

2. Damit steht fest, dass der Kl. noch Anspruch auf Zahlung von 4268,80 Euro brutto als Urlaubsabgeltung aus den Jahren 2011 und 2012 hat. Insoweit ist die Berufung unbegründet.

Neben der Hauptforderung steht dem Kl. auch der Zinsanspruch zu. Insoweit kann auf das arbeitsgerichtliche Urteil Bezug genommen werden.

Begründet ist die Berufung allein im Umfang von 65,54 Euro brutto, weil das ArbG in diesem Umfang dem Kl. einen zu hoch bemessenen Abgeltungsanspruch zuerkannt hat.

Anm. d. Schriftlgt.: „Was am Ende vom Urlaubsrecht übrigbleibt“ behandelt der Beitrag von *Fenski*, NZA 2014, 1381; mit der tarifvertraglichen Abdingbarkeit des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und ihre unionsrechtlichen Grenzen beschäftigen sich *Schweighart/Ott*, NZA-RR 2015, 1. Zur Verfallbarkeit und Fälligkeit des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung s. die BAG-Entscheidung NZA 2014, 852; zum Verfall des Anspruchs auf tariflichen Mehrurlaub bei lang andauernder Erkrankung vgl. BAG, NZA 2014, 383. ■

Rechtsmissbrauch bei Befristungen – Festlegen von Grenzwerten

TzBfG § 14 I 1, II

1. Ist bereits zweifelhaft, ob ein Arbeitgeber auf Grund greifbarer Tatsachen eine tatsächlich fundierte Prognose beim Abschluss eines mit Sachgrund befristeten Arbeitsvertrags wegen eines „projektbedingten personellen Mehrbedarfs“ dahingehend gestellt hat, dass die Arbeitnehmerin überwiegend mit Projektarbeiten beschäftigt werden kann, sind die Voraussetzungen für einen entsprechenden Sachgrund nicht gegeben.

2. In Konkretisierung der Rechtsprechung des BAG zum „institutionellen Rechtsmissbrauch“ ist davon auszugehen, dass ein solcher jedenfalls dann indiziert ist, wenn die Grenzwerte des § 14 II TzBfG kumulativ um das Dreifache, also bei einer mehr als sechsjährigen Gesamtbefristungsdauer und mehr als neun Verlängerungen, überschritten sind. (Leitsätze des Einsenders)

ArbG Freiburg, Urt. v. 16.12.2014 – 4 Ca 339/14

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Befristungsabrede sowie einen Weiterbeschäftigungsanspruch der Kl. Die am 29.10.1956 geborene Kl. ist seit dem 19.9.2005 bei dem bekl. Land als Angestellte im öffentlichen Dienst tätig. Sie wurde zuletzt in die Vergütungsgruppe E12, Dienstaltersstufe 4 eingruppiert und bezog ein Tabellenentgelt von monatlich 3382,18 Euro brutto.

Die Beschäftigung der Kl. erfolgte auf der Basis von elf im Folgenden genannten Anstellungsverträgen:

- a) 19.9.2005–18.12.2005, Teilzeit: 50 %, SR 2 y BAT,
- b) 13.3.2006–12.6.2006, Teilzeit: 50 %, SR 2 y BAT,
- c) 1.8.2006–31.3.2007, Teilzeit: 37 Stunden/Monat, SR 2 y BAT,
- d) 1.4.2007–30.9.2007, Teilzeit: 20 Stunden/Monat, Zweckbefristung,
- e) 1.7.2007–30.4.2008, Teilzeit: 50 %, Projektbefristung,
- f) 1.5.2008–31.12.2008, Teilzeit: 50 %, Zweckbefristung,
- g) 1.1.2009–31.12.2009, Teilzeit: 50 %, Zweckbefristung,
- h) 1.1.2010–31.12.2010, Teilzeit: 50 % Zweckbefristung,
- i) 1.1.2011–31.12.2011, Teilzeit: 60 %, Zweckbefristung,
- j) 1.1.2012–31.12.2012, Teilzeit: 60 %, Zweckbefristung,
- k) 1.1.2014–31.7.2014, Teilzeit: 80 %, Zweckbefristung.

Der vorletzte befristete abgeschlossene Vertrag datiert auf den 15.10.2012. Nach dessen §-1 ist das Arbeitsverhältnis bis zum 31.12.2013 befristet bis zum Erreichen folgenden Zwecks: „Ermittlung langjähriger CO₂-Emissionen und Beurteilung der Moore Oberschwabens auf der Basis historischer und aktueller Höhennivelements im Rahmen des Projekts B.-M. Projektträger ist das K-Institut für Technologie.“

Der letzte, mit dem Klageantrag angegriffene Arbeitsvertrag stammt vom 4.12.2013. Dessen § 1 führt aus, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 31.7.2014 befristet ist. Der Vertrag enthält darüber hinaus die gleiche Zweckbefristung wie der Vertrag vom 15.10.2012.

Die Kl. hält die Befristungsabrede vom 4.12.2013 zum 31.7.2014 für unwirksam. Der Befristungsabrede habe kein tragender Befristungsgrund zu Grunde gelegen. Der im Vertrag vom 4.12.2013 genannte Befristungsgrund trage nicht. Bereits vor Abschluss des letzten Arbeitsvertrags sei allen Bet. bekannt und auch bewusst gewesen, dass das in dem Vertrag benannte Projekt unmittelbar vor seinem Abschluss gestanden habe und die Kl. nur noch wenige Wochen an den Abschlussarbeiten tätig sein, im Übrigen bei ihrer Abteilung anfallende Daueraufgaben wahrnehmen würde. Dies habe sich auch im Rahmen ihrer tatsächlichen Beschäftigung gezeigt. Sie habe lediglich von Mitte Februar 2014 bis Ende März 2014 im Wesentlichen für das im Arbeitsvertrag angegebene Projekt gearbeitet. Zu den übrigen Zeiten habe sie anderweitige Aufgaben übernommen und sei nur zeitweise und sporadisch für das Projekt „B.-M.“ eingesetzt worden. So habe sie bereits im Januar und Februar 2014 projektfremd an dem Thema „Potenzielle Weinbaugebiete in Baden-Württemberg“ gearbeitet. Ab April sei sie sodann für Arbeiten an dem Projekt „K“ eingesetzt worden. Die Befristungsabrede halte im Übrigen einer institutionellen Missbrauchskontrolle nicht stand. Im vorliegenden Falle lägen insgesamt elf Verträge bei einer Gesamtlaufrzeit von knapp neun Jahren mit lediglich zwei kurzen Unterbrechungen vor. Von einer mehrfachen Überschreitung der Höchstbefristungsdauer von zwei Jahren sei daher auszugehen. In diesem Rahmen sei zudem in den Blick zu nehmen, dass die Kl. sich Spezialkenntnisse über ein Geoinformationssystem, dem System „ArcGIS“, angeeignet habe und von dem bekl. Land seit 2005 im Wesentlichen hierfür eingesetzt worden sei. Ihre Tätigkeit für das bekl. Land sei deshalb über die Jahre hinweg im Wesentlichen gleich geblieben; Gleiches gelte für ihre Ansprechpartner Herr Dr. W. und Herr Dr. W1.

Die Kl. beantragt daher:

1. Es wird festgestellt, dass das die Parteien verbindende Arbeitsverhältnis nicht auf Grund Befristung vom 4.12.2013 zum 31.7.2014 geendet hat.

2. Für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1: Das bekl. Land wird verurteilt, die Kl. über den 31.7.2014 hinaus zu den bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen als Teilzeitbeschäftigte mit 80 % der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines entsprechenden Vollzeitbeschäftigten weiter zu beschäftigen.

Das bekl. Land hält die vereinbarte Befristung vom 4.12.2013 zum 31.7.2014 für wirksam. Die Ausführungen der Kl., dass bereits vor Abschluss des Arbeitsvertrags vom 4.12.2013 bekannt gewesen sei, dass das im Arbeitsvertrag benannte Projekt B.-M. unmittelbar vor seinem Abschluss gestanden habe und die Kl. im Übrigen in der Abteilung anfallende Daueraufgaben wahrnehmen würde, sei unzutreffend. Richtig sei vielmehr, dass das Projekt B.-M. im November 2013 durch den Projektträger, das K. Institut für Technologie (KIT), mit Zuwendungsvertrag vom 18.11.2013 um weitere Aufgabenstellungen ergänzt und deshalb in der Projektlaufzeit bis zum 31.7.2014 verlängert worden sei. Der Vertrag vom 4.2.2013 sei deshalb auf der Basis der prognostizierten Dauer dieser zusätzlichen Aufgaben sowie für die noch ausstehende Erstellung eines umfassenden Abschlussberichts abgeschlossen worden. Die Zeit für die zusätzlichen Arbeiten seien auf sieben Monate veranschlagt worden. Hierbei sei auch ein Puffer für die Erstellung des Abschlussberichts sowie für Urlaub und Ausfall wegen Krankheit eingerechnet worden. Allerdings habe sich der Aufwand für die Regionalisierung und Kartendarstellung als weit höher als prognostiziert erwiesen. Es sei im Frühjahr 2014 deutlich geworden, dass die Anzahl der zu bearbeitenden Einzelobjekte deutlich höher als angenommen gewesen sei. Dies sei auf Grund des sehr großen Datenumfangs (53 433 Bohrungen mit 125 000 Schichtbeschreibungen) erst mit fortschreitender Bearbeitung erkennbar gewesen. Hierauf habe man damit reagiert, dass einzelne Arbeitsschritte abgeändert worden seien. Für die Regionalisierung sei ein weniger aufwändiges Verfahren gewählt bzw. auf eine kartografische Darstellung für jedes einzelne Objekt verzichtet worden.

Im Ergebnis sei der ursprüngliche Zeitplan dadurch um ca. sechs Wochen unterschritten worden. Daher sei die Kl. ab April 2014 mit anderen, möglichst projektnahen Aufgaben betraut worden. So sei sie für ca. vier Wochen innerhalb des Projekts K eingesetzt worden. Konkret habe die Kl. in den Monaten März und April fast ausschließlich für das Projekt B.-M. gearbeitet. Im Monat März seien es nur zwei Tage und im Monat April 2014 nur drei Tage gewesen, an dem sie keine Arbeitsleistung für das Projekt B.-M. erbracht habe. Im Monat Mai 2014 habe sie mit etwa 50 % ihrer Arbeitszeit für das Projekt gearbeitet. In den Monaten Januar und Februar sowie Juni und Juli 2014 sei überwiegend keine Projektarbeit getätigt worden. Ein Befristungsgrund nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG liege nach alledem vor. Vorliegend habe man im November 2013 über das KIT einen Projektauftrag für die Ermittlung der Moormächtigkeiten, die Ermittlung des Verlusts an Moorflächen bei fortschreitendem Moorschwind sowie die Ermittlung der Kohlenstoffvorräte in den Mooren Baden-Württembergs erhalten. Hierbei handele es sich um eine auf vorübergehende Dauer angelegte und von den Daueraufgaben des Landesamtes für Geologie, Rohstoffe und Bergbau (LGRB) abgrenzbare Zusatzaufgabe. Diese werde auch von dem Projektträger KIT finanziert. Dabei sei die befristete Einstellung von zusätzlichem Personal ausdrücklich vorgesehen. Die sich später ergebenden Änderungen seien nicht vorhersehbar gewesen. Dies sei aber insofern in rechtlicher Hinsicht unschädlich, als dass die Prognose bei Vertragsabschluss reiche, dass der Arbeitnehmer überwiegend projektbezogen beschäftigt sein werde. Auch sei die gewählte Doppelbefristung über eine zweck- und eine kalendermäßige Befristung zulässig.

Die Klage hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die mit Vertrag vom 4.12.2013 vereinbarte Befristung zum 31.7.2014 hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Kammer hat bereits erhebliche Zweifel daran, ob der Tatbestand des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG gegeben ist (s. hierzu 1). Letztlich kann dies allerdings dahinstehen, weil das bekl. Land missbräuchlich im Sinne der Rechtsprechung des BAG auf befristete Arbeitsverträge zurückgegriffen hat (s. hierzu 2).

1. Es braucht nicht abschließend entschieden werden, ob der Tatbestand des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG – vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung – vorliegt, denn die Befristung aus dem Arbeitsvertrag vom 4.12.2013 ist bereits aus anderen Gründen unwirksam. Die Kammer hat allerdings erhebliche Zweifel daran, ob der von dem bekl. Land herangezogene Befristungsgrund trägt.

a) Nach § 14 I 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Gemäß § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Das bekl. Land hat sich auf diesen Befristungstatbestand berufen. Wird die Befristung auf einen vorübergehend erhöhten Arbeitsanfall gestützt, hängt die Wirksamkeit der Befristung von der prognostizierten künftigen Entwicklung ab. Die Prognose des Arbeitgebers muss ergeben, dass für die Beschäftigung des Arbeitnehmers über das vereinbarte Vertragsende hinaus mit hinreichender Sicherheit kein Bedarf mehr bestehen wird (BAG, NZA 2012, 1366 Rn. 30). Es genügt nicht, dass bloß eine Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung besteht, zum Beispiel hinsichtlich der Auftragslage oder der Gewährung von Zuschüssen und Drittmitteln (HK-ArbeitsR/Tillmanns, 2. Aufl. 2010, § 14 TzBfG Rn. 30). Die Befristung eines Arbeitsvertrags wegen eines vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung setzt deshalb vielmehr voraus, dass bei Abschluss des Arbeitsvertrags mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem Ende der Vertragslaufzeit für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein Bedarf mehr besteht. Dazu muss der Arbeitgeber eine Prognose erstellen, der konkrete Tatsachen zu Grunde liegen. Die Prognose und deren Grundlage hat der

Arbeitgeber in einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit der Befristung im Einzelnen darzulegen. Die Prognose ist Teil des Sachgrundes für die Befristung (BAGE 133, 319 = NZA 2010, 633 = NJW 2010, 2232 Rn. 12 u. 13). Erforderlich ist eine tatsächlich fundierte Prognose. Dazu sind die Grundlagen des Wahrscheinlichkeitsurteils auszuweisen (BAG, NZA 1997, 313 Rn. 34 = NJW 1997, 1029 Ls.). Erweist sich die Prognose im Nachhinein als zutreffend, besteht eine ausreichende Vermutung dafür, dass sie hinreichend fundiert erstellt wurde. Will der Arbeitnehmer dennoch das Fehlen des Sachgrundes geltend machen, muss er Tatsachen vortragen, aus denen sich ergibt, dass die Prognose bei Vertragsabschluss fehlerhaft war (BAG, NZA 2002, 666 Rn. 34). Erweist sich die Prognose hingegen im Nachhinein als unzutreffend, spricht dies dafür dass sie nicht hinreichend fundiert erstellt wurde und die Befristung deshalb unwirksam ist. In diesem Fall ist es am Arbeitgeber, darzulegen, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses konkrete Tatsachen vorlagen, auf Grund derer er davon ausgehen konnte, für die Beschäftigung des Arbeitnehmers werde nach dem Vertragsende kein Bedarf mehr bestehen (BAG, NZA 1997, 313 Rn. 34 = NJW 1997, 1029 Ls.).

Der nur vorübergehende projektbedingte personelle Mehrbedarf kann den Sachgrund für die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem projektbezogenen beschäftigten Arbeitnehmer für die Dauer des Projekts darstellen (BAG, NZA 2013, 1271 Rn. 36). Ein anerkanntes Interesse des Arbeitgebers am Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags zur Durchführung eines Projekts liegt aber nur vor, wenn die projektbezogene Tätigkeit den Arbeitnehmer voraussichtlich überwiegend beanspruchen wird. Dann ist der projektbedingt vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung ausschlaggebend für den Abschluss des Arbeitsvertrags, weil nach Ablauf der Vertragslaufzeit voraussichtlich die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer im Wesentlichen entfallen wird (ErfK/Müller-Glöge, 14. Aufl. 2014, § 14 TzBfG Rn. 25).

Für die Frage, ob die Befristung des Arbeitsverhältnisses mangels eines die Befristung sachlich rechtfertigenden Grundes unwirksam ist, kommt es grundsätzlich nur auf den zuletzt abgeschlossenen befristeten Arbeitsvertrag an (stRspr, vgl. statt vieler BAGE 142, 308 = NZA 2012, 1351 = NJW 2013, 1254 Rn. 11 ff.).

b) Gemessen hieran ist äußerst fraglich, ob eine zulässige Befristung durch den Arbeitsvertrag vom 4.12.2013 zum 31.7.2014 gem. § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG vorliegt. Es ist zweifelhaft, ob das bekl. Land auf Grund greifbarer Tatsachen eine tatsächlich fundierte Prognose bei Abschluss des Arbeitsvertrags dahingehend gestellt hat, dass die Kl. überwiegend mit Projektarbeiten beschäftigt sein wird.

aa) Zwischen den Parteien herrschte zwar keine vollumfängliche Einigkeit, wie die Kl. im Zeitraum von Januar 2014 bis Juli 2014 tatsächlich beschäftigt wurde. Allerdings ist selbst nach dem Vortrag des bekl. Landes nicht zu erkennen, dass die Kl. tatsächlich überwiegend mit dem Projekt B.-M. beschäftigt wurde. Nach den Ausführungen des bekl. Landes war dies lediglich in den Monaten März und April der Fall. Nachdem für die übrigen Monate lediglich für den Monat Mai 2014 noch eine hälftige Beschäftigung mit dem Projekt B.-M. behauptet wurde, steht für die Kammer fest, dass die Kl. im genannten Zeitraum nicht überwiegend mit dem Projekt B.-M. beschäftigt wurde. Damit steht des Weiteren fest, dass sich eine Prognose, wie sie vom bekl. Land behauptet wird, als unzutreffend erwiesen hätte. Erweist sich eine Prognose indes im Nachhinein als unzutreffend, spricht dies dafür, dass sie nicht hinreichend fundiert erstellt wurde und die

Befristung deshalb unwirksam ist. In einem derartigen Fall obliegt es dem Arbeitgeber, die Umstände zu benennen, weshalb gleichwohl eine tatsächlich fundierte Prognose, die einen Befristungsgrund abgibt, vorgelegen hat (BAG, NZA 1997, 313 Rn. 34 = NJW 1997, 1029 Ls.).

bb) Das bekl. Land hat vorgetragen, dass der Arbeitsvertrag vom 4.12.2013 auf Basis der prognostizierten Dauer von zusätzlichen Aufgaben sowie für die noch ausstehende Erstellung eines umfassenden Abschlussberichts geschlossen worden sei. Hierbei sei ein Puffer für die Erstellung des Abschlussberichts sowie für Urlaub und Ausfall wegen Krankheit eingerechnet worden. Allerdings habe sich der Aufwand für die Regionalisierung und Kartendarstellung als weit höher als prognostiziert erwiesen. Das Landesamt für Geologie, Rohstoff und Bergbau habe auf diese neue Situation reagiert, indem es einzelne Arbeitsschritte abgeändert habe. Für die Regionalisierung der Ergebnisse sei ein weniger aufwändiges Verfahren gewählt bzw. auf eine kartografische Darstellung für jedes Einzelobjekt verzichtet worden. Damit sei im Ergebnis der ursprüngliche Zeitplan um ca. sechs Wochen unterschritten worden.

Der Vortrag des bekl. Landes lässt bereits nicht erkennen, weshalb davon ausgegangen wurde, dass die Kl. innerhalb der Laufzeit des Vertrags überwiegend mit dem Projekt B.-M. beschäftigt werden sollte. Der Kammer ist zwar nachvollziehbar, dass entsprechend des Zuwendungsschreibens des KIT vom 18.11.2013 zusätzliche Aufgaben gegenüber denen aus dem Jahr 2013 angefallen sind; inwiefern das bekl. Land aber hinsichtlich dieser zusätzlichen Aufgaben eine „tatsächlich fundierte“ Prognose dahingehend angestellt hat, dass die Kl. überwiegend mit dem Projekt B.-M. beschäftigt sein wird, ist aus dem Vortrag des bekl. Landes nicht ersichtlich. Erforderlich wäre, die Grundlagen des Wahrscheinlichkeitsurteils auszuweisen (BAG, NZA 1997, 313 Rn. 34 = NJW 1997, 1029 Ls.), also konkret zu benennen, von welchen Zeiteinheiten hinsichtlich der einzelnen Aufgaben und Arbeiten bei der Erstellung der Prognose ausgegangen wurde. Derartiger Vortrag des bekl. Landes fehlt.

Die Zweifel an der Erstellung einer fundierten Prognose ergeben sich auch mit Blick auf den von dem bekl. Land geschilderten Ablauf der Planungen und Umplanungen. Das bekl. Land trägt in abstrahierter Form Folgendes vor: Zunächst habe man eine Prognose erstellt. Hinsichtlich der benötigten Zeit sei ein Puffer eingeplant worden. Im Frühjahr 2014 habe man festgestellt, dass die zur Verfügung stehende Zeit bei weitem nicht ausreiche. Hierauf habe man Veränderungen vorgenommen, die letztlich dazu geführt hätten, dass die zur Verfügung stehende Zeit nicht komplett mit Projektarbeit ausgefüllt werden konnte. Die erste Planung ging also dahin, den Zeitraum von sieben Monaten nicht komplett auszufüllen („Puffer“). Tatsächlich hat die zur Verfügung stehende Zeit nach den ursprünglichen Planungen dann nicht ansatzweise gereicht, um die angedachten Arbeiten durchzuführen. Die behauptete Umplanung wiederum hat dann dazu geführt, dass nunmehr wieder weniger Zeit als zur Verfügung stehend gebraucht wurde. Die Kammer verkennt nicht, dass der Befristungsgrund des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG auch dann gegeben sein kann, wenn sich in der tatsächlichen Beschäftigung Abweichungen von der Prognose ergeben (BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 65 Rn. 22). Dies ändert aber nichts daran, dass die Prognose hinreichend fundiert erstellt werden muss. Bei dem hier vorliegenden tatsächlichen Ablauf in der Beschäftigung der Kl. bestehen erhebliche Zweifel hieran. Die Abweichungen sind umso weniger nachzuvollziehen, als dass es sich um kein vollständig neues Projekt gehandelt hat, sondern ausweislich des Antrags des bekl. Landes vom 24.10.2013 um ein im Prinzip abgeschlossenes Projekt und insofern im Vergleich zu einem gänzlich neuen Projekt eine breitere Basis für die Erstellung einer Prognose vorhanden war. Hinzu kommt, dass die Kl. selbst nach den Angaben des bekl. Landes erst im März 2014 überwiegend mit dem Projekt B.-M. beschäftigt wurde. Gleichzeitig will man im „Frühjahr 2014“ (wann genau?) erkannt haben, dass die ursprüngliche Prognose nicht trägt. Intensive Arbeitsaufnahme der Kl. mit dem

Projekt und Erkenntnis bei dem bekl. Land liegen vor diesem Hintergrund in zeitlicher Hinsicht sehr nahe beieinander. Damit stellt sich umso mehr die Frage, warum der tatsächliche Arbeitsaufwand nicht schon bei Abschluss des Vertrags am 4.12.2013 besser prognostiziert werden konnte.

Nach alledem bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, ob der Befristungsgrund des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG vorliegt.

2. Die Befristung vom 4.12.2013 ist aber jedenfalls deshalb unwirksam, weil sie rechtsmissbräuchlich im Sinne der Rechtsprechung des BAG vereinbart wurde.

a) Gegenstand der vorliegenden Befristungskontrollklage ist ausweislich des klägerischen Antrags die letzte zwischen den Parteien getroffene Befristungsabrede vom 4.12.2013. Dieser letzte zwischen den Parteien geschlossene Vertrag stellt auch nicht nur einen so genannten „unselbstständigen Annex“ zum Vertrag vom 15.10.2012 dar, denn er zielt auf andere Aufgaben als der vorhergehende Vertrag (auch wenn die Projektbenennung insoweit identisch ist) und hat eine über sechs Monate hinausgehende Laufzeit (s. hierzu BAGE 124, 196 = NZA 2008, 295 = NJW 2008, 538 Rn. 11–13). Im Anschluss an das Urteil des *EuGH* vom 26.1.2012 (ECLI:EU:C:2012:39 = NZA 2012, 135 = NJW 2012, 989 – Küçük) entspricht es nunmehr höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass sich die nationalen Gerichte bei der Befristungskontrolle nicht nur auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrundes beschränken dürfen. Es obliegt den Gerichten vielmehr, stets alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen und dabei namentlich die Zahl der mit derselben Person oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zurückgreifen (BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 32). Diese Grundsätze gelten für jedweden Sachgrund nach § 14 I TzBfG (BAG, NZA 2013, 777 Rn. 36). Für die hiernach rechtlich gebotene Missbrauchskontrolle eignet sich nach bundesdeutschem Recht der allgemeine Prüfungsmaßstab des institutionellen Rechtsmissbrauchs. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt sowohl subjektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen. Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht (BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 33). Die nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs vorzunehmende Prüfung verlangt eine Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Kriterien, die bei einer Gesamtwürdigung auf einen Gestaltungsmissbrauch hindeuten können, müssen dem Konzept des § 14 TzBfG Rechnung tragen. Erlaubt das Konzept des TzBfG die Befristung von Arbeitsverträgen bei Vorliegen eines Sachgrundes, ergibt sich zwingend, dass die Schwelle zur missbräuchlichen Fortsetzung aneinandergereihter Verträge deutlich über derjenigen liegen muss, die für die Befristungskontrolle nach § 14 I TzBfG, § 21 I BEEG maßgeblich ist (BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 36). Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung eines möglichen Rechtsmissbrauchs sind die Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie die Anzahl der Vertragsverlängerungen. Längere zeitliche Unterbrechungen können gegen die Annahme von aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen oder Befristungsketten sprechen. Von Bedeutung kann bei der Beurteilung ferner sein, ob der Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wird oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt (BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 39 u. 40). Regelmäßig besteht bei Vorliegen eines Befristungs an sich rechtfertigenden Sachgrunds kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle.

le, wenn die in § 14 II 1 TzBfG für die sachgrundlose Befristung bezeichneten Grenzen nicht um ein Mehrfaches überschritten sind. Werden diese Grenzen jedoch alternativ oder insbesondere kumulativ mehrfach überschritten, ist eine umfassende Missbrauchskontrolle geboten (BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 43).

b) Dem folgend liegt ein rechtsmissbräuchlicher Rückgriff auf befristete Arbeitsverhältnisse vor.

aa) Hierfür spricht bereits die Dauer der Beschäftigung und die Anzahl der Befristungen. Die erste Beschäftigung bei dem bekl. Land trat die Kl. am 19.9.2005 an. Die letzte Befristung zielt auf eine Beendigung ihrer Beschäftigung zum 31.7.2014. Zwischen diesen beiden Daten liegt ein Zeitraum von acht Jahren und zehn vollen Monaten. Die reine Beschäftigungszeit ist kürzer, weil zwischen Dezember 2005 und März 2006 eine etwa dreimonatige Unterbrechung der Beschäftigung vorlag und eine weitere Unterbrechung für etwa 1,5 Monate im Juni und Juli 2006 eintrat. Unabhängig davon, dass es sich bei diesen Unterbrechungen um keine allzu langen handelt, ist die Kl. ununterbrochen seit dem 1.8.2006 bei dem bekl. Land beschäftigt, mithin bis zum anvisierten Beendigungszeitpunkt für acht Jahre. Während bis zum Jahr 2008 die Beschäftigungsdauer in den einzelnen Verträgen variierte, wurde die Kl. beginnend mit dem Jahr 2009 immer bis zum Jahresende befristet eingestellt; erst mit dem nunmehr streitgegenständlichen Arbeitsvertrag wurde ein wieder kürzerer Zeitraum bis zum 31.7.2014 aufgenommen. Insgesamt liegen elf befristete Arbeitsverträge vor: die letzten neun Arbeitsverträge schlossen unmittelbar aneinander an bzw. überlappten sich in einem Fall (Verträge vom 23.3.2007 sowie vom 27.6.2007 ...). Die Schwellen des § 14 II TzBfG sind damit um ein Mehrfaches überschritten. Bei der Beschäftigungsdauer liegt ein vierfaches Überschreiten des Zweijahreszeitraums vor, selbst wenn man die ersten beiden Arbeitsverträge nicht mit einbezieht. Hinsichtlich der Zahl der Befristungen ist statt der dreimaligen Verlängerung insgesamt eine zehnmalige Verlängerung zu konstatieren und damit ein Überschreiten um mehr als das Dreifache. Lässt man die ersten beiden Verträge außen vor, wurde achtfach verlängert und damit um das annähernd Dreifache.

In seiner Wertung geht das Gericht davon aus, dass die ersten beiden Verträge nicht isoliert zu betrachten sind, weil keine längeren zeitlichen Unterbrechungen zwischen den Arbeitsverträgen liegen (BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 39). Dies vorausgesetzt, überschreitet der vorliegende Sachverhalt kumulativ sowohl bei der Länge der Beschäftigung als auch bei der Zahl der Befristungen die Schwellenwerte des § 14 II TzBfG um mehr als das Dreifache. Dies hat das Gericht nicht nur zu einer Missbrauchskontrolle zu veranlassen (als Stufe 1 der Überprüfung), sondern stellt zugleich ein ganz gewichtiges Indiz für den Missbrauch selbst dar (EuGH, ECLI:EU:C:2012:39 = NZA 2012, 135 = NJW 2012, 989 Rn. 40 u. 41 – Küçük).

bb) Auch die weiteren Aspekte sprechen für einen rechtsmissbräuchlichen Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge. Hierbei berücksichtigt die Kammer insbesondere, dass die Prägung der Tätigkeit der Kl. seit Beginn ihrer Beschäftigung im Jahr 2005 im Wesentlichen dieselbe geblieben ist. Die Kl. hat – insoweit von dem bekl. Land unbestritten – vorgetragen, dass sie Spezialkenntnisse mit der Software „ArcGIS“ in die Beschäftigung eingebracht und deshalb fast ausschließlich hiermit gearbeitet habe. [...] mögen sich zwar die einzelnen Projekte geändert haben, die Art der Tätigkeit ist jedoch durchgehend gleich geblieben. Auch die Einbindung der Kl. in die

Organisationsstruktur in das Landesamt für Geologie, Rohstoffe und Bergbau blieb über den Verlauf der Zeit unverändert. So war zwischen den Parteien unstreitig, dass die Kontaktpersonen der Kl. – Herr Dr. W und Herr Dr. W1 – stets dieselben waren. Für die Bewertung der Kammer spielt hierbei keine Rolle, dass die beiden genannten Personen die für die Projekte zuständigen sind und dementsprechend bei Projektarbeit zwangsläufig als Kontaktpersonen fungieren. Entscheidend ist vielmehr, dass die Kl. für einen Zeitraum von annähernd neun Jahren in einem identischen Arbeitsumfeld der Art nach identische Tätigkeiten vorgenommen hat. Damit hat sie gerade keine „wechselnden, ganz unterschiedliche Aufgaben“ ausgeführt (so ausdrücklich BAG, NZA 2012, 1359 Rn. 40). Die Aufgaben der Kl. sind auch nicht deshalb „ganz andere, weil es sich um unterschiedliche Projekte mit unterschiedlichen Projektträgern gehandelt hat.“ Die Kammer sieht durchaus, dass der Inhalt der Projekte divergierte. Maßgeblich ist allerdings nicht der Inhalt der Projekte, denn es stellt bei einer Tätigkeit, wie sie die Kl. ausübt, den Normalfall dar, dass sich die Arbeitsinhalte ändern: entscheidend ist vielmehr die hier über lange Zeit durchgehend gleich geartete Tätigkeit der Kl.

cc) Nach Auffassung der Kammer führt, wie unter aa) und bb) gezeigt, die Anwendung der Rechtsprechung des BAG dazu, dass von einer rechtsmissbräuchlichen Verwendung der Befristungsmöglichkeiten durch das bekl. Land auszugehen ist. Die Rechtsprechung des BAG wird ua deshalb als problematisch angesehen, weil die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht mit eindeutigen Kriterien überprüfbar ist (Drosdeck/Bitsch, NJW 2013, 1345 [1347]); sie sei konturlos und damit kein brauchbarer Maßstab (Bruns, NZA 2013, 769 [771]). Gefordert wird, dass sich das BAG „bei nächster Gelegenheit doch noch entschließen sollte, für sein Stufensystem feste zeitliche Grenzen herauszuarbeiten“ (Bayreuther, NZA 2013, 23 [25]). Nachdem die Gesamtdauer der Beschäftigung und die Anzahl der Befristungen nach dem Konzept des BAG die zentrale Rolle bei der Überprüfung des Rechtsmissbrauchs spielt (so auch Bayreuther, NZA 2013, 23 [25]), hält auch die Kammer dafür, konkretere Parameter zu benennen, an denen sich die Praxis orientieren kann. Ein derartiger Ansatz trägt auch den Kriterien der Objektivität und der Transparenz Rechnung (Brose/Sagan, NZA 2012, 308 [310]). In diesem Sinne vertritt die Kammer die Rechtsauffassung, dass jedenfalls ein kumulatives Überschreiten der in § 14 II TzBfG genannten Werte hinsichtlich der Beschäftigungsdauer und der Anzahl der Befristungen um das Dreifache einen Rechtsmissbrauch gemäß der Rechtsprechung des BAG, der sich das Gericht vom Grundansatz her anschließt, indiziert, wobei es dem Arbeitgeber unbenommen bleiben muss, außergewöhnliche Umstände vorzutragen, die zu einer Ausnahme von der Regel führen. Der Ansatz eines dreifachen Wertes erscheint als angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Vertragspartner. Sie lässt nach wie vor bei Bestehen eines Sachgrunds in gewissem Umfang Kettenbefristungen zu und berücksichtigt die gesetzgeberischen Vorgaben insoweit, als dass die Schwelle eines Rechtsmissbrauchs deutlich über derjenigen aus § 14 I TzBfG liegt. Andererseits nimmt der Ansatz in den Blick, dass die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis die sowohl sozialpolitisch als auch für den Arbeitnehmer wünschenswerte Vertragsgestaltung ist (BAGE 125, 248 = NZA 2008, 701 = NJW 2008, 2140 Rn. 13), und trägt insoweit dem Umstand Rechnung, dass arbeitsrechtliches Befristungsrecht Ausnahmerecht darstellt (so ausdrücklich auch Bruns, NZA 2013, 769 [771]). Mit diesem Ansatz ist vorliegend ein Rechtsmissbrauch indiziert. Gründe, die ausnahmsweise dagegen sprechen, sind nicht ersichtlich ...

Nach alledem hält die vereinbarte Befristung einer Missbrauchskontrolle nicht stand. Selbst bei Bejahung des Befristungsgrundes nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG wäre die Befristung unwirksam.

3. Rechtsfolge der unwirksamen Befristung ist, dass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, vgl. § 16 S. 1 TzBfG. Dementsprechend ist das bekl. Land gemäß dem Antrag zu 2 der Kl. zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen. Dem Einwand des bekl. Landes, dass der ursprünglich angekündigte Antrag das Direktionsrecht beschneide, hat die Kl. Rechnung getragen, indem sie sich in ihrem Antrag nicht mehr auf eine Tätigkeit in der Abteilung 93 Landesbodenkunde des Regierungspräsidiums Freiburg beschränkt hat. Da es sich allerdings um einen prozessualen Weiterbeschäftigungsanspruch handelt, war dieser zu beschränken bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens (*Germelmann in Matthes/Pritting/Germelmann*, ArbGG, 8. Aufl. 2013, § 46 Rn. 64).

Anmerkung:

Dem *ArbG Freiburg* stellten sich in der zu besprechenden Entscheidung zwei Fragestellungen; zum einen war zu klären, ob der Sachgrund des vorübergehenden Mehrbedarfs die Befristungsabrede tragen würde, zum anderen ging es um das vom BAG geschaffenen Rechtsinstitut des „institutionellen Rechtsmissbrauchs“.

Die erste Frage konnte das Gericht dahinstehen lassen, da es davon ausging, dass die Befristungsabrede jedenfalls einer Rechtsmissbrauchskontrolle nicht standhalten würde. Ungeachtet dessen stellte das Gericht fest, dass eine Befristungsabrede nach § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG dann nicht trägt, wenn der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, aufgrund von greifbaren Tatsachen eine tatsächlich fundierte Prognose bei Abschluss des Vertrags dahingehend anzustellen, dass der Arbeitnehmer für die Dauer des Arbeitsvertrags überwiegend mit Projektarbeiten beschäftigt werden kann.

Außerordentlich erfreulich und praxiszugewandt ist die Entscheidung aber insbesondere vor dem Hintergrund der Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung des BAG zum „institutionellen Rechtsmissbrauch“ zu bewerten. Die seit „Küçük“ von der nationalen Rechtsprechung ins Leben gerufene institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle leidet aus Sicht der Praxis bislang daran, dass sie zwar einen Korridor vorgibt, innerhalb derer das BAG von einer indizierten Rechtsmissbrauchskontrolle ausgeht, aber gerade bei dem kumulativen bzw. alternativen Verhältnis von Gesamtbefristungsdauer und Verlängerungsabreden keine verlässlichen Grenzwerte vorgibt. Diesen Korridor sieht das BAG zwischen einer annähernd achtjährigen Beschäftigung bei vier befristeten Verträgen (kein Missbrauch) und einer insgesamt elfjährigen Beschäftigung bei 13 befristeten Verträgen (Missbrauch angenommen).

Die 4. Kammer des *ArbG Freiburg* hat die Gelegenheit genutzt, über den konkret zu beurteilenden Sachverhalt hinaus, Grenzwerte vorzuschlagen, bei denen, selbstverständlich unter Berücksichtigung der Einwendungsmöglichkeiten des Arbeitgebers, jedenfalls von einer Indizierung eines „institutionellen Rechtsmissbrauchs“ auszugehen ist. Diese Grenzwerte sieht die Kammer unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG, welches eine „mehrfache Überschreitung“ fordert, bei einem Faktor 3 bei einer kumulativen Überschreitung von Gesamtbefristungsdauer und Anzahl der Verträge als gegeben an.

Dies wird aus Sicht des Verfassers auch nachvollziehbar damit begründet, dass zum einen in dem vorgegebenen Rahmen Sachgrundbefristungen in aneinander gereihter Form möglich bleiben müssten, dass aber bei Ansatz eines Faktors 3 auch dem sozialpolitischen Ziel der Übernahme von befristet beschäftigten Arbeitnehmern in unbefristete Arbeitsverhältnisse hinreichend Rechnung getragen werde.

Anlässlich der 26. Jahresarbeitstagung des DAI vom 7./8.11.2014 hat Frau Prof. Claudia Schubert eine „Ampellösung“ vorgeschlagen, wobei die „Rotphase“ dieser Lösung einen „institutionellen Rechtsmissbrauch“ jedenfalls immer dann als indiziert ansieht, wenn entweder einer der beiden Grenzwerte des § 14 II 1 TzBfG um mehr als das Fünffache (mehr als zehn Jahre oder 15 Verlängerungen) überschritten sei oder beide Grenzwerte kumulativ um mehr als das Vierfache (mehr als acht Jahre oder zwölf Verlängerungen) überschritten seien.

Freilich ließen sich hier auch noch weitere Argumente, wie bspw. der Wortlaut von „mehrfach“, für eine noch restriktivere Bewertung heranziehen.

Das *ArbG Freiburg* hat mit seinem „Herausgehen aus der Deckung“ jedenfalls einen brauchbaren Anstoß zur Konkretisierung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gegeben, der der Praxis zu mehr Berechenbarkeit verhelfen könnte.

Bleibt abschließend mit *Bayreuther* (NZA 2013, 23 [25]) zu hoffen, dass sich das BAG „bei nächster Gelegenheit doch noch entschließen sollte, für sein Stufensystem feste zeitliche Grenzen herauszuarbeiten“.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Olaf Müller, Freiburg im Breisgau

Kündigungsrecht

Probeweitkündigung mit einer weit über die Mindestfrist hinausgehenden Kündigungsfrist

BGB § 622 III; KSchG § 1

1. Während der Wartezeit des § 1 I KSchG gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Der Arbeitgeber kann also dem Arbeitnehmer regelmäßig noch am letzten Tag der Wartezeit ordentlich kündigen. Sieht der Arbeitgeber die sechsmonatige Probezeit als nicht bestanden an, so kann er sogar im Regelfall, ohne rechtsmissbräuchlich zu handeln, anstatt das Arbeitsverhältnis während der Wartezeit aus § 1 I KSchG mit der kurzen Probezeitkündigungsfrist zu beenden, dem Arbeitnehmer auch eine weitere Bewährungschance geben, indem er mit einer überschaubaren, längeren Kündigungsfrist kündigt und dem Arbeitnehmer für den Fall seiner Bewährung die Wiedereinstellung zusagt (BAG, NJOZ 2003, 1211 = NZA 2002, 1000 Osn.).

2. Wird die Kündigung gegen Ende der vereinbarten Probezeit mit einer Frist von vier Monaten zum Monatsende ausgesprochen, handelt es sich noch um eine überschaubar längere Kündigungsfrist im Sinne der Rechtsprechung des BAG.

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urf. v. 24.6.2014 – 5 Sa 222/13 (*ArbG Rostock*, Urf. v. 24.9.2013 – 2 Ca 960/13)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung, die der Arbeitgeber noch während der Wartezeit aus § 1