

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 15. Februar 2017  
- 7 AZR 223/15 -  
ECLI:DE:BAG:2017:150217.U.7AZR223.15.0

I. Arbeitsgericht Bamberg  
- Kammer Coburg -

Endurteil vom 5. März 2014  
- 3 Ca 852/13 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 27. Januar 2015  
- 7 Sa 454/14 -

---

Entscheidungsstichworte:

Befristung eines Arbeitsvertrags - Schriftform - Befristungsvereinbarung  
„im Vorgriff“ auf einen schriftlich abzuschließenden befristeten Arbeitsvertrag - Heilung einer formunwirksamen Befristung durch eine nachträglich formwirksam zustande gekommene Befristungsabrede

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 223/15  
7 Sa 454/14  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
15. Februar 2017

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtlichen Richter Vorbau und Hansen für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 27. Januar 2015 - 7 Sa 454/14 - teilweise aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg - Kammer Coburg - vom 5. März 2014 - 3 Ca 852/13 - wird, soweit sie die Feststellung betrifft, dass das Arbeitsverhältnis nicht zum 30. Juli 2013 geendet hat, als unzulässig verworfen.

Im Übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin hat  $\frac{3}{4}$  und der Beklagte  $\frac{1}{4}$  der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsverhältnisses. 1

Die Klägerin war seit dem 14. September 2009 aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge als Lehrkraft bei dem Beklagten beschäftigt. In einem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus an alle Staatlichen Realschulen in Bayern vom 17. April 2013 heißt es: 2

„Lehrkräfte, die für einen befristeten Arbeitsvertrag vorgesehen sind, dürfen den Dienst erst aufnehmen, nachdem mit der vorgesehenen Lehrkraft **schriftlich die Befristung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wurde** (durch Unterschrift beider Parteien bestätigte Befristungsabrede) und wenn neben der Zustimmung der Regierung auch die Zustimmung des zuständigen Ministerialbeauftragten vorliegt.

Die in diesem Zusammenhang für das kommende Schuljahr eingeplanten Lehrkräfte müssen ebenfalls in der Vorläufigen Unterrichtsübersicht aufgenommen werden, da die erteilten Lehrerwochenstunden in der Berechnung des Gesamtbudgets enthalten sind.“

Am 11. September 2012 endete das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung des Arbeitsvertrags vom 22. September 2011. Am selben Tag schlossen die Klägerin und der Beklagte, vertreten durch die Schulleiterin, eine formularmäßige „Gesonderte Vereinbarung“ folgenden Inhalts: 3

„Im Vorgriff auf ein noch zu begründendes Arbeitsverhältnis wird zwischen dem Freistaat Bayern ... und Frau S ... Folgendes vereinbart:

Im Fall der Begründung eines Arbeitsverhältnisses soll Frau S im Schuljahr 2012/13 vom 12.9.12 bis voraussichtlich 30.7.2013 (bis 11.9.13) an der Staatlichen Realschule C als Lehrkraft auf Arbeitsvertrag mit mindestens der Hälfte der regelmäßigen Unterrichtspflichtzeit beschäftigt werden.

Der befristete Einsatz erfolgt wegen Elternzeit Fr. StRin D bis 30.7.2012.

**Es wird darauf hingewiesen, dass durch die Unterzeichnung dieser Vereinbarung kein Anspruch auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Freistaat Bayern entsteht. Der Abschluss von Arbeitsverträgen erfolgt gesondert und schriftlich durch die örtlich zuständige Regierung. Eine Berechtigung der Schulleiterin, der Schulleiters oder des fachlichen Leiters des Staatlichen Schulamts zum Abschluss eines Arbeitsvertrages besteht nicht.“**

Am 12. September 2012 setzte die Klägerin ihre Tätigkeit an der Staatlichen Realschule C fort. Am 25. September 2012/8. Oktober 2012 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag, dessen § 1 lautet: 4

„Frau S wird ab 12. September 2012 als teilzeitbeschäftigte Lehrkraft mit einer durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 17 Pflichtstunden an der Staatlichen Realschule C zur Erteilung des Unterrichts im Fach Mathematik befristet weiterbeschäftigt, und zwar als Aus-

hilfslehrkraft zur Vertretung für die Dauer der Elternzeit ohne Dienstleistung im Schuljahr 2012/13 der Studienrätin im Realschuldienst D, längstens jedoch bis zum 10. September 2013.“

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die „Gesonderte Vereinbarung“ vom 11. September 2012 sei rechtlich unverbindlich und enthalte deshalb keine formwirksame Befristungsabrede. Am 12. September 2012 sei zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen, da der Beklagte ihre Arbeitsleistung entgegengenommen habe. Bei Vertragsbeginn habe daher keine dem Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG entsprechende Befristung vorgelegen. Dieser Formmangel sei durch die im Vertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 vereinbarte Befristung zum 10. September 2013 nicht nachträglich geheilt worden. 5

Die Klägerin hat beantragt 6

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem Beklagten nicht aufgrund Befristung zum Ablauf des 30. Juli 2013 und auch nicht aufgrund Befristung zum Ablauf des 10. September 2013 geendet hat, sondern als unbefristetes Arbeitsverhältnis über den 10. September 2013 hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,
2. den Beklagten zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als teilzeitbeschäftigte Lehrkraft mit einer durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 17 Pflichtstunden an der Staatlichen Realschule C zur Unterrichtserteilung weiterzubeschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 8

## Entscheidungsgründe

- Die Revision der Klägerin ist im Wesentlichen unbegründet. Sie hat lediglich Erfolg, soweit sich die Klage gegen die Befristung zum 30. Juli 2013 richtet. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Beklagten zu Unrecht abgeändert. Die Berufung ist insoweit unzulässig. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Befristungskontrollklage der Klägerin zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat aufgrund der im Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 vereinbarten Befristung am 10. September 2013 geendet. 9
- I. Die Revision der Klägerin ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht auf die Berufung des Beklagten die gegen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juli 2013 gerichtete Klage abgewiesen hat. Insoweit hätte das Landesarbeitsgericht die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts als unzulässig verwerfen müssen. 10
1. Die Zulässigkeit der Berufung ist eine in der Revision vom Senat von Amts wegen zu prüfende Prozessfortsetzungsbedingung. Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der Entscheidung ergibt. 11
2. Danach genügt die Berufungsbegründung des Beklagten nicht den gesetzlichen Anforderungen, soweit das Arbeitsgericht festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis nicht zum 30. Juli 2013 geendet hat. Mit der Entscheidung, dass das Arbeitsverhältnis zu diesem Beendigungszeitpunkt nicht geendet hat, setzt sich die Berufungsbegründung nicht auseinander. 12
- II. Im Übrigen ist die Revision der Klägerin unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Befristungskontrollklage abgewiesen, soweit sie auf die Feststellung gerichtet ist, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien 13

nicht aufgrund der im Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 vereinbarten Befristung am 10. September 2013 geendet hat.

1. Insoweit ist die Revision entgegen der Auffassung der Klägerin nicht deshalb erfolgreich, weil das Landesarbeitsgericht die Berufung des Beklagten insgesamt als unzulässig hätte verwerfen müssen. Die Berufungsbegründung entspricht in diesem Punkt den gesetzlichen Anforderungen. 14

a) Eine Berufungsbegründung muss nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO eine hinreichende Darstellung der Gründe enthalten, aus denen sich die Rechtsfehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung ergeben soll. Dies soll gewährleisten, dass der Rechtsstreit für die Berufungsinstanz durch eine Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs ausreichend vorbereitet wird. Deshalb hat der Berufungskläger die Beurteilung des Streitfalls durch den Erstrichter zu überprüfen und darauf hinzuweisen, in welchen Punkten und mit welchem Grund er das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Die Berufungsbegründung muss auf den Streitfall zugeschnitten sein und im Einzelnen erkennen lassen, in welchen Punkten rechtlicher oder tatsächlicher Art und aus welchen Gründen das angefochtene Urteil fehlerhaft sein soll (*st. Rspr., zB BAG 15. November 2016 - 9 AZR 125/16 - Rn. 11; 18. Mai 2011 - 4 AZR 552/09 - Rn. 14*). 15

b) Die Berufungsbegründung entspricht danach noch den gesetzlichen Anforderungen. Der Beklagte hat mit der Berufungsbegründung aufgezeigt, aus welchen Gründen das Arbeitsgericht seiner Auffassung nach fehlerhaft entschieden habe, die im Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 vereinbarte Befristung verstoße gegen das Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG. 16

aa) Ausgehend von dem Urteil des Senats vom 16. April 2008 (- 7 AZR 1048/06 -) hat das Arbeitsgericht angenommen, in dem von beiden Parteien unterschriebenen Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 sei 17

lediglich eine zunächst formunwirksam vereinbarte Befristung schriftlich niedergelegt worden. Der Vertrag enthalte daher keine eigenständige Befristungsabrede. Zwar sei es grundsätzlich möglich, auch ein wegen Formunwirksamkeit der Befristung unbefristet zustande gekommenes Arbeitsverhältnis nachträglich zu befristen. Voraussetzung dafür sei jedoch das Vorliegen von Willenserklärungen der Parteien, die gerade auf diese Rechtsfolge gerichtet seien. Hiervon sei in der Regel nicht auszugehen, wenn das zuvor mündlich Vereinbarte in einem schriftlichen Arbeitsvertrag niedergelegt werde. So verhalte es sich hier.

bb) Der Beklagte hat mit der Berufungsbegründung geltend gemacht, das Arbeitsgericht habe sich zur Stützung seiner Auffassung zu Unrecht auf die Entscheidung des Senats vom 16. April 2008 (- 7 AZR 1048/06 -) bezogen. In dem dortigen Fall hätten sich die Arbeitsvertragsparteien zunächst mündlich über die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verständigt und der Arbeitgeber habe die Fortsetzung der Beschäftigung von dem schriftlichen Vertragsschluss abhängig gemacht. So verhalte es sich auch im vorliegenden Fall. Der Beklagte habe in der „Gesonderten Vereinbarung“ die Konditionen für einen noch abzuschließenden Arbeitsvertrag „abgefragt“ und dabei auf dem schriftlichen Vertragsschluss bestanden. Aus diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass der Beklagte die Würdigung des Arbeitsgerichts, der schriftliche Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 gebe nur eine zuvor formunwirksam getroffene Befristung wieder, für unzutreffend hält, weil er das Zustandekommen des Arbeitsvertrags von einem schriftlichen Vertragsschluss abhängig gemacht habe.

18

2. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat aufgrund der Befristung im Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 am 10. September 2013 geendet. Die Befristung ist wirksam. Sie ist durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG gerechtfertigt und genügt dem Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG.

19



- a) Die Befristung zum 10. September 2013 gilt nicht nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. Die Klägerin hat die Rechtsunwirksamkeit der Befristung mit der am 20. August 2013 beim Arbeitsgericht eingereichten und dem Beklagten am 23. August 2013 zugestellten Klage innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist nach § 17 Satz 1 TzBfG geltend gemacht. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats wahrt auch die Erhebung einer Klage vor dem Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 549/14 - Rn. 9; 2. Juni 2010 - 7 AZR 136/09 - Rn. 13 mwN, BAGE 134, 339*). 20
- b) Die Befristung zum 10. September 2013 ist durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG iVm. § 21 Abs. 1 BEEG gerechtfertigt. 21
- aa) Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Sachgrund der Vertretung wird durch § 21 Abs. 1 BEEG konkretisiert (*BAG 29. April 2015 - 7 AZR 310/13 - Rn. 16*). Danach liegt ein sachlicher Grund, der die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, ua. dann vor, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers oder einer anderen Arbeitnehmerin für die Dauer des Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz oder einer Elternzeit oder für diese Zeiten zusammen oder für Teile davon eingestellt wird. 22
- bb) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Klägerin wurde nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zur Vertretung der StRin D eingestellt, die sich im Schuljahr 2012/13 in Elternzeit befand. 23
- c) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Befristung in dem Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 zum 24

10. September 2013 dem Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG genügt. In dem Vertrag wurde nicht lediglich eine zuvor formunwirksam vereinbarte Befristung schriftlich niedergelegt. Vielmehr enthält der Vertrag eine eigenständige Befristungsabrede, mit der erstmals eine Befristung zum 10. September 2013 vereinbart wurde. Damit haben die Parteien das Arbeitsverhältnis, das am 12. September 2012 entstanden ist, nachträglich formwirksam befristet. Zwar ist das Landesarbeitsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, nach § 15 Abs. 5 TzBfG sei ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden, da die Klägerin ihre Tätigkeit am 12. September 2012 ohne vertragliche Grundlage fortgesetzt habe. Durch die Fortsetzung der Tätigkeit am 12. September 2012 ist jedoch konkludent ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande gekommen. Der vom Beklagten in der „Gesonderten Vereinbarung“ erklärte Schriftlichkeitsvorbehalt steht dem nicht entgegen. Es kann dahinstehen, ob das konkludent begründete Arbeitsverhältnis unbefristet oder entsprechend dem Inhalt der „Gesonderten Vereinbarung“ befristet zum 30. Juli 2013 oder zum 11. September 2013 begründet wurde. In letzterem Fall wäre die Befristungsabrede in dem konkludent geschlossenen Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen das Formerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 Satz 1 BGB unwirksam, so dass der Arbeitsvertrag nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen zu gelten hätte.

aa) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts galt das aufgrund der Befristung in dem vorangegangenen Vertrag am 11. September 2012 beendete Arbeitsverhältnis nicht wegen der Fortsetzung der Tätigkeit der Klägerin über den 11. September 2012 hinaus nach § 15 Abs. 5 TzBfG als auf unbestimmte Zeit verlängert. Vielmehr haben die Parteien am 12. September 2012 eine konkludente Vereinbarung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses getroffen. 25

(1) Verträge kommen durch auf den Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Willenserklärungen zustande, indem das Angebot („Antrag“) der einen Vertragspartei gemäß den §§ 145 ff. BGB von der anderen Vertragspartei 26

angenommen wird. Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet ist. Sie kann nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssiges Verhalten (Realofferte und deren konkludente Annahme) abgegeben werden (BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 19; 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - Rn. 26). Ob eine Äußerung oder ein Verhalten als Willenserklärung zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach §§ 133, 157 BGB sind Willenserklärungen und Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten, wobei vom Wortlaut auszugehen ist. Zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt. Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinne verstanden, so geht der wirkliche Wille dem Wortlaut des Vertrags und jeder anderweitigen Interpretation vor und setzt sich auch gegenüber einem völlig eindeutigen Vertragswortlaut durch (BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 797/14 - Rn. 31; 18. Mai 2010 - 3 AZR 373/08 - Rn. 36, BAGE 134, 269). Diese Grundsätze sind auch anzuwenden bei der Frage, ob ein bestimmtes willentliches Verhalten eine Willenserklärung darstellt (vgl. BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 797/14 - aaO; 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 13, BAGE 148, 349).

(2) Die Auslegung nichttypischer Erklärungen obliegt in erster Linie den Tatsachengerichten. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) verletzt, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr., vgl. BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 797/14 - Rn. 32; 20. September 2016 - 3 AZR 77/15 - Rn. 32;

27

24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 20; 10. Dezember 2014 - 7 AZR 1009/12 - Rn. 26). Das Revisionsgericht darf bei einer unterlassenen oder fehlerhaften Auslegung nichttypischer Willenserklärungen die Auslegung selbst vornehmen, wenn das Landesarbeitsgericht den erforderlichen Sachverhalt vollständig festgestellt hat und kein weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten ist (st. Rspr., zB BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 30 mwN, BAGE 149, 144).

(3) Danach haben die Parteien am 12. September 2012 konkludent einen Arbeitsvertrag geschlossen. 28

(a) Zwar kann nicht schon das Angebot zum Abschluss der „Gesonderten Vereinbarung“ vom 11. September 2012 als verbindliches Vertragsangebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verstanden werden. Hierfür fehlt es an dem erforderlichen Rechtsbindungswillen des Beklagten. Die „Gesonderte Vereinbarung“ enthält den fettgedruckten Hinweis, „dass durch die Unterzeichnung dieser Vereinbarung kein Anspruch auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses“ entstehe und der „Abschluss von Arbeitsverträgen gesondert und schriftlich durch die örtlich zuständige Regierung“ erfolge. 29

(b) Der Beklagte musste allerdings die Fortsetzung der Tätigkeit am 12. September 2012 entsprechend der „Gesonderten Vereinbarung“ als Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu den dort bezeichneten Vertragsbedingungen verstehen. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags nach der „Gesonderten Vereinbarung“ von der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags abhängig gemacht hat. Der Beklagte konnte nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) nicht annehmen, dass die Klägerin ihre Arbeitsleistung zunächst ohne jede vertragliche Grundlage zu ungeklärten Bedingungen anbieten würde. Der Beklagte durfte und musste aufgrund der gesamten Umstände vielmehr davon ausgehen, dass die Klägerin die Arbeitsleistung nach Maßgabe der „Gesonderten Vereinbarung“ und der bei ihm üblichen, den vorherigen befristete- 30

ten Standardarbeitsverträgen zugrundeliegenden Bedingungen angeboten hat, als sie ihre Tätigkeit zum abgesprochenen Zeitpunkt am 12. September 2012 an der Realschule C aufnahm. Diesen konkludenten Antrag der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags hat der Beklagte am 12. September 2012 konkludent angenommen, indem er der Klägerin einen Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt und ihre Arbeitsleistung entgegengenommen hat. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte den Vertragsschluss unter den Vorbehalt seiner schriftlichen Annahme gestellt hat.

(aa) Zwar kann der Arbeitgeber den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch den Arbeitnehmer abhängig machen. Hat der Arbeitgeber in den Vertragsverhandlungen mit dem Arbeitnehmer den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags ausdrücklich unter den Vorbehalt eines schriftlichen Vertragsschlusses gestellt oder dem Arbeitnehmer die schriftliche Niederlegung des Vereinbarten angekündigt, so ist diese Erklärung ohne Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) dahingehend zu verstehen, dass der Arbeitgeber dem sich aus § 14 Abs. 4 TzBfG ergebenden Schriftformgebot entsprechen will und sein auf den Vertragsschluss gerichtetes schriftliches Angebot nur durch die der Form des § 126 Abs. 2 BGB genügende Unterzeichnung der Vertragsurkunde angenommen werden kann. Hat der Arbeitgeber durch sein vor der Arbeitsaufnahme liegendes Verhalten verdeutlicht, dass er den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags von der Einhaltung des Schriftformgebots abhängig machen will, liegt in der bloßen Entgegennahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers regelmäßig nicht die Annahme eines vermeintlichen Vertragsangebots des Arbeitnehmers. Dieser kann das schriftliche Angebot des Arbeitgebers dann noch nach der Arbeitsaufnahme durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrags annehmen. Nimmt der Arbeitnehmer in diesem Fall vor der Vertragsunterzeichnung die Arbeit auf, entsteht zwischen den Parteien lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis, weil es an der Abgabe der zum Vertragsschluss erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen fehlt

31

(vgl. BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 797/14 - Rn. 38; 7. Oktober 2015 - 7 AZR 40/14 - Rn. 20; 16. April 2008 - 7 AZR 1048/06 - Rn. 14 jeweils für den Fall, dass dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn ein schriftliches Vertragsangebot des Arbeitgebers vorliegt).

(bb) Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Arbeitgeber, ohne dem Arbeitnehmer ein annahmefähiges schriftliches Angebot auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags unterbreitet zu haben, ausdrücklich erklärt hat, der Arbeitsvertrag solle erst mit Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch ihn zustande kommen, er dem Arbeitnehmer jedoch bereits zuvor in Widerspruch zu seiner Erklärung einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und die Arbeitsleistung entgegennimmt. Unter diesen Umständen hat er seinerseits nicht alles zur Wahrung der Schriftform getan. In einem solchen Fall ist der Vorbehalt unbeachtlich. Der Arbeitgeber kann die Auslegung seines Verhaltens als Ausdruck eines entsprechenden Rechtsfolgewillens nicht ausschließen. Die in Widerspruch zu seinem tatsächlichen Verhalten stehende Erklärung ist für die rechtliche Wertung, welche Erklärungsbedeutung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung zukommt, ohne Bedeutung. Zeigt jemand ein Verhalten, das nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur als Ausdruck eines bestimmten Willens aufgefasst werden kann, so ist seine wörtliche Verwahrung gegen eine entsprechende Deutung des Verhaltens unbeachtlich, denn er setzt sich in Widerspruch mit seinem eigenen tatsächlichen Verhalten (sog. *protestatio facto contraria*) und hat durch sein tatsächliches Verhalten die Geltendmachung einer anderweitigen Auslegung verwirkt (BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 797/14 - Rn. 40; 19. Januar 2005 - 7 AZR 113/04 - zu II 1 b der Gründe; BGH 9. Mai 2000 - VI ZR 173/99 - zu II 2 b bb der Gründe).

32

(cc) Danach konnte der Beklagte den Abschluss des Arbeitsvertrags nicht von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde abhängig machen. Er kann sich weder auf die „Gesonderte Vereinbarung“ noch auf den Hinweis des Bayeri-

33

schen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 17. April 2013 berufen, weil die Erklärungen seinem tatsächlichen Verhalten widersprechen.

(aaa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sah es der Beklagte selbst als unerlässlich an, durch den Abschluss von Vorvereinbarungen die Arbeitsverhältnisse von Aushilfslehrern zu steuern. Mit den „Gesonderten Vereinbarungen“ sollte einerseits sichergestellt werden, dass zu Schuljahresbeginn genügend Lehrkräfte zur Verfügung standen, andererseits aber verhindert werden, dass die beschäftigten Aushilfslehrer ungewollt in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen werden. Der Beklagte traf dazu „Gesonderte Vereinbarungen“, bei denen er sich von der Schulleitung vertreten ließ, setzte die Lehrkräfte aber dennoch bereits vor dem Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags, zu dem die Schulleitung ausdrücklich nicht befugt war, im Unterricht ein. Darin liegt ein bewusst widersprüchliches Verhalten. 34

(bbb) Aus dem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 17. April 2013 ergibt sich nichts anderes. Mit diesem Schreiben hat das Bayerische Staatsministerium allen Staatlichen Realschulen mitgeteilt, dass Lehrkräfte, die für einen befristeten Arbeitsvertrag vorgesehen seien, ihren Dienst erst aufnehmen dürften, nachdem mit der vorgesehenen Lehrkraft schriftlich die Befristung des Arbeitsverhältnisses vereinbart worden sei (durch Unterschrift beider Parteien bestätigte Befristungsabrede) und neben der Zustimmung der Regierung auch die Zustimmung des zuständigen Ministerialbeauftragten vorliege. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts widersprach die tatsächliche Handhabung dieser Anweisung. Im Übrigen ergibt sich aus dem Sachvortrag des Beklagten nicht, dass das Schreiben des Staatsministeriums der Klägerin bekannt war. 35

(c) Es kann dahinstehen, ob der am 12. September 2012 konkludent abgeschlossene Arbeitsvertrag unbefristet war oder ob und ggf. welcher der in der „Gesonderten Vereinbarung“ genannten Beendigungszeitpunkte 30. Juli 2013 oder 11. September 2013 Bestandteil des Vertragsangebots der Klägerin war, 36

das vom Beklagten konkludent angenommen wurde. Wäre dem Angebot der Klägerin keine Befristung zu entnehmen, wäre durch die Entgegennahme der Arbeitsleistung am 12. September 2012 konkludent ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden. Sollte hingegen eine Befristung zum 30. Juli 2013 oder zum 11. September 2013 Gegenstand des Angebots der Klägerin gewesen sein, hätte sich der Beklagte durch die Entgegennahme der Arbeitsleistung damit konkludent einverstanden erklärt. Eine konkludent vereinbarte Befristung wäre dann allerdings nach § 14 Abs. 4 TzBfG formunwirksam mit der Folge, dass nach § 16 Satz 1 TzBfG ebenfalls ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden wäre.

bb) Die Parteien haben das am 12. September 2012 entstandene unbefristete Arbeitsverhältnis durch den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/8. Oktober 2012 nachträglich formwirksam zum 10. September 2013 befristet. Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. 37

(1) Eine formnichtige Befristungsabrede lässt sich nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zwar nicht dadurch nachträglich heilen, dass die Parteien das nicht schriftlich Vereinbarte nach der Arbeitsaufnahme durch den Arbeitnehmer schriftlich niederlegen. In diesem Fall ist die zunächst der Schriftform nicht entsprechende Befristungsabrede nach § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 Satz 1 BGB nichtig mit der Folge, dass bei Vertragsbeginn nach § 16 Satz 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht. Die spätere schriftliche Niederlegung der zunächst formnichtig vereinbarten Befristung führt nicht dazu, dass die Befristung rückwirkend wirksam wird. Dadurch kann allenfalls das bei Vertragsbeginn nach § 16 Satz 1 TzBfG unbefristet entstandene Arbeitsverhältnis nachträglich befristet werden. Hierzu sind allerdings auf die Herbeiführung dieser Rechtsfolge gerichtete Willenserklärungen der Parteien erforderlich. Daran fehlt es in der Regel, wenn die Parteien nach Vertragsbeginn lediglich eine bereits zuvor formunwirksam vereinbarte Befristung in einem schriftlichen Arbeitsvertrag niederlegen. Dadurch wollen sie im Allgemeinen nur das zuvor 38



Vereinbarte schriftlich festhalten und keine eigenständige rechtsgestaltende Regelung treffen (*BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 797/14 - Rn. 28; 7. Oktober 2015 - 7 AZR 40/14 - Rn. 19; 16. April 2008 - 7 AZR 1048/06 - Rn. 12; 16. März 2005 - 7 AZR 289/04 - zu I 2 der Gründe, BAGE 114, 146; 1. Dezember 2004 - 7 AZR 198/04 - zu B I 4 a und b der Gründe, BAGE 113, 75*).

Anders verhält es sich allerdings, wenn die Parteien vor Vertragsbeginn und vor Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags keine Befristung vereinbart haben, oder wenn sie formunwirksam eine Befristungsabrede getroffen haben, die inhaltlich mit der in dem später unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag enthaltenen Befristung nicht übereinstimmt. In diesem Fall wird in dem schriftlichen Arbeitsvertrag nicht lediglich eine zuvor formunwirksam vereinbarte Befristung schriftlich niedergelegt, sondern eine davon abweichende und damit eigenständige Befristungsabrede getroffen, durch die das zunächst bei Vertragsbeginn unbefristet entstandene Arbeitsverhältnis nachträglich befristet wird. Entspricht die Vertragsurkunde den Voraussetzungen des § 126 BGB, ist die Befristung dann nicht wegen eines Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam (*BAG 16. April 2008 - 7 AZR 1048/06 - Rn. 12; 1. Dezember 2004 - 7 AZR 198/04 - zu B I 4 a und b der Gründe, BAGE 113, 75*).

(2) Danach erfüllt die in dem Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/ 8. Oktober 2012 enthaltene Befristung die Anforderungen an die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG. Es handelt sich nicht lediglich um die schriftliche Niederlegung einer zuvor formunwirksam vereinbarten Befristung.

(a) Die Vertragsurkunde entspricht den Voraussetzungen des § 126 BGB, weil sie von beiden Parteien unterzeichnet wurde. Sie wahrt damit die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG.

(b) Die in dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25. September 2012/ 8. Oktober 2012 vereinbarte Befristung weicht auch inhaltlich von einer möglicherweise zuvor formunwirksam vereinbarten Befristung ab, da die Parteien

erstmals eine Befristung zum 10. September 2013 vereinbart haben. Mit dem konkludenten Vertragsschluss vom 12. September 2012 haben die Parteien - wenn überhaupt - eine Befristung entsprechend dem Inhalt der „Gesonderten Vereinbarung“ vom 11. September 2012 entweder zum 30. Juli 2013 oder zum 11. September 2013, nicht jedoch zum 10. September 2013 vereinbart.

III. Der Klageantrag zu 2. fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist auf vorläufige Weiterbeschäftigung der Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Befristungskontrollantrag gerichtet. Die Entscheidung des Senats über den Befristungskontrollantrag wird mit der Verkündung rechtskräftig. 43

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. 44

Gräfl

M. Rennpferdt

Kiel

Vorbau

H. Hansen