

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 5 Sa 155/11**

4 Ca 2172 b/10 ArbG Kiel  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 29.09.2011

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Teil-Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 29.09.2011 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsge-

richt ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 02.03.2011, Az. öD 4 Ca 2172 b/10, abgeändert und
  - a) festgestellt, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht
    - mit Beginn der Betriebszugehörigkeit seit dem 07.01.2009,
    - mit einem Arbeitsanteil von 20,5 Unterrichtsstunden
    - zu tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen;
  - b) die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits tatsächlich weiter zu beschäftigen als Lehrer im Land Schleswig-Holstein mit einem Arbeitszeitanteil von 20,5 Unterrichtsstunden zu den bisherigen arbeitsvertraglichen und tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen;
  - c) die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für den Rechnungsmonat Oktober 2010 einen Betrag von € 3.330,32 brutto zu zahlen abzüglich € 446,23 netto Teilzahlung der Beklagten abzüglich weiterer € 1.101,24 Forderungsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.11.2010.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
3. Die Revision wird zugelassen.

.....

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

**binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

**zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

### Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen aufgrund einer unwirksamen Befristungsabrede ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Der zwischenzeitlich 57-jährige Kläger ist bei dem beklagten Land auf der Grundlage mehrerer befristeter Teilzeit-Arbeitsverhältnisse seit dem 21.08.2006 als angestellter Lehrer in den Bereichen Grund- und Hauptschule, Realschule und Gymnasium beschäftigt. Über die Wirksamkeit der Befristungen der letzten Änderungsverträge vom 29.04.2008 (Schulzentrum A..., befristet vom 01.05. bis 18.07.2008 und 10,5 wöchentliche Unterrichtsstunden) und vom 17.05.2008 (Realschule B.S..., befristet vom 17.05. bis 18.07.2008 und 10 wöchentliche Unterrichtsstunden) führten die Parteien einen Entfristungsrechtsstreit. Mit Urteil vom 03.12.2008 gab das Arbeitsgericht Kiel dem Feststellungsantrag sowie dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers statt (öD 4 Ca 1422 b/08). Auf die Berufung der Beklagten wies das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein mit Urteil vom 26.03.2009 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage insgesamt ab (4 Sa 1/09). Die hiergegen eingelegte Revision des Klägers wies das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 06.10.2010 zurück (7 AZR 397/09).

Nach der Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht (öD 4 Ca 1422 b/08) machte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 15.12.2008 gegenüber der Beklagten seine Weiterbeschäftigung wie folgt geltend (Bl. 92, 93 d. A.):

„In obiger Angelegenheit dürfte auch Ihnen das Protokoll des Arbeitsgerichts Kiel vom 03.12.2008 vorliegen.

Das Land ist danach verpflichtet, seit dem 03.12.2008 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits unseren Mandanten tatsächlich zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen. Bitte weisen Sie in diesem Sinne schriftlich bestätigend unserem Mandanten Arbeitsort, Arbeitsaufgabe und Arbeitsumfang zu. Den

**22.12.2008, 11.00 Uhr**

notieren wir als Frist für den Eingang Ihrer schriftlichen Bestätigung. Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs nehmen wir

### Zwangsvollstreckungsandrohung

vor.“

Mit Schreiben vom 22.12.2008 teilte die Beklagte dem Kläger daraufhin Folgendes mit (Bl. 32 d. A.):

„Nachdem das Gericht festgestellt hat, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Befristungen ab dem 17.05.2008 und 01.05.2008 am 18.07.2008 geendet habe, bemessen sich Arbeitsort, -aufgabe und -umfang weiterhin nach den geschlossenen Arbeitsverträgen.

...

Ihr Mandant möge seine Arbeitsverpflichtung an den entsprechenden Schulen nach den Weihnachtsferien längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits aufnehmen.“

Seit dem 07.01.2009 beschäftigte die Beklagte den Kläger wieder zu den zuletzt vertraglich vereinbarten Bedingungen an den Schulzentren B.S... und A... . Die Beklagte erteilte dem Kläger unter dem 23.09.2009 für seine Lehrtätigkeit an der Gemeinschaftsschule im Schulzentrum B.S... eine dienstliche Beurteilung mit der Gesamtnote „mangelhaft“. In einem weiteren arbeitsgerichtlichen Verfahren begehrt der Kläger die Entfernung dieser dienstlichen Beurteilung aus seiner Personalakte. Das Arbeitsgericht Neumünster wies diese Klage mit Urteil vom 09.06.2010 – 3 Ca 1792 b/09 – zurück. Das vom Kläger eingeleitete Berufungsverfahren ist noch vor dem Landesarbeitsgericht anhängig (5 Sa 316/10). Nach der Revisionsverhandlung vom 06.10.2010 (BAG 7 AZR 397/09) in dem Vorprozess über die Wirksamkeit der Befristung bis zum 18.07.2008 lehnte die Beklagte am 07.10.2010 die weitere Beschäftigung des Klägers ab.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, sowohl die Weiterbeschäftigung nach dem erstinstanzlichen Urteil als auch nach Verkündung des Berufungsurteils stellten befristete Arbeitsverträge dar, für die das Schriftformerfordernis gelte. Daran fehle es hier, so dass er sich von Anbeginn an in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinde. Die Beklagte könne sich nicht auf die drohende Zwangsvollstreckung berufen, da mit Zustellung des Berufungsurteils kein vollstreckbarer Titel mehr vorgelegen habe. In Kenntnis dieser Sachlage habe die Beklagte ihn weiterbeschäftigt. Der Kläger hat zudem die ordnungsgemäße Beteili-

gung des Personalrats bestritten und das Gehalt für den gesamten Oktober 2010 beansprucht.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht
  - mit Beginn der Betriebszugehörigkeit seit dem 21.08.2006,
  - mit einem Arbeitszeitanteil vom 20,5 Unterrichtsstunden
  - zu tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen;
2. das beklagte Land zu verurteilen, an ihn für den Rechnungsmonat Oktober 2010 € 3.363,54 brutto zu zahlen abzüglich € 306,23 netto Teilzahlung des beklagten Landes, abzüglich € 1.101,24 Forderungsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.11.2010;
3. im Falle des klägerischen Obsiegens mit dem Antrag zu 1. das beklagte Land zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits tatsächlich weiter zu beschäftigen als Lehrer im Land Schleswig-Holstein mit einem Arbeitszeitanteil von 20,5 Unterrichtsstunden zu den bisherigen arbeitsvertraglichen und tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 09.06.2010 die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Auf die Geltendmachung der Weiterbeschäftigung auf der Grundlage des Weiterbeschäftigungsurteils und der Androhung der Zwangsvollstreckung vom 15.12.2008 habe die Beklagte mit Schreiben vom 22.12.2008 reagiert und angekündigt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu beschäftigen. Damit habe das Land keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben,

sondern deutlich gemacht, nur einer Zwangsvollstreckung zuvorkommen zu wollen. Es habe sich seit dem 07.01.2009 nur um eine Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gehandelt. Daran habe auch das zweitinstanzliche Urteil in dem Vorprozess nichts geändert. Aus der dann faktisch vorgenommenen Weiterbeschäftigung sei ein rechtsgeschäftlicher Wille der Beklagten nicht erkennbar. Auch nach Verkündung des Berufungsurteils in dem Vorprozess habe nur ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden, das gerade keine vertragliche Grundlage gehabt habe. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz finde in solchen Fällen keine Anwendung. Vorliegend führe mithin die fehlende schriftliche Vereinbarung einer Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens nicht dazu, dass gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG mangels Schriftformerfordernis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit bestehe. Das faktische Arbeitsverhältnis habe nur bis zum 07.10.2010 bestanden. Darüberhinausgehende Vergütungs- und Weiterbeschäftigungsansprüche habe der Kläger nicht.

Gegen dieses ihm am 15.03.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 15.04.2011 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 16.06.2011 am 16.06.2011 begründet.

Der Kläger trägt vor,

solange die Beklagte ihn auf Grundlage des erzwingbaren Weiterbeschäftigungsanspruchs beschäftigt habe, habe kein vertraglich befristetes Arbeitsverhältnis vorgelegen, welches der Schriftform bedurft hätte. Indessen sei er nach Verkündung des Berufungsurteils vom 26.03.2009 nicht mehr nur in Erfüllung des titulierten Weiterbeschäftigungsanspruchs weiterbeschäftigt worden. Seit diesem Zeitpunkt habe er keinen erzwingbaren Anspruch auf weitere Prozessbeschäftigung gehabt. Typisches Element der Prozessbeschäftigung sei deren Durchsetzbarkeit durch Zwangsvollstreckung. Das Prozessbeschäftigungsverhältnis habe mit dem Berufungsurteil geendet. Ab diesem Zeitpunkt habe er den erstinstanzlich erstrittenen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht mehr vollstrecken können. Die gleichwohl erfolgte anschließende Weiterbeschäftigung sei nicht vor dem Hintergrund eines vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsanspruchs erfolgt. Damit bleibe nur noch die Annahme eines vertrag-

lichen Arbeitsverhältnisses, weil die Alternative der erzwingbaren Weiterbeschäftigung nicht mehr gegeben war.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 02.03.2011, zugestellt am 15.03.2011, abzuändern und

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht
  - mit Beginn der Betriebszugehörigkeit seit dem 21.08.2006,
  - mit einem Arbeitszeitanteil vom 20,5 Unterrichtsstunden
  - zu tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen;
2. das beklagte Land zu verurteilen, an den Kläger für den Rechnungsmonat Oktober 2010 € 3.330,32 brutto zu zahlen abzüglich € 446,23 netto Teilzahlung des beklagten Landes, abzüglich € 1.101,24 Forderungsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.11.2010;
3. im Falle des klägerischen Obsiegens mit dem Antrag zu 1. das beklagte Land zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits tatsächlich weiter zu beschäftigen als Lehrer im Land Schleswig-Holstein mit einem Arbeitszeitanteil von 20,5 Unterrichtsstunden zu den bisherigen arbeitsvertraglichen und tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen.
4. das beklagte Land zu verurteilen, an ihn für den Zeitraum 01.11.2010 – 31.08.2011 zu zahlen € 33.303,20 brutto abzüglich Forderungsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit 01.11.2010 – 25.04.2011 = € 8.379,00 abzüglich Forderungsübergang auf Barmer GEK Krankenkasse 26.04.2011 – 31.08.2011 = € 5.985,00.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Sie habe den Kläger nach dem gleichzeitigen Ende der befristeten Arbeitsverträge am 18.08.2007 zunächst nicht weiterbeschäftigt. Erst nach dem erstinstanzlich obsiegenden Urteil habe sie die Weiterbeschäftigung des Klägers aufgenommen. Die Weiterbeschäftigung sei ausweislich ihres Schreibens vom 22.12.2008 ausdrücklich längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechts-



streits erfolgt. Mit dieser Bestimmung habe sie klargestellt, dass sie gerade keine vertragliche Grundlage für die Beschäftigung habe schaffen, sondern nur den außervertraglichen Beschäftigungsanspruch des Klägers habe erfüllen wollen. Auch nach dem Berufungsurteil habe sie ihren diesbezüglichen Willen, den Kläger auf nichtvertraglicher Grundlage weiterbeschäftigen zu wollen, weder aufgegeben noch dies ausdrücklich oder stillschweigend erklärt. Sie habe den Kläger weder zur Arbeitsleistung aufgefordert noch diese verlangt, sondern schlicht die Arbeitsleistung des Klägers entgegen genommen. Der vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts entwickelte Weiterbeschäftigungsanspruch gelte stets für die Dauer bis zum rechtskräftigen Abschluss des jeweiligen Kündigungs- bzw. Befristungsrechtsstreits. Dieser entfalle auch nicht mit dem Erlass eines anderen instanzbeendenden Urteils kontradiktorischen Inhalts, sondern erst mit rechtskräftigem Abschluss des Rechtsstreits. Ungeachtet dessen berufe sich der Kläger rechtsmissbräuchlich auf das Fehlen des Schriftformerfordernisses gemäß § 16 TzBfG. Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses sei es, dass der Arbeitnehmer bei Vertragsbeginn durch das Lesen der Vereinbarung erkennen soll, dass er keinen Dauerarbeitsplatz erhält. Es solle unnötiger Streit der Parteien über das Vorliegen und den Inhalt der Befristung vermieden werden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 29.09.2011 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit dem Teilurteil wurden nur die Berufungsanträge des Klägers zu Ziff. 1) bis 3) entschieden. Der erst kurz vor dem Berufungstermin klagweise gestellte Zahlungsantrag zu Ziff. 4) war noch nicht entscheidungsreif.

Die Berufung des Klägers ist – soweit es den entschiedenen Teil betrifft - zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b) und c); 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 ZPO.

Die Berufung hat auch – soweit es die mit dem Teilurteil entschiedenen Anträge des Klägers betrifft – ganz überwiegend Erfolg.

Der Feststellungsantrag ist nur in dem zugesprochenen Umfang begründet (1.). Seit dem 07.01.2009 besteht zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (2.). Infolgedessen hat der Kläger Anspruch auf Verzugslohn für die Zeit vom 07.10. bis 31.10.2010 (3.) sowie auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss der vorliegenden Entfristungsklage (4.).

**1.** Entgegen der Auffassung des Klägers endeten die ursprünglich am 11.08.2006 begründeten befristeten Teilzeitarbeitsverhältnisse jeweils durch Fristablauf am 18.07.2008.

**a)** Die beiden letzten Befristungen vom 29.04.2008 (Schulzentrum A...) und vom 17.05.2008 (Realschule B.S...) waren rechtswirksam, sodass die befristeten Teilzeitarbeitsverträge jeweils durch Fristablauf am 18.07.2008 endeten. Dies hat das Bundesarbeitsgericht in dem Vorprozess mit Urteil vom 06.10.2010 (7 AZR 397/09) rechtskräftig festgestellt. Der Kläger hat mithin keinen Anspruch auf Feststellung, dass zwischen den Parteien seit dem 21.08.2006 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Insoweit war der Feststellungsantrag teilweise, bezogen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit abzuweisen.

**b)** Vorliegend greift auch nicht die Fiktion der unbefristeten Fortsetzung des ursprünglich am 21.08.2006 begründeten Arbeitsverhältnisses gemäß § 625 BGB. Nach letzterer Vorschrift gilt ein Dienstverhältnis, das nach dem Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teils fortgesetzt wird, als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht. Dabei genügt nicht jegliche Weiterarbeit des Arbeitnehmers. Diese muss vielmehr mit Wissen des Arbeitgebers selbst oder eines zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigten Vertreters erfolgen (BAG, Urt. v. 20.02.2002 – 7 AZR 662/00 -, PersR 2002, 353-355, m. w. Rspr.-Nachw.). Diese Voraussetzungen eines fingierten unbefristeten Arbeitsverhältnisses liegen hier indessen nicht vor. Der Kläger ist unstreitig nicht über den vertraglich zuletzt vereinbarten Fristablauf (18.07.2008) hinaus weiterbeschäftigt

worden. Der Kläger hat auch nach den Sommerferien 2008 seine Lehrertätigkeit weder am Schulzentrum A... noch an der Realschule B.S... wieder aufgenommen. Eine nahtlose Beschäftigung über den 18.07.2008 hinaus – wie es § 625 BGB fordert – liegt mithin nicht vor.

**2.** Der Feststellungsantrag ist indessen mit der Maßgabe begründet, dass seit dem 07.01.2009 zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Die Beschäftigung des Klägers seit dem 07.01.2009 erfolgte nicht allein aufgrund einer faktischen Prozessbeschäftigung zur Erfüllung des Weiterbeschäftigungstitels und der Vermeidung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, sondern auf der Grundlage eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses (a). Die Befristung des Prozessarbeitsverhältnisses war gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam (b).

**a)** Die Parteien haben mit Wirkung ab dem 07.01.2009 ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis begründet.

**aa)** Fordert der Arbeitgeber einen gekündigten Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. einen befristet eingestellten Arbeitnehmer nach Fristablauf auf, seine Tätigkeit bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutz- bzw. Entfristungsklage fortzuführen, geht der Wille der Parteien regelmäßig dahin, das Arbeitsverhältnis bis zur endgültigen Klärung, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt war bzw. ein Befristungsgrund vorlag, fortzusetzen oder für die Dauer des Rechtsstreits ein befristetes Arbeitsverhältnis zu begründen (BAG, Urt. v. 19.01.2005 – 7 AZR 113/04 -, zit. n. Juris; BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 -, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; LAG Niedersachsen, Urt. v. 17.02.2004 – 13 Sa 566/03 -, NZA-RR 2004, 472 f.). Sofern die Parteien nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach Ablauf der zeitlichen Befristung die befristete Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses bzw. des Entfristungsrechtsstreits vereinbaren, bedarf die Befristung eines solchen Prozessarbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 -, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG). Von dem befristeten Prozessarbeitsverhältnis auf vertraglicher Grundlage ist zu unterscheiden die schlichte bzw. faktische Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zur Vermeidung von (angedrohten) Zwangsvollstre-

ckungsmaßnahmen aufgrund einer erstinstanzlichen Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung. Wird der Arbeitnehmer nach erstinstanzlicher Verurteilung des Arbeitgebers zur vorläufigen Weiterbeschäftigung während des Rechtsmittelverfahrens zur Erfüllung des vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsurteils und zur Abwendung der Zwangsvollstreckung beschäftigt, liegt regelmäßig nur eine faktische Prozessbeschäftigung zur Vermeidung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ohne vertraglichen Rechtsbindungswillen vor (LAG Niedersachsen, Urt. v. 27.09.2005 – 13 Sa 275/05 -, LAGE § 21 TzBfG Nr. 2; Thüringer LAG, Urt. v. 02.10.2007 – 1 Sa 393/07 -, zit. n. Juris). Ob der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines befristeten Prozessarbeitsverhältnisses oder lediglich faktisch zur Erfüllung des erstinstanzlich ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruchs und zur Abwendung der Zwangsvollstreckung weiterbeschäftigt wird, ist durch Auslegung zu ermitteln (BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 -, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; Thüringer LAG, Urt. v. 02.10.2007 – 1 Sa 393/07 -, zit. n. Juris). Nach den §§ 133, 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (BAG vom 20.09.2006 – 10 AZR 715/05 -, zit. n. Juris). Entscheidend ist nicht der empirische Wille des Erklärenden, sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert seines Verhaltens. Auch wenn es darum geht, ob ein bestimmter Erklärungsakt als Willenserklärung aufzufassen ist oder nicht, ist nicht der innere Wille des Erklärenden, sondern die objektive Erklärungsbedeutung seines Gesamtverhaltens maßgebend (Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl., Rn. 9 zu § 133 BGB).

**bb)** Hieran gemessen haben die Parteien mit Wirkung ab dem 07.01.2009 ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis abgeschlossen. Hierfür sind sowohl der Wortlaut des Aufforderungsschreibens der Beklagten vom 22.12.2008 als auch der Umstand maßgeblich, dass der Kläger auch nach dem Berufungsurteil vom 26.03.2009 (4 Sa 1/09) unverändert weiterbeschäftigt worden ist bis zum rechtskräftigen Abschluss des

Entfristungsrechtsstreits, d.h. bis zur Verkündung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 06.10.2010 (7 AZR 397/09).

**(1)** Zwar spricht für eine reine faktische Prozessbeschäftigung ohne entsprechenden Vertragsbindungswillen zunächst der Umstand, dass die Beklagte den Kläger erst angesichts dessen Aufforderungsschreibens vom 15.12.2008 und der darin enthaltenen Androhung der Zwangsvollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungstitel aufgefordert hat, seine Arbeit an den genannten Schulen nach den Weihnachtsferien 2008/2009 wieder aufzunehmen. Der Kläger hatte in dem Schreiben vom 15.12.2008 gerade nicht den Abschluss eines befristeten Prozessarbeitsverhältnisses gefordert, sondern die Erfüllung des mit Urteil des Arbeitsgerichts vom 03.12.2008 (öD 4 Ca 1422 b/08) titulierten und vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsanspruchs geltend gemacht. Das im Schreiben der Beklagten vom 22.12.2008 enthaltene Angebot zur Bereitstellung eines Arbeitsplatzes ist eine direkte Reaktion auf die mit Schreiben vom 15.12.2008 gestellte Forderung des Klägers zur Weiterbeschäftigung mit entsprechender Androhung der Zwangsvollstreckung. Die Beschäftigung ab dem 07.01.2009 könnte mithin allein aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts vom 03.12.2008 erfolgt sein und sich somit als rein faktische Prozessbeschäftigung erweisen.

**(2)** Hiergegen spricht indessen der Umstand, dass die Beklagte auch nach Verkündung des klagabweisenden Berufungsurteils vom 26.03.2009 (4 Sa 1/09) den Kläger unverändert bis zum rechtskräftigem Abschluss des Entfristungsrechtsstreits, d.h. bis zur Verkündung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 06.10.2010 (7 AZR 397/09), weiterbeschäftigt hat. Das Landesarbeitsgericht hatte die Entfristungsklage und den Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abgewiesen. Mit Verkündung des Berufungsurteils vom 23.03.2009 (4 Sa 1/09) endete die vorläufige Vollstreckbarkeit des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 03.12.2008 (öD 4 Ca 1422 b/08). Dies folgt aus § 717 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift entfällt die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils mit Verkündung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz, das die Entscheidung in der Hauptsache aufhebt oder abändert. Nach dem 26.03.2009 erfolgte die tatsächliche Beschäftigung des Klägers mithin nicht mehr zur Vermeidung ansonsten drohender Zwangsvollstreckungsmaß-

nahmen. Denn nach dem 26.03.2009 hätte der Kläger seine Weiterbeschäftigung nicht mehr durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erzwingen können. Er hatte keinen titulierten Anspruch auf Weiterbeschäftigung mehr. Der mit Beschluss des Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts vom 27.02.1985 entwickelte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers - GS 1/84 - aus einem arbeitsgerichtlichen Urteil im laufenden Kündigungsschutzverfahren besteht nur so lange, wie dieses Urteil selbst Bestand hat (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.05.2010 – 11 Sa 887/10 -, zit. n. Juris; ArbG Marburg, Beschl. v. 18.02.2008 – 2 Ca 184/06 -, zit. n. Juris). Die materiell-rechtliche Voraussetzung für den sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch nach einem erstinstanzlichen Obsiegen des Arbeitnehmers in einem Kündigungsschutzprozess oder Entfristungsrechtsstreit (BAG Großer Senat, Beschl. v. 27.02.1985 – GS 1/84 -, zit. n. Juris) entfällt mit der Aufhebung des arbeitsgerichtlichen Urteils in der Berufungsinanz ebenso wie der für die Vollstreckung erforderliche Titel. Dies folgt vorliegend auch aus dem Tenor des abändernden Berufungsurteils in dem Vorprozess (4 Sa 1/09). Hiernach wurde die Entfristungs- und Weiterbeschäftigungsklage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils (öD 4 Ca 1422 b/08) insgesamt abgewiesen und nicht etwa nur der Feststellungsantrag unter Aufrechterhaltung des Weiterbeschäftigungsanspruchs. Der klageweise geltend gemachte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch wurde durch das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 26.03.2009 unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts ebenso wie der Feststellungsantrag als unbegründet abgewiesen. Gleichwohl hat die Beklagte den Kläger auch nach dem 26.03.2009 noch als Lehrer zu unveränderten Bedingungen an den beiden besagten Schulen bis zum 06.10.2010 weiterbeschäftigt. Dieser Umstand spricht dafür, dass die Beklagte den Kläger ab dem 07.01.2009 nicht nur allein aufgrund des erstinstanzlichen Weiterbeschäftigungstitels zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung, sondern im Rahmen eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses längstens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Entfristungsrechtsstreits beschäftigen wollte und beschäftigt hat.

**(3)** Für die Begründung eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses spricht auch der letzte Satz des Schreibens vom 22.12.2008. Dieser enthält eine typische Formulierung, wie sie für die Begründung eines befristeten Prozessarbeitsverhältnisses verwandt wird. Danach sollte der Kläger seine Tätigkeit an den entsprechenden

Schulen in dem bisherigen Umfang „nach den Weihnachtsferien längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreit aufnehmen“. Nach diesem Wortlaut sollte die Weiterbeschäftigung gerade nicht beschränkt sein auf die Abwehr von Vollstreckungsmaßnahmen. Vielmehr hat die Beklagte dem Kläger nach dessen Empfängerhorizont einen Arbeitsplatz längstens befristet bis zum rechtskräftigem Abschluss des Entfristungsrechtsstreits angeboten. Ein Prozessarbeitsverhältnis auf vertraglicher Grundlage zeichnet sich dadurch aus, dass die Parteien übereinstimmend das Arbeitsverhältnis befristet für die gesamte Dauer des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Befristung fortsetzen wollen. Zwar hat die Beklagte mit dem Schreiben vom 22.12.2008 erkennbar auf die Aufforderung des Klägers vom 15.12.2008 geantwortet, indessen ergibt sich aus dem Wortlaut des Antwortschreibens vom 22.12.2008 nicht, dass die Beklagte den Kläger nur solange weiterbeschäftigen wollte, wie das ihrerseits mit der Berufung angefochtene erstinstanzliche Urteil auch Bestand hat.

**(4)** Für die Begründung eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses spricht auch der Umstand, dass die Beklagte den Kläger nach Wiederaufnahme seiner Tätigkeit ab dem 07.01.2009 während des laufenden Entfristungsrechtsstreits einer Beurteilung unterzogen hat. Die Beklagte hat dem Kläger am 23.09.2009 eine dienstliche Beurteilung erteilt. Der öffentliche Arbeitgeber darf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer beurteilen und die Beurteilung in der Personalakte festhalten. Beurteilungen sollen ein möglichst objektives und vollständiges Bild der Person, der Tätigkeit und der Leistung des Beurteilten geben. Eine dienstliche Beurteilung dient - anders als ein Zeugnis oder ein Zwischenzeugnis - regelmäßig nicht der Außendarstellung, auch nicht der beruflichen Förderung des Beamten bzw. Angestellten, sondern lediglich dem internen Verwaltungsgebrauch zur Feststellung der Verwendungsmöglichkeiten des Angestellten einschließlich einer sachlich und rechtlich richtigen Auslese bei Beförderungentscheidungen. Außerdem kann sie für die Bemessung leistungsbezogener Besoldungselemente herangezogen werden (vgl. BAG Urt. v. 24. Januar 2007 - 4 AZR 629/06 -, AP Nr. 20 zu § 2 BAT SR 2I). Rechtsgrundlage einer dienstlichen Beurteilung ist mithin regelmäßig ein bestehendes Beamten- bzw. Dienstverhältnis innerhalb derer die zu beurteilende Leistung erbracht wird, nicht aber eine rein faktische Prozessbeschäftigung aufgrund eines Weiterbeschäftigungstitels. Bei der Erteilung der dienstlichen Beurtei-

lung vom 23.09.2009 ging die Beklagte erkennbar selbst davon aus, dass der Kläger aufgrund eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses im Schulzentrum B.S... beschäftigt wird.

**b)** Der Kläger wurde demzufolge seit dem 07.01.2009 auf der Grundlage eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses beschäftigt. Das mit dem Schreiben vom 22.12.2008 und der tatsächlichen Bereitstellung eines Arbeitsplatzes unterbreitete Angebot auf Abschluss eines befristeten Prozessarbeitsverhältnisses hat der Kläger durch tatsächliche Arbeitsaufnahme zumindest auch konkludent angenommen.

Indessen ist die seitens der Beklagten gewollte Befristung „längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits“ gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG i. V. m. § 125 BGB rechtsunwirksam. Gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristungsabrede zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Vereinbaren die Parteien nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach Fristablauf die befristete Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses bzw. des Entfristungrechtsstreits, bedarf auch diese Zweckbefristung nach § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 -, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG). Das gesetzliche Schriftformerfordernis setzt für das zweiseitige Rechtsgeschäft, mithin auch für die Vereinbarung einer Befristungsabrede, voraus, dass beide Vertragspartner die Vereinbarung auf derselben Urkunde durch Unterzeichnung derselben schriftlich dokumentieren müssen, § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB. Hieran gemessen haben die Parteien die Befristungsabrede unstreitig nicht schriftlich vereinbart. Zwar hat die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 22.12.2008 schriftlich aufgefordert, seine Arbeit an den bisherigen Schulen nach den Weihnachtsferien 2008/2009 „längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits“ wieder aufzunehmen, dies reicht indessen zur Wahrung des Schriftformerfordernisses nicht aus. Der Kläger hat das Schreiben der Beklagten vom 22.12.2008 seinerseits nicht unterzeichnet.

Die Unwirksamkeit der Befristungsabrede führt nicht zur Unwirksamkeit des befristeten Arbeitsverhältnisses insgesamt. Vielmehr bewirkt die Nichtigkeit der formunwirksamen Befristungsabrede, dass zwischen den Parteien gemäß § 16 Satz 1 TzBfG



mit Wirkung ab dem 07.01.2009 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete dementsprechend nicht am 06.10.2010 mit rechtskräftigem Abschluss des Entfristungsrechtsstreits bzw. mit Verkündung des Revisionsurteils vom 06.10.2010 – 7 AZR 397/09 -, sondern besteht über diesen Zeitraum hinaus unbefristet fort.

3. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten Anspruch auf Verzugslohn für die Zeit vom 07.10. bis zum 31.10.2010 in zwischenzeitlich unstreitiger Höhe von € 3.330,32 brutto abzüglich gezahlter € 446,23 netto und abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangener Ansprüche in Höhe von € 1.101,24 netto. Dies folgt aus § 615 BGB. Die Beklagte hat die angebotenen Dienste des Klägers seit dem 07.01.2010 ausdrücklich abgelehnt und befand sich damit in Annahmeverzug. Der zuerkannte Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 ZPO.

4. Der Kläger hat bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Entfristungsrechtsstreits Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen. Der zuerkannte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch beruht auf den Grundsätzen des Beschlusses des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.02.1985 – GS 1/84 -.

Der mit Schriftsatz des Klägers vom 26.09.2011 klagerweiternd geltende gemachte Zahlungsantrag betreffend Verzugslohnansprüche für den Zeitraum von November 2010 bis einschließlich August 2011 war noch nicht entscheidungsreif.

5. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Die Revision wurde gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

gez. ...            gez. ...            gez. ...