

Benedikt Ehrlich*

Sachgrundlose Befristung bei Vorbeschäftigung – Die zeitliche Reichweite des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Lichte der Rechtsprechung

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit der arbeitsrechtlichen Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Die Norm schließt eine sachgrundlose Befristung aus, wenn bereits zuvor mit demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Es stellt sich die Frage, ob auch zeitlich länger zurückliegende Arbeitsverhältnisse eine sachgrundlose Befristung ausschließen. Ein zeitlich eingeschränktes Verständnis dieser Norm könnte sich aus der Auslegung ergeben oder mit einer Rechtsfortbildung begründen lassen. Die Problematik war Gegenstand einer Reihe von Gerichtsentscheidungen, die in dem Beitrag erläutert und bewertet werden. Dafür bedarf es einer Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der juristischen Methodik.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die von Herrn Prof. *Dr. Dr. h.c. Christoph Weber* im Sommersemester 2019 gestellt wurde. Es handelt sich um eine überarbeitete Fassung dieser im ersten Quartal 2019 angefertigten Studienarbeit.

A. Einführung in die Problematik

Befristete Arbeitsverhältnisse sind in der Praxis von hoher Bedeutung.¹ Sie erlauben es Arbeitgeberinnen und -gebern, Arbeitnehmer und -nehmerinnen flexibel einzusetzen, ohne sich für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Recht des Kündigungsschutzes auseinandersetzen zu müssen.² Befristungen ohne Sachgrund sind nach § 14 Abs. 2, Abs. 2a und Abs. 3 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) nur eingeschränkt zugelassen. Die als „Vorbeschäftigungsverbot“ oder „Anschlussverbot“³ bezeichnete Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG bestimmt, dass eine sachgrundlose Befristung unzulässig ist, wenn "mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat". Ob und inwieweit davon auch länger zurückliegende Arbeitsverhältnisse umfasst sind, ist Gegenstand einer lebhaften Entwicklung der Rechtsprechung. In diesem Beitrag soll im Lichte dieser Entwicklung die Frage beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen das Anschlussverbot gilt.

Dafür wird zunächst dargelegt, welche Zwecke das Befristungsrecht verfolgt und welchen Hintergrund und Anwendungsbereich die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG hat (**B.**). Dann wird die Entwicklung der Rechtsprechung dargestellt (**C.**). Im Anschluss wird erörtert, welche Grenzen für die Auslegung und richterliche Rechtsfortbildung gelten und ob sie von der Rechtsprechung bei der Beurteilung des Anschlussverbotes beachtet wurden (**D.**). Zuletzt wird die Verfassungsmäßigkeit der Regelung untersucht (**E.**) und ihre Handhabung unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* wird dargestellt (**F.**). Nicht Gegenstand dieses Beitrages ist die Frage, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Anschlussverbotes eine rechtspolitisch sinnvolle Entscheidung getroffen hat.

B. Hintergrund und Anwendungsbereich des Anschlussverbotes

Um die Reichweite der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu untersuchen, ist zunächst erforderlich, die historische Entwicklung des Befristungsrechts im Allgemeinen und dieser Regelung im Speziellen darzustellen. Anschließend wird

¹ Im Jahr 2018 gab es etwa 2,7 Millionen befristet Beschäftigte in der Bundesrepublik Deutschland, dies entspricht einer Befristungsquote von 8,0 Prozent (Statistisches Bundesamt, 11.9.2019, Pressemitteilung Nr. 349).

² *Persch*, Kernfragen des Befristungsrecht, 2010, S. 23 f.

³ Eingehend zu diesen Begrifflichkeiten und überzeugend gegen eine Bezeichnung als „Vorbeschäftigungsverbot“ *Ulber*, Vom »Schrecken der deutschen Sprache«: Das sogenannte »Vorbeschäftigungsverbot«, in: FS Buschmann, 2014, S. 129 (130 ff.).

erläutert, in welchen Fällen das Anschlussverbot grundsätzlich Anwendung findet.

I. Stärkung des Kündigungsschutzes und seine Umgehung durch befristete Arbeitsverträge

Das Recht zum Schutz vor Kündigungen entstand nach Ende des Ersten Weltkrieges und wurde seitdem stetig weiterentwickelt.⁴ Die bedeutendste Entwicklung auf diesem Weg stellte der Erlass des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) im Jahr 1951 dar.⁵

Der Kündigungsschutz greift nur ein, wenn ein Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber, also durch eine rechtsgestaltende Willenserklärung,⁶ beendet wird. Er gilt also nicht, wenn das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf endet.⁷ Daher liegt nahe, dass Arbeitgeber und -geberinnen versucht sein können, die Regelungen des Kündigungsschutzes dadurch zu umgehen, dass sie eine Befristung vereinbaren und so das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt enden lassen. Insbesondere war es möglich, mit derselben Arbeitnehmerin beziehungsweise demselben Arbeitgeber nacheinander immer wieder befristete Verträge zu vereinbaren, sogenannte Kettenbefristungen.⁸

Im Jahr 1960 entschied der *Große Senat* des BAG, dass ein Arbeitsvertrag nur wirksam befristet werden konnte, wenn für die Befristung ein sachlicher Grund vorlag.⁹ Freilich galt das nur für den Fall, dass der Kündigungsschutz eingreifen würde und er so durch eine Befristung umgangen würde.¹⁰ Hinter dem Befristungsrecht und dem Kündigungsschutzrecht steht der gemeinsame Gedanke des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses.¹¹

⁴ Eingehend zur Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzes Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 5. Aufl. 2017, Grundlagen A. Rn. 1 ff.; Rabor, in: KR, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG Rn. 1 ff.

⁵ BGBl I. S. 499.

⁶ Rabor, in: KR (Fn. 4), § 1 KSchG Rn. 159.

⁷ Vgl. Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rn. 2.

⁸ Vgl. dazu und zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Reichsgerichtes Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 2; Dörner (Fn. 7), Rn. 5 ff.

⁹ BAG, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 16 (unter C. 2. der Gründe).

¹⁰ Ebd. (unter C. 1. der Gründe).

¹¹ Höpfer, Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG – Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue, NZA 2011, 893 (893); vgl. auch Persch (Fn. 2), S. 50.

II. Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985

Im Jahr 1985 beschloss der Gesetzgeber das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG 1985).¹² Mit der Regelung des § 1 BeschFG 1985 wurde die Befristung von Arbeitsverträgen erleichtert, indem in bestimmten Fällen und für eine begrenzte Dauer eine Befristung auch ohne Vorliegen eines Sachgrundes wieder erlaubt wurde.¹³ Die Ermöglichung sachgrundloser Befristungen sollte insbesondere die Bereitschaft der Arbeitgeber und -geberinnen erhöhen, neue Arbeitnehmerinnen und -nehmer einzustellen; es sei auch zu erwarten, dass befristete Arbeitsverträge in vielen Fällen in unbefristete Arbeitsverhältnisse münden.¹⁴

Das BeschFG wurde im Jahr 1996 geändert.¹⁵ Die Befristung von Arbeitsverträgen wurde damit weiter erleichtert, insbesondere, indem mit § 1 Abs. 1 S. 2 BeschFG 1996 bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren auch die Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge gestattet wurde. In § 1 Abs. 3 S. 1 BeschFG 1996 wurde festgelegt, dass eine sachgrundlose Befristung allerdings nicht zulässig ist, wenn die betreffende Person bereits vorher bei dem Arbeitgeber angestellt war und zu diesem vorhergehenden Arbeitsverhältnis ein sachlicher Zusammenhang besteht.¹⁶ Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 BeschFG 1996 lag ein solcher sachlicher Zusammenhang insbesondere dann vor, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag.¹⁷ Diese Norm kann als Vorgängerregelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG begriffen werden.

¹² BGBl. I. S. 710.

¹³ Diese Regelung war zunächst bis zum 1. Januar 1990 befristet, wurde aber durch den Erlass neuer Gesetze mehrmals verlängert.

¹⁴ BT-Drucks. 10/2102, S. 14; eingehend zu den Gründen für eine Deregulierung im Befristungsrecht *Persch* (Fn. 2), S. 18 ff.

¹⁵ BGBl. I. S. 1476

¹⁶ § 1 Abs. 3 S. 1 BeschFG 1996: „Die Befristung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag oder zu einem vorhergehenden befristeten Arbeitsvertrag nach Absatz 1 mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht.“. Eine entsprechende Regelung war bereits im BeschFG 1985 in § 1 Abs. 1 S. 2 und S. 3 zu finden.

¹⁷ § 1 Abs. 3 S. 2 BeschFG 1996: „Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten liegt.“.

III. Befristungsrichtlinie und ihre Umsetzung im Teilzeit- und Befristungsgesetz

Zur Durchführung einer Rahmenvereinbarung der Sozialpartner erließ der europäische Gesetzgeber im Jahr 1999 die Befristungs-Richtlinie¹⁸. Diese wurde in der Bundesrepublik Deutschland im darauffolgenden Jahr mit dem TzBfG umgesetzt.¹⁹ Anders als im bisherigen Befristungsrecht erfassen die Regelungen der §§ 14 ff. TzBfG auch Arbeitsverhältnisse, für die der allgemeine Kündigungsschutz nicht gilt, etwa solche, die erst seit sechs Monaten oder weniger bestehen (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG).²⁰ Das TzBfG dient daher nicht allein dem Zweck, die Umgehung des Kündigungsschutzes zu unterbinden, sondern soll auch allgemein verhindern, dass der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin die Vertragsfreiheit missbraucht.²¹ Im Grundsatz verlangt das TzBfG nach § 14 Abs. 1 für jede Befristung einen sachlichen Grund.

Kalendermäßige Befristungen ohne Sachgrund sind nach § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 TzBfG bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren möglich. Während dieses Zeitraums darf das befristete Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG höchstens dreimal verlängert werden. Mit der Ermöglichung der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG will der Gesetzgeber Unternehmerinnen und Unternehmern ein flexibles Mittel zur Reaktion auf wechselnde Auftragslagen und Marktbedingungen geben.²² Für Arbeitnehmer und -nehmerinnen soll die sachgrundlose Befristung eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen.²³

IV. Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Nicht zulässig ist eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Sinn und Zweck des Anschlussverbotes ist, zu verhindern, dass die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung missbraucht wird, um Kettenbefristungen abzuschließen.²⁴ Vom Anschlussverbot unberührt bleibt die

¹⁸ Richtlinie 1999/70/EG, ABl. EG 1999 Nr. L 175, S. 43.

¹⁹ BGBl I. S. 1966.

²⁰ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 7 (unter B. I. 2. der Gründe).

²¹ Preis/Temming, Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 3232.

²² BT-Drucks. 14/4374, S. 13 f.

²³ Ebd., S. 14

²⁴ Ebd., S. 14, 19.

Möglichkeit, nach § 14 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TzBfG einen bereits bestehenden sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu verlängern.²⁵

Arbeitgeber i. S. v. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitnehmer.²⁶ Es ist zu berücksichtigen, dass bei der Leiharbeit nur mit der Verleiherin beziehungsweise dem Verleiher ein Arbeitsverhältnis begründet wird.²⁷ Führen mehrere Arbeitgeberinnen oder -geber einen gemeinsamen Betrieb, sind sie nicht derselbe Arbeitgeber i. S. d. Regelung.²⁸ Wenn allerdings bei gleichbleibender Tätigkeit ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber oder einer anderen Arbeitgeberin im Gemeinschaftsbetrieb abgeschlossen wird, um das Anschlussverbot zu umgehen, kann eine Korrektur nach § 242 BGB geboten sein.²⁹ Im Übrigen umfasst das Anschlussverbot auch Vorbeschäftigungen bei einem anderen Unternehmen derselben Arbeitgeberin oder desselben Arbeitgebers.³⁰

Das Anschlussverbot gilt nach seinem Wortlaut nur, wenn zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Unschädlich ist deshalb ein vorheriges Heimarbeitsverhältnis³¹, Beamtenverhältnis³² oder Praktikumsverhältnis³³.

²⁵ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 1 (unter II. 3. b) der Gründe); eingehend zum Begriff der Verlängerung BAG, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 1, Rn. 10 ff.; Dörner (Fn. 7), Rn. 558 ff.; Stoye, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme des § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2007, S. 75 ff.

²⁶ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 14 (unter II. 1. der Gründe); AP TzBfG § 14 Nr. 131, Rn. 16.

²⁷ BAG, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 4, Rn. 12 ff.; zu Umgehungsfällen Rudnik (Fn. 28), S. 301 f.

²⁸ Dörner (Fn. 7), Rn. 546; Persch (Fn. 2), S. 321; Stoye (Fn. 25), S. 186 f.; zur alten Rechtslage mit demselben Ergebnis BAG, AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10 (unter II. 1. a) bb) der Gründe); für eine analoge Anwendung der Norm auf Gemeinschaftsbetriebe Rudnik, Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 2019, S. 301.

²⁹ Persch (Fn. 2), S. 321 f.; Stoye (Fn. 25), S. 187 f.; zur alten Rechtslage mit demselben Ergebnis BAG, AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10 (unter II. 1. a) bb) der Gründe); vgl. auch BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 131, Rn. 23 f.

³⁰ Persch (Fn. 2), S. 320 f.; zur alten Rechtslage mit demselben Ergebnis BAG, AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10 (unter II. 1. a) aa) der Gründe).

³¹ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 145, Rn. 12 ff.

³² BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 140, Rn. 26 ff.

³³ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 19 (unter 3. der Gründe).

Teilweise wird vertreten, dass wegen § 10 Abs. 2 BBiG auch ein vorheriges Berufsausbildungsverhältnis von der Regelung umfasst sei.³⁴ Dem tritt die herrschende Meinung mit dem Verweis auf die Gesetzesbegründung, nach der Berufsausbildungsverhältnisse nicht umfasst sein sollen,³⁵ entgegen.³⁶ Eine einmalige sachgrundlose Befristung trägt zur Übernahme früherer Auszubildender in den Arbeitsmarkt bei, sodass für das Anschlussverbot eine Gleichstellung des Ausbildungsverhältnisses mit einem Arbeitsvertrag nach § 10 Abs. 2 BBiG nicht geboten ist.³⁷

Eine für § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu berücksichtigende Vorbeschäftigung liegt ab dem Zeitpunkt vor, zu dem nach die Parteien ihre gegenseitigen Rechten und Pflichten begründen wollen, regelmäßig also zum arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbeginn. Darauf, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich in Vollzug gesetzt wurde, kommt es nicht an.³⁸

Falls bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand und durch § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG eine sachgrundlose Befristung untersagt wird, bleiben dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin drei Möglichkeiten: Er kann die Einstellung unterlassen, er kann bei Vorliegen eines Sachgrundes eine Befristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG vereinbaren oder er kann eine unbefristete Einstellung vornehmen.³⁹

³⁴ *Schlachter*, in: Laux/Schlachter, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 113; *Wroblewski*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger, 11. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 202; noch mit Verweis auf die Vorgängerregelung des § 3 Abs. 2 BBiG a. F. *Däubler*, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2001, 217 (223); *Schlachter*, Befristete Einstellung nach Abschluss der Ausbildung – Sachgrund erforderlich?, NZA 2003, 1180 (1182); kritisch auch *Lembke*, Die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen in der Praxis, NJW 2006, 325 (326).

³⁵ BT-Drucks. 14/4374, S. 19 f.

³⁶ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 14 ff.; AP TzBfG § 14 Nr. 157, Rn. 15; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 385 f.; *Bauer/Fischinger*, Sachgrundlose Befristung und Verbot der Vorbeschäftigung bei „demselben Arbeitgeber“, DB 2007, 1410 (1410); *Dörner* (Fn. 7), Rn. 534 f.; *Lipke*, in: KR (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 574 f.; *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing, 3. Aufl. 2012, § 14 Rn. 73; *Müller-Glüge*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 20. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 94; *Schmalenberg/Sasse*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. 2019, Teil 1 E Rn. 15; *Sievers*, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 14 Rn. 558; *Stoye* (Fn. 25), S. 166 ff.

³⁷ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 15 ff.; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 386.

³⁸ Zum Ganzen *BAG*, NZA 2019, 1352 (1353).

³⁹ Vgl. BT-Drucks. 14/4374, S. 14.

C. Beurteilung der Reichweite des Anschlussverbotes durch die Rechtsprechung

Es bleibt die Frage, ob jedes vorherige Arbeitsverhältnis eine sachgrundlose Befristung untersagt. Wie weit das zeitliche Kriterium „bereits zuvor“ reicht, wurde von den Gerichten auf verschiedene Weise beurteilt.

I. Frühere Rechtsprechung des BAG

Im Jahr 2003 hatte sich der 2. Senat des BAG mit einem Fall auseinanderzusetzen, bei dem das vorherige Arbeitsverhältnis etwa ein Jahr zurücklag.⁴⁰ Er stellte fest, dass es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis „grundsätzlich“ nicht ankomme.⁴¹ Der Senat begründete dies mit einem Vergleich zu der Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996, die anders als § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG eine zeitliche Begrenzung enthielt.⁴² Diese Rechtsprechung bestätigte der 2. Senat in einer Entscheidung zu einem mehr als vier Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnis.⁴³ Gegen beide Urteile wurde unter Berufung auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG Verfassungsbeschwerde erhoben, die das BVerfG jeweils nicht zur Entscheidung annahm.⁴⁴ Der 7. Senat bestätigte diese Rechtsprechung des 2. Senates in einem Beschluss aus dem Jahr 2009 und betonte die Eindeutigkeit des Wortlautes des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.⁴⁵ Im zugrundeliegenden Sachverhalt lag das frühere Arbeitsverhältnis mehr als zehn Jahre zurück.⁴⁶

II. Einführung einer Zeitgrenze durch das BAG

Mit dem Wechsel des Vorsitzes im 7. Senat des BAG⁴⁷ im Jahr 2009 ging dann ein Wandel in der Rechtsprechung einher.

⁴⁰ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 7.

⁴¹ Ebd. (unter B. I. 3. der Gründe).

⁴² Ebd. Siehe zur Vorgängerregelung oben **B. II.**

⁴³ BAG, EzBAT SR 2y BAT TzBfG Nr. 10 (unter B. I. 3. der Gründe).

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.11.2004 – 1 BvR 930/04, Rn. 1 (juris); BVerfG, Beschl. v. 11.11.2004 – 1 BvR 2150/04, Rn. 1 (juris).

⁴⁵ BAG, EzTöD 100 § 30 Abs. 1 TVöD-AT Sachgrundlose Befristung Nr. 12 (unter I. 1. der Gründe).

⁴⁶ LAG Berlin-Brandenburg, LAGE TzBfG § 14 Nr. 50.

⁴⁷ Wolfgang Linsenmaier übernahm zum 1.10.2009 den Vorsitz von Hans-Jürgen Dörner, Pressemitteilung des BAG Nr. 101/09.

1. Aussagen des Urteils vom 6. April 2011

Im Jahr 2011 hatte sich der 7. Senat mit einem Fall zu beschäftigen, in dem die Klägerin mit dem Freistaat Sachsen ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbarte, obwohl sie schon sechs Jahre zuvor als studentische Hilfskraft bei dem Freistaat Sachsen angestellt war.⁴⁸ Der 7. Senat entschied, dass sich aus der „Auslegung“ der Vorschrift ergebe, dass eine Vorbeschäftigung i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht vorliegt, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege.⁴⁹

Die Adverbialkonstruktion „bereits zuvor“ sei kontextabhängig und daher nicht eindeutig.⁵⁰ Das BAG legte dar, dass die Entwicklungen im Gesetzgebungsverfahren für ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis der Norm sprechen. Doch die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe sei nicht entscheidend und das Gewicht der historischen Auslegung nicht zu überschätzen.⁵¹ Der Normzweck rechtfertige kein lebenslanges Anschlussverbot, denn die Verhinderung von Kettenbefristungen könne auch ohne ein lebenslanges Anschlussverbot erreicht werden.⁵² Die durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, könne durch ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis der Vorschrift unverhältnismäßig beeinträchtigt werden.⁵³ Daher sei eine „verfassungsorientierte Auslegung“ geboten,⁵⁴ die eine „im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung“ erfordere.⁵⁵ In einem darauffolgenden Urteil bestätigte das BAG seine Rechtsprechung und betonte dabei, dass ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot verfassungswidrig wäre.⁵⁶

⁴⁸ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82.

⁴⁹ *Ebd.*, Rn. 13.

⁵⁰ *Ebd.*, Rn. 17.

⁵¹ *Ebd.*, Rn. 19.

⁵² *Ebd.*, Rn. 20 ff.

⁵³ *Ebd.*, Rn. 30 ff.

⁵⁴ *Ebd.*, Rn. 27.

⁵⁵ *Ebd.*, Rn. 39.

⁵⁶ *Ebd.*, Rn. 23 ff.

2. Resonanz in den Instanzgerichten

In den Instanzgerichten stieß die Rechtsprechung des *BAG* auf gemischte Resonanz.⁵⁷

Nach dem *LAG Baden-Württemberg*⁵⁸ stellten auch weitere Instanzgerichte⁵⁹ entgegen der Rechtsprechung des *BAG* fest, dass das Anschlussverbot keiner Auslegung zugänglich sei und zeitlich uneingeschränkt gelte. Das *ArbG Braunschweig* lehnte ein eingeschränktes Verständnis der Norm ebenfalls ab.⁶⁰ Im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG legte es dem *BVerfG* die Frage vor, ob das nach seiner Auffassung uneingeschränkt geltende Anschlussverbot verfassungsmäßig ist.⁶¹

Das *LAG Nürnberg*⁶² und das *LAG Hamm*⁶³ schlossen sich der Auffassung des *BAG* an und befürworteten das eingeschränkte Verständnis der Norm. Nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen ersteres Urteil durch das *BAG*⁶⁴ legte der Kläger Verfassungsbeschwerde ein.

III. Rechtsprechung des *BVerfG*

Das *BVerfG* hatte sich in der Folge mit zwei Fragen auseinanderzusetzen. Zum einem musste es über die Vorlage des *ArbG Braunschweig* bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG entscheiden. Zum anderen musste es über die Verfassungsbeschwerde entscheiden – ob also die im Jahr 2011 geänderte Rechtsprechung des *BAG* verfassungsgemäß ist.

1. Aussagen des Beschlusses vom 6. Juni 2018

Auf beide Fragen ging der 1. Senat des *BVerfG* in demselben Beschluss ein.⁶⁵

⁵⁷ Siehe zu der Rechtsprechung der LAGE auch *Lembke/Tegel*, Das Anschlussverbot des § 14 II 2 TzBfG – erneute Rechtsprechungswende in Sicht?, NZA-RR 2018, 175 (177 ff.).

⁵⁸ *LAG Baden-Württemberg*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 78, Rn. 23 ff.; LAGE TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 16 ff.; LAGE TzBfG § 14 Nr. 107, Rn. 42 ff.; LAGE TzBfG § 14 Nr. 119, Rn. 17 ff.

⁵⁹ *Hessisches LAG*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 117, Rn. 29 ff.; *LAG Schleswig-Holstein*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 118, Rn. 15 ff.; *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 120, Rn. 26.

⁶⁰ *ArbG Braunschweig*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 83, Rn. 33 ff.

⁶¹ *Ebd.*, Rn. 15.

⁶² *LAG Nürnberg*, Urt. v. 30.1.2014 – 5 Sa 1/13, Rn. 13 ff. (juris).

⁶³ *LAG Hamm*, Urt. v. 15.12.2016 – 11 Sa 735/16, Rn. 59 (juris).

⁶⁴ *BAG*, Beschl. v. 30.4.2014, BeckRS 2014, 123870.

⁶⁵ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170.

Die Verfassungsbeschwerde hielt es für begründet. Die Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG dahingehend, dass sie nicht anwendbar sei, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt, überschreite die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung. Somit liege ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG vor.⁶⁶ Der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine zeitliche Begrenzung des Verbots entschieden; die Auslegung durch das BAG löse sich von der gesetzgeberischen Grundentscheidung und ersetze diese durch ein eigenes Regelungsmodell.⁶⁷

Über die konkrete Normenkontrolle entschied das BVerfG, indem es die Verfassungsmäßigkeit des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG feststellte. In unzumutbaren Fällen sei ihr Anwendungsbereich einschränkbar.⁶⁸ Die mit dem Anschlussverbot vorgenommene Einschränkung der sachgrundlosen Befristung solle nicht nur Kettenbefristungen verhindern, sondern auch die unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform sichern.⁶⁹ Allerdings müssen die Fachgerichte in bestimmten Fällen eine verfassungskonforme Auslegung vornehmen. Solche Fälle seien gegeben, wenn weder die Gefahr von Kettenbefristungen besteht noch das Verbot der sachgrundlosen Befristung erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Dies könne insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet ist oder nur von sehr kurzer Dauer war.⁷⁰

2. Folgeentscheidung des BAG

Nach der Entscheidung des BVerfG gab das BAG seine „Drei-Jahres-Regel“ wieder auf. In einer Folgeentscheidung zum Anfang des Jahres 2019 stellte es fest, dass auch bei einem acht Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnis eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unzulässig sei.⁷¹ Ein solcher Zeitraum sei nicht „sehr lange“ und erfordere daher auch unter Berücksichtigung der vom BVerfG genannten Kriterien keine verfassungskonforme Auslegung.⁷² Im Übrigen entschied das BAG, dass kein

⁶⁶ *Ebd.*, Rn. 34, 71 ff.

⁶⁷ *Ebd.*, Rn. 76.

⁶⁸ *Ebd.*, Rn. 33, 35 ff.

⁶⁹ *Ebd.*, Rn. 48 ff.

⁷⁰ Zum Ganzen *ebd.*, Rn. 33, 62 f.

⁷¹ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 23 ff.; im Einzelnen und zu weiteren Folgeentscheidungen des BAG siehe unten **F. I.**

⁷² BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 26.

Vertrauensschutz aufgrund seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2011 gewährt werden könne.⁷³

D. Grenzen von Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung und ihre Beachtung

Im Folgenden soll die Frage beantwortet werden, ob das *BAG* und das *BVerfG* mit ihren Entscheidungen zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG die Vorgaben des GG beachtet haben. Dafür müssen die Grundsätze der juristischen Methodik und ihre verfassungsrechtliche Relevanz betrachtet werden.

I. Allgemeines zu Auslegung und Rechtsfortbildung

Nach Art. 20 Abs. 3 GG sind vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden. In dieser Verfassungsbestimmung findet die Methodenlehre ihren Ausgangspunkt.⁷⁴ Die Grenzen der Verfassung werden überschritten, wenn sich ein Gericht aus der Rolle des Normanwenders in die Rolle einer normsetzenden Instanz begibt, sich also objektiv der Bindung an Recht und Gesetz entzieht.⁷⁵ Um die Bedeutung von Rechtsnormen zu ermitteln, ist immer eine Auslegung notwendig.⁷⁶ Der Normtext ist nicht mit der Rechtsnorm identisch, er ist nur ihr sprachlicher Ausdruck.⁷⁷ Die Gerichte müssen daher, um eine Norm anwenden zu können, von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung Gebrauch machen; dabei ist die Grundentscheidung des Gesetzgebers zu respektieren.⁷⁸ Die äußerste Grenze der Auslegung bildet der mögliche Wortsinn des Gesetzes.⁷⁹ Die Gerichte haben darüber hinaus auch die Aufgabe und Befugnis, das Recht fortzubilden.⁸⁰ Eine richterliche Rechtsfortbildung setzt allerdings voraus, dass das Gesetz eine Lücke aufweist.⁸¹ Die Gewaltenteilung verlangt, dass die Gerichte keine freie Rechtsfindung betreiben, die methodisch nicht begründet ist.⁸² Beachtet die

⁷³ *Ebd.*, Rn. 40 ff.

⁷⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2006, S. 603; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 706.

⁷⁵ BVerfGE 87, 273 (280); 96, 375 (394).

⁷⁶ Rütters/Fischer/Birk (Fn. 74), Rn. 731; vgl. auch Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 143 f.

⁷⁷ Höpfner (Fn. 76), S. 145; vgl. auch Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 15 f.

⁷⁸ BVerfGE 96, 375 (395); 122, 248 (258).

⁷⁹ BVerfGE 71, 108 (115).

⁸⁰ BVerfGE 34, 269 (287 f.); 49, 304 (318).

⁸¹ BVerfGE 82, 6 (13); 132, 99, Rn. 18.

⁸² Rudnik (Fn. 28), S. 32; Rütters, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53 (53).

Rechtsprechung die Grundsätze der Methodik nicht, verletzt sie ihre Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG. Bis zu dieser Grenze ist die Auslegung einfachen Rechts und die Wahl der anzuwendenden Methode Sache der Fachgerichte.⁸³ Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, was die Auslegung der Norm ergibt. Erst im Anschluss wird erörtert, ob eine Rechtsfortbildung zulässig ist.

II. Auslegung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Nach § 14 Abs. 2 S. 2 setzt der Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages voraus, dass nicht „bereits zuvor“ mit demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Welche Bedeutung diese Worte haben, ist durch die Auslegung zu ermitteln.

Zwar gibt es keine feststehende Rangordnung zwischen den verschiedenen Auslegungsmethoden.⁸⁴ Die Gesetzesbindung verlangt allerdings, dass zunächst Wortsinn und Bedeutungszusammenhang ermittelt werden müssen, bevor der Regelungszweck berücksichtigt werden kann.⁸⁵ Auch gehen die verschiedenen Auslegungsmethoden ineinander über, sodass keine klare Abgrenzung möglich ist.⁸⁶ Anerkannt ist, dass grundsätzlich Wortlaut (grammatische Auslegung), Systematik (systematische Auslegung), Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) sowie Sinn und Zweck der Rechtsnorm (teleologische Auslegung) zu berücksichtigen sind.⁸⁷

1. Grammatische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut.⁸⁸ Dafür ist die Bedeutung der Worte im Sprachgebrauch des Sprechenden, also des Gesetzgebers, zu ermitteln.⁸⁹ Gibt dieser eine Bedeutung nicht vor, ist auf den üblichen

⁸³ BVerfGE 82, 6 (11); 96, 375 (394); vgl. auch *Zippelius* (Fn. 77), S. 50.

⁸⁴ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 166 mit dem Hinweis, die Auslegung sei „kein Rechenexempel, sondern eine schöpferische Geistestätigkeit“; siehe auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 564 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 193 f.; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 76 f.; eingehend *Xu*, Rangfolge der Auslegungskriterien, StudZR-WissOn 2015, 193 (201 ff.).

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 1, 299 (312); *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 166; *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 192 f.

⁸⁶ *Bydlinski* (Fn. 84), S. 564.

⁸⁷ Statt vieler BVerfGE 11, 126 (130).

⁸⁸ BGHSt 3, 259 (262); *Höpfner* (Fn. 76), S. 144; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 741.

⁸⁹ *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 141; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 738.

Sprachgebrauch des Gesetzgebers zurückzugreifen.⁹⁰ Dieser unterscheidet sich in der Regel von dem umgangssprachlichen Sprachgebrauch.⁹¹ Nur wenn nichts anderes feststellbar ist, ist davon auszugehen, dass er dem allgemein üblichen, alltäglichen Sprachgebrauch entspricht.⁹²

Die Worte „bereits zuvor“ können sich, abhängig vom Kontext, auf einen zeitlich unbegrenzten oder eingeschränkten Zusammenhang beziehen.⁹³ Eine Person ohne juristische Fachkenntnisse würde bei einer ersten Lektüre der Vorschrift „bereits zuvor“ wohl als „irgendwann zuvor“ verstehen.⁹⁴ Aufgrund der von der Alltagssprache grundsätzlich abweichenden Begriffsverwendung des Gesetzgebers kann es darauf freilich nicht ankommen. Um demgegenüber zu verdeutlichen, dass auch ein engeres Verständnis möglich ist, bildet das BAG ein Beispiel: In einer Regelung, die Nachtschichten untersagt, wenn „bereits zuvor“ in einer Tagschicht gearbeitet wurde, werde man die Worte nicht als „irgendwann zuvor“ verstehen.⁹⁵ Nicht weiter hilft auch die Feststellung, dass eine präzisere Formulierung wie „früher“⁹⁶ oder „je zuvor“⁹⁷ denkbar gewesen wäre.⁹⁸ Ebenso wäre eine engere Formulierung wie „unmittelbar zuvor“ denkbar gewesen. Der deutsche Gesetzgeber erhebt keinen Anspruch, Normen zu schaffen, die auf jeden Zweifelsfall eine eindeutige Antwort bieten.⁹⁹ Ein zwingendes

⁹⁰ Rütters/Fischer/Birk (Fn. 74), Rn. 738.

⁹¹ Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 89; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 42 f.

⁹² Larenz/Canaris (Fn. 84), S. 141; Schwacke (Fn. 91), S. 91; vgl. Rütters/Fischer/Birk (Fn. 74), Rn. 741.

⁹³ BVerfG, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 79; BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 17.

⁹⁴ Adam, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, EzA TzBfG § 14 Nr. 132 (unter III.).

⁹⁵ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 17; ein Beispiel ohne juristischen Bezug bildet Bayreuther, Das BVerfG und die sachgrundlose Befristung – Neues aus dem Arbeitsverfassungsrecht, NZA 2018, 905 (907).

⁹⁶ Bauer, Tückisches Befristungsrecht, NZA 2011, 241 (243).

⁹⁷ Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 18. Aufl. 2018, § 14 TzBfG Rn. 99a.

⁹⁸ Schlachter, in: Laux/Schlachter (Fn. 34), § 14 Rn. 112.

⁹⁹ Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 22 ff.; Wank (Fn. 91), S. 42.

Auslegungsergebnis lässt sich dem Wortlaut alleine dementsprechend nicht entnehmen.¹⁰⁰

2. Systematische Auslegung

Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist ein unerfüllbares Ideal.¹⁰¹ Dennoch kann es hilfreich sein, den Zusammenhang einer Norm mit anderen Normen zu betrachten.¹⁰² Aus der Bedeutung eines Begriffes in einer anderen Norm kann sich die Bedeutung eines Begriffes in der auszulegenden Norm herleiten lassen, wenn der Gesetzgeber eine einheitliche Begriffsverwendung beabsichtigte.¹⁰³

In § 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG findet sich die Formulierung „unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses“. Dies deutet darauf hin, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Umkehrschluss nicht als „unmittelbar zuvor“ zu verstehen.¹⁰⁴ Entsprechendes gilt für die in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG verwendeten Worte „im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium“.¹⁰⁵

Die mit dem Erlass des TzBfG eingeführte Sonderregelung für ältere Arbeitnehmer fand nach § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG a. F.¹⁰⁶ keine Anwendung, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsverhältnis ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher war nach § 14 Abs. 3 S. 3 TzBfG bei einem Zeitraum von weniger als sechs Monaten zwischen den Arbeitsverhältnissen anzunehmen. Der systematische Vergleich mit dieser Regelung spricht jedenfalls dafür, Vorbeschäftigungen nicht schon bei einem zeitlichen Zusammenhang von weniger als sechs Monaten unberücksichtigt zu lassen.¹⁰⁷ Weitergehend zeigt diese frühere Regelung allerdings auch, dass zeitliche Grenzen für die

¹⁰⁰ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 78 f.; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 17; *Bauer*, Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen, Teil 1: Europarechtliche Vorgaben und Befristungen ohne Sachgrund, BB 2001, 2473 (2475); *Bauer* (Fn. 96), S. 243; *Dörner* (Fn. 7), Rn. 528; *Greiner*, Das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse im Umbruch, ZESAR 2014, 357 (359); für eindeutig halten den Wortlaut *LAGE Schleswig-Holstein*, LAGE TzBfG § 14 Nr. 118, Rn. 16 f.; *Backhaus*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 381g; *Persch* (Fn. 2), S. 331 f.; *Stoye* (Fn. 25), S. 196.

¹⁰¹ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 145; *Schwacke* (Fn. 91), S. 93.

¹⁰² *Bydlinski* (Fn. 84), S. 442; *Schwacke* (Fn. 91), S. 93 f.; *Wank* (Fn. 91), S. 57.

¹⁰³ *Schwacke* (Fn. 91), S. 96 f.

¹⁰⁴ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 18; *Höpfner* (Fn. 11), S. 896.

¹⁰⁵ *Höpfner* (Fn. 11), S. 896.

¹⁰⁶ Fassung vom Erlass des Gesetzes (siehe Fn. 19) bis zum 30.4.2007, geändert mit BGBl. I S. 538.

¹⁰⁷ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 18; *Lönisch*, 'Zuvor' bedeutet nicht: 'In aller Vergangenheit', BB 2001, 254 (255).

Berücksichtigung von früheren Arbeitsverhältnissen durchaus positiv festlegt sind, wenn Arbeitsverhältnisse nicht uneingeschränkt berücksichtigt werden dürfen.

Festzuhalten ist, dass sich aus dem Gesetzeszusammenhang gewichtige Argumente für ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis des Anschlussverbotes entnehmen lassen. Er lässt es allerdings für sich genommen noch nicht für unvertretbar erscheinen, den Worten „bereits zuvor“ eine zeitlich beschränkte Bedeutung zukommen zu lassen.¹⁰⁸ Ein eindeutiges Auslegungsergebnis lässt sich daher auch an dieser Stelle noch nicht feststellen.

3. Historische Auslegung

Um die Bedeutung einer Norm zu ermitteln, ist auch ihr historischer Rahmen bedeutungsvoll.¹⁰⁹ Darunter ist die Vorgeschichte einer Norm, die Entstehungsgeschichte im eigentlichen Sinn und die Geschichte der Entwicklung nach Inkrafttreten der Norm zu fassen.¹¹⁰ Um das Auslegungskriterium der Entstehungsgeschichte einzuordnen, muss zunächst der Streit zwischen den Auslegungstheorien in gebotener Kürze dargestellt werden. Die darauffolgenden Untersuchungen beziehen sich neben der Vorgeschichte vor allem auf die Entstehungsgeschichte im eigentlichen Sinn.

a) Subjektive und objektive Auslegungstheorie

Die vornehmlich früher vertretene *subjektive* Auslegungstheorie hält den Willen des historischen Gesetzgebers für entscheidend.¹¹¹ Nach dieser Theorie kommt es nicht darauf an, ob dieser subjektive Wille des Gesetzgebers im Gesetzestext überhaupt zum Ausdruck gekommen ist.¹¹²

¹⁰⁸ Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 78, 80.

¹⁰⁹ *Bydlinski* (Fn. 84), S. 449; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 120 f.; *Schwacke* (Fn. 91), S. 97.

¹¹⁰ *Wank* (Fn. 91), S. 67.

¹¹¹ Siehe die Nachweise bei *Engisch* (Fn. 109), S. 133 f.

¹¹² *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 29.

Heute wird zumeist die *objektive* Theorie, die maßgeblich auf den „Willen des Gesetzes“ abstellt, in einer gemäßigten Form vertreten.¹¹³ Natürlich kann ein Text keinen Willen haben.¹¹⁴ Präziser ist die Formulierung des *BVerfG*, es komme auf den in dem Gesetz zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers an.¹¹⁵ An anderer Stelle führte es aus, es sei „nicht maßgeblich, was der Gesetzgeber zu regeln meinte, sondern was er geregelt hat“.¹¹⁶ Der Wille des Gesetzgebers muss dabei gleichwohl beachtlich bleiben: aufgrund der Gesetzesbindung geht es bei der Auslegung gerade darum, festzustellen, welche Bedeutung der Gesetzgeber, der die Worte formulierte, ihnen zumessen wollte.¹¹⁷ Eine streng objektive Theorie, in dem Sinne, dass historische Gesichtspunkte keinerlei Berücksichtigung finden dürfen, ist folglich abzulehnen.¹¹⁸ Jedoch muss der Wille des Gesetzgebers in das Gesetz aufgenommen worden und aus dem Wortlaut und Sinnzusammenhang erkennbar werden. Die Entstehungsgeschichte hilft dabei, Zweifel aus dem Weg zu räumen, die sich bei Betrachtung dessen ergeben.¹¹⁹

b) Vorgeschichte

Die Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 legte ausdrücklich fest, wann ein vorheriges Arbeitsverhältnis keine Berücksichtigung mehr findet.¹²⁰ Dass eine solche Festlegung in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht mehr aufgenommen wurde, ist im Umkehrschluss ein starkes Argument für ein zeitlich uneingeschränktes Verständnis der Vorschrift.¹²¹

¹¹³ Siehe dazu aus der Rechtsprechung des *BVerfG* insbesondere BVerfGE 11, 126 (129 f.); aus der Literatur, wenn auch nicht immer mit dieser Bezeichnung, *Engisch* (Fn. 109), S. 143 ff.; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 138 ff., 153 ff.; *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 61; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 79; *Schwacke* (Fn. 91), S. 87; zu früheren Vertretern der objektiven Theorie *Engisch* (Fn. 109), S. 134 f. Die traditionelle Fragestellung nach der zutreffenden Auslegungstheorie für falsch gestellt und daher nicht zu beantworten halten *Bydlinski* (Fn. 84), S. 436; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 820.

¹¹⁴ *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 139 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 719, 797.

¹¹⁵ BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (129 ff.); 79, 106 (121).

¹¹⁶ *BVerfG*, NVwZ-RR 2002, 117 (118).

¹¹⁷ *Deckert* (Fn. 99), S. 54; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 139; *Schwacke* (Fn. 91), S. 87; vgl. auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 812.

¹¹⁸ *Bydlinski* (Fn. 84), S. 432 f.; *Engisch* (Fn. 109), S. 143; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 139; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 812; *Schwacke* (Fn. 91), S. 87.

¹¹⁹ Zum Ganzen BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130 f.).

¹²⁰ Siehe oben **B. II.**

¹²¹ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 84; vgl. auch *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 19.

Hinzu kommt, dass das Regelungsmodell des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 auf § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. übertragen wurde;¹²² es wird auch dort ein enger sachlicher Zusammenhang verlangt, der im darauffolgenden Satz konkretisiert wird. Eine solche Regelung wäre daher auch in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu erwarten gewesen, wenn frühere Arbeitsverhältnisse nicht zeitlich uneingeschränkt berücksichtigt werden sollen.¹²³

c) Entstehungsgeschichte im eigentlichen Sinn

Aus dem Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens lassen sich wichtige Erkenntnisse für die Auslegung gewinnen.

aa) Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum TzBfG wurde gemäß Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG zunächst dem Bundesrat zugeleitet.¹²⁴ In der Begründung zum Gesetzentwurf wird ausgeführt, dass eine sachgrundlose Befristung mit der Neuregelung „nur bei *Neueinstellungen*, d. h. bei der *erstmaligen* Beschäftigung“ zulässig sei; es gebe nur noch die „*einmalige[n]* Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund“. ¹²⁵ Ferner wurde betont, dass im Gegensatz zum bisherigen Recht eine sachgrundlose Befristung bei demselben Arbeitgeber ausgeschlossen sei.¹²⁶ Mit dem bisherigen Recht war die Regelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 gemeint, wonach eine sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitgeber auch nicht grundsätzlich, sondern erst nach viermonatiger Unterbrechung zulässig ist.¹²⁷ Der Freistaat Bayern beantragte daraufhin, den Gesetzentwurf entsprechend dieser Vorgängerregelung so zu fassen, dass vier Monate zurückliegende Arbeitsverhältnisse nicht mehr zu berücksichtigen sind.¹²⁸ Der Bundesrat lehnte diesen Antrag ab¹²⁹ und leitete den Gesetzentwurf ohne Stellungnahme an den Bundestag weiter¹³⁰. Der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels e. V. kritisierte bei der anschließenden öffentlichen Sachverständigenanhörung, dass nur einmal ein befristeter Arbeitsvertrag

¹²² *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 84; *Höpfner* (Fn. 11), S. 896; siehe zu § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. oben **D. II. 2.**

¹²³ Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 84; *Höpfner* (Fn. 11), S. 896.

¹²⁴ BR-Drucks. 591/00.

¹²⁵ BR-Drucks. 591/00, S. 19; BT-Drucks. 14/4374, S. 14.

¹²⁶ BR-Drucks. 591/00, S. 32; BT-Drucks. 14/4374, S. 14, 19.

¹²⁷ Siehe oben **B. II.**

¹²⁸ BR-Drucks. 591/5/00.

¹²⁹ Bundesrat, Plenarprotokoll 755, 20.10.2000, S. 412.

¹³⁰ BT-Drucks. 14/4374, S. 5.

abgeschlossen werden könne.¹³¹ Der Sachverständige *Preis* wies darauf hin, dass in § 14 Abs. 2 TzBfG eine Zwei-Jahres-Karenzregelung aufgenommen werden könnte; auch damit könne das Ziel, Kettenbefristungen zu verhindern, erreicht werden.¹³² Die Mitglieder der Unionsfraktion bemängelten, dass sachgrundlose Befristungen nur noch bei Neueinstellungen möglich sein würden.¹³³ Der Wirtschaftsausschuss empfahl dem Bundesrat, die Einberufung des Vermittlungsausschusses zu verlangen. Dies begründete er damit, dass eine Beschränkung befristeter Arbeitsverhältnisse auf Neuabschlüsse nicht geboten sei und schlug ebenfalls eine Regelung entsprechend des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 vor, die sich bewährt habe.¹³⁴ Entgegen all dieser Kritik wurde die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ohne Änderungen entsprechend dem Gesetzentwurf beschlossen.¹³⁵

bb) Bewertung

Aus alledem wird deutlich, dass der Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt während des Gesetzgebungsverfahrens davon ausging, dass die Regelung etwas anderes als ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zur Folge haben würde. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den in der Begründung und Diskussion zur Regelung gewählten deutlichen Formulierungen. Durch von verschiedener Seite aufgezeigte Alternativen und aufgrund der Vorregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 war dem Gesetzgeber klar, wie ein zeitlich eingeschränktes Anschlussverbot ausgestaltet werden könnte. Die in der Gesetzesbegründung formulierten Absichten der Gesetzesverfasser macht sich der Gesetzgeber – also die Abgeordneten im Parlament – zu eigen, wenn er das Gesetz beschließt.¹³⁶ Dies gilt insbesondere für konkrete Normvorstellungen.¹³⁷ Der Gesetzgeber behielt die Formulierung des Gesetzentwurfes trotz der Alternativvorschläge bei und entschied sich somit bewusst dafür, nur bei der erstmaligen Begründung eines Arbeitsverhältnisses eine sachgrundlose Befristung zuzulassen.¹³⁸

Auch das *BAG* erkannte, dass diese Umstände „nahelegen“ würden, dass der Wille des historischen Gesetzgebers auf ein nicht durch einen Zeitraum

¹³¹ BT-Drucks. 14/4625, S. 17.

¹³² Ebd., S. 18.

¹³³ Ebd., S. 19.

¹³⁴ BR-Drucks. 783/1/00, S. 3.

¹³⁵ BGBl I. S. 1966.

¹³⁶ Zur dieser „Paktentheorie“ *Engisch* (Fn. 109), S. 142; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 140 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 104; vgl. auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 211 f.

¹³⁷ *Frieling* (Fn. 136), S. 152.

¹³⁸ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 85; *Höpfner* (Fn. 11), S. 897.

begrenztes Anschlussverbot gerichtet war; daraus zwingende Rückschlüsse auf den Inhalt der Regelung zu ziehen, lehnte es jedoch ab.¹³⁹ Es verwies auf die Rechtsprechung des *BVerfG*, wonach die Gesetzesmaterialien nur insoweit berücksichtigt werden sollten, als sie auf einen objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen.¹⁴⁰ Mit dieser Rechtsprechung wollte das *BVerfG* sich allerdings nur abermals von einer subjektiven Auslegung distanzieren, nach der sich der Gesetzesinhalt allein aus den Materialien entnehmen lässt.¹⁴¹ Auch an dieser Stelle wiederholte das *BVerfG* allerdings, dass der Wille der Gesetzgebers aber soweit zu berücksichtigen ist, wie er im Text Niederschlag gefunden hat.¹⁴²

Der Wille des Gesetzgebers, ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot zu schaffen, hat im Text Niederschlag gefunden. Weder aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG noch aus dem Vergleich mit zusammenhängenden Vorschriften lassen sich Anhaltspunkte entnehmen, die für eine zeitliche Einschränkung des Anschlussverbotes sprechen. Wenn man dem Willen des Gesetzgebers bei der Auslegung berücksichtigt, ergibt sich eindeutig, dass die Norm ohne zeitliche Einschränkung zu verstehen ist. Er schuf eine Regelung, die entsprechend seinem Willen für alle zurückliegenden Arbeitsverhältnisse gelten sollte. Die Gesetzesbindung gebietet daher, sie nicht auf andere Weise auszulegen. Zutreffend führt das *BVerfG* aus, die fachgerichtliche Auslegung könne nicht beiseiteschieben, dass ein zeitlich eingeschränktes Anschlussverbot gerade keine Mehrheit im Gesetzgebungsverfahren gefunden hat.¹⁴³

4. Berücksichtigung weiterer Auslegungskriterien

Auch wenn man Sinn und Zweck der Norm und das Verfassungsrecht berücksichtigt, kann sich daraus nichts anderes ergeben.

a) *Sinn und Zweck*

Das *BAG* führte in seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2011 aus, der Normzweck des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, Kettenbefristungen zu verhindern, rechtfertige kein lebenslanges Anschlussverbot; ein solches wäre

¹³⁹ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 19.

¹⁴⁰ *Ebd.* mit Verweis auf BVerfGE 62, 1 (45).

¹⁴¹ BVerfGE 62, 1 (45).

¹⁴² *Ebd.*

¹⁴³ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 87.

überschießend.¹⁴⁴ Ferner würde es dem mit der grundsätzlichen Ermöglichung sachgrundloser Befristungen verfolgten Zweck zuwiderlaufen.¹⁴⁵

Derartige Erwägungen sind hier allerdings unzulässig: Das BAG gibt vor, mit seiner Rechtsprechung dem vom Gesetzgeber verfolgten Normzweck Rechnung zu tragen, setzt sich dabei aber über den erklärten Willen des Gesetzgebers bezüglich des konkreten Inhalts der Regelung hinweg.¹⁴⁶ Eine Abkehr von den Gesetzesmaterialien als Hilfsmittel zur Auslegung wäre nur konsequent vollzogen, wenn auch der Sinn und Zweck der Norm unabhängig von der gesetzgeberischen Vorstellung bestimmt worden wäre.¹⁴⁷ Wie bereits dargelegt ist eine vollständige Abkehr von den Materialien allerdings nicht zulässig.¹⁴⁸

Die teleologische Auslegung dient dazu, die mutmaßliche gesetzgeberische Wertentscheidung zu ermitteln und so die Bedeutung einer Norm feststellen zu können.¹⁴⁹ Im Fall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG bestehen allerdings keine Zweifel an der Wertentscheidung des Gesetzgebers, erleichterte sachgrundlose Befristungen mit derselben Arbeitgeberin oder demselben Arbeitgeber nur einmal zu gestatten. Die sprachliche Unklarheit der Norm kann hier schon durch die Betrachtung des Willens des Gesetzgebers beseitigt werden, sodass es keines Rückgriffes auf teleologische Erwägungen bedarf.¹⁵⁰ Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, eine einseitige Regelung zu schaffen, um einen von ihm als vorrangig betrachteten Zweck zu fördern.¹⁵¹ Ob dies verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, ist keine Frage der teleologischen Auslegung.

b) Verfassungsrechtliche Erwägungen

Das BAG begründet seine Entscheidung aus dem Jahr 2011 mit einer *verfassungsorientierten* Auslegung.¹⁵² Als das BAG seine Rechtsprechung im gleichen Jahr bestätigte, nahm es die Kritik aus dem Schrifttum zum Anlass, festzustellen, dass ein eingeschränktes Verständnis der Norm auch nach dem Grundsatz der

¹⁴⁴ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 20 ff.

¹⁴⁵ *Ebd.*, Rn. 25. Zum verfolgten Zweck siehe oben **B. III.**

¹⁴⁶ *Wedel*, Anmerkung zu *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 26.9.2013 – 6 Sa 28/13, AuR 2014, 31; vgl. auch *Höpfner*, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, 321 (327).

¹⁴⁷ Vgl. *Wank* (Fn. 91), S. 71.

¹⁴⁸ Siehe oben **D. II. 3. a).**

¹⁴⁹ *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 160 f.

¹⁵⁰ Vgl. *Bydlinski* (Fn. 84), S. 557, 565.

¹⁵¹ *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 154.

¹⁵² BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 27, 34.

möglichst *verfassungskonformen* Auslegung geboten sei.¹⁵³ Auch das *BVerfG* hält eine solche für geboten, um das Anschlussverbot in unzumutbaren Fällen nicht gelten zu lassen.¹⁵⁴

Mit der verfassungsorientierten Auslegung werden die Grundentscheidungen der Verfassung bei der Interpretation des einfachen Rechts berücksichtigt.¹⁵⁵ Insbesondere ist die Ausstrahlungswirkung von Grundrechten bei unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensspielräumen und Generalklauseln zu berücksichtigen.¹⁵⁶ In der Norm des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG liegt keiner dieser Fälle vor. Eine Vorrangregel, die ein bestimmtes Auslegungsergebnis zwingend vorgibt, ist die verfassungsorientierte Auslegung nicht.¹⁵⁷

Als verfassungskonforme Auslegung wird der Grundsatz bezeichnet, nachdem bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen dasjenige zu wählen ist, das mit dem GG vereinbar ist.¹⁵⁸ Die verfassungskonforme Auslegung setzt allerdings voraus, dass eine Norm mehrdeutig ist und darf nicht dazu führen, dass verfassungswidrige Vorschriften „umgebogen werden“.¹⁵⁹ Dem eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers darf nicht zuwidergelaufen werden.¹⁶⁰ Der Gesetzgeber hat seinen Willen, ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot zu schaffen, mit der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG umgesetzt. Sie ist in dieser Hinsicht nicht mehrdeutig, sodass eine

¹⁵³ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 28.

¹⁵⁴ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

¹⁵⁵ *Höpfner* (Fn. 76), S. 179 f.; *Vosskuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), 177 (180); vgl. auch *Möllers* (Fn. 113), § 11 Rn. 39 ff.

¹⁵⁶ *Höpfner* (Fn. 76), S. 179; *Vosskuhle* (Fn. 155), S. 180.

¹⁵⁷ *Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Kramer, 204, S. 141 (146); *Möllers* (Fn. 113), § 11 Rn. 40 f.

¹⁵⁸ *BVerfGE* 35, 263 (280); *Bydlinski* (Fn. 84), S. 455 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 159 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 763; *Schwacke* (Fn. 91), S. 118 f. Die Terminologie ist nicht einheitlich, teilweise wird letzteres auch als verfassungsorientierte Auslegung bezeichnet und der Begriff „verfassungskonforme Auslegung“ für Fälle der Rechtsfortbildung genutzt, so etwa *Wank*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545 (547 f.); *Wank*, Sachgrundlose Befristung – „Zuvor-Beschäftigung“, RdA 2012, 361 (362).

¹⁵⁹ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 763 f.

¹⁶⁰ *BVerfGE* 67, 382 (390); 110, 226 (267).

verfassungskonforme Auslegung ausscheidet.¹⁶¹ Ob die Norm verfassungswidrig ist, steht auf einem anderen Blatt.¹⁶²

Ein Spielraum für eine zeitlich eingeschränkte Auslegung besteht daher insgesamt auch unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts nicht.

5. Ergebnis der Auslegung

§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist dahingehend auszulegen, dass jedes vorherige Arbeitsverhältnis, unabhängig davon, wie lange es zurückliegt, eine sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitgeber oder derselben Arbeitgeberin ausschließt.¹⁶³

Das BAG nahm in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011 zwei Schritte vor. Zunächst stellte es fest, dass eine Auslegung ein zeitlich eingeschränktes Verständnis ergibt; in einem zweiten Schritt konkretisierte es im Wege der Rechtsfortbildung diese zeitliche Einschränkung.¹⁶⁴ Schon der erste Schritt des BAG ist allerdings unzulässig, da ein derartiges Verständnis historische Gesichtspunkte bei der Auslegung nicht hinreichend berücksichtigt. Gleiches gilt für die nach dem BVerfG gebotene verfassungskonforme Auslegung.

III. Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung

Unabhängig von der durch die Gerichte verwendeten Terminologie wird im Folgenden untersucht, ob sich ihre Ergebnisse – also die nur eingeschränkte Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – nach den Grundsätzen der Rechtsfortbildung begründen lassen. Über die Grenzen der Auslegung hinaus kann das Recht durch die Gerichte fortgebildet werden, wenn es eine Lücke aufweist.¹⁶⁵ Die Aufgabe und Befugnis zur Rechtsfortbildung ist in dem beschleunigten Wandel gesellschaftlicher Verhältnisse, den begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie in der offenen Formulierung

¹⁶¹ Höpfner (Fn. 146), S. 331; Lembke/Tegel, Neues zum Vorbeschäftigungsverbot des Befristungsrechts, NZA 2019, 1029 (1032).

¹⁶² Siehe dazu unten E.

¹⁶³ Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 381g; Dörner (Fn. 7), Rn. 530; Höpfner (Fn. 11), S. 898; Schlachter, in: Laux/Schlachter (Fn. 34), § 14 Rn. 112; Stoye (Fn. 25), S. 207; Wank, Sachgrundlose Befristung – „Zuvor-Beschäftigung“, RdA 2012, 361 (363).

¹⁶⁴ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 39; Linsenmaier, Zur Methodik der Rechtsfindung – warum in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG „bereits zuvor“ nicht „jemals zuvor“ bedeutet, in: FS Bepler, 2012, S. 373 (388).

¹⁶⁵ BVerfGE 34, 269 (287 f.); Schwacke (Fn. 91), S. 121; Wank (Fn. 91), S. 83 f.

zahlreicher Normen begründet.¹⁶⁶ Es kommt für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung darauf an, ob im Verhältnis zum Gesetzgeber das Gericht für die Entscheidung zuständig war.¹⁶⁷ Häufig anzutreffende Formen der Rechtsfortbildung sind die Analogie und die teleologische Reduktion.¹⁶⁸

1. Begriff der Lücke und verfassungsrechtliche Grenzen

Der Begriff der Lücke meint eine planwidrige Unvollständigkeit des Rechts.¹⁶⁹ Es lassen sich verschiedene Arten von Lücken unterscheiden, bei denen eine Rechtsfortbildung in Betracht kommt.

Es kann bewusste Lücken geben, wenn der Gesetzgeber keine Regelung trifft, um der Rechtsprechung die Regelung zu überlassen.¹⁷⁰ In diesem Fall ist eine Rechtsfortbildung erkennbar erlaubt.¹⁷¹ Dem gegenüber liegt eine unbewusste Lücke vor, wenn der Gesetzgeber eine regelungsbedürftige Rechtsfrage übersehen hat.¹⁷² In diesem Fall bedarf die Rechtsfortbildung einer besonderen Begründung.¹⁷³

Immer unzulässig ist die Rechtsfortbildung *contra legem*, die sich gegen die Wertungen des Gesetzes stellt.¹⁷⁴ Eine solche liegt vor, wenn Richter ihre eigenen materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen.¹⁷⁵ Eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers sind hinzunehmen und nicht aufgrund rechtspolitischer Erwägungen durch judikative Lösungen zu ersetzen.¹⁷⁶ Zur Feststellung der Grundkonzeption des Gesetzes sind nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern auch die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Nur so kann bei sprachlichen

¹⁶⁶ BVerfGE 96, 375 (394); 128, 193 (210).

¹⁶⁷ *Wank*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545 (551).

¹⁶⁸ Vgl. *Meier/Jocham*, Rechtsfortbildung – Methodischer Balanceakt zwischen Gewaltenteilung und materieller Gerechtigkeit, JuS 2016, 392 (394); *Möllers* (Fn. 113), § 6 Rn. 81.

¹⁶⁹ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 39; *Möllers* (Fn. 113), § 6 Rn. 101.

¹⁷⁰ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 851; *Wank* (Fn. 91), S. 84.

¹⁷¹ *Wank* (Fn. 91), S. 84; vgl. auch BVerfGE 128, 193 (210) („vom Gesetzgeber [...] ausdrücklich [...] gebilligt“).

¹⁷² *Canaris* (Fn. 169), S. 134 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 852.

¹⁷³ Vgl. *Möllers* (Fn. 113), § 13 Rn. 85.

¹⁷⁴ *Meier/Jocham* (Fn. 168), S. 394; *Möllers* (Fn. 113), § 13 Rn. 23.

¹⁷⁵ BVerfGE 128, 193 (210); *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 73.

¹⁷⁶ BVerfGE 82, 6 (12).

¹⁷⁷ BVerfGE 133, 168, Rn. 66; *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 74.

Unklarheiten dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber ermöglicht werden, sein Regelungsanliegen gegenüber der Rechtsprechung durchzusetzen.¹⁷⁸

2. Vorliegen einer Lücke und Grundentscheidung des Gesetzgebers im Fall des Anschlussverbotes

Der Gesetzgeber hat sich, wie gezeigt, bewusst für ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot entschieden. Er hat seinen Willen auch normtextlich umgesetzt, sodass von einer planwidrigen Unvollständigkeit schon nicht die Rede sein kann.

Gesetze werden durch das im GG vorgeschriebene Verfahren demokratisch legitimiert – Gerichten ist es nicht gestattet, eine in diesem Verfahren nicht erreichbare gesetzliche Regelung durch ihre Judikatur zu verwirklichen.¹⁷⁹ Ebendas hat das *BAG* – und auch das *BVerfG* – allerdings getan: Vorschläge einer zeitlich eingeschränkten Regelung wurden im Parlament eingebracht, konnten sich aber nicht durchsetzen.¹⁸⁰ Der Gesetzgeber hat damit die Grundentscheidung getroffen, sachgrundlose Befristungen bei jeder noch so weit zurückliegenden Vorbeschäftigung auszuschließen. Das *BAG* führte in seiner Entscheidung im Jahr 2011 aus, das Interesse an einer praktikablen Regelung spreche gegen ein zeitlich unbeschränktes Verständnis der Vorschrift.¹⁸¹ Das zeigt, dass es sich von rechtspolitischen Erwägungen leiten ließ und ist als Ersatzgesetzgeber tätig wurde.¹⁸² Der Grundentscheidung des Gesetzgebers wird dabei widersprochen.

Es bleibt die Frage, ob gleichwohl eine zulässige Rechtsfortbildung vorläge, wenn die Norm, wie sie erlassen wurde, also mit zeitlich uneingeschränkter Geltung, verfassungswidrig wäre. Auch die Beseitigung eines Verfassungsverstoßes im Wege der Rechtsfortbildung setzt jedoch voraus, dass die Korrektur nicht der gesetzgeberischen Wertentscheidung widerspricht.¹⁸³ Verfassungsrechtliche Erwägungen können nicht dazu führen, dass die Rechtsfortbildung in weiterem Umfang als sonst zulässig ist. Sie können nur zu einem anderen Ergebnis führen, wenn verschiedene Rechtsfortbildungen möglich und zulässig sind.¹⁸⁴ Würde man eine solche Grenze nicht anerkennen, könnte jedes verfassungswidrige

¹⁷⁸ Vgl. BVerfGE 133, 168, Rn. 66; 122, 248 (284 – abw. M.).

¹⁷⁹ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 236.

¹⁸⁰ Siehe oben **D. II. 3. c) aa**).

¹⁸¹ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26.

¹⁸² Vgl. *Frieling*, Anmerkung zu *BAG*, Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, EzA TzBfG § 14 Nr. 77 (unter II. 1. c)) mit dem Hinweis, dem Gesetzgeber stehe es auch zu, unpraktikables Recht zu schaffen.

¹⁸³ *Looschelders/Roth* (Fn. 84), S. 242.

¹⁸⁴ *Koch/Rüßmann* (Fn. 136), S. 267.

Gesetz auf seinen verfassungskonformen Inhalt reduziert werden. Betroffene Normen würden dann einen Inhalt haben, der in dieser Form nie vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber beschlossen wurde. Richtigerweise muss der Gesetzgeber bei verfassungswidrigen Normen aber angehalten sein, eine erneute, mit der Verfassung in Einklang stehende, Wertentscheidung zu treffen, wenn er sein Regelungsanliegen verwirklichen will. Teilweise wird vertreten, bei besonders offensichtlichen Grundrechtsverletzungen könne eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zulässig sein,¹⁸⁵ eine solche ist mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG jedoch nicht gegeben.

Aus dem Unionsrecht kann sich nichts anderes ergeben: Das TzBfG dient der Umsetzung der Befristungs-Richtlinie, sodass nach Art. 51 Abs. 1 GRC die Unionsgrundrechte Anwendung finden.¹⁸⁶ Auch eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung könnte allerdings nicht über die Grenzen der nationalen Methodenlehre hinausgehen.¹⁸⁷

§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG lässt nach alledem die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung nicht zu.¹⁸⁸

3. Hypothetische Betrachtung der Art und Weise der Rechtsfortbildung

Hypothetischer Natur ist die Frage, wie die Lückenschließung vollzogen werden könnte, wenn eine Rechtsfortbildung zulässig wäre. Zu betonen ist, dass es bei der Rechtsfortbildung nicht um Rechtsfindung geht.¹⁸⁹ Man kann dagegen von „Rechtssetzung“¹⁹⁰ durch die Gerichte oder einem „Akt schöpferischer Erkenntnis“¹⁹¹ sprechen. Richter haben dafür die Lücken in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht und an die Vorschriften der Verfassung zu

¹⁸⁵ Möllers (Fn. 113), § 1 Rn. 71 ff.

¹⁸⁶ Greiner (Fn. 100), S. 360.

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 24.1.2012, C-282/10. *Dominguez* ./.. *Centre informatique*, Rn. 25; Urt. v. 5.9.2012, C-42/11 *Lopes Da Silva Jorge*, Rn. 55 f.; *Gsell*, Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, AcP 214 (2014), 99 (136 ff.); vgl. auch BGHZ 179, 27, Rn. 21 f.; zum konkreten Fall des Anschlussverbotes *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 34.

¹⁸⁸ Ebenso *Krause*, Sachgrundlose Befristung – Vorbeschäftigungsverbot – Rechtsprechungsänderung, JA 2012, 468 (469); *Preis*, Unvollkommenes Gesetz und methodengerechte Rechtsfindung im Arbeitsrecht, in: FS Wank, 2014, S. 413 (419); für eine Rechtsfortbildung *Persch* (Fn. 2), S. 340 ff.; *Wank* (Fn. 163), S. 364 f.

¹⁸⁹ *Hilger*, Überlegungen zum Richterrecht, in: FS Larenz, 1973, S. 109 (113); *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 883.

¹⁹⁰ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 74), Rn. 883.

¹⁹¹ *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 222.

schließen.¹⁹² Die Wertungen des Gesetzes sind also zu berücksichtigen und so die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Exekutive zu wahren.¹⁹³

Unter der Prämisse, dass die Grundentscheidung des Gesetzgebers im Fall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einer Rechtsfortbildung nicht entgegenstünde, wäre eine teleologische Reduktion auf verschiedene Art und Weise denkbar. Das fortbildende Gericht könnte einen hinreichenden zeitlichen Zusammenhang mit dem vorherigen Arbeitsverhältnis verlangen. Dafür könnte es einen unbestimmten Rechtsbegriff verwenden, beispielsweise könnte es entscheiden, dass bei „lange“ zurückliegenden Arbeitsverhältnissen § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unangewendet bleibt.¹⁹⁴ Es könnte auch, wie das *BAG* in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011, eine bestimmte Zeitspanne festsetzen. Eine weitere Möglichkeit ist, einen offeneren Rechtsbegriff, der nicht nur auf den zeitlichen Zusammenhang abstellt, heranzuziehen. Das *BVerfG* verlangte eine Prüfung der Zumutbarkeit, die eine Abwägung im Einzelfall erfordert.¹⁹⁵

Das *BAG* wählte bei seiner Entscheidung im Jahr 2011 eine Grenze von drei Jahren, nach denen Arbeitsverhältnisse nicht mehr berücksichtigt werden sollen. Zwar wurde diese unter anderem damit begründet, dass der Gesetzgeber mit der regelmäßigen Verjährungsfrist in § 195 BGB bestimmt habe, dass ein Schuldner aus einem Lebenssachverhalt, der mindestens so lange zurückliegt, nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Dieser Zeitraum wurde aber nicht etwa im Wege einer Analogie auf das Anschlussverbot übertragen. Das *BAG* betonte sogar, dass es sich bei mehreren in Betracht kommenden Lösungen für diesen Zeitraum entschieden habe. In die Entscheidung eingeflossen seien auch andere Gesichtspunkte wie der Gedanke des Vertrauensschutzes. Zudem sei die genaue Festlegung eines zeitlichen Abstands aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig.¹⁹⁶

Mit dieser genauen Bestimmung eines Zeitraumes schuf das Gericht eine generelle Regelung, statt nur einen Einzelfall zu entscheiden.¹⁹⁷ Diese Art von schöpferischer Tätigkeit der Gerichte wird im Schrifttum als „Richtlinien-

¹⁹² BVerfGE 56, 37 (51).

¹⁹³ *Wank*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, 314 (338).

¹⁹⁴ Vgl. *Wank* (Fn. 163), S. 365.

¹⁹⁵ *Laber/Santon*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vorbeschäftigungsverbot, ArbRB 2018, 349 (352); *Wank*, Anmerkung zu *BVerfG*, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, AP TzBfG § 14 Nr. 170 (unter IV. 2., V.).

¹⁹⁶ Zum Ganzen *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 39.

¹⁹⁷ Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 84), S. 260.

Rechtsprechung¹⁹⁸ oder als Festlegung „gegriffener Größen“¹⁹⁹ bezeichnet. Wenn Gerichte eigene Wertungen aufstellen, können sie diese nicht einfach mit dem Gesetz begründen, sondern müssen ihre eigenen Sachzielvorstellungen zugrunde legen; dies muss in der den Urteilsgründen zu erkennen gegeben werden.²⁰⁰ Hinsichtlich dieser Erkennbarkeit ist die Entscheidung des BAG nicht zu kritisieren.

Gegen die Zulässigkeit der Festlegung gegriffener Größen durch Gerichte wird allerdings eingewandt, dass ihnen ein gewisses Maß an Willkür anhafte und Besonderheiten von Einzelfällen nicht mehr Rechnung getragen werden könne.²⁰¹ Wenn der Gesetzgeber keine detaillierte Regelung trifft, verlange die Gewaltenteilung, dass die Gerichte dies respektieren.²⁰² Diese Argumentation verfängt jedenfalls in Fällen wie diesem nicht: Wenn die Rechtsfortbildung zulässig ist, weil der Gesetzgeber gerade keine Regelung getroffen hat, dann ja ohnehin nur, wenn es dem Willen des Gesetzgebers nicht entgegensteht. Auf der Ebene des „Wie“ ist hinzunehmen, dass die Gerichte eine originäre Aufgabe des Gesetzgebers ausüben. Wenn dem Gesetz keine Wertungen entnommen werden können, haben Richter und Richterinnen keine andere Möglichkeit, als solche selbst aufzustellen.²⁰³

Nicht zu verkennen ist ferner, dass nach einer großen Anzahl von Einzelentscheidungen ohnehin auch eine gewisse Typisierung eintritt.²⁰⁴ Wenn Gerichte gegriffene Größen festlegen, wird eine länger dauernde Rechtsunsicherheit vermieden.²⁰⁵ Insbesondere im Arbeitsrecht gibt es eine Vielzahl von „Massentatbeständen“, die immer wieder Gegenstand gerichtlicher Verfahren sind, aber gleichzeitig existenzielle Bedeutung für die Betroffenen haben.²⁰⁶ Die Gewährleistung von Rechtssicherheit ist durch das Rechtsstaatsprinzip geboten.²⁰⁷ Daher kann die Rechtsfortbildung mittels

¹⁹⁸ Larenz, Der Richter als Gesetzgeber?, in: FS Henkel, 1974, S. 31 (36).

¹⁹⁹ Wannagat, Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, 1. Deutscher Sozialgerichtstag Kassel, 30. und 31. Mai 1972, 1973, S. 17 (24).

²⁰⁰ Hilger (Fn. 189), S. 114 f.

²⁰¹ Larenz (Fn. 198), S. 36 f.; Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, 2019, S. 108.

²⁰² Larenz/Canaris (Fn. 84) S. 261.

²⁰³ Hilger (Fn. 189), S. 113.

²⁰⁴ Vgl. Larenz (Fn. 198), S. 37.

²⁰⁵ Wank (Fn. 163), S. 365.

²⁰⁶ Mit Beispielen Meys (Fn. 201), S. 109 f.

²⁰⁷ BVerfGE 2, 380 (403); 7, 89 (92).

gegriffener Größen für den Fall, dass ein Gesetz eine Lücke aufweist, durchaus der vorzugswürdige Weg sein. Würde man eine Rechtsfortbildung für zulässig erachten, wäre dem *BAG* mithin nicht vorzuwerfen, dass es sich für die Festlegung der Drei-Jahres-Grenze entschieden hat. Ordnet man die Lösung des *BVerfG* als Rechtsfortbildung ein, greift sie weniger in die Grundkonzeption des Gesetzgebers ein, geht allerdings auch mit weniger Rechtssicherheit einher.²⁰⁸

IV. Schlussfolgerung und Methodenehrlichkeit

Das *BAG* legte die Norm des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG in seiner im Jahr 2011 geänderten Rechtsprechung als unvollständig aus, um dann die vermeintliche Lücke im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen.²⁰⁹ Die Norm ist allerdings als lebenslanges Anschlussverbot zu verstehen und nicht lückenhaft. Die aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grenzen der Rechtsfortbildung hatte das *BAG* daher überschritten.²¹⁰ Aus Art. 2 Abs. 1 GG folgt i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG ein subjektives Recht des Einzelnen auf Beachtung dieser Grenzen,²¹¹ welches mithin verletzt wurde. Das stellte das *BVerfG* zutreffend fest.²¹² Allerdings ist

²⁰⁸ Vgl. *Bayreuther* (Fn. 95), S. 908; *Laber/Santon* (Fn. 195), S. 352; *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1032.

²⁰⁹ Kritisch zu dieser durch Auslegung geschaffenen Unvollständigkeit auch *Frieling* (Fn. 182), unter II. 2.

²¹⁰ So auch *Höpfner* (Fn. 11), S. 896; *Höpfner* (Fn. 146), S. 324; *Junker*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Fragen des deutschen Befristungsrechts, *EuZA* 2013, 3 (17); *Krause* (Fn. 188), 468 (469); *Lakies*, Verfassungswidrige Rechtsprechung zur Erleichterung der sachgrundlosen Befristung, *AuR* 2011, 190 (191 f.); *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1032; *Lipke*, in: *KR* (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 570 f.; *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms*, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 259; *Preis* (Fn. 188), S. 418 f.; *Preis*, in: *Staudinger*, 2016, § 620 Rn. 184; *Preis/Temming* (Fn. 21), Rn. 3290; *Sievers* (Fn. 36), § 14 Rn. 550; *Stenslik/Heine*, Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung?, *DStR* 2011, 2202 (2205); *Wedel* (Fn. 146); *Wendeling-Schröder*, Neue Elemente im Befristungsrecht, *AuR* 2012, 92 (93); *Wróblewski*, in: *Däubler/Deinert/Zwanziger* (Fn. 34), § 14 TzBfG Rn. 193; der Entscheidung des *BAG* zumindest i. E. zustimmend *Lönisch*, Die „Zuvor“-Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in neuer Sicht des BAG, *SAE* 2012, 31 (33 f.); *Müller-Glöge*, in: *Erfurter Kommentar zum ArbR* (Fn. 97), § 14 TzBfG Rn. 99; *Persch*, Kehrtwende in der BAG-Rechtsprechung zum Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, *ZfTR* 2011, 404 (405 f.); *Sprenger*, Sachgrundlose Befristung nach der „verjährten“ Zuvor-Beschäftigung, *BB* 2012, 447 (449 ff.); *Wank* (Fn. 163), S. 363 ff.

²¹¹ *BVerfGE* 128, 193 (209); 132, 99, Rn. 73.

²¹² *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 89.

ihm der gleiche Vorwurf zu machen.²¹³ Für die vorgenommene verfassungskonforme Auslegung war kein Raum und auch auf eine Rechtsfortbildung lässt sich sein Ergebnis nicht stützen.

Das *BVerfG* zeigte auf, dass in der Norm die gesetzgeberische Grundentscheidung zum Ausdruck kommt, dass nur bei der erstmaligen Einstellung eine sachgrundlose Befristung zulässig ist und das Anschlussverbot zeitlich uneingeschränkt gilt. Deshalb sei eine anderweitige Auslegung ausgeschlossen. Eine Rechtsfortbildung dahingehend, dass das Anschlussverbot bei über drei Jahre zurückliegenden Arbeitsverhältnissen nicht gilt, sei ebenfalls unzulässig.²¹⁴ Nicht überzeugend verlangt das *BVerfG* gleichwohl, dass die Fachgerichte eine „verfassungskonforme Auslegung“ vornehmen, um in Fällen der Unzumutbarkeit den Anwendungsbereich der Norm einzuschränken.²¹⁵ Dabei entspricht es der Rechtsprechung des *BVerfG*, dass die verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen bei den anerkannten Auslegungsmethoden findet.²¹⁶

Nur durch eine einheitliche und offengelegte Methodenanwendung in Gerichtsentscheidungen sind diese transparent und nachprüfbar.²¹⁷ Zu dieser *Methodenehrlichkeit* gehört es, die hinter einer Entscheidung stehenden Überlegungen nicht hinter „methodischen Kniffen“ zu verstecken, sondern Rechenschaft über den eingeschlagenen methodischen Weg abzulegen.²¹⁸ Die Methodenanwendung des *BAG* überzeugt zwar nicht, wird dem Anspruch der Methodenehrlichkeit allerdings gerecht. Der Vorwurf, es grenze nicht klar zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ab,²¹⁹ ist nicht berechtigt: Es legt die Norm als zeitlich eingeschränktes Anschlussverbot aus. Daher muss es im Anschluss rechtsfortbildend tätig werden, um die fehlende Konkretisierung dieser zeitlichen Einschränkung vorzunehmen.²²⁰ Das *BVerfG* hingegen wendet

²¹³ Vgl. *Bender/Denzen*, Das befristungsrechtliche Vorbeschäftigungsverbot: Verfassungskonforme Einzelfallbetrachtung statt zeitlicher Festgrenze, SAE 2019, 118 (121); *Rech*, Die Rechtsprechung zur Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung – ein Beitrag zur Bestimmung der Grenzen des Richterrechts?, RdA 2020, 31 (35); *Wank* (Fn. 195), unter IV. 3.

²¹⁴ Zum Ganzen *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 76 ff.

²¹⁵ *Ebd.*, Rn. 63.

²¹⁶ *BVerfG*, NJW 2011, 1931, Rn. 160; NJW 2018, 1935, Rn. 150.

²¹⁷ *Höpfner*, Arbeitsrecht und Methode? – Kölner Konferenz am 1. und 2. 10. 2010, NZA-Beil. 2011, 97 (98); *Rudnik* (Fn. 28), S. 32.

²¹⁸ *Preis* (Fn. 188), S. 415; vgl. auch *Deckert* (Fn. 99), S. 230; *Möllers* (Fn. 113), § 1 Rn. 36.

²¹⁹ Diesen erheben etwa *Höpfner* (Fn. 11), S. 897, Fn. 61; *Wank* (Fn. 163), S. 361.

²²⁰ *Linsenmaier* (Fn. 164), S. 388.

die Methoden nicht ehrlich an, wenn es die Norm erst als keiner anderweitigen Auslegung zugänglich darstellt und dann doch eine solche vornimmt. Will man dem *BVerfG* keine Widersprüchlichkeit vorwerfen, ist sein Ergebnis nur so zu verstehen, dass eine Rechtsfortbildung (nicht: Auslegung) zwar stattfinden müsse, die Drei-Jahres-Lösung des *BAG* allerdings eine unzulässige Art und Weise der Rechtsfortbildung sei.²²¹ Dies brachte das *BVerfG* aber jedenfalls nicht in hinreichender Klarheit zum Ausdruck.²²²

E. Verfassungsmäßigkeit des Anschlussverbotes

Nachdem § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG weder eine zeitlich eingeschränkte Auslegung noch eine Rechtsfortbildung zulässt, stellt sich die Frage, ob sie ohne Einschränkungen verfassungsmäßig ist. Das *BAG* und das *BVerfG* machten deutlich, dass sie das Anschlussverbot nur für verfassungsmäßig halten, wenn es mit einer zeitlichen Einschränkung angewandt wird.²²³ Folgt man dieser Auffassung, ist die Norm, da sie keiner Einschränkung zugänglich ist, verfassungswidrig.

I. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Zunächst wirft die Regelung Bedenken hinsichtlich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auf.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Die Berufswahl und -ausübung sind untrennbar miteinander verbunden und fallen daher unter das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit.²²⁴ Die freie Wahl des Arbeitsplatzes ist betroffen, wenn der Einzelne am Erwerb eines verfügbaren Arbeitsplatzes gehindert oder zur Annahme, Beibehaltung oder Aufgabe eines Arbeitsplatzes gezwungen wird.²²⁵ Im beruflichen Bereich wird die Vertragsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.²²⁶

²²¹ Vgl. *Rech* (Fn. 213), S. 35 f.; *Wank* (Fn. 195), unter IV. 2., IV. 3.

²²² Für inkonsequent halten die Rechtsprechung des *BVerfG* auch *Bayreuther* (Fn. 95), S. 908; *Höpfner* (Fn. 146), S. 332; *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1032; *Rech* (Fn. 213), S. 35 f.; *Wank* (Fn. 195), unter IV. 2.

²²³ Vgl. *BVerfG* AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 62 f.; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 38. Noch deutlicher *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 28.

²²⁴ *BVerfGE* 7, 377 (401 ff.); 95, 193 (214).

²²⁵ *BVerfG*, AP Einigungsvertrag Art. 31 Nr. 1 (unter C. III. 1. a) der Gründe); AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 (unter B. I. 1. der Gründe); vgl. auch *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 36), Art. 12 GG Rn. 11.

²²⁶ *BVerfG*, AP GG Art. 9 Nr. 129 (unter C. II. 2. a) aa) der Gründe); AP GG Art. 12 Nr. 146, Rn. 69 f.

Eine Regelung wie § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, die bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages ohne Sachgrund untersagt, ist demzufolge ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufswahlfreiheit von Arbeitssuchenden, sowie in die Arbeitsvertragsfreiheit der beiden Arbeitsvertragsparteien.²²⁷

2. Rechtfertigung

Der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 gilt für Berufswahl und -ausübung.²²⁸ Das Gesetz muss materiell verfassungsgemäß, also insbesondere verhältnismäßig sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass das eingesetzte Mittel zur Verfolgung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.²²⁹

a) Legitimer Zweck

Es können auch Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben;²³⁰ der Zweck ist also objektiv zu bestimmen.²³¹

Zum einen dient die Beschränkung sachgrundloser Befristungen dazu, Kettenbefristungen zu verhindern.²³² Zum anderen bezweckt die Regelung die unbefristete Dauerbeschäftigung, die für Arbeitnehmerinnen und -nehmer mit mehr Sicherheit verbunden ist, als Regelbeschäftigungsform zu sichern.²³³ Die Beschäftigungsförderung ist Teil des gemäß Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Sozialstaatsprinzips.²³⁴

b) Geeignetheit

Durch die Einschränkung der Fälle, in denen Arbeitsverhältnisse befristet werden können, werden Kettenbefristungen unterbunden und die

²²⁷ Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 39; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 31.

²²⁸ *BVerfGE* 7, 377 (403).

²²⁹ Jeweils m. w. N. *Dreier*, in: *Dreier*, Band I, 3. Aufl. 2013, Vorb. zu Art. 1 Rn. 146; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 89. EL 2019, Art. 20 VII. Rn. 110.

²³⁰ *BVerfG*, NJW 1998, 1776 (1777).

²³¹ Eingehend *Cremer*, Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke, *NVwZ* 2004, 668 (670 ff.).

²³² *BT-Drucks.* 14/4374, S. 1, 14, 19 f.

²³³ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 48 ff. Vgl. *BT-Drucks.* 14/4374, S. 1, 12.

²³⁴ *BVerfG*, AP GG Art. 9 Nr. 129 (unter C. II. 2. c) aa) der Gründe); AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 48.

Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform gestärkt. Die Regelung ist daher zur Förderung der verfolgten Zwecke geeignet.²³⁵

c) Erforderlichkeit

Das Gebot der Erforderlichkeit verlangt, dass aus mehreren gleich wirksamen Mitteln das am wenigsten einschränkende ausgewählt wird.²³⁶ Hier ist zwischen den beiden verfolgten Zwecken zu unterscheiden.

Um Kettenbefristungen zu verhindern, reicht auch ein zeitlich beschränktes Verbot aus.²³⁷ Sowohl ein Anschlussverbot, das nur bei einem sachlichen Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen gilt, als auch ein Anschlussverbot, das nach einer Zeitspanne von mehreren Jahren nicht mehr eingreift, wäre gleich wirksam. Es wären damit nur solche Fälle ausgeschlossen, in denen von einem für Arbeitnehmer und -nehmerinnen mit Unsicherheiten verbundenen Aneinanderreihen von Arbeitsverhältnissen nicht mehr gesprochen werden kann. Wenn bei einer Karenzregelung die Frist lange genug ist, wäre es lebensfremd, davon auszugehen, dass eine Verkettung gleichwohl dadurch erreicht wird, dass der Zeitraum mit einer anderen Arbeitnehmerin oder einem anderen Arbeitnehmer überbrückt wird.²³⁸ Jedenfalls würde eine Regelung, die nicht nur auf zeitliche Kriterien, sondern auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen abstellt, eine solche Praxis nicht ermöglichen. Den Arbeitnehmer beziehungsweise die Arbeitnehmerin mit wesentlich geänderter Aufgabenstellung erneut befristet zu beschäftigen,²³⁹ könnte durch eine Kombination von Sachgrund und Frist unterbunden werden.²⁴⁰ Ein derart eingeschränktes Anschlussverbot wäre also nicht weniger effektiv, um Kettenbefristungen zu verhindern. Es würde aber die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien weniger beeinträchtigen.

Um die Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform zu stärken, ist dagegen kein milderes Mittel ersichtlich. Ein eingeschränktes Anschlussverbot ermöglicht immer in mehr Fällen eine sachgrundlose Befristung, als ein uneingeschränktes. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zwingt also in einer größeren Zahl von Fällen Arbeitgeberinnen und -geber dazu, einen unbefristeten Arbeitsvertrag statt einen

²³⁵ *BVerfG*; AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 49.

²³⁶ *BVerfGE* 121, 317 (354); 117, 163 (189).

²³⁷ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 20, 38.

²³⁸ Mit dieser Begründung aber grundsätzlich gegen die gleiche Wirksamkeit von Karenzregelungen *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 51.

²³⁹ Hierauf verweist *ebd.*, Rn. 52.

²⁴⁰ Vgl. den Regelungsvorschlag von *Wank* (Fn. 163), S. 365.

befristeten abzuschließen, als eine eingeschränkte Regelung es könnte.²⁴¹ Nur soweit die Regelung dazu dient, die unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform zu stärken, ist sie daher – in uneingeschränkter Form – erforderlich.

d) Angemessenheit

Die Rechtsprechung des *BAG* und der darauffolgende Beschluss des *BVerfG* stimmen insoweit überein, als sie ein uneingeschränktes Anschlussverbot als unangemessenen Eingriff in die Berufsfreiheit einordnen.²⁴²

Zur Beurteilung der Schwere des Eingriffs ist zu berücksichtigen, dass der Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge nicht immer eine Lösung bietet; schwankende Auftragslagen und Marktbedingungen fordern flexible Reaktionen von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen, die durch den Abschluss befristeter Verträge erfolgen können.²⁴³ Wenn eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber eine Stelle nur mit einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer oder einer entsprechenden Arbeitnehmerin besetzen will, stellt das Anschlussverbot für Arbeitnehmerinnen und -nehmer, die bereits bei dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin beschäftigt waren, ein nicht zu überwindendes Hindernis dar. Sie haben dann unabhängig von ihrer Qualifikation keine ernsthafte Chance, eingestellt zu werden.²⁴⁴ Der Arbeitsplatz dient als wirtschaftliche Existenzgrundlage und beeinflusst die gesellschaftliche Stellung, den Lebenszuschnitt und das Wohnumfeld.²⁴⁵ Daher wiegen die Interessen derer, die auf der Suche nach Arbeit sind, schwer.²⁴⁶

Die Zielsetzung, die Dauerbeschäftigung zu stärken, dient der Beschäftigungspolitik. Wenn die sachgrundlose Befristung nur einmalig zulässig ist, kann dies dazu führen, dass Arbeitnehmer und -nehmerinnen in mehr Fällen unbefristet beschäftigt werden, was für sie weniger Unsicherheit bedeutet. Die Gefahr, dass die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und -nehmer ausgenutzt wird, wird auf diese Weise bekämpft.²⁴⁷ Zudem kann davon ausgegangen werden, dass unbefristete Beschäftigungen eine längere

²⁴¹ Vgl. *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 51.

²⁴² *Ebd.*, Rn. 62 f.; *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 38; noch deutlicher *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 31.

²⁴³ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 57.

²⁴⁴ Vgl. *ebd.*, Rn. 56; *Höpfner* (Fn. 11), S. 899.

²⁴⁵ *BVerfG*, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 (unter B. I. 3. b) aa) der Gründe); AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 56; *Persch* (Fn. 2), S. 40.

²⁴⁶ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 56.

²⁴⁷ *Ebd.*, Rn. 61.

Beschäftigungsdauer zur Folge haben kann. Mit der einmaligen zugelassenen Befristung kann der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin sich ein Bild von dem oder der Beschäftigten machen, um diese Person bei einer erneuten Beschäftigung unbefristet einzustellen.²⁴⁸

Bei der Wahl der Mittel zur Erreichung beschäftigungspolitischer Ziele ist dem Gesetzgeber zwar ein großer Spielraum einzuräumen.²⁴⁹ Für den Regelfall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist es daher angemessen, wenn der Gesetzgeber die Interessen der Arbeitssuchenden zurücktreten lässt, um die genannten beschäftigungspolitischen Ziele zu erreichen.²⁵⁰

Die Regelung umfasst allerdings aufgrund ihrer uneingeschränkten Geltung auch Sonderfälle. Sie verbietet den Abschluss sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge auch, wenn die Vorbeschäftigung nur eine geringfügige Nebenbeschäftigung von kurzer Dauer war, die zeitlich weit zurückliegt und eine ganz andere Tätigkeit umfasste. Auch nach einer beruflichen Neuorientierung greift das Anschlussverbot ein. In diesen Fällen kann sie der beschäftigungspolitischen Zielsetzung nicht mehr Rechnung tragen.²⁵¹ Es ist nicht angemessen, nur eine Dauerbeschäftigung zuzulassen, wenn die Sachlage der einer Neueinstellung entspricht. Die Chancen von vorbeschäftigten Arbeitssuchenden werden dann beeinträchtigt, ohne dass sie davon irgendeinen Vorteil haben. Auch für Arbeitgeberinnen und -geber ist die Untersagung der sachgrundlosen Befristung lediglich nachteilhaft. Wenn die Tätigkeit ganz anders geartet ist, hilft auch das Argument nicht weiter, der Arbeitgeber beziehungsweise die Arbeitgeberin konnte sich bei dem vorherigen Arbeitsverhältnis bereits ein Bild vom Arbeitnehmer beziehungsweise der Arbeitnehmerin machen. Bemerkenswert ist zudem, dass im öffentlichen Dienst der Arbeitgeber regelmäßig das Land oder der Bund ist; aber auch in diesen Fällen schließt § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nach einer Vorbeschäftigung jede befristete Beschäftigung bei diesem Arbeitgeber aus.²⁵² In Fällen einer derartig weiten Reichweite des Anschlussverbotes wiegt die Beeinträchtigung nochmals schwerer. Die Regelung ist nicht angemessen und der Eingriff in die Berufsfreiheit daher nicht zu rechtfertigen.

²⁴⁸ Vgl. *ebd.*, Rn. 60.

²⁴⁹ *Ebd.*

²⁵⁰ Vgl. *ebd.*, Rn. 61.

²⁵¹ *Persch* (Fn. 2), S. 339 f; vgl. zum Ganzen auch *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

²⁵² Vgl. *Persch* (Fn. 2), S. 321; exemplarisch *ebd.*, S. 301; zur Beschäftigung in einem anderen Bundesministerium *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 176, Rn. 21.

II. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG umfasst auch die Vertragsfreiheit.²⁵³ Wenn, wie hier, die Vertragsfreiheit im Bereich beruflicher Betätigung betroffen ist, ist Art. 12 Abs. 1 GG jedoch die speziellere Regelung.²⁵⁴

III. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist auch im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG problematisch.

Eine Ungleichbehandlung, die Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, ist gegeben, wenn eine Gruppe von Normadressatinnen und -adressaten im Verhältnis zu anderen Normadressaten und -adressatinnen ungleich behandelt wird, ohne dass zwischen ihnen Unterschiede von solchem Gewicht vorliegen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.²⁵⁵ Je nach Art und Ausmaß der Ungleichbehandlung können vernünftige Gründe zur Rechtfertigung ausreichen oder es kann eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich sein.²⁵⁶ Auf die Unterscheidung zwischen sach- und personenbezogenen Ungleichbehandlungen kommt es dafür nicht entscheidend an.²⁵⁷ Entscheidend ist, inwieweit die Kriterien, nach denen unterschieden wird, von den Betroffenen beeinflusst werden können.²⁵⁸

Bewerber und Bewerberinnen, die bereits vorher bei einem Arbeitgeber beschäftigt waren, werden von der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG betroffen; Bewerberinnen und Bewerber, die vorher nicht bei dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin beschäftigt waren, nicht. Zwar kann sich eine Bewerberin oder ein Bewerber entscheiden, ob er eine befristete Beschäftigung eingeht. Danach hat sie beziehungsweise er allerdings keinen Einfluss mehr darauf, dass weitere ohne Sachgrund befristete Beschäftigungen durch das Anschlussverbot untersagt werden. Für den Regelfall des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG besteht für die Differenzierung ein hinreichender Grund, denn Kettenbefristungen werden vermieden und die Dauerbeschäftigung gefördert. Das zur Berufsfreiheit

²⁵³ BVerfGE 8, 274 (328); 95, 267 (303).

²⁵⁴ Vgl. BVerfGE, AP GG Art. 9 Nr. 129 (unter C. II. 2. a) aa) der Gründe); AP GG Art. 12 Nr. 146, Rn. 70.

²⁵⁵ BVerfGE 55, 72 (88); 124, 199 (219 f.).

²⁵⁶ Vgl. BVerfGE 133, 377, Rn. 74.

²⁵⁷ P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Fn. 229), Art. 3 Abs. 1 Rn. 268; eingehend zur Abkehr der Rechtsprechung von diesem Erfordernis Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 (347 ff.).

²⁵⁸ Heun, in: Dreier (Fn. 229), Art. 3 Rn. 32; vgl. auch BVerfGE, NJW 2014, 139, Rn. 11.

Ausgeführte gilt freilich auch hier: Bei sehr lange zurückliegenden, anders gearteten Vorbeschäftigungen besteht kein hinreichender Grund für die Benachteiligung solcher Bewerber und Bewerberinnen.²⁵⁹

IV. Ergebnis zur Verfassungsmäßigkeit und Konsequenzen

Dass § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gilt, wenn irgendwann zuvor ein Arbeitsverhältnis mit derselben Arbeitgeberin oder demselben Arbeitgeber gegeben war, wurde bereits dargelegt. Die Regelung verletzt Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, denn in Fällen, in denen kein ausreichender zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang zum vorherigen Arbeitsverhältnis besteht, ist sie nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.²⁶⁰ Das BAG hätte deshalb die Norm nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorlegen müssen.²⁶¹ Diesen richtigen Weg hat nur das ArbG Braunschweig eingeschlagen.²⁶² Verstößt eine Norm, die dem BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle vorgelegt wurde, gegen das GG, hat es zwei Entscheidungsmöglichkeiten, die beide nach § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG Gesetzeskraft entfalten: Es kann sie für nichtig erklären oder als mit dem GG unvereinbar; bei letzterem kann zugleich der Gesetzgeber aufgefordert werden, binnen einer bestimmten Frist eine Neuregelung zu schaffen.²⁶³ Zweifelsohne hätte eine Nichtigkeitserklärung weitreichende Folgen, denn innerhalb der Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG wären sachgrundlose Befristungen ausnahmslos zulässig.²⁶⁴ Die Norm als mit dem GG unvereinbar zu erklären und dem Gesetzgeber so die Möglichkeit zur Schaffung einer sachgerechten Neuregelung zu bieten wäre hingegen ein gangbarer Weg.²⁶⁵ Das BVerfG hat sich nicht für den gangbaren Weg der Unvereinbarkeitserklärung,

²⁵⁹ ArbG Braunschweig, LAGE TzBfG § 14 Nr. 83, Rn. 97 f.

²⁶⁰ Für Verfassungswidrigkeit auch *ebd.*, Rn. 68 ff.; Höpfner (Fn. 11), S. 898 f.; Höpfner (Fn. 146), S. 331; Rech (Fn. 213), S. 38; für Verfassungsmäßigkeit nur nach einer einschränkenden Auslegung oder Rechtsfortbildung (und damit für Verfassungswidrigkeit, wenn man diese Möglichkeit ablehnt) BVerfG, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 62; BAG 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, AP TzBfG § 14 Nr. 86, Rn. 28; Löwisch (Fn. 107), S. 254 ff.; Persch (Fn. 2), S. 340 f.; Wank (Fn. 195), unter IV. 2.; für Verfassungsmäßigkeit auch ohne Einschränkungen LAG Baden-Württemberg, LAGE TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26; Hessisches LAG, LAGE TzBfG § 14 Nr. 117, Rn. 34 ff.; LAG Schleswig-Holstein, LAGE TzBfG § 14 Nr. 118, Rn. 29 ff.; Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 4), § 14 TzBfG Rn. 381h ff.; Junker (Fn. 210), S. 18; Meinel, in: Meinel/Heyn/Herms (Fn. 210), § 14 Rn. 259 f.; Preis, in: Staudinger, 2016, § 620 Rn. 183; Stoye (Fn. 25), S. 204 ff.

²⁶¹ Höpfner (Fn. 11), S. 899; Krause (Fn. 188), S. 469 f.

²⁶² Siehe oben C. II. 2.

²⁶³ Lenz/Hansel, 2. Aufl. 2015, § 81 Rn. 15.

²⁶⁴ Bayreuther (Fn. 95), S. 908; Linsenmaier (Fn. 164), S. 387.

²⁶⁵ Vgl. Rech (Fn. 213), S. 38; Wank (Fn. 195), unter IV. 2.

sondern für einen methodisch unzutreffenden Weg entschieden. Die „verfassungskonforme Auslegung“ für Fälle der Unzumutbarkeit, die sich als Rechtsfortbildung entpuppt,²⁶⁶ ist nicht überzeugend.

F. Handhabung des Anschlussverbotes nach der Entscheidung des *BVerfG*

Die Entscheidung des *BVerfG* mag zwar angreifbar sein, entfaltet nach § 31 Abs. 2 i. V. m. § 13 Nr. 11 BVerfGG jedoch Gesetzeskraft. Die Praxis wird sich daher an die Vorgaben aus Karlsruhe halten müssen. Daher werden im Folgenden die vom *BVerfG* für die Beurteilung der Zumutbarkeit aufgestellten Kriterien erläutert (**I.**). Zudem ist von Interesse, welche Wirkungen ein Eingreifen des Anschlussverbotes nach sich zieht (**II.**).

I. Beurteilung der Zumutbarkeit

Das *BVerfG* entschied, dass die Anwendung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG insbesondere unzumutbar sein könne, wenn die Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt (**1.**), ganz anders geartet war (**2.**) oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (**3.**).²⁶⁷ Das Wort „insbesondere“ verdeutlicht, dass die Kriterien nicht als abschließend zu verstehen sind.²⁶⁸

Beispielhaft wurde ausgeführt, die Unzumutbarkeit sei gegeben bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während Schul-, Studien- oder Familienzeit; bei Werkstudenten und studentischen Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung; und bei Unterbrechungen der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergehen.²⁶⁹ Diese Beispiele lassen sich am ehesten unter die zweite Fallgruppe („ganz anders geartet“) subsumieren.²⁷⁰

Seit dem Beschluss des *BVerfG* erging eine Reihe von Entscheidungen des *BAG*, in denen es die Kriterien anzuwenden hatte.

²⁶⁶ Siehe oben **D. IV.**

²⁶⁷ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

²⁶⁸ *Naber/Schulte*, BB-Rechtsprechungsreport zum Vorbeschäftigungsverbot nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, BB 2020, 436 (437); *Sievers* (Fn. 36), § 14 Rn. 555; vgl. auch *Laber/Santon* (Fn. 195), S. 352.

²⁶⁹ Zum Ganzen *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

²⁷⁰ *Backhaus*, Sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen – Stand der Rechtsprechung, jM 2019, 192 (194 f.); *Spielberger*, Die Vorbeschäftigung im TzBfG – ein Fall für die Pathologie?!, NJW 2020, 22 (24); vgl. auch *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 26.

1. Sehr lang zurückliegende Vorbeschäftigung

Das BAG entschied, dass eine Vorbeschäftigung, die acht²⁷¹, neun²⁷² oder 15²⁷³ Jahre zurückliegt, nicht sehr lang zurückliegt und damit einer Anwendung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht entgegenstehen kann. Eine 22 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung schließe dagegen in der Regel einer Anwendung der Norm aus.²⁷⁴

Das BAG stellt für die Entscheidung, ob eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, im Wesentlichen zwei Erwägungen an. Zum einen stellt es darauf ab, wie viele sachgrundlose befristete Arbeitsverhältnisse von zweijähriger Dauer mit demselben Arbeitnehmer oder derselben Arbeitnehmerin geschlossen werden können. Dabei legt es zugrunde, dass ein Erwerbsleben bei typisierender Betrachtung etwa 40 Jahre umfasst.²⁷⁵ Wenn man nach 15 Jahren eine erneute sachgrundlose Befristung zulassen würde, wären drei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse in einem Erwerbsleben möglich und die sachgrundlose Befristung damit nicht mehr die Ausnahme.²⁷⁶ Wenn man dagegen erst nach 22 Jahren eine erneute sachgrundlose Befristung zulässt, sind nur zwei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse in einem Erwerbsleben möglich, sodass die sachgrundlose Befristung die Ausnahme bleibt.²⁷⁷ Rechnerisch lässt sich ermitteln, dass nach diesen Grundsätzen die Grenze, nach der eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, bei 18 Jahren zu ziehen wäre.²⁷⁸ Zum anderen bezieht sich das BAG auf die Regelung des § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB, welche die längste Kündigungsfrist nach einer Dauer eines Arbeitsverhältnisses von 20 Jahren eingreifen lässt.²⁷⁹

Zwar lässt sich feststellen, dass jedenfalls bei einer Vorbeschäftigung, die mindestens 20 Jahre zurückliegt, davon ausgegangen werden kann, dass § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einer erneuten sachgrundlosen Befristung nicht

²⁷¹ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 26; AP TzBfG § 14 Nr. 176 (32).

²⁷² BAG, NZA 2019, 1563 (1566).

²⁷³ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 24.

²⁷⁴ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 24.

²⁷⁵ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 26; AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 25; AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 25.

²⁷⁶ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 25; kritisch *Arnold*, Aktuelle Rechtsprechung zum Befristungsrecht, NZA-RR 2020, 1 (2).

²⁷⁷ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 25.

²⁷⁸ *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1033; vgl. auch *Rech* (Fn. 213), S. 37.

²⁷⁹ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 25; AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 25; kritisch *Fischer*, Die Rechtsprechungsänderung zum befristungsrechtlichen Vorbeschäftigungsverbot und ihre Folgen für die Personalpraxis, BB 2019, 2356 (2358).

entgegensteht.²⁸⁰ Jedoch gilt dies nach dem *BAG* auch nur dann, wenn keine „besonderen Umstände“ die Anwendung des Anschlussverbotes erfordern.²⁸¹ Weiterhin ist zu bedenken, dass in bestimmten Berufsgruppen das typische Erwerbsleben kürzer ist, was dazu führen kann, dass auch bei Vorbeschäftigungen, die weniger als 20 Jahre zurückliegen, das Vorbeschäftigungsverbot unangewendet bleiben muss.²⁸²

2. Ganz anders geartete Vorbeschäftigung

Das *BAG* sah eine Vorbeschäftigung als „Montagearbeiter“ im Verhältnis zu „Facharbeiter im Bereich Produktion und Logistik“²⁸³, die Vorbeschäftigung als „Montierer in unserer Abteilung Motorenbau“ im Verhältnis zu „Montierer in der Fahrzeugmontage im Bereich Karosseriemontage“²⁸⁴, die Vorbeschäftigung als „Bürosachbearbeiter“ im Verhältnis zu „Sachbearbeiter“²⁸⁵ und die Vorbeschäftigung als „Produktionshelfer“ im Verhältnis zu „Maschinenbediener“²⁸⁶ jeweils nicht als nicht als ganz anders geartet an. Näher führt es aus, dass eine Vorbeschäftigung regelmäßig ganz anders geartet ist, wenn „die im neuen Arbeitsverhältnis geschuldete Tätigkeit Kenntnissen oder Fähigkeiten erfordert, die sich wesentlich von denjenigen unterscheiden, die für die Vorbeschäftigung erforderlich waren“.²⁸⁷ Es ist zu erwarten, dass die Gerichte auf Grundlage dieser Definition insbesondere Beschäftigungen während der Schul- oder Studienzeit vor Beginn des typischen Erwerbslebens als ganz anders geartet einordnen werden, was auch den durch das *BVerfG* aufgezählte Beispielfällen entspricht.²⁸⁸ Es führte hierzu aus, dass die Anwendung des Anschlussverbots bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit unzumutbar sei.²⁸⁹ Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung geringfügig ist, kann § 8 Abs. 1 SGB IV herangezogen werden.²⁹⁰

²⁸⁰ *Bauer/Zeh*, Anmerkung zu *BAG*, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 733/16, AP TzBfG § 14 Nr. 175 (unter II. 3.); vgl. auch *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 440.

²⁸¹ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 183, Rn. 24.

²⁸² *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 440.

²⁸³ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 27.

²⁸⁴ *BAG*, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 13/17, Rn. 24 (juris).

²⁸⁵ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 176, Rn. 33.

²⁸⁶ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 178, Rn. 26.

²⁸⁷ *Ebd.*

²⁸⁸ *Spielberger* (Fn. 270), S. 24.

²⁸⁹ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

²⁹⁰ *BAG*, NZA 2019, 1563, Rn. 30 ff.

3. Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer

Um festzustellen, wann eine Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer war, zieht das BAG § 1 Abs. 1 KSchG heran, wonach ein Arbeitnehmer nach Ablauf von *sechs Monaten* Kündigungsschutz erwirbt. Zudem stellt es auf § 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BGB ab, wonach bei einer vorübergehenden Aushilfe keine kürzere als in § 622 Abs. 1 BGB genannte Kündigungsfrist vereinbart werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis über die Zeit von *drei Monaten* fortgesetzt wird.²⁹¹

An anderer Stelle führt das BAG jedoch aus, dass selbst eine Vorbeschäftigung, die lediglich sechs Wochen dauerte, nicht zwingend unberücksichtigt bleiben muss; es komme darauf an, ob die während der Vorbeschäftigung geschuldeten Tätigkeiten ganz andere waren als die im streitigen Beschäftigungsverhältnis.²⁹² Der Fallgruppe der Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer kann infolge dieser Ausführungen des BAG daher für sich genommen keine hohe Bedeutung zugeschrieben werden.²⁹³

4. Anwendung der Kriterien

Dass eine Vorbeschäftigung unberücksichtigt bleibt und somit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG keine Anwendung findet, kann sich nicht nur aus der isolierten Betrachtung einer der Fallgruppen ergeben. Insbesondere, wenn zeitliche und inhaltliche Faktoren zusammenkommen, kann dies dazu führen, dass das Anschlussverbot nicht gilt.²⁹⁴ Auch nach der Konkretisierung der Fallgruppen durch das BAG bleibt eine klare Grenzziehung zwischen zu berücksichtigender und nicht zu berücksichtigender Vorbeschäftigung aus. Selbst wenn eine der drei genannten Kriterien erfüllt ist, *kann* dies, muss jedoch nicht, dazu führen, dass die Anwendung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unzumutbar ist.²⁹⁵

Die Unzumutbarkeit setzt nach dem *BVerfG* voraus, dass eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als

²⁹¹ Zu beiden Gesichtspunkten BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 28; Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 13/17, Rn. 24 (juris).

²⁹² BAG, NZA 2019, 1563 (1567).

²⁹³ Kritisch *Spielberger* (Fn. 270), S. 24 f.; vgl. auch *Beden/Denzler*, Das befristungsrechtliche Vorbeschäftigungsverbot: Verfassungskonforme Einzelfallbetrachtung statt zeitlicher Festgrenze, SAE 2019, 118 (123).

²⁹⁴ Vgl. *Bader*, Anmerkung zu *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 10.10.2018 – 7 Sa 792/17, NZA-RR 2019, 73 (74); *Fischer* (Fn. 279), S. 2356 f.; zweifelnd *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 441.

²⁹⁵ *BVerfG*, AP TzBfG § 14 Nr. 170, Rn. 63.

Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Zudem muss das legitime Interesse des Arbeitssuchenden an einer auch nur befristeten Beschäftigung und das ebenfalls legitime Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers einer Anwendung des Verbots entgegenstehen.²⁹⁶ Dass eine Vorbeschäftigung nicht berücksichtigt wird, muss demnach eine an hohe Anforderungen geknüpfte Ausnahme bleiben.²⁹⁷ Die aus der in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtsunsicherheit resultierende praktische Folge ist, dass Arbeitgeberinnen und -geber bei einer bestehenden Vorbeschäftigung von einer sachgrundlosen Befristung absehen muss, um auf der sicheren Seite zu sein.²⁹⁸ Immerhin entspricht dies der Absicht des Gesetzgebers, eine Regelung zu schaffen, die für ausnahmslos jede Vorbeschäftigung gilt.²⁹⁹

II. Wirkungen des Anschlussverbotes

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen, die unter das Anschlussverbot fallen, ist nach § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG unwirksam und der Arbeitsvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Nichts anderes gilt für den Fall, dass die Vorbeschäftigung mehr als drei Jahre zurücklag. Ein Vertrauen in den Fortbestand der früheren Rechtsprechung des BAG wird nicht geschützt.³⁰⁰

Arbeitnehmer und -nehmerinnen müssen allerdings gemäß § 17 S. 1 TzBfG bis spätestens drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses die Unwirksamkeit der Befristung geltend machen. Andernfalls gilt nach § 17 S. 2 TzBfG i. V. m. § 7 Halbs. 1 KSchG die Befristung als von Anfang an wirksam.

Eine Offenbarungspflicht von Bewerberinnen und Bewerbern hinsichtlich seiner Vorbeschäftigungen besteht nicht.³⁰¹ Arbeitgebern und -geberinnen steht jedoch ein Fragerecht zu; die Arbeitnehmerin beziehungsweise der Arbeitnehmer muss die Frage, ob er bereits zuvor bei demselben Arbeitgeber beziehungsweise

²⁹⁶ Zum Ganzen *ebd.*, Rn. 62.

²⁹⁷ Vgl. *Naber/Schulte* (Fn. 268), S. 437.

²⁹⁸ *Arnold* (Fn. 276), S. 2.

²⁹⁹ Vgl. *Benkert*, Befristung und Vorbeschäftigung – Rechnen mit unbekanntem Größen, *NJW-Spezial* 2019, 690 (691).

³⁰⁰ BAG, AP TzBfG § 14 Nr. 175, Rn. 40 ff.; AP TzBfG § 14 Nr. 176, Rn. 39 ff.; LAG Mecklenburg-Vorpommern, LAGE TzBfG § 14 Nr. 120, Rn. 37; LAG Düsseldorf, NZA-RR 2019, 71, Rn. 36 ff; kritisch *Fischer* (Fn. 279), S. 2358 f.

³⁰¹ *Höpfner* (Fn. 11), S. 894.

derselben Arbeitgeberin beschäftigt war, also wahrheitsgemäß beantworten.³⁰² Bei Falschbeantwortung liegt es nahe, der Arbeitnehmerin beziehungsweise dem Arbeitnehmer die Berufung auf die Unwirksamkeit der Befristung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB zu verwehren.³⁰³ Ferner kommt – bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen – eine fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB,³⁰⁴ eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB,³⁰⁵ wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB,³⁰⁶ eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 323 Abs. 2 BGB³⁰⁷ oder ein Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*³⁰⁸ in Betracht. Arbeitgeber und -geberinnen haben zudem die Möglichkeit, die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages unter die Bedingung, dass nicht bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand, zu stellen; dies fällt als Rechtsbedingung nicht unter § 21 TzBfG.³⁰⁹

G. Fazit und Ausblick

Das Verständnis der Worte „bereits zuvor“ in der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG war Gegenstand einer Kontroverse in Literatur und Rechtsprechung. Die Absicht des Gesetzgebers, ohne Einschränkungen jedes vorherige Arbeitsverhältnis einschließen zu wollen, wurde während des Gesetzgebungsverfahrens allerdings hinreichend deutlich. Dieser Wille hat auch Niederschlag im Normtext gefunden. Daher verbietet sich eine anderweitige Auslegung der Norm. Eine Rechtsfortbildung läuft der Grundkonzeption des

³⁰² *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing (Fn. 36), § 14 Rn. 79; *Meinel*, in: Meinel/Heyn/Herms (Fn. 210), § 14 Rn. 261; *von Steinau/Burmann*, „Zurück auf Los“ im Befristungsrecht?, NJW-Spezial 2018, 498 (499); ebenso, aber kritisch zur praktischen Wirksamkeit des Fragerechts *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26; *Dörner* (Fn. 7), Rn. 550 ff.; *Höpfner* (Fn. 11), S. 895; siehe auch BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

³⁰³ *Lakies* (Fn. 210), S. 191; vgl. auch den Verweis in BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

³⁰⁴ *Bauer* (Fn. 100), S. 2476; *Bauer* (Fn. 96), S. 244.

³⁰⁵ *BAG*, AP TzBfG § 14 Nr. 82, Rn. 26; *Bauer* (Fn. 96), S. 244; *Dörner* (Fn. 7), Rn. 552; *Höpfner* (Fn. 11), S. 894; *Lembke/Tegel* (Fn. 161), S. 1033; *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing (Fn. 36), § 14 Rn. 79; *Schmalenberg/Sasse*, in: Tschöpe (Fn. 36), Teil 1 E Rn. 19; vgl. auch den Verweis in der Gesetzesbegründung auf § 123 BGB (BT-Drucks. 14/4374, S. 19).

³⁰⁶ *Straub*, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 919 (926). Kritisch *Bauer* (Fn. 100), S. 2477; ablehnend *Dörner* (Fn. 7), Rn. 553.

³⁰⁷ *Bauer* (Fn. 100), S. 2477; *Höpfner* (Fn. 11), S. 895; *Straub* (Fn. 306), S. 926; ablehnend *Dörner* (Fn. 7), Rn. 555.

³⁰⁸ *Von Steinau/Burmann* (Fn. 302), S. 499.

³⁰⁹ *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing (Fn. 36), § 14 Rn. 79; *Schmalenberg/Sasse*, in: Tschöpe (Fn. 36), Teil 1 E Rn. 19; kritisch *Bauer/Fischinger* (Fn. 34), S. 1411 f.; diese Möglichkeit für eine unwirksame Umgehung des § 16 TzBfG haltend *Höpfner* (Fn. 11), S. 895.

Gesetzgebers zuwider. Daher stufte das *BVerfG* die Rechtsprechung des *BAG*, wonach das Anschlussverbot nicht für mehr als drei Jahre zurückliegende Arbeitsverhältnisse gilt, zu Recht als verfassungswidrige Rechtsfortbildung ein. Gleichzeitig hat es jedoch neue Fallgruppen genannt, bei denen das Anschlussverbot nicht gelten soll. Ein Plus an Rechtssicherheit geht damit nicht einher.

Der Gesetzgeber ist dazu aufgerufen, eine Neuregelung zu schaffen, die dieses Plus an Rechtssicherheit gewährleistet.³¹⁰ Dieser Aufruf hätte in Gestalt einer Unvereinbarkeitserklärung bereits vom *BVerfG* kommen müssen, denn die Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist verfassungswidrig. Für die Fälle, in denen zu zurückliegenden Arbeitsverhältnissen keinerlei Zusammenhang besteht, ist der Eingriff in die Berufsfreiheit und die Benachteiligung von vorbeschäftigten Arbeitnehmerinnen und -nehmern nicht zu rechtfertigen. Hätte das *BVerfG* seine eigenen Worte ernst genommen, hätte es die Vorschrift auch nicht im Wege der „verfassungskonformen Auslegung“ vor der Verfassungswidrigkeit gerettet.

Die Große Koalition hat sich vorgenommen, das Anschlussverbot zeitlich zu begrenzen.³¹¹ Bis zu einem erneuten Wandel im Normtext oder der Rechtsprechung bleibt die Handhabung der neuen Kriterien des *BVerfG* durch die Arbeitsgerichte spannend.

³¹⁰ *Beden/Denzer* (Fn. 293), S. 118; *Fink*, Sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG) – Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber, DB 2020, 232; *Fischer* (Fn. 279), S. 2360; *Kothe-Heggemann*, Sachgrundlose Befristung – BAG folgt BVerfG, GmbHR 2019, R74; *Schröder*, Vorbeschäftigungsverbot: Fünf Jahre sind nicht „sehr lange“, DB 2019, 73.

³¹¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 52.