

6 Sa 1149/11
32 Ca 3273/11
(ArbG München)

Verkündet am: 21.08.2012

Kreßler
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Dr. C.
C-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, A-Stadt

gegen

F.
vertreten durch das ..., Dienststelle A-Stadt
Alexandrastraße 3, A-Stadt

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte E.
E-Straße, A-Stadt

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. August 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Künzl und die ehrenamtlichen Richter Knappmann und Berger

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 13. Oktober 2011 – 32 Ca 3273/11 – abgeändert:**
 - 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin beim Beklagten nicht auf Grund vereinbarter Befristung zum 28.02.2011 geendet hat, sondern unbefristet fortbesteht.**
 - 2. Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin als Oberärztin in der Herzchirurgischen Klinik und Poliklinik weiterzubeschäftigen.**
- II. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
- III. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Befristung des Arbeitsvertrages der Klägerin und um Weiterbeschäftigung.

Die Klägerin war beim beklagten Land vom 5. Mai 1999 bis 28. Feb. 2011 aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge, zuletzt als habilitierte Oberärztin, beschäftigt. Das Jahresgehalt betrug im Jahr 2010 121.154,41 € brutto.

Zuletzt vereinbarten die Parteien unter dem Datum 26. Mai 2009/15. Apr. 2009 einen befristeten Arbeitsvertrag bis 28. Feb. 2011 (Anlage K 3, Bl. 28 f. d. A.). Die Befristung war als Beschäftigung nach abgeschlossener Promotion sowie aus haushaltsrechtlichen Gründen begründet.

Mit Schreiben vom 26. Mai 2009 (Anlage K 6, Bl. 33 d. A.) bestellte das beklagte Land die Klägerin mit Wirkung ab 1. Dez. 2008 unbefristet zur Oberärztin in der Herzchirurgischen Klinik und Poliklinik. Seit 1. Okt. 2010 ist die Klägerin ferner stellvertretende Frauenbeauftragte der Medizinischen Fakultät der Universität A-Stadt mit einer noch bis 30. Sept. 2012 laufenden Amtszeit.

Nach Ablauf des 28. Feb. 2011 vereinbarten die Parteien kein neues (befristetes) Arbeitsverhältnis. Am 2. März 2011 unterzeichneten beide Parteien eine Erklärung (Anlage K 17, Bl. 54 d. A.) des Inhalts, sie seien sich einig, dass der Arbeitsvertrag vom 26. Mai 2009 am 28. Feb. 2011 geendet habe. Mit Anwaltsschreiben vom 3. März 2011 ließ die Klägerin diese Erklärung vorsorglich anfechten.

Mit ihrer am 21. März 2011 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem beklagten Land am 28. März 2011 zugestellten Klage vom 21. März 2011 wendet sich die Klägerin gegen die Befristungsabrede in ihrem letzten Arbeitsvertrag zum 28. Feb. 2011.

Sie hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, die Befristung sei unwirksam. Diese könne weder als Drittmittelbefristung noch als Haushaltsbefristung begründet werden. Insbesondere sei die Befristung wegen ihrer schriftlich bestätigten, unbefristeten Bestellung zur Oberärztin unwirksam. Auch verstoße diese gegen Art. 4 BayHSchG und gegen die Grundordnung der Universität. Auch unterbinde das beklagte Land durch das unzulässige Festhalten an der Befristungsvereinbarung die durch eine Wahl legitimierte Fortsetzung der Tätigkeit als stellvertretende Frauenbeauftragte. Mit dem Festhalten an der Befristung bleibe ihre herausragende wissenschaftliche Befähigung, Eignung und fachliche Leistung unberücksichtigt.

Die Unterzeichnung des Schreibens vom 2. März 2011 stehe der Unwirksamkeit der Befristung nicht entgegen; dieses sei wirksam mit Schreiben vom 3. März 2011 angefochten worden.

Das beklagte Land hat dem entgegen gehalten, die Klage sei bereits wegen der am 2. März 2011 unterzeichneten außergerichtlichen Vereinbarung der Parteien unbegründet. Mit dieser habe eine bestehende Unsicherheit über die Wirksamkeit der getroffenen Befristungsabrede ausgeschlossen werden sollen. Die Anfechtung der Klägerin sei nicht

nachvollziehbar; aus ihr lasse sich nicht entnehmen, aus welchem Grund die Anfechtung erklärt worden sei; dieser werde auch in der Klageschrift nicht ausgeführt.

Jedenfalls habe das Arbeitsverhältnis auf Grund rechtswirksam vereinbarter Befristungsabrede geendet. Der Befristungszeitraum nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG sei noch nicht abgelaufen gewesen, weswegen darauf eine Befristung habe gestützt werden können. Auch habe die Klägerin eine Stelle eines Akademischen Rates inne gehabt, die nach dem Haushalt für eine befristete Beschäftigung vorgesehen sei.

Der Weiterbeschäftigungsantrag, gerichtet auf die Beschäftigung als Oberärztin in der Herzchirurgischen Klinik und Poliklinik sei unverständlich. Er komme nur dann in Betracht, wenn sie nicht mehr an einer anderen Stelle eingesetzt werden könnte.

Das Arbeitsgericht München hat die Klage mit Endurteil vom 13. Okt. 2011 (Bl. 99 ff. d. A.) vollumfänglich abgewiesen. Wegen des weiteren unstrittigen und des streitigen Vortrags der Parteien, der erstinstanzlich gestellten Anträge und der maßgeblichen Erwägungen des Arbeitsgerichts wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen führt das Arbeitsgericht zur Begründung seiner Entscheidung aus, die getroffene Befristungsabrede sei nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG gerechtfertigt; die darin festgelegte Frist sei am 28. Feb. 2011 noch nicht abgelaufen gewesen. Die Befristungsabrede sei weder nach Art. 4 BayHSchG noch wegen eines Verstoßes gegen die Grundordnung der ... unwirksam. Eine allenfalls in Betracht kommende Unwirksamkeit nach § 7 Abs. 2 AGG sei nach dem Sachvortrag der Klägerin nicht zu überprüfen. Auch ergebe sich aus der unbefristeten Bestellung als Oberärztin noch aus ihrer Wahl zur stellvertretenden Frauenbeauftragten eine Unwirksamkeit der Befristungsabrede. Allein die Bestellung zur Oberärztin sei unbefristet bestätigt worden, nicht die unbefristete Weiterbeschäftigung. Die am 2. März 2011 unterzeichnete Erklärung, welche nicht durch die Anfechtung der Klägerin nichtig sei, bestätige die Wirksamkeit der Befristung.

Gegen dieses ihr am 8. Dez. 2011 zugestellte Endurteil hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 28. Dez. 2011, der am selben Tag per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangen war, Berufung eingelegt und diese nach der auf ihren Antrag vom 30. Jan. 2012, eingegangen am selben Tag, erfolgten Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis

8. März 2012 (Beschluss vom 31. Jan. 2012, Bl. 141 d. A.), mit Schriftsatz vom 8. März 2012, der am selben Tag eingegangen war, begründet.

Sie räumt ein, dass die Befristungsabrede nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG gerechtfertigt ist; mit einer Haushaltsbefristung lasse sie sich aber jedenfalls nicht begründen.

Die Vereinbarung vom 2. März 2011 stehe dem Befristungsangriff, wie sie meint, nicht entgegen. Diese stelle keine rechtsverbindliche Bestätigung dar. Mit ihr habe gerade keine Unsicherheit ausgeschlossen werden sollen. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsqualität der Vereinbarung habe das Arbeitsgericht zu Unrecht nicht vorgenommen. Nach dem Wortlaut beziehe sich die Vereinbarung nur auf den zuletzt für die Dauer von zwei Jahren befristeten Arbeitsvertrag, nicht aber auf das zwölf Jahre bestandene Arbeitsverhältnis. Dass dieses auch zum 28. Feb. 2011 geendet haben sollte, sei gerade nicht vereinbart worden. Im Übrigen enthalte die Vereinbarung keine Arbeitgeberleistung. Angesichts des rein deskriptiven Charakters komme ihr keine normative Bedeutung zu. Die vorsorglich erklärte Anfechtung sei wirksam, wie sie meint. Es liege ein Irrtum über den Erklärungsinhalt in der Form des Irrtums über die Rechtsfolgen ihrer Erklärung, vor. Die Klägerin habe ihre Position, die getroffene Befristungsabrede arbeitsgerichtlich kontrollieren zu lassen, dadurch nicht aufgeben wollen.

Die Unwirksamkeit der getroffenen Befristungsabrede stütze sie zweitinstanzlich auf das Schreiben des beklagten Landes vom 26. Mai 2009 (Anlage K 6, Bl. 33 d. A.). Damit sei sie unbefristet zur Oberärztin bestellt worden, womit ihr rechtsverbindlich eine unbefristete Weiterbeschäftigung zugesagt worden sei.

Ferner wahre die Befristungsverlängerung im Vertrag vom 26. Mai 2009/15. Apr. 2009 (Anlage K 3, Bl. 28 f. d. A.) nicht die gesetzliche Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG. Darauf habe das Arbeitsgericht nicht hingewiesen. Auf Seiten des beklagten Landes sei der Vertrag allein mit einem Handzeichen („Ba“) neben dem Zusatz „15.4.09“ unterzeichnet. Dieses Handzeichen sei entweder eine Abkürzung des ersten Teils des Namens der Unterzeichnerin A. oder eine Abkürzung des Doppelnamens mit dem jeweils ersten Buchstaben beider Namensteile. Jedenfalls stelle dies keine für die Erfüllung der Schriftform erforderliche Unterschrift dar.

Ein von beiden Seiten unterzeichnetes Vertragsexemplar liege auch ihr nicht vor und habe nicht vorgelegen. Da ihre Unterlagen insbesondere nach zwei Wohnungswechseln unvollständig gewesen seien, habe der Klägervertreter Einsicht in die Personalakte genommen, wo er ebenso, wie ausgeführt, kein von beiden Seiten vollständig unterzeichnetes Vertragsexemplar vorgefunden habe.

Sie **b e a n t r a g t**:

1. **Das Urteil des Arbeitsgerichts München, Az. 32 Ca 3273/11, vom 13.10.2011, wird aufgehoben.**
2. **Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin beim Beklagten nicht aufgrund Befristung am 28.02.2011 geendet hat, sondern ungekündigt fortbesteht.**
3. **Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin als Oberärztin in der Herzchirurgischen Klinik und Poliklinik weiterzubeschäftigen.**

Das beklagte Land **b e a n t r a g t**,

die Berufung zurückzuweisen.

Das beklagte Land verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung.

Ergänzend wird vorgetragen, es sei der Klägerin keine unbefristete Weiterbeschäftigung zugesagt worden. Dieser Begriff finde sich im Bestellungsschreiben zur Oberärztin gerade nicht.

Ein Verstoß gegen das Schriftformgebot sei nicht gegeben. Die vorgelegte Vertragskopie weise zugegebenermaßen nur eine Paraphe aus. Diese habe der Klägervertreter allerdings bei der Einsichtnahme in die Personalakte der Klägerin gefertigt. Entsprechend der Verwaltungspraxis befinde sich dort allein eine mit Entwurf überschriebene und mit einer Paraphe auf Arbeitgeberseite abgezeichnete Vertragsabschrift. Das Original des Vertrages sei von beiden Seiten vollständig unterschrieben und der Klägerin ausgehändigt worden. Damit sei dem Schriftformgebot Rechnung getragen.

Die Ausführungen der Klägerin zur Vereinbarung vom 2. März 2011 seien nicht nachvollziehbar. Es sei nicht zu erkennen, weshalb dieser kein rechtsverbindlicher Regelungsge-

halt zukommen solle. Ebenso sei unklar, weswegen Bedenken gegen die Wirksamkeit einer „kompensationslosen Verzichtserklärung“ bestehen sollten.

Der Weiterbeschäftigungsantrag begegne, wie schon erstinstanzlich vorgetragen, Bedenken. Im befristeten Arbeitsvertrag sei eine Tätigkeit am Klinikum der Universität vereinbart gewesen. Konkrete Aussagen zur Art der geschuldeten Tätigkeit habe man dort nicht getroffen.

Im Termin vom 8. Mai 2012 hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, es sei nicht bestritten, dass der Klägerin ein beidseits vollständig unterzeichnetes Vertragsexemplar ausgehändigt worden sei. Daraufhin hat der Klägervertreter den Sachvortrag des beklagten Landes auch insoweit bestritten.

Das Landesarbeitsgericht hat durch Einvernahme der Zeuginnen A. und B. Beweis erhoben. Wegen des Beweisthemas wird auf Seite 2 f. des Protokolles vom 8. Mai 2012 (Bl. 184 f. d. A.), wegen des Beweisergebnisses auf Seite 2 ff. des Protokolles vom 7. Aug. 2012 (Bl. 240 ff. d. A.) Bezug genommen.

Wegen des Sachvortrages der Parteien im Einzelnen wird auf die Schriftsätze – nebst eventueller Anlagen – der Klägerin vom 21. März 2011 (Bl. 14 ff. d. A.), vom 15. Sept. 2011 (Bl. 92 ff. d. A.), vom 8. März 2012 (Bl. 142 ff. d. A.) und vom 2. Aug. 2012 (Bl. 204 ff. d. A.), des beklagten Landes vom 6. Juni 2011 (Bl. 68 ff. d. A.), vom 13. Apr. 2012 (Bl. 169 ff. d. A.), vom 14. Mai 2012 (Bl. 191 ff. d. A.) und vom 27. Juni 2012 (Bl. 202 f. d. A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 13. Okt. 2011 (Bl. 96 f. d. A.), vom 8. Mai 2012 (Bl. 183 ff. d. A.) und vom 7. Aug. 2012 (Bl. 239 ff. d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte Berufung hat in der Sache Erfolg.

I. Die Berufung ist zulässig.

Sie ist nach § 64 Abs. 1, 2 b, c ArbGG statthaft sowie in rechter Form und Frist eingelegt und begründet worden (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 519 Abs. 2, § 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 66 Abs. 1 Sätze 1, 2, 5 ArbGG, § 222 ZPO).

II. In der Sache hat die Berufung Erfolg.

Zwischen den Parteien liegt ein unbefristetes Vertragsverhältnis vor (§ 16 TzBfG). Denn die zwischen ihnen getroffene Befristungsabrede im Vertrag vom 26. Mai 2009/15. Apr. 2009 ist formunwirksam. Die Einhaltung des Schriftformerfordernisses des § 14 Abs. 4 TzBfG, das auch im Rahmen einer Befristungsabrede nach dem WissZeitVG (APS/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl., § 2 WZVG Rz. 56) zu beachten ist, ist beklagenseits nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen. Der Feststellung der Unwirksamkeit der getroffenen Befristungsabrede steht auch die beidseits unterzeichnete Vereinbarung vom 2. März 2011 nicht entgegen. Weder ist dieser ein Klageverzicht gegen die Befristungsabrede, noch ein Aufhebungsvertrag oder ein außergerichtlicher Vergleich zu entnehmen. Gegen das Weiterbeschäftigungsverlangen der Klägerin bestehen keine Bedenken. Zwar mag es sein, dass das beklagte Land sie aufgrund der vertraglichen Abrede im Wege der Direktionsausübung auch anderweit einsetzen könnte. Allerdings begehrt die Klägerin die Beschäftigung auf dem zuletzt ihr zugewiesenen Arbeitsplatz; eine anderweitige Zuweisung eines Arbeitsplatzes war bislang nicht erfolgt.

1. Die Klage ist zulässig.

a. Die Klage ist in rechter Frist (§ 17 TzBfG) erhoben worden; sie ist am letzten Tag der 3-Wochen-Frist, gerechnet ab dem vereinbarten Befristungsende am 28. Feb. 2011, beim Arbeitsgericht München eingegangen.

b. Der Zulässigkeit der Klage steht die Vereinbarung vom 2. März 2011 nicht mit der Folge eines etwa entfallenden Rechtsschutzinteresses entgegen. Damit haben die Parteien weder einen (wirksamen) Verzicht der Klägerin auf Erhebung einer Entfristungsklage noch einen Aufhebungsvertrag vereinbart, so dass es auf die Frage der wirksamen Anfechtung der Erklärung insoweit nicht ankommt.

aa. Es bestehen bereits Bedenken, ob der Vereinbarung vom 2. März 2011 ein Wille zur Abrede eines Klageverzichts zu entnehmen ist. Denn ein Verzicht stellt einen mate-

riell-rechtlichen Vertrag dar, auf den die Vorschriften über Willenserklärungen anzuwenden sind (vgl. nur *APS/Dörner/Vossen*, a.a.O., § 1 KSchG Rz. 12). Vorliegend haben die Parteien in der Vereinbarung vom 2. März 2011 allein die Einigkeit bekundet, dass „der Arbeitsvertrag von 26.05.2009 ... am 28.02.2011 geendet hat.“ Damit ist allein eine Tatsache übereinstimmend bekundet, ohne dass die Parteien, ersichtlich nach dem Vertragstext, mit der bekundeten Tatsache eine weitergehende Rechtswirkung verbunden wissen wollten.

Jedenfalls aber wäre ein Klageverzicht schon nach § 22 Abs. 1, § 17 Satz 1 TzBfG unwirksam. Nach § 22 Abs. 1 TzBfG kann von § 17 TzBfG nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (BAG v. 13. 6. 2007 – 7 AZR 287/06, ZTR 2007, 694).

bb. Ebenso ist in der Vereinbarung vom 2. März 2011 kein, ggf. im Wege eines Vergleiches abgeschlossener, Aufhebungsvertrag zwischen den Parteien zu erkennen. Denn der Aufhebungsvertrag als „actus contrarius“ zum Vertragsschluss (*APS/Rolfs*, a.a.O., AufhebVtr Rz. 1) will das Vertragsverhältnis unmittelbar beenden.

aaa. Ein Aufhebungsvertrag kann auch im Wege eines Vergleiches abgeschlossen werden. Doch bestehen hier gegen die Annahme eines Vergleiches Bedenken, da kein gegenseitiges Nachgeben zu erkennen ist. Dieses ist nicht allein im streng juristischen Sinne, sondern auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zu verstehen (BGH v. 31. 1. 1963 – III ZR 117/62, BGHZ 39, 60, unter Rz. 14 ff. [juris]). Es müssen somit beide Parteien, wenn auch ggf. nur in geringem Umfang, der jeweils anderen Vertragspartei entgegenkommen (BGH v. 31. 1. 1963, a.a.O., unter Rz. 13 [juris]; Palandt/*Sprau*, BGB, 70. Aufl., § 779 Rz. 9). Ein Nachgeben des beklagten Landes ist der Vereinbarung vom 2. März 2011 nicht einmal im Ansatz zu entnehmen.

Allerdings könnte man einen Vergleich dann annehmen, wenn die – übereinstimmend bekundete – Motivation zur Unterzeichnung des Papiere mit einbezogen wird. Denn das beklagte Land hatte auf der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 2. März 2011 deswegen bestanden, weil man der Klägerin für diesen Fall den Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrages avisiert hatte. Damit habe man das „Picken von Rosinen“ verhindern wollen; es habe zu verhindern gegolten, dass die Klägerin einen neuen befristeten Vertrag unterzeichne und dennoch die Wirksamkeit der Befristungsabrede des vorangegangenen Vertrages in Frage stelle. Die vergleichsweise Vereinbarung bedurfte keiner

bestimmten Form (Palandt/*Sprau*, a.a.O., Rz. 2); die Beendigungsvereinbarung, könnte man eine solche bejahen (dazu nachfolgend bbb.), wäre jedenfalls der Schriftform des § 623 BGB genügend.

Letztlich kann die Frage einer vergleichsweise vereinbarten Vertragsaufhebung offen bleiben.

bbb. Mindestinhalt eines Aufhebungsvertrages ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der konkrete, regelmäßig in der Zukunft liegende Beendigungszeitpunkt (APS/*Rolfs*, a.a.O., Rz. 39). Ohne einen benannten Zeitpunkt erfolgt die Aufhebung per sofort. Eine rückwirkende Vertragsaufhebung kommt zwar in Betracht, allerdings nur, wenn das Arbeitsverhältnis außer Vollzug gesetzt war (BAG v. 10. 2. 1998 – 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422), etwa weil der Arbeitnehmer (längere Zeit) keine Arbeitsleistung mehr erbracht hatte (BAG v. 17. 12. 2009 – 6 AZR 242/09, NJW 2010, 1100).

Ausgehend von der Beendigung der tatsächlichen Arbeitsleistung der Klägerin mit Ablauf des 28. Feb. 2011 wäre hier zwar an die Möglichkeit einer rückwirkenden Vertragsaufhebung zu diesem Zeitpunkt zu denken. Allerdings sollte die Vertragsaufhebung nicht durch die Vereinbarung vom 2. März 2011 erfolgen; diese gab vielmehr nur wieder, dass zwischen den Parteien Einigkeit bestand, dass der mit der Klägerin bestandene Vertrag bereits beendet war. Die Vereinbarung enthält danach eine bloße Wissenserklärung, keine Willenserklärung, gerichtet auf die (rückwirkende) Beendigung eines bei Unterzeichnung noch bestehenden Vertrages.

cc. Inwieweit die seitens der Klägerin erklärte Anfechtung die Vereinbarung vom 2. März 2011 zu Fall gebracht hat, kann nach dem Vorstehenden offen bleiben.

2. In der Sache ist die Entfristungsklage begründet.

Dabei kann dahinstehen, ob ein sachlicher Grund zur Befristung des letzten Vertrages unter den Parteien bestanden hatte, was die Parteien selbst jedoch übereinstimmend bejahen. Jedenfalls war die getroffene Befristungsabrede mangels eingehaltener Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG) unwirksam. Das beklagte Land hatte nicht zur Überzeugung der Kammer nachweisen können, dass ein von beiden Seiten vollständig unterzeichneter Originalvertrag bzw. eine beidseits eigenhändig unterzeichnete Befristungsabrede erstellt

worden war. Der Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin (§§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB, Art. 1, 2 GG) ist ebenso begründet. Sie kann ihre tatsächliche Beschäftigung auf dem ihr zuletzt zugewiesenen Arbeitsplatz verlangen, unabhängig davon, ob es dem beklagten Land arbeitsvertraglich möglich wäre, ihr auch einen anderen Arbeitsplatz als vertragsgerechten Arbeitsplatz zuzuweisen.

a. Die Befristungsabrede zum 28. Feb. 2011, im letzten Arbeitsvertrag unter den Parteien, ist mangels eingehaltener Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG) unwirksam, weswegen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet worden war.

aa. Die Vereinbarung einer Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf der Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG); dies gilt in gleicher Weise für diejenigen Fälle, in denen die Befristungsabrede – wie hier – nach dem WissZeitVG getroffen worden war (*APS/Schmidt*, a.a.O., § 2 WZVG Rz. 23). Zur Wahrung des Schriftformgebotes müssen beide Vertragsparteien die Befristungsabrede auf derselben Urkunde eigenhändig unterzeichnet haben (§§ 126 Abs. 2, 126 a Abs. 2 BGB). Der Austausch wechselseitiger Erklärungen genügt, anders als bei § 127 BGB, nicht (BAG v. 26. 7. 2006 – 7 AZR 514/05, ZTR 2007, 45). Bei mehreren inhaltlich identischen Urkunden ist es ausreichend, wenn die Partei nur die jeweils für die andere bestimmte Urkunde unterzeichnet (BAG v. 26. 6. 2006 – 7 AZR 514/05, ZTR 2007, 45; BGH v. 14. 7. 2004 – XII ZR 68/02, NJW 2004, 2962). Es muss sich tatsächlich um gleich lautende (inhaltsgleiche) Urkunden handeln, die den gesamten Vertragstext beinhalten und der Vertragspartner muss die von der anderen Partei original unterschriebene Vertragsurkunde erhalten.

Die Unterschrift hat eigenhändig unter Verwendung des Namens der jeweiligen Partei zu erfolgen; ausreichend ist der Familienname (§ 126 Abs. 1 BGB), nicht aber eine bloße Paraphrase (BGH v. 13. 7. 1967 – Ia ZR 1/67, NJW 1967, 2310). Die Unterschrift muss individuell und charakteristische Merkmale aufweisen, dass sie sich als eine die Identität des Unterzeichnenden ausreichend kennzeichnende Namensunterschrift darstellt, die nicht ohne weiteres von einem Dritten nachgeahmt werden kann. Lesbarkeit oder zweifelsfreie Erkennbarkeit einzelner Buchstaben ist nicht erforderlich, wenn nur ein Dritter, der den Namen des Unterzeichnenden kennt, diesen aus dem Schriftzug noch herauslesen kann. Es muss sich aber vom äußeren Erscheinungsbild her um einen Schriftzug handeln, der erkennen lässt, dass der Unterzeichner seinen vollen Namen und nicht nur eine Abkür-

zung hat niederschreiben wollen, wobei Vereinfachungen, Undeutlichkeiten und Verstümmelungen nicht schaden (BAG v. 27. 3. 1996 – 5 AZR 576/94, AP ZPO § 518 Nr. 67).

bb. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht eingehalten bzw. deren Einhaltung ist nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen. Weder war seitens der Beklagten ein beidseits eigenhändig unterzeichnetes Vertragsexemplar bzw. eine beidseits eigenhändig unterzeichnete Befristungsabrede vorzuweisen, noch hatte das darlegungs- und beweisbelastete Land die Ausstellung eines beidseits eigenhändig unterschriebenen Vertragsexemplars/einer Befristungsabrede und dessen/deren Aushändigung an die Klägerin zur Überzeugung der Kammer nachweisen können. Dass dieses dann bei der Klägerin ggf. verloren gegangen war, wäre unerheblich.

aaa. Das als „Entwurf“ gekennzeichnete Vertragsexemplar, welches der Klägervertreter aus der Personalakte kopiert hatte, erfüllt nicht das Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG. Zwar hat die Klägerin auch dieses Exemplar eigenhändig mit vollem Namen unterschrieben. Allerdings befindet sich für das beklagte Land nur ein nicht ausreichendes Handzeichen anstelle einer eigenhändigen Unterschrift unter der Vertragsdurchschrift für die Personalakte, dem „Entwurf“; die Tatsache eines bloßen Handzeichens wird auch seitens des beklagten Landes nicht in Abrede gestellt.

bbb. Wenn das beklagte Land – ausgehend von der üblichen Verwaltungspraxis – ausführt, es sei ein beidseits eigenhändig mit jeweils vollem Namen unterschriebenes Original des Vertrages ausgefertigt und der Klägerin übergeben worden, so bestreitet diese den Erhalt eines Originalvertrages. Sie trägt zuletzt vor, in ihrem Besitz befinde sich allein eine Vertragskopie (Anlage K 3, Bl. 28 f. d. A.), bei der die Vertragsregelung auf Vorder- und Rückseite kopiert seien. Eine solche beidseitige Kopie sei weder seitens des beklagten Landes anlässlich der Personalakteneinsicht des Klägervertreters noch in der Kanzlei des Klägervertreters gefertigt worden. Diese Kopie habe sie, wovon sie ausgehe, bei Vertragsunterzeichnung erhalten.

Der Sachvortrag der Klägerin erscheint allerdings nicht vollständig stimmig. Zum einen hatte sie erst in zweiter Instanz und erst auf den Hinweis des Gerichts, es sei bislang der Erhalt eines beidseits unterschriebenen Exemplars nicht bestritten, dieses Bestreiten nachgeholt (Protokoll vom 8. Mai 2012, Seite 2, Bl. 184 d. A.). Bis dahin hatte sie, die sie

in einer Vielzahl befristeter Arbeitsverhältnisse beim beklagten Land beschäftigt gewesen war und die Verwaltungspraxis bei Abschluss eines erneuten befristeten Vertrages gekannt haben musste, nur auf ihre unvollständigen Unterlagen hingewiesen und dies mit mehreren Wohnungswechseln erklärt. In ihrem letzten Schriftsatz vom 2. Aug. 2012 (Bl. 204 ff. d. A.) hatte sie zwar das Bestreiten, einen beidseits eigenhändig unterzeichneten Vertrag erhalten zu haben, aufrecht erhalten (ebd. Seite 3, Bl. 206 d. A.) und erklärt, bei der als Anlage K 3 vorgelegten Kopie handle es sich um das einzige Vertragsexemplar, „das ihr vorlag und vorliegt“ (ebd. Seite 4, Bl. 207 d. A.); doch hatte sie auch hier auf ihre, nach ihrer Ansicht auf mehrere Wohnsitzwechsel zurückgehenden, unvollständigen Unterlagen verwiesen (ebd. Seite 2, Bl. 205 d. A.). Trotz dieser äußeren und zu Bedenken Anlass gebenden Umstände war nach Ansicht der Kammer von einem ausreichenden Bestreiten der Erstellung eines beidseits eigenhändig unterschriebenen Vertrages auszugehen, das die Beweispflicht des beklagten Landes ausgelöst hatte.

Diesen Nachweis hatte das beklagte Land jedoch ebenso nicht zur Überzeugung der Kammer erbracht. Die beiden von ihm benannten und im Termin vom 7. Aug. 2012 vernommenen Zeuginnen A. und B. konnten zum konkreten Vorgang nichts aussagen. Beide bekundeten allein, wie die Erstellung eines (befristeten) Vertrages üblicherweise gehandhabt worden war, wobei zwischenzeitlich – in Reaktion auf das vorliegende Verfahren (?) – die Verwaltungspraxis geändert worden war. Danach stellt die Sachbearbeiterin die Vertragsentwürfe aus und leitete diese (Original und Entwürfe mit den Abdrucken für die Personalakte, das Landesamt für Finanzen und die Klinik) an die Vorgesetzte zur Prüfung weiter. Diese unterzeichnete das Original mit vollem Namen und den Entwurf für die Personalakte mit Namenszeichen; die weiteren Entwürfe waren nur gestempelt worden. Sodann wurden diese an die Sachbearbeiterin zurückgereicht, welche den Vertragspartner über das unterschriftsreife Vorliegen des Vertrages informierte. Die Zeugin B. ergänzte, dass bei Unterschriftsleistung des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin der beidseits original unterzeichnete Vertrag diesem/dieser ausgehändigt und der Entwurf, der arbeitnehmerseits mit vollem Namen, arbeitgeberseits nur mit Namenszeichen abgezeichnet worden sei, zur Personalakte genommen worden sei.

Die Aussagen der glaubwürdigen Zeuginnen sind zur Überzeugung der Kammer glaubhaft. Ein Eigeninteresse der Zeuginnen, wiewohl diese am hier zugrunde liegenden Vorgang beteiligt gewesen waren, ist nicht erkennbar. Es spricht auch für die Wahrheit der

Aussagen, dass die Zeuginnen an den konkreten Vorgang nach der seither verstrichenen Zeit und insbesondere der Vielzahl der seither ausgestellten Verträge keine Erinnerung mehr hatten. Andererseits war die Darlegung der (damals) üblichen Verwaltungspraxis nicht ausreichend, der Kammer die erforderliche Überzeugung zu vermitteln, auch im Falle der Klägerin sei in dargestellter Weise verfahren worden.

Zwar hatte die Zeugin B. angegeben, sie hätte im Falle eines fehlenden Originalvertrages bei Rücklauf der Personalakte von der Vorgesetzten an sie einen neuen Originalvertrag geschrieben, allerdings könne sie sich an einen solchen Vorfall nicht erinnern. Andererseits waren die Verträge/Vertragsentwürfe, wie die Zeugin bekundete, am 15. Apr. 2009 von ihr gefertigt und abgezeichnet worden. Am selben Tag hatte ihre Vorgesetzte, die Zeugin A. die Verträge geprüft und ihrerseits unter- oder abgezeichnet. Die Vertragsunterzeichnung durch die Klägerin war aber erst am 26. Mai 2009 erfolgt; an diesem Tag soll auch – nach der Einlassung des beklagten Landes – ein beidseits original unterschriebenes Vertragsoriginal der Klägerin ausgehändigt worden sein. Was in der Zeit vom 15. Apr. bis 26. Mai 2009 mit den, zum Zeitpunkt des Rücklaufes der Personalakte –unterstellt – vollständigen Vertragsunterlagen geschehen war und wer in concreto für das beklagte Land bei der Vertragsunterzeichnung der Klägerin anwesend gewesen war und die für diese bestimmten Unterlagen ausgehändigt hatte, ist nicht vorgetragen und hat sich anlässlich der Beweisaufnahme nicht ergeben. So muss es nicht verwunderlich sein, dass die Zeugin B. von einem evtl. durch eine andere Person gemachten Fehler, etwa der unterbliebenen Aushändigung des Vertragsoriginals, nichts erfahren hatte.

Nach alledem konnte die Kammer keine ausreichende Überzeugung der Ausstellung eines beidseits original unterschriebenen befristeten Vertrages, der an die Klägerin ausgehändigt worden wäre, gewinnen.

cc. Die Frage, inwieweit daneben ein Befristungsgrund für den Abschluss eines nur befristeten Arbeitsvertrages gegeben war, ist unerheblich.

3. Ebenso ist der Weiterbeschäftigungsanspruch der Klägerin als Oberärztin in der Herzchirurgischen Klinik und Poliklinik nach §§ 611, 613 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG, § 242 BGB begründet. Dass das beklagte Land evtl. im Wege des Direktionsrechtes berechtigt ist, die Klägerin auch anderweit vertragsgerecht einzusetzen, steht dem geltend gemach-

ten Weiterbeschäftigungsverlangen nicht entgegen, solange das beklagte Land von seinem Direktionsrecht – wie hier – noch nicht Gebrauch gemacht hat.

a. Einem Arbeitnehmer steht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei einem unangefochten bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu. Dies ergibt sich aus §§ 611, 613 i.V.m. § 242 BGB, bei dessen Auslegung die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind, insbesondere des Schutzes der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Dagegen verstieße es, mutete man dem Arbeitnehmer gegen seinen Willen und ohne besondere schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers an einer Freistellung für längere Zeit zu, im Arbeitsverhältnis nur seine Vergütung entgegenzunehmen, ohne sich in seinem Beruf betätigen zu können (BAG v. 10. 11. 1955 – 2 AZR 591/54, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG v. 4. 6. 1964 – 2 AZR 310/63, EzA § 626 BGB Nr. 5; BAG v. 26. 5. 1977 – 2 AZR 632/76, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG v. 19. 8. 1976 – 3 AZR 173/75, EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 1).

Für das gekündigte Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist hatte das Bundesarbeitsgericht zunächst im Urteil vom 26. 5. 1977 (a.a.O.) nur bei offensichtlich rechtsunwirksamer oder rechtsmissbräuchlicher bzw. willkürlicher Kündigung einen Weiterbeschäftigungsanspruch bejaht, was der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts mit in seinem Beschluss vom 27. 2. 1985 (a.a.O.) auch für den Fall einer nicht offensichtlich unwirksamen Kündigung ausgedehnt hatte. Eine Weiterbeschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist oder den Kündigungstermin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses sei geboten, sofern nicht überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstünden. Bei einem streitigen Ende des Arbeitsverhältnisses träfe dies jedenfalls so lange zu, als der Ausgang des Streits über den Bestand des Arbeitsverhältnisses ungewiss sei. Infolge irreversibler Folgen der Beschäftigung wie der Nichtbeschäftigung sei bei der gebotenen Interessenabwägung das Risiko des ungewissen Prozessausganges zunächst zugunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Das Prozessrisiko ändere sich aber, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsprozess ein obsiegenderes Urteil erstreite. Dann könne die Ungewissheit über den endgültigen Prozessausgang für sich allein kein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers mehr begründen; dieser müsse dann zusätzliche Umstände anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung erge-

be (BAG v. 27. 2. 1985, a.a.O.). Andernfalls verletzte man das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, der zu einem bloßen Lohnempfänger „degradiert“ werde; seine Achtung und Anerkennung in der Gesellschaft wäre betroffen.

§§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG stehen einem derartigen Anspruch nicht entgegen. Die Anspruchsstellung nach diesen Vorschriften ist unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung und geht über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch hinaus. Die betriebs- und personalvertretungsrechtlichen Normen erstreben zudem nur eine Stärkung der Rechte des Betriebs- bzw. Personalrats (BAG v. 27. 2. 1985, a.a.O.). Dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch kann auch keine bestehende ausreichende Vollstreckungsmöglichkeit nach geltendem Recht (§ 6 Abs. 1 Satz 2 ArbGG) entgegengehalten werden, die einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung ausschliesse, noch bietet § 615 BGB ausreichenden Schutz für den Arbeitnehmer (so z.B. *Heinze*, DB 1985, 111; *Picker*, ZfA 1981, 303, 472). Die Vorschrift gewährt dem (nicht beschäftigten) Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch, ohne dass dieser die Arbeitsleistung nachholen müsste, worin gerade die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes zu sehen ist. Auch ist mit dem Vergütungsanspruch keine Erfüllungsfiktion verbunden (Mot. II S. 462 ff.), weswegen die tatsächliche Beschäftigung nicht systemwidrig erscheint (BAG v. 27. 2. 1985, a.a.O.). Das Beschäftigungsinteresse als Teil des Persönlichkeitsrechts bleibt damit hinter den rein wirtschaftlichen Interessen zurück.

b. Diesem Weiterbeschäftigungsanspruch der Klägerin steht nicht entgegen, dass das beklagte Land sie ggf. per Direktionsrecht auch an einem anderen Arbeitsplatz als dem mit ihrem Antrag begehrten einsetzen kann. Dabei kann das Bestehen eines derartigen Direktionsrechts zugunsten des beklagten Landes unterstellt werden. Jedenfalls hat es von diesem Direktionsrecht bislang keinen Gebrauch gemacht.

aa. Hinsichtlich des Annahmeverzugsanspruches (§§ 615, 293 ff. BGB) hat das Bundesarbeitsgericht anerkannt, dass ein Arbeitnehmer diesen nur mit dem Angebot der zuletzt ausgeübten Arbeitsaufgabe in Annahmeverzug setzen kann. Kann dieser die zuletzt ausgeübte Tätigkeit aus Gründen in seiner Person nicht mehr verrichten, kommt der Arbeitgeber selbst dann, wenn die vom Arbeitnehmer zu verrichtende Arbeitsaufgabe im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben ist und der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts (§ 106 GewO) eine andere, im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung

liegende Aufgabe zuweisen könnte, so stellt das Angebot dieser anderen „leidensgerechten Tätigkeit“ vor der Neuausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber kein wirksames Angebot i.S.d. § 294 BGB dar. Ansonsten hätte es der Arbeitnehmer in der Hand, den Inhalt des Arbeitsvertrages hinsichtlich einer nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung selbst zu konkretisieren, was aber § 106 Satz 1 GewO widerspräche. Vielmehr obliege es allein dem Arbeitgeber, den Arbeitsvertrag dieser Norm entsprechend zu konkretisieren (BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119).

Umgekehrt muss dies aber auch dann gelten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag in bestimmter Weise konkretisiert hatte. Dann kann ein Arbeitnehmer bis zur erneuten Direktionsausübung nur die Verrichtung der ihm zuletzt zugewiesenen Arbeitsaufgaben verlangen, die nach der vorangegangenen Direktionsausübung durch den Arbeitgeber die einzig vertraglich geschuldeten darstellen.

bb. Nach dem Vorstehenden hatte die Klägerin allein die ihr zuletzt zugewiesene Tätigkeit einer Oberärztin in der Herzchirurgischen Klinik und Poliklinik beanspruchen können. Sie kann daher – unabhängig von einem hier nicht unmittelbar in Rede stehenden Annahmeverzugsanspruch – auch im Rahmen ihres Weiterbeschäftigungsverlangens nur eine Weiterbeschäftigung im Rahmen der ihr zuletzt zugewiesenen Arbeitsaufgabe begehren. Dies schließt nicht aus, dass der Arbeitgeber, das beklagte Land, sollte ihm ein entsprechendes Direktionsrecht nach § 106 GewO zustehen, von diesem Direktionsrecht Gebrauch macht und ihr später eine andere, ebenso vertragsgerechte Arbeitsaufgabe zuweist.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

IV. Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt

- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Dr. Künzl

Knappmann

Berger