

# Vorbeschäftigung und sachgrundlose Befristung

Am 11.12.2018 hat der Bundestag ein „Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit“ verabschiedet, das am 1.1.2019 in Kraft getreten ist (vgl. hierzu auch Kroll/Brüning, AuA 1/19, S. 98 ff.).

Wie der Titel des Gesetzes bereits formuliert, handelt es sich um eine Änderung des Teilzeitrechts (im Wesentlichen Einführung einer Brückenteilzeit und Änderungen in der Abrufarbeit), während das Befristungsrecht (§§ 14 ff. TzBfG), vor allem die Regelung über die sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG), unberührt bleibt.

Insbesondere hat der Gesetzgeber den Auftrag des Koalitionsvertrags vom 7.2.2018, der eine gravierende Einschränkung der sachgrundlosen Befristung in Form einer Quotenregelung vorsieht, nicht – auch nicht teilweise – verwirklicht, was zu begrüßen ist (vgl. Brennpunkt AuA 4/18, S. 209). Nach dem Willen der großen Koalition sollte der „Missbrauch“ der sachgrundlosen Befristung eingeschränkt werden, indem diese Form der Befristung nur in Betrieben mit weniger als 75 Beschäftigten und in größeren Betrieben nur noch für max. 2,5 % der Belegschaft zulässig sein soll (Koalitionsvertrag, RdNr. 2336–2338). Auf das Verbot dieser Befristungsform wegen Vorbeschäftigung (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG) geht der Koalitionsvertrag ersichtlich überhaupt nicht ein. Nach dem reinen Wortlaut des Gesetzes schließt jedwede Vorbeschäftigung die sachgrundlose Befristung aus, da – so die Begründung des Gesetzgebers – damit „Kettenbefristungen“ ausgeschlossen werden sollen. Dies bedeutet, dass z. B. ein Werkstudent, der vor 30 Jahren bei einem Arbeitgeber sechs Monate gearbeitet hat, auf Lebenszeit nicht mehr bei demselben Arbeitgeber in ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis eintreten dürfte.

## BAG und BVerfG

Um einem solchen unsinnigen Ergebnis entgegenzutreten, hat sich verdienterweise der 7. Senat des BAG in zwei Entscheidungen (Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AuA 2/12, S. 119 und v. 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, AuA 4/12, S. 246) des Problems angenommen und entschieden, dass lediglich eine Vorbeschäftigung vor weniger als drei Jahren diese Befristungsform ausschließt. Die Begründung des Senats ist ebenso einfach wie schlüssig: Um „Befristungsketten“ zu verhindern, bedürfe es keines lebenslangen Anschlussverbots. Ein solches wäre vielmehr nach dem Normzweck über-

schießend. Ein uneingeschränktes Anschlussverbot berge strukturell die Gefahr als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis, die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen. Die LAG sind dieser Rechtsprechung teilweise gefolgt, teilweise nicht. So ist eine ablehnende Entscheidung des LAG Düsseldorf (Urt. v. 4.5.2018 – 6 Sa 64/18) noch beim 7. Senat unter dem Az. 7 AZR 385/18 anhängig.

Der 1. Senat des BVerfG hat mit Beschluss vom 6.6.2018 (1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, AuA 8/18, S. 487) aufgrund eines Vorlagebeschlusses des ArbG Braunschweig zunächst mit ausführlicher Begründung festgestellt, dass ein Verbot mehrfacher sachgrundloser Befristungen (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG) grundsätzlich verfassungsgemäß sei. Die Norm könne jedoch verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass ihre Anwendung in Fällen ausgeschlossen ist, in denen dies den Beteiligten unzumutbar wäre. Dies könne der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. So etwa bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studenten- oder Familienzeit, bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeitern oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiografie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergehe (BVerfG v. 6.6.2018, RdNr. 44, 62 und 63).

Der entscheidende Teil des Beschlusses des BVerfG liegt jedoch in der Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des LAG Nürnberg vom 30.1.2014 (5 Sa 1/13), das der Rechtsprechung des 7. Senats folgte. Hier ist das BVerfG der Auffassung, dass die Entscheidung des LAG verfassungswidrig sei, weil die Entscheidungen des ArbG Bamberg und des LAG Nürnberg die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung verletzen würden (BVerfG v. 6.6.2018, RdNr. 89).

## Fazit

Entscheidend ist also, dass das BVerfG nicht die Einschränkung des Vorbeschäftigungsverbots verbietet bzw. ein solches schützt, vielmehr schützt der Beschluss lediglich den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung.

Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber ohne Weiteres die Rechtsprechung des 7. Senats in Gesetzesform gießen könnte, ohne gegen die Verfassung zu verstoßen. Damit würde die pragmatische und sinnvolle Denkweise des 7. Senats des BAG wieder zur Geltung kommen.

Der 7. Senat ist somit nicht an seinen richtigen Überlegungen gescheitert, sondern lediglich daran, dass er – leider – nicht Gesetzgeber ist.

Theoretisch könnte auch der Gesetzgeber in die jetzige Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die Ausnahmeregelungen, die vom BVerfG ausdrücklich bei verfassungskonformer Auslegung des Gesetzes die Unzumutbarkeit des Vorbeschäftigungsverbots begründen, ergänzend aufnehmen.

Andererseits ist zu befürchten, dass, wenn sich der Gesetzgeber dieses Anliegens annimmt, die Klarheit der Begrifflichkeit des BVerfG durch das Gesetzgebungsverfahren Schaden nimmt und mehr für Verwirrung sorgt als Klarheit zu schaffen. Darum ist es wohl besser, es bei der Empfehlung und der Begrifflichkeit des BVerfG zu belassen, das die Fachgerichtsbarkeit anweist, eine verfassungskonforme Auslegung des jetzigen Gesetzes im Sinne einer Ausnahme vom Vorbeschäftigungsverbot bei Unzumutbarkeit zu prüfen. Leider ist es so, dass damit zu rechnen ist, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit mit dieser Ausnahmeregelung besser zurechtkommt als der Gesetzgeber.

## UNSER AUTOR



**Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes, Faltermeier, München