. *Das Gericht habe angeregt zu prüfen, ob eine weitere befristete Tätigkeit möglich wäre. Nach Überprüfung habe man einen weiteren befristeten Einsatz der Klägerin in einem zunächst außergerichtlichen Vergleich vereinbaren können, der anschließend vom Gericht festgestellt worden sei.*

Die Abnahme von sog. "Schulfremdenprüfungen" gehöre zu den Aufgaben der Lehrkräfte an staatlichen Schulen, sei Teil ihrer Arbeitsleistung und nicht gesondert zu vergüten. Jedoch sei die Klägerin befugt, nach der in den Schulen geübten Verwaltungspraxis anhand der Vordrucke "Vergütung für die Mitwirkung an staatlichen Abschlussprüfungen bei Bildungsmaßnahmen freier Bildungsträger" im Rahmen der vorgegebenen Sätze abzurechnen. Er bestreite, dass die Klägerin für die Erstkorrektur der schriftlichen Arbeiten anstelle der vorgesehenen Vergütung eine Stundenvergütung von 10,23 € beanspruchen könne. Ferner fehle der Klägerin das Rechtsschutzbedürfnis für diesen Antrag, weil sie die zurückgegebenen Formulare nicht wieder eingereicht habe.

Urteil vom 24.08.2007 die Klage abgewiesen und zur *Begründung* im Wesentlichen ausgeführt, die Befristung sei nach § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG wirksam, da sie auf *einen* gerichtlichen Vergleich beruhe. *Es sei nicht erforderlich, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der zwischen den Parteien außerprozessual vereinbarte Vergleich bereits vom Gericht nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellt worden sei. Der Beschluss*

habe *vielmehr nur deklaratorische Funktion. Im Übrigen sei die Vorgehensweise*

des *Klägers, selbst wenn man seiner Rechtsauffassung folgen wolle*, dass die Befristung

im *schriftlichen Arbeitsvertrag vom 12.08.2005 wegen*

des *noch nicht erlassenen Feststellungsbeschlusses unwirksam sei, rechtsmissbräuchlich, da sie gegen Treu und Glauben verstoße.*

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des vorgenannten Urteils (*Bl. 54 ff.* d. A.) Bezug genommen. Gegen *dieses ihm am 03.09.2007* zugestellte Urteil hat *der Kläger am 10.09.2007* Berufung eingelegt und diese *am 26.10.2007 begründet.*

Mit Urteil vom 12.03.2010 hat das Arbeitsgericht Zwickau dem *Klageantrag zu Ziff. 2 teilweise stattgegeben* und die Klage *hinsichtlich des Feststellungsantrages zu Ziff. 1 und des Hilfsantrages zu Ziff. 3* abgewiesen und zur *Begründung, soweit hier von Relevanz*, im Wesentlichen ausgeführt, die Befristung sei nach § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG wirksam, da sie auf *einem* gerichtlichen Vergleich beruhe. *Vorliegend sei auch von einer Mitwirkung des Gerichts im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das das Bestehen eines offenen Streits der Parteien über die Rechtslage zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses voraussetze, am Zustandekommen des Vergleichs vom 27.08.2008 auszugehen, da die Parteien, was die Wirksamkeit der Befristung vom 23.07.2007 bis 31.07.2008 betroffen habe, gegensätzliche Standpunkte vertreten hätten, auch wenn sie zur Vorbereitung der Kammerverhandlung noch keine Schriftsätze gewechselt hätten. Entgegen der Auffassung der Klägerin müsse im Güetermin zum Beleg konträrer Standpunkte der Parteien noch keine schriftliche Stellungnahme des Beklagten vorliegen. Es müssten auch keine detaillierten Angaben – wie zur Vorbereitung der Kammerverhandlung erforderlich – gemacht werden. Es genüge eine kurze mündliche Stellungnahme, um die Streitpunkte festzustellen und Hinweise zu einem Vergleichsabschluss oder einem Vergleichsangebot abzugeben. Dabei seien nur die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung im Protokoll zu vermerken (§ 160 Abs. 2 ZPO).*

Die konträren Standpunkte der Parteien würden sich schon darin zeigen, dass der Beklagte davon ausgegangen sei, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin am 31.08.2008 geendet habe und die Klägerin mit Schriftsatz vom 07.07.2008 Klage erhoben habe mit dem Antrag festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht zum 31.07.2008 geendet habe.

Die Vertreterin des Beklagten habe dann im Güetermin mitgeteilt, dass die Klägerin als Vertretung für eine verhinderte Lehrerin befristet beschäftigt worden sei und das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung geendet habe.

Dieser Streit sei hier durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien beendet worden. Die Klägerin habe nochmals befristet beschäftigt werden können. Das Arbeitsgericht habe am Vergleichsabschluss auch mitgewirkt. Es habe angeregt, dass der Beklagte prüfen solle, ob eine erneute befristete Beschäftigung der Klägerin, zum Stand der Dinge im Güetermin, möglich sei. Das Gericht habe dann den mitgeteilten außergerichtlichen Vergleich auf seine Rechtmäßigkeit geprüft und diesen sodann festgestellt (§ 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO).

Die Mitwirkung des Gerichts am Vergleich könne zum einen in einem Vergleichsangebot an die Parteien, sie könne zum anderen aber auch in der Prüfung eines mitgeteilten Vergleichs auf seine Rechtmäßigkeit hin und anschließender Feststellung liegen (§ 278 Abs. 6 ZPO). § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG fordere einen gerichtlichen Vergleich. Nach dem Gesetzeswortlaut, könne jeder gerichtliche Vergleich einen Sachgrund abgeben. § 278 Abs. 6 ZPO lasse für den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs beide Varianten zu.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des vorgenannten Urteils (*Bl. 210 bis 219* d. A.) Bezug genommen. Gegen *das am 07.04.2010* zugestellte Urteil *des Arbeitsgerichts Zwickau vom 12.03.2010* hat *die Klägerin am 03.05.2010* Berufung eingelegt und diese *innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist wie folgt begründet:*

Der Kläger meint weiterhin, die am 12.08.2005 für die Zeit vom 15.08.2005 bis 14.08.2006 mit

dem Sachgrund "arbeitsgerichtlicher Vergleich" vereinbarte Befristung, sei nicht wirksam zustande gekommen, weil es im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Arbeitsvertrages an dem im Vertrag selbst genannten Sachgrund gefehlt habe. Denn die Feststellung

im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlusses sei unstreitig erst am 15.08.2005 getroffen worden. Der Befristungsgrund müsse jedoch immer bereits im Zeitpunkt des Abschlusses

Das Arbeitsgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass die Befristung des Arbeitsvertrages vom 25.08.2008 bis 31.07.2009 durch einen sachlichen Grund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG gerechtfertigt sei. Denn im Güetermin im Verfahren 6 Ca 1166/08 P am 12.08.2008 sowie zum Zeitpunkt des übereinstimmenden Vergleichsvorschlages der Parteien am 26.08.2008 habe kein offener Streit über die Rechtslage bestanden. So habe der Beklagte im Güetermin vom 12.08.2008 seine Rechtsposition nicht hinreichend dargelegt. Ein Gericht könne die nach den Art. 1 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG bestehende Schutzpflicht nicht erfüllen, wenn es den zu prüfenden Sachverhalt kenne. Es sei deshalb zu verlangen, dass die gegensätzlichen Rechtsstandpunkte von den Parteien schlüssig und substantiiert dargelegt werden. Davon könne bei der Rechtsposition des Beklagten keine Rede sein. Abgesehen vom Namen der angeblichen Stammarbeitskraft und dem Anlass der Vertretung habe der Beklagte damals nichts vorgetragen. Es würden damit nicht nur nähere Umstände zur Identifizierung der angeblichen Stammarbeitskraft, sondern auch ein Vortrag zum ursächlichen Zusammenhang (Vertretungskette) zwischen der Einstellung der Klägerin als Ersatzarbeitskraft und dem zeitweiligen Ausfallen der angeblichen Stammarbeitskraft anhand eines Organisationsplans oder des Gesamtvertretungsbedarfs fehlen. Dabei hätte der Beklagte auch vortragen müssen, aufgrund welcher Prognose er trotz der damals seit 2002 bereits vorausgegangen sechs aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverhältnisse mit der Klägerin habe annehmen können, dass der Vertretungsbedarf endgültig wegfallen werde.

Noch gewichtiger sei jedoch, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin aufgrund des dürftigen Vortrags des Beklagten weder Gelegenheit gehabt hätte, zu reagieren noch tatsächlich darauf repliziert habe. In dem Arbeitsvertrag vom 07.05.2007 sei kein Befristungsgrund angegeben. Die Klage vom 07.07.2008 habe sich darauf gestützt, dass ein sachlicher Grund nicht ersichtlich sei. Im Güetermin am 12.08.2008 habe der Beklagte erstmals einen aus seiner Sicht bestehenden Befristungsgrund behauptet. Die Klägerin sei davon, was unstreitig sei, völlig überrascht worden. Eine Vertretung in der Elternzeit sei zu keinem Zeitpunkt thematisiert worden, auch nicht auf diesbezügliche ausdrückliche Nachfrage der Klägerin gegenüber der Personalabteilung. Tatsächlich habe die Klägerin zu der vom Beklagten konkret behaupteten Rechtslage überhaupt keinen eigenen Rechtsstandpunkt eingenommen. Dementsprechend sei in der Güteverhandlung vom 12.08.2008 auch die Sach- und Rechtslage nicht erörtert worden. In dem Protokoll der Güteverhandlung am 12.08.2008 tauche deshalb die Formulierung, die Sach- und Rechtslage sei erörtert worden, nicht auf.

Schließlich fehle dem durch Beschluss vom 27.08.2008 festgestellten "Vergleich" im Grunde sogar das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens. Das Schicksal des durch Arbeitsvertrag vom 07.05.2007 begründeten, angeblich bis zum 31.07.2008 befristeten Arbeitsverhältnisses sei darin nämlich gar nicht geregelt worden. Eine Regelung, wonach sich die Parteien darüber einigen, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund wirksamer Befristung zum 31.07.2008 sein Ende gefunden habe, sei nicht getroffen worden. Die Parteien hätten lediglich ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart und erklärt, dass der Rechtsstreit erledigt sei.

des *Vertrages vorliegen. Darüber hinaus fehle es auch an dem genannten Sachgrund selbst, da § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG voraussetze, dass die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruhe, vorliegend jedoch gar kein arbeitsgerichtlicher Vergleich gegeben sei, da das Gericht lediglich das Zustandekommen eines zwischen den Parteien außergerichtlich vereinbarten Vergleiches festgestellt habe. Zu keinem Zeitpunkt habe das Gericht inhaltlich an dem Vergleichsschluss mitgewirkt.*

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Aachen vom 24.08.2007 – 5 Ca 3567/06 d -

festzustellen,

dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der Befristung vom 12./15.08.2005 nicht zum 14.08.2006 beendet worden ist und über den 14.08.2006 unbefristet fortbesteht;

die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens

zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Zusteller weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie tritt der erstinstanzlichen Entscheidung bei und ist der Auffassung, der Beschluss des Arbeitsgerichts Aachen stelle einen hinreichenden Sachgrund für die Befristung dar. Über

Außerdem habe das Gericht nicht ordnungsgemäß am Abschluss des "Vergleiches" mitgewirkt, weil nach § 278 Abs. 6 Satz 1 Alternative 1 ZPO vorgegangen worden sei. Denn das Bundesarbeitsgericht gehe davon aus, dass dem Gericht bei § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG, nach den Art. 1 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht obliege und dass es eine Missbrauchskontrolle durchzuführen habe. Nur daneben obliege ihm weiter die formale Prüfung, ob der unterbreitete Vergleich wirksam abgeschlossen worden sei, also insbesondere nicht gegen die guten Sitten, ein gesetzliches Verbot oder die öffentliche Ordnung verstoße. Das Argument, es drohe Rechtsunsicherheit, wenn ein Vergleich inhaltlich darauf zu überprüfen sei, ob den Schutz- und Kontrollpflichten des Gerichts genügt worden sei, würde also nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht verfangen. Wie sich aus der dienstlichen Stellungnahme der Vorsitzenden der 6. Kammer ergebe, habe das Arbeitsgericht die Verantwortung, die es nach den Art. 1 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG bei einem gerichtlichen Vergleich nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG tragen würde, gerade nicht übernehmen wollen.

Festzuhalten bleibe hier somit, dass mangels gegenwärtigen, möglicherweise aber zu erwartenden schlüssigen und substantiierten Vortrags des Beklagten hier kein offener Streit über die Rechtslage geherrscht habe, so dass vorliegend bei der Befristung des Arbeitsvertrages vom 27.08.2008 kein sachlicher Grund im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG vorliege.

Die Klägerin beantragt:

1. Es wird abändernd festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und dem Beklagten seit 01.08.2002 bestehende, zuletzt durch Arbeitsvertrag vom 27.08.2008 fortgesetzte Arbeitsverhältnis am 01.08.2009 aufgrund der Befristung vom 25.08.2008 bis zum 31.07.2009 nicht beendet ist, sondern als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.

2. Für den Fall, dass der Antrag zu 1. begründet ist, wird der Beklagte abändernd verurteilt, weitere 1.927,67 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.

3. In dem Fall, dass der Antrag zu 1. unbegründet ist, wird die Revision zugelassen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Er tritt der erstinstanzlichen Entscheidung bei und ist der Auffassung, der Beschluss des Arbeitsgerichts Zwickau vom 27.08.2008 stelle einen hinreichenden Sachgrund für die Befristung dar.

die in § 278 Abs. 6 ZPO vorgesehene Beteiligung des Gerichts am Vergleichsabschluss hinaus seien keine weitergehenden Anforderungen an die Mitwirkung des Richters zu stellen. Letztlich würde es die Gefahr von Rechtsunsicherheit mit sich bringen, wenn man einen konkreten Grad der gerichtlichen Beteiligung fordern würde. Darüber hinaus sei es in rechtlicher Hinsicht unschädlich, dass der schriftliche Arbeitsvertrag bereits drei Tage vor der gerichtlichen Vergleichsfeststellung abgeschlossen sei. Schon aus dem Wortlaut des § 278 Abs. 6 ZPO ergebe sich, dass der gerichtliche Beschluss rein deklaratorischer Natur sei. Im Übrigen sei die Aufzählung in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht abschließend, so dass selbst bei Vorliegen eines geringfügigen Formfehlers unter Berücksichtigung der Gesamtumstände jedenfalls von einem sachlichen Grund im Hinblick auf die Befristungsvereinbarung auszugehen sei. In jedem Fall aber missbrauche der Kläger mit seinem Klagebegehren das Vertrauen der Beklagten, die von der Wirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs ausgegangen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die *Sitzungsniederschriften* Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II. Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Befristung des Arbeitsvertrages vom 12.08.2005 ist rechtswirksam. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde mit Ablauf des 14.08.2006 beendet.

1. Die vereinbarte Befristung ist durch den Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG) gerechtfertigt. Nach dieser Vorschrift liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags insbesondere dann vor, wenn die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.

a) *Bereits vor Inkrafttreten*

Entgegen der Ansicht der Klägerin habe vorliegend sehr wohl ein offener Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der streitigen Befristung des letzten Arbeitsvertrages bestanden. Denn die Klägerin habe mit einer Befristungskontrollklage vom 07.07.2008 die Wirksamkeit der Befristung des letzten Arbeitsvertrages vom 07.05.2007, der eine Befristung bis zum 31.07.2008 vorgesehen habe, angegriffen und in Frage gestellt. Im Güetermin vom 12.08.2008 in der Vorsache 6 Ca 1166/08 P habe für die beklagte Partei deren Prozessbevollmächtigte Frau Leopold dazu Stellung genommen und ausgeführt, dass die Befristung auf dem Sachgrund der Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 gestützt würde aufgrund der Elternzeit einer Mitarbeiterin, Frau Uta Dumke. Dabei habe der Beklagte schon zuvor der Klägerin, wie diese in der Klageschrift habe mitteilen lassen, am 27.06.2008 mitgeteilt, dass er das Arbeitsverhältnis nicht verlängern werde, es also bei der Befristung bleibe. Damit habe zweifelsfrei ein offener Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Befristung des letzten Arbeitsvertrages bestanden. Insoweit könne die Klägerin nicht verlangen, dass die gegenseitigen Rechtsstandpunkte der Parteien schlüssig und substantiiert dargelegt werden müssten. Dies sei im Rahmen einer Güteverhandlung nicht erforderlich. Auch der weitere Einwand der Klägerin, dass es an der Reaktion der Arbeitnehmerin gefehlt habe und bei Durchführung des streitigen Verfahrens diese sich auf diese Befristungsbegründung hätte einlassen und dazu Stellung nehmen können, ist ebenfalls neben der Sache. Eine solche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines gerichtlichen Vergleichs kenne die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht. Ebenso wenig komme es auch auf den Einwand der Klägerin, die Sach- und Rechtslage sei nicht erörtert worden, an. Denn den Parteien sei Gelegenheit gegeben worden, insbesondere dem Beklagten, zu der Befristungskontrollklage Stellung zu nehmen, um einen Befristungsgrund, wie geschehen, vorzutragen. Da im Termin der Güteverhandlung kein Vergleich geschlossen worden sei, sei auch der Hinweis auf eine Erörterung im Protokoll entbehrlich und auch nicht üblich. Entgegen der Ansicht der Klägerin habe daher eine ordnungsgemäße Mitwirkung des Gerichts im Sinne einer Kontrollfunktion bei der Protokollierung des Vergleiches vorgelegen. Letztendlich erfülle das Vorgehen der Klägerin und auch ihres Prozessbevollmächtigten den Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes *im Übrigen* wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die *Sitzungsniederschrift vom 04.11.2010* Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Mit den Streitgegenständen, die in das Berufungsverfahren gelangt sind, erweist sich die Berufung als an sich statthaft (§§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 ArbGG). Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 519, 520 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO, 66 Abs. 1 Satz 1, 2 und 3 ArbGG), mithin zulässig.

Die Berufung hat in der Sache jedoch keinen Erfolg; sie ist nicht begründet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Befristung des Arbeitsvertrages vom 27.08.2008 ist rechtswirksam. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde mit Ablauf des 31.07.2009 beendet.

1. Die vereinbarte Befristung ist durch den Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG) gerechtfertigt. Nach dieser Vorschrift liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages insbesondere dann vor, wenn die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.

a) *Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die auch der*

des TzBfG hat *das Bundesarbeitsgericht* die Befristung eines Arbeitsverhältnisses in einem gerichtlichen Vergleich *für wirksam erachtet*, soweit die Parteien darin zur Beendigung *eines Kündigungsschutzverfahrens* oder eines *sonstigen Feststellungsrechtsstreits* über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses eine Einigung erzielt hatten (vgl. BAG, Urteil vom 03.08.1961 – 2 AZR 117/60 –, AP-Nr. 19 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, Urteil vom 24.01.1996 – 7 AZR 496/95 –, AP Nr. 179 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Gräfl, in: Gräfl/Arnold u. a., TzBfG, § 14 Rz. 189 m. w. N. aus der Rechtsprechung). *Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber übernommen und bei dem Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG zu Grunde gelegt (Bundestags-Drucksache XIV/4374, Seite 19). Dementsprechend unterliegt der* gerichtliche Vergleich, mit dem die Parteien zur Beilegung einer Rechtsstreitigkeit ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbaren, keiner weiteren Befristungskontrolle. Deren Funktion erfüllt das Arbeitsgericht durch seine ordnungsgemäße Mitwirkung beim Zustandekommen des *Vergleichs*.

Gerichtlicher Vergleich im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG ist auch ein Vergleich im Sinne von § 278 Abs. 6 ZPO. Dies hat

das *Bundesarbeitsgericht für die bis zum 31.08.2004 geltende Fassung der vorgenannten Vorschrift zuletzt bestätigt* (BAG, Urteil vom 23.11.2006 – 6 AZR 394/06 –, NZA 2007, 466). *Nach dieser früheren Fassung des § 278 Abs. 6 ZPO konnte ein gerichtlicher Vergleich auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annahmen. Das Zustandekommen und den Inhalt des so geschlossenen Vergleiches stellte das Gericht durch Beschluss fest. Nach der ab dem 01.09.2004 geltenden und auch im vorliegenden Fall anwendbaren Fassung des § 278 Abs. 6 ZPO kann ein gerichtlicher Vergleich auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen Vergleichsvorschlag unterbreiten und das Gericht sodann das Zustandekommen und den Inhalt dieses Vergleichs durch Beschluss feststellt. Ob auch ein derartiger Vergleich ein gerichtlicher Vergleich*

Gesetzgeber bei dem Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG zugrunde gelegt hat (BT-Drucks. 14/4374 S. 19), ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses in einem gerichtlichen Vergleich wirksam, soweit die Parteien darin zur Beendigung *des Kündigungsschutzverfahrens* oder eines *Feststellungsstreits* über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses *infolge einer Befristung* eine Einigung erzielen. *Der* gerichtliche Vergleich, mit dem die Parteien zur Beilegung einer Rechtsstreitigkeit ein befristetes *oder auflösend bedingtes* Arbeitsverhältnis vereinbaren, *unterliegt* keiner weiteren Befristungskontrolle. Deren Funktion erfüllt das Arbeitsgericht durch seine ordnungsgemäße Mitwirkung beim Zustandekommen des

Vergleichs, der regelmäßig sogar auf seinem Vorschlag beruht. Dem Gericht als Grundrechtsverpflichteten im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG obliegt im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle die Aufgabe, den Arbeitnehmer vor einem grundlosen Verlust seines Arbeitsplatzes zu bewahren und damit einen angemessenen Ausgleich der wechselseitigen, grundrechtsgeschützten Interessen der Arbeitsvertragsparteien zu finden. Diese aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitete Schutzpflicht erfüllt das Gericht nicht nur durch ein Urteil, sondern auch im Rahmen der gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits. Schlägt das Arbeitsgericht zur Beendigung des Verfahrens über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses einen Vergleich vor, der eine weitere, allerdings zeitlich begrenzte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorsieht, ist das im Regelfall eine hinreichende Gewähr dafür, dass diese Befristung nicht deswegen gewählt worden ist, um dem Arbeitnehmer grundlos den gesetzlichen Bestandschutz zu nehmen (BAG, Urteil vom 2. Dezember 1998 – 7 AZR 644/97 – AP HRG § 57 a Nr. 4 = EzA BGB § 620 Nr. 156, zu I b der Gründe).

Allerdings setzt der Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs neben der Mitwirkung des Gerichts am Zustandekommen eines befristeten Arbeitsverhältnisses das Bestehen eines offenen Streits der Parteien über die Rechtslage hinsichtlich des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses voraus (BAG, Urteil vom 15. August 1984 – 7 AZR 538/82 –, zu II 2 der Gründe; 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82 – BAGE 45, 160 = AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 80 = EzA BGB § 620 Nr. 69, zu 3 der Gründe). Dies ist nach der Rechtsprechung des BAG zu der vor In-Kraft-Treten des TzBfG geltenden Rechtslage nicht schon der Fall, wenn der Arbeitgeber den Ausspruch einer Kündigung lediglich angedroht hatte. Vielmehr mussten beide Parteien gegensätzliche Rechtsstandpunkte darüber eingenommen haben, ob bzw. wie lange zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht. Insbesondere der Arbeitnehmer musste nachdrücklich seine Rechtsposition vertreten und gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht haben. Der Arbeitgeber musste es daraufhin abgelehnt haben, den Arbeitnehmer entsprechend seiner Forderung zu beschäftigen (vgl. BAG, Urteil vom 24. Januar 1996 – 7 AZR 496/95 BAGE 82, 101 = AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 179 = EzA BGB § 620 Nr. 139, zu II 2 der Gründe). An dem Erfordernis des offenen Streits über die Beendigung oder Fortsetzung des laufenden Arbeitsverhältnisses hält das BAG auch unter Geltung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes fest. Das Merkmal soll die missbräuchliche Ausnutzung des durch § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG eröffneten Sachgrunds verhindern. Es soll insbesondere gewährleisten, dass der gerichtliche Vergleich nicht nur zu einer Protokollierung einer von den Arbeitsvertragsparteien vor Rechtshängigkeit getroffenen Vereinbarung, durch die ein befristeter Arbeitsvertrag verlängert wird, benutzt wird (so bereits BAG, Urteil vom 22. Februar 1984 – 7 AZR 435/82 –, zu 3 der Gründe).

<p>im Sinne des</p>	<p>b) Im Streitfall sind die Voraussetzungen für den Sachgrund des gerichtlichen Vergleichs erfüllt. Die Befristung zum 31.07.2009 wurde im Wege gegenseitigen Nachgebens der Parteien zur Beilegung eines offenen Streits über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 31.07.2008 hinaus vereinbart. Die Klägerin hat nämlich durch die Erhebung der Befristungskontrollklage am 07.07.2008 die Unwirksamkeit der Befristung zum Ausdruck gebracht. Denn die Wirksamkeit der Befristung zum 31.07.2008 wurde von ihr in der rechtlichen Begründung der Klage in Zweifel gezogen.</p>
<p>§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG ist,</p>	<p>Im Gütertermin vom 12.08.2008 in der Vorsache 6 Ca 1166/08 P nahm für die beklagte Partei deren Prozessbevollmächtigte Frau Leopold dazu Stellung und führte aus, dass die Befristung auf dem Sachgrund der Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TzBfG gestützt würde aufgrund der Elternzeit einer Mitarbeiterin, Frau Uta Dumke. Unabhängig davon war weiterer Sachvortrag des Beklagten nach dem Sinn und Zweck in der Güteverhandlung nicht zwingend erforderlich. Der Beklagte hatte nämlich schon zuvor der Klägerin, wie sie in der Klageschrift mitteilen lässt, am 27.06.2008 mitgeteilt, dass er das Arbeitsverhältnis nicht verlängern werde, es somit bei der Befristung bleibe. Damit hat zweifelsfrei ein offener Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Befristung des letzten Arbeitsvertrages bestanden.</p>
<p>hat das <i>Bundesarbeitsgericht</i> in der <i>vorgenannten</i> Entscheidung ausdrücklich offen gelassen. Dies könnte insofern zweifelhaft sein, als dem Vergleich kein Vorschlag des Gerichts mehr zu Grunde liegt, sondern dieser ausschließlich durch</p>	<p>aa) Soweit sich die Klägerin darauf beruft, das Gericht könne seine Schutzpflicht bei arbeitsgerichtlichen Befristungsvergleichen nicht erfüllen, wenn es den zu prüfenden Sachverhalt nicht kenne, so dass zu verlangen sei, dass die gegenseitigen Rechtsstandpunkte der Parteien schlüssig und substantiiert dargelegt werden müssten, ist dieser Rechtsstandpunkt unzutreffend. Denn der Vergleich, der auch schon in der Güteverhandlung hätte geschlossen werden können, dient ganz offensichtlich der Streitbeilegung und der Erledigung des Rechtsstreits gerade ohne zusätzliche Ausarbeitung des Sach- und Streitstandes und anschließende streitige Entscheidung des Gerichts.</p>
<p>den <i>übereinstimmenden Vergleichsvorschlag</i></p>	<p>bb) Auch der weitere Einwand der Klägerin, es habe an der Reaktion der Arbeitnehmerin gefehlt, denn bei Durchführung des streitigen Verfahrens hätte sie sich auf diese Befristungsbegründung einlassen und dazu Stellung nehmen können, liegt ebenfalls neben der Sache. Eine solche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines gerichtlichen Vergleichs kennt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht. Dem steht der Grundsatz der Freiwilligkeit des Vergleichsabschlusses, wie der Beklagte richtig ausführt, entgegen, der zugleich einen Verzicht auf die streitige Durchführung des Verfahrens und die Geltendmachung von Einwänden gegen den Sachvortrag des Gegners beinhaltet.</p>
<p>der Parteien <i>zustande kommt</i> und <i>mithin</i> eine <i>deutlich eingeschränktere</i> gerichtliche Mitwirkung vorliegt. Von daher wird im Schrifttum für diese Alternative des § 278 Abs. 6 ZPO die <i>Parallele zum außergerichtlichen Vergleich</i> gezogen,</p>	<p>cc) Ebenso wenig kommt es auf den weiteren Einwand der Klägerin, die Sach- und Rechtslage sei nicht erörtert worden, an. Denn vorliegend ist den Parteien Gelegenheit gegeben worden, insbesondere dem Beklagten, zu der Befristungskontrollklage Stellung zu nehmen und einen Befristungsgrund, wie geschehen, vorzutragen. Da im Termin der Güteverhandlung kein Vergleich geschlossen wurde, ist auch der Hinweis auf eine Erörterung im Protokoll entbehrlich und nicht üblich. Außerdem sind in dem Protokoll der mündlichen Verhandlung gemäß § 160 Abs. 2 ZPO nur die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung zu vermerken.</p>

und eine *Anwendbarkeit*

des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG wegen der *fehlenden inhaltlichen Mitwirkung des Gerichts verneint*. Ein derartiger Vergleich sei *letztlich nichts anderes als die bloße Protokollierung eines außergerichtlichen Vergleichs*, die ebenfalls den Anforderungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG nicht genüge (APS/Backhaus, 3. Aufl., § 14 TzBfG Rz. 324). Nach

der *Gegenmeinung reicht*

allein die formelle Mitwirkung des Gerichts nach § 278 Abs. 6 Satz 1 *erste alternative* ZPO aus, da § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG allein das Vorliegen eines gerichtlichen Vergleichs verlangt und beide Alternativen des § 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO diese Voraussetzung erfüllen (ErfK/Müller-Glöge, 8. Aufl., § 14 TzBfG Rz. 77; Münchener Kommentar/Hesse, BGB, 4. Aufl., § 14 TzBfG Rz. 71; HWK/Schmalenberg, 2. Aufl., § 14 TzBfG, Rz. 59; Sievers, TzBfG, 2. Aufl., § 14 Rz. 281).

Die Kammer folgt der *letztenannten Auffassung*.

Hierfür spricht zunächst der Wortlaut der beiden Vorschriften. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG differenziert nicht zwischen verschiedenen Arten gerichtlicher Vergleiche, sondern stellt allein auf das Vorliegen eines gerichtlichen Vergleichs in Abgrenzung zum außergerichtlichen Vergleich ab. § 278 Abs. 6 ZPO betrifft aber allein den gerichtlichen Vergleich. Hätte der Gesetzgeber bei der Änderung des § 278 Abs. 6 ZPO im Jahr 2004, die eine weitere Erleichterung des Abschlusses gerichtlicher Vergleiche bewirken sollte, diese nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG erstrecken wollen, hätte er dies ausdrücklich durch eine gleichzeitige Änderung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist jedoch nicht *geschehen*.

Zum anderen bleibt es auch nach der Neufassung des § 278 Abs. 6 Satz 1

ZPO bei der Beteiligung des Gerichts. Auch im Rahmen der ersten Alternative der vorgenannten Vorschrift, nämlich dem allein von den Parteien unterbreiteten schriftlichen Vergleichsvorschlag behält das Gericht eine gewisse Kontrollfunktion. Es findet nicht lediglich eine Protokollierung statt, sondern das Gericht muss durch Beschluss den Inhalt und das Zustandekommen des Vergleichs feststellen. Im Rahmen dieser Beschlussfassung findet immer auch eine – wenn auch abgeschwächte – inhaltliche Kontrolle *statt*.

dd) Unbegründet ist schließlich auch der Einwand der Klägerin, es habe keine ordnungsgemäße Mitwirkung des Gerichts im Sinne der Kontrollfunktion bei der Protokollierung von Vergleichen auch im schriftlichen Verfahren vorgelegen. Im vorliegenden Fall hat das Gericht, wie sich aus dem Protokoll vom 12.08.2008 ergibt, in einer für Fälle dieser Art typischen Weise seiner Kontrollpflicht genügt und an dem Vergleich mitgewirkt. Denn im Güte Termin hat das Gericht zur vergleichsweisen Erledigung angeregt, eine weitere zeitlich begründete durch Prozessvergleich außer Streit gestellte Befristung zu vereinbaren. Die Formulierung im Protokoll der Güteverhandlung vom 12.08.2008, die Beklagtenvertreterin möchte nochmals prüfen, ob die Klägerin kurzzeitig bei dem Beklagten beschäftigt werden könnte, wurde eindeutig so verstanden und war auch nur so zu verstehen, dass der Beklagte prüfen und dann bis 29.08.2008 mitteilen sollte, ob Kammertermin benötigt wird oder sich die Parteien gegebenenfalls einigen könnten.

Zusammengefasst ist unter Berücksichtigung dieser einzelnen Einwände der Klägerin darauf hinzuweisen, dass die Klägerin hier im Rahmen des § 278 Abs. 6 ZPO Alternative 1, letztendlich einen bereits in der Güteverhandlung substantiierten Sachvortrag zum Vorliegen einer wirksamen Befristung seitens des Arbeitgebers fordert und damit letztendlich die streitige Verhandlung vorwegnimmt, was jedoch nicht Sinn und Zweck einer Güteverhandlung, die der Vorbereitung der streitigen Verhandlung dienen soll und keine förmliche Verhandlung im Sinne des § 137 Abs. 1 ZPO ist, entspricht. So ist der im Urteil des BAG vom 15.08.1984 verwendete Begriff "offener Streit" gerade nicht zu verstehen.

2. Unabhängig von dem Vorgenannten ist die Kammer auch der *Auffassung*,

dass allein die formelle Mitwirkung des Gerichts nach § 278 Abs. 6 Satz 1. *Alternative* ZPO *ausreicht*, da § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG allein das Vorliegen eines gerichtlichen Vergleichs verlangt und beide Alternativen des § 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO diese Voraussetzung erfüllen (ErfK/Müller-Glöge, 9. Aufl., § 14 TzBfG Rz. 77; Münchener Kommentar/Hesse, BGB, 4. Aufl., § 14 TzBfG Rz. 71; HWK/Schmalenberg, 2. Aufl., § 14 TzBfG, Rz. 59; Sievers, TzBfG, 2. Aufl., § 14 Rz.

281), wobei sich die Kammer *insoweit der Auffassung des LAG Köln vom 19.12.2007 – 3 Sa 1123/07 – zitiert in juris anschließt*.

a) Hierfür spricht zunächst der Wortlaut der beiden Vorschriften. § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG differenziert nicht zwischen verschiedenen Arten gerichtlicher Vergleiche, sondern stellt allein auf das Vorliegen eines gerichtlichen Vergleichs in Abgrenzung zum außergerichtlichen Vergleich ab. § 278 Abs. 6 ZPO betrifft aber allein den gerichtlichen Vergleich. Hätte der Gesetzgeber bei der Änderung des § 278 Abs. 6 ZPO im Jahr 2004, die eine weitere Erleichterung des Abschlusses gerichtlicher Vergleiche bewirken sollte, diese nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG erstrecken wollen, hätte er dies ausdrücklich durch eine gleichzeitige Änderung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist jedoch nicht *geschehen* (vgl. auch LAG Köln vom 19.12.07 – 3 Sa 1123/07, zitiert in juris).

b) Zum anderen bleibt es auch nach der Neufassung des § 278 Abs. 6 Satz 1

ZPO bei der Beteiligung des Gerichts. Auch im Rahmen der ersten Alternative der vorgenannten Vorschrift, nämlich dem allein von den Parteien unterbreiteten schriftlichen Vergleichsvorschlag behält das Gericht eine gewisse Kontrollfunktion. Es findet nicht lediglich eine Protokollierung statt, sondern das Gericht muss durch Beschluss den Inhalt und das Zustandekommen des Vergleichs feststellen. Im Rahmen dieser Beschlussfassung findet immer auch eine – wenn auch abgeschwächte – inhaltliche Kontrolle *statt* (vgl. auch LAG Köln, a. a. O.).

Schließlich ist als gewichtigstes Argument für eine uneingeschränkte Anwendung des § 278 Abs. 6 ZPO im Rahmen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG die ansonsten drohende Gefahr der Rechtsunsicherheit anzuführen. Hierauf hat auch bereits der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 23.11.2006 (– 6 AZR 394/06 –, NZA 2007, 466) hingewiesen. Mit dem Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG soll den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit gegeben werden, mit Hilfe des Abschlusses eines gerichtlichen Vergleichs einen sicheren Befristungsgrund zu schaffen. Es bedürfte dann in jedem Fall einer weiteren Prüfung entweder hinsichtlich des Vergleichsinhalts oder zumindest bezüglich des Zustandekommens des jeweiligen Vergleichs. Gerade aus Sicht der vergleichsschließenden Parteien soll aber mit dem Vergleich ein wirksamer befristeter Arbeitsvertrag zustande kommen. Beide Parteien nutzen bewusst dieses, ihnen vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Mittel, um Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Arbeitsvertragsbefristung zu erlangen. Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn man jeden nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Vergleich für § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG genügen lässt und nicht auf den Grad der gerichtlichen Mitwirkung bei diesem Vergleich *abstellt*.

Im vorliegenden Fall haben die Parteien dem Gericht mit Schriftsätzen vom *27.07.2005 und 15.08.2005* übereinstimmend den vom Gericht sodann *noch* am *15.08.2005* durch Beschluss festgestellten Vergleich unterbreitet. Dieser Vergleich sieht eine weitere Befristung des Arbeitsverhältnisses vom *15.08.2005 bis 14.08.2006* vor. Damit liegt ein Vergleich im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG vor.

b) Die Befristung beruht auch auf diesem gerichtlichen Vergleich. Die nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG erforderliche Kausalität ist gegeben. Die Parteien haben *im schriftlichen* Arbeitsvertrag vom *12.08.2005 den arbeitsgerichtlichen Vergleich* ausdrücklich *als Befristungsgrund genannt und damit unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass sie* den Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG *zur Anwendung bringen wollen*. Rechtlich unerheblich ist dabei, dass *der schriftliche Vertrag bereits drei Tage vor dem gerichtlichen Beschluss, der das Zustandekommen des Vergleichs festgestellt hat, unterschrieben worden ist*. Denn der *gerichtliche Beschluss* ist *rein deklaratorischer Natur* (vgl. HK-ZPO/Sänger, 2. Aufl., § 278 Rz. 23). *Im Übrigen bestand spätestens seit dem 27.07.2005, als nämlich die klägerische Prozessbevollmächtigte dem Gericht den ihr von der Beklagten unterbreiteten Vergleichsvorschlag zustimmend weitergeleitet hat, Einigkeit über den Vergleichsinhalt und die prozessuale Verfahrensweise. Die so zustande gekommene Befristung beruht mithin auf dem vorgenannten gerichtlichen Vergleich.*

2. Unabhängig von *dem Vorgenannten* ist es *dem Kläger*

jedenfalls gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf eine eventuelle Unwirksamkeit der Befristung gegenüber *der* Beklagten zu berufen. *Insofern* greift nämlich der Grundsatz des *sog. "venire contra factum proprium"* (widersprüchliches Verhalten) ein.

c) Schließlich ist als gewichtigstes Argument für eine uneingeschränkte Anwendung des § 278 Abs. 6 ZPO im Rahmen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG die ansonsten drohende Gefahr der Rechtsunsicherheit anzuführen. Hierauf hat auch bereits der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 23.11.2006 (– 6 AZR 394/06 –, NZA 2007, 466) hingewiesen. Mit dem Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG soll den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit gegeben werden, mit Hilfe des Abschlusses eines gerichtlichen Vergleichs einen sicheren Befristungsgrund zu schaffen. Dies setzt aber voraus, dass es für den Sachgrund allein auf das Vorliegen eines derartigen Vergleichs ankommt und keine weiteren Merkmale erfüllt sein müssen. Letzteres wäre aber der Fall, wenn man nur bestimmte gerichtliche Vergleiche anerkennen würde. Es bedürfte dann in jedem Fall einer weiteren Prüfung entweder hinsichtlich des Vergleichsinhalts oder zumindest bezüglich des Zustandekommens des jeweiligen Vergleichs. Gerade aus Sicht der vergleichsschließenden Parteien soll aber mit dem Vergleich ein wirksamer befristeter Arbeitsvertrag zustande kommen. Beide Parteien nutzen bewusst dieses, ihnen vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Mittel, um Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Arbeitsvertragsbefristung zu erlangen. Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn man jeden nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Vergleich für § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG genügen lässt und nicht auf den Grad der gerichtlichen Mitwirkung bei diesem Vergleich *abstellt* (vgl. auch LAG Köln, a. a. O.).

Im vorliegenden Fall haben die Parteien dem Gericht mit *den* Schriftsätzen vom *26.08.2008* übereinstimmend den vom Gericht sodann am *27.08.2008* durch Beschluss festgestellten Vergleich unterbreitet. Dieser Vergleich sieht eine weitere Befristung des Arbeitsverhältnisses vom *25.08.2008 bis zum 31.07.2009* vor. Damit liegt ein Vergleich im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG vor.

Die Befristung beruht auch auf diesem gerichtlichen Vergleich. Die nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG erforderliche Kausalität ist gegeben. Die Parteien haben *in dem Vergleich vom 27.08.2008 und dem dort abgeschlossenen* Arbeitsvertrag vom *27.08.2008* ausdrücklich den Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG *genannt*. Rechtlich unerheblich ist dabei, dass bereits vor dem *streitgegenständlichen Arbeitsvertrag sechs befristete Arbeitsverhältnisse, die sich jeweils aneinander anschlossen, vorausgegangen waren*. Denn *nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist nur die Rechtswirksamkeit des letzten befristeten Arbeitsvertrages zu überprüfen* (BAG, Urteil vom 24.06.2006 – 7 AZR 640/05; BAG, Urteil vom 12.01.1999 – 7 AZR 640/97).

Allein aus dem Umstand des Vorliegens der Kettenbefristungen und des Alters der Klägerin lässt sich hier noch nicht ohne weiteres auf Diskriminierungsgesichtspunkte, wie die Klägerin meint, schließen.

3. Unabhängig von *den obigen Ausführungen unter der Ziff. II, 1 und 2* ist es

der Klägerin jedenfalls gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf eine eventuelle Unwirksamkeit der Befristung gegenüber *dem* Beklagten zu berufen. *Insoweit* greift nämlich der Grundsatz des *"venire contra factum proprium"* (widersprüchliches Verhalten) ein.

Widersprüchliches Verhalten einer Partei ist immer dann missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (BAG, Urteil vom 04.12.1997 – 2 AZR 799/96 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 3; BGH, Urteil vom 05.06.1997 – X ZR 73/95 –, NJW 1997, 3377, 3379; Palandt/Heinrichs, *BGB*, 67. Aufl., § 242 Rz. 55 jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). So hat es beispielsweise das Bundesarbeitsgericht für treuwidrig gehalten, wenn eine Partei eine Kündigung mehrmals entgegen den Vorhaltungen der anderen Seite ernsthaft ausgesprochen hat und sich dann nachträglich auf die Unwirksamkeit ihrer eigenen Kündigung beruft. Beanspruche nämlich jemand bestimmte Rechtspositionen gegenüber anderen Teilnehmern am Rechtsleben, so müsse von ihm eine gewisse Konsistenz in seinem Verhalten gefordert werden (BAG, Urteil vom 04.12.1997 – 2 AZR 799/96 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 3). In gleicher Weise hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Arbeitnehmers entschieden, der zunächst ein rechtskräftiges Urteil mit der Feststellung seines Arbeitnehmerstatus erstritten hatte, dann ohne Änderung der Zusammenarbeit in tatsächlicher Hinsicht den Arbeitgeber zu einer Aufhebung des Arbeitsvertrages und zur Fortsetzung der Zusammenarbeit "auf Basis freier Mitarbeit" veranlasst hatte, hieraus über viele Jahre Vorteile zog, um so dann später erneut die Feststellung zu verlangen, es habe ein Arbeitsverhältnis bestanden (BAG, Urteil vom 11.12.1996 – 5 AZR 895/95 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 1; BAG, Urteil vom 12.08.1999 – 2 AZR 632/98 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 4).

Der vorliegende Sachverhalt ist mit diesen, vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen vergleichbar. Auch hier hat *der Kläger* auf Seiten *der* Beklagten schutzwürdiges Vertrauen geschaffen, in dem *er sein* Einverständnis zu der vergleichsweisen Befristungsvereinbarung und dem Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO gegeben hat. Die Parteien befanden sich seinerzeit im Streit über die Wirksamkeit einer Befristung ihres Arbeitsvertrages. In dieser Situation schlug *die* Beklagte *dem Kläger* zur vergleichsweisen Streitbeilegung vor, eine weitere Anschlussbefristung von einem Jahr zu vereinbaren und dies im Wege des gerichtlichen Vergleichs zu tun. Diese Vorgehensweise machte *dem Kläger* unmissverständlich deutlich, dass *die* Beklagte nur dann zu einer weiteren Anschlussbefristung bereit war, wenn diese Befristung zweifelsfrei rechtswirksam war. Dies war allein mit einem gerichtlichen Vergleich zu erzielen, da dann der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG gegeben war. Diese Interessenlage *der* Beklagten war für *den Kläger* offenkundig. Wenn *er* sodann in einer solchen Situation dem Vorschlag *der* Beklagten zustimmte und damit einverstanden war, einen befristeten Arbeitsvertrag mit Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG zu vereinbaren, muss *er* sich auch im Weiteren hieran festhalten lassen. Das spätere Berufen darauf, es sei gerade nicht, wie von beiden Parteien gewollt ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG geschaffen worden, steht hierzu in diametralem Widerspruch und ist mithin rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB. *Die* Beklagte musste sich in dieser Situation darauf verlassen dürfen, dass *der Kläger* sich jedenfalls später auf eine mögliche Unwirksamkeit der Befristung nicht berufen würde.

3.

Widersprüchliches Verhalten einer Partei ist immer dann missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (BAG, Urteil vom 04.12.1997 – 2 AZR 799/96 EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 3; BGH, Urteil vom 05.06.1997 – X ZR 73/95 –, NJW 1997, 3377, 3379; Palandt/Heinrichs, *BGB* 67. Aufl., § 242 Rz. 55 jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). So hat es beispielsweise das Bundesarbeitsgericht für treuwidrig gehalten, wenn eine Partei eine Kündigung mehrmals entgegen den Vorhaltungen der anderen Seite ernsthaft ausgesprochen hat und sich dann nachträglich auf die Unwirksamkeit ihrer eigenen Kündigung beruft. Beanspruche nämlich jemand bestimmte Rechtspositionen gegenüber anderen Teilnehmern am Rechtsleben, so müsse von ihm eine gewisse Konsistenz in seinem Verhalten gefordert werden (BAG, Urteil vom 04.12.1997 – 2 AZR 799/96 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 3). In gleicher Weise hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Arbeitnehmers entschieden, der zunächst ein rechtskräftiges Urteil mit der Feststellung seines Arbeitnehmerstatus erstritten hatte, dann ohne Änderung der Zusammenarbeit in tatsächlicher Hinsicht den Arbeitgeber zu einer Aufhebung des Arbeitsvertrages und zur Fortsetzung der Zusammenarbeit "auf Basis freier Mitarbeit" veranlasst hatte, hieraus über viele Jahre Vorteile zog, um so dann später erneut die Feststellung zu verlangen, es habe ein Arbeitsverhältnis bestanden (BAG, Urteil vom 11.12.1996 – 5 AZR 895/95 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 1; BAG, Urteil vom 12.08.1999 – 2 AZR 632/98 –, EzA § 242 BGB Rechtsmissbrauch Nr. 4).

Der vorliegende Sachverhalt ist mit diesen, vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen vergleichbar. Auch hier hat *die Klägerin* auf Seiten *des* Beklagten schutzwürdiges Vertrauen geschaffen, in dem *sie ihr* Einverständnis zu der vergleichsweisen Befristungsvereinbarung und dem Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO gegeben hat. Die Parteien befanden sich seinerzeit im Streit über die Wirksamkeit einer Befristung ihres Arbeitsvertrages. In dieser Situation schlug *der* Beklagte *der Klägerin* zur vergleichsweisen Streitbeilegung vor, eine weitere Anschlussbefristung von einem Jahr zu vereinbaren und dies im Wege des gerichtlichen Vergleichs zu tun. Diese Vorgehensweise machte *der Klägerin* unmissverständlich deutlich, dass *der* Beklagte nur dann zu einer weiteren Anschlussbefristung bereit war, wenn diese Befristung zweifelsfrei rechtswirksam war. Dies war allein mit einem gerichtlichen Vergleich zu erzielen, da dann der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG gegeben war. Diese Interessenlage *des* Beklagten war für *die Klägerin* offenkundig. Wenn *sie* sodann in einer solchen Situation dem Vorschlag *des* Beklagten zustimmte und damit einverstanden war, einen befristeten Arbeitsvertrag mit Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG zu vereinbaren, muss *sie* sich auch im Weiteren hieran festhalten lassen. Das spätere Berufen darauf, es sei gerade nicht, wie von beiden Parteien gewollt ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG geschaffen worden, steht hierzu in diametralem Widerspruch und ist mithin rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB. *Der* Beklagte musste sich in dieser Situation darauf verlassen dürfen, dass *die Klägerin* sich jedenfalls später auf eine mögliche Unwirksamkeit der Befristung nicht berufen würde.

4. Eine Aussetzung des Verfahrens wegen des Vorabentscheidungsersuchens des Landesarbeitsgerichts Köln an den EuGH vom 13.04.2010 – 7 Sa 1224/09 – kommt hier entgegen der Ansicht der Klägerin nicht in Betracht.

Ist mithin die Befristung zum **14.08.2006** rechtswirksam und hat das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt sein Ende *gefunden* scheidet auch ein *Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers* aus.

III. Insgesamt war daher die Berufung *des Klägers* zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung *beruht auf §§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO.*

Die Revisionszulassung beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, da die Frage, ob ein Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 erste Alternative ZPO ein gerichtlicher Vergleich im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG ist, bislang höchstrichterlich ungeklärt ist.

Diese Entscheidung des Landesarbeitsgerichts betrifft die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG und dort die Frage der Zulässigkeit der sog. Kettenbefristungen im öffentlichen Dienst. Der Befristungsgrund der Prozessbefristung, wie hier, liegt erkennbar nicht im Bereich des Vorlagenbeschlusses des Landesarbeitsgerichts Köln, der sich auf die Sachgrundbefristung des vorübergehenden Bedarfs, der Vertretung und der Haushaltsbefristung bezieht. Auch nicht mittelbar kann deshalb der dem EuGH vorgelegte Fragenkomplex von Bedeutung für den vorliegenden Rechtsstreit sein.

Ist mithin die Befristung zum **31.07.2009** rechtswirksam und hat das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt sein Ende *gefunden*, scheidet auch ein *Anspruch der Klägerin auf Annahmeverzugsvergütung* aus.

IV. Insgesamt war daher die Berufung *der Klägerin* zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung *folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin hat die Kosten der von ihr ohne Erfolg eingelegten Berufung zu tragen.*

Die Revisionszulassung beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, da die Frage, ob ein Vergleich nach § 278 Abs. 6 Satz 1 erste Alternative ZPO ein gerichtlicher Vergleich im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG ist, bislang höchstrichterlich ungeklärt ist.