



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn U. T., M. straße 50, N.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte T., C., X.
& Partner, C. str. 40, N.,

g e g e n

die Stadt Mönchengladbach, vertr. d. d. Oberbürgermeister, Aachener Straße 2,
41050 Mönchengladbach,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Assessoren Dr. T. u. a., L. NW,
X. 79, X.,

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 04.05.2018
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Barth als Vorsitzen-
den sowie den ehrenamtlichen Richter Sage und den ehrenamtlichen Richter
Ringelband

für R e c h t erkannt:

**I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts
Mönchengladbach vom 07.12.2017 – AZ: 2 Ca 1861/17 – abgeändert.**

**1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei der
Beklagten nicht aufgrund der Befristung mit Ablauf des 26. Juli 2017
beendet worden ist.**

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Entfristungsklage als Hausmeister in Vollbeschäftigung weiter zu beschäftigen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses.

Der am 28.04.1967 geborene Kläger war zunächst bis zum 26.09.2010 bei der beklagten Stadt beschäftigt. Mit Arbeitsvertrag vom 24.07.2015 stellte die Beklagte den Kläger ab dem 27.07.2015 als Vollbeschäftigten der Entgeltgruppe 4 TVöD ein. U.a. wurde eine Befristung bis zum 26.07.2016 „ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 2 TzBfG“ vereinbart. Unter dem Datum des 16.06.2016 schlossen die Parteien einen – mit Ausnahme des Wegfalls der Probezeit – inhaltlich identischen Vertrag für die Zeit ab dem 27.07.2017 mit der Vereinbarung „ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristet bis zum 26.07.2017“.

Während der gesamten Tätigkeit wurde der Kläger absprachegemäß als Hausmeister eingesetzt. Das monatliche Bruttoentgelt des Klägers betrug ca. 2.500,- EUR.

Mit seiner am 15.08.2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 21.08.2017 zugestellten Klage hat er die Unwirksamkeit der Befristung geltend gemacht.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG stehe der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses entgegen, da er bereits bis zum Jahr 2010 bei der Beklagten beschäftigt gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten über den 26.07.2017 hinaus fortbestand und nicht aufgrund der Befristung beendet ist;

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn über den 26.07.2017 hinaus für die Dauer des Rechtsstreits als Hausmeister in Vollbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen.

Die beklagte Stadt hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, die Befristung sei ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG wirksam. Die Vorbeschäftigung des Klägers stehe dem nicht entgegen. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sei vielmehr so auszulegen, dass ein neues befristetes Arbeitsverhältnis ohne sachlichen Grund geschlossen werden könne, wenn die Vorbeschäftigung mehr als drei Jahre zurückliege. Insoweit hat sie sich u.a. auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 04.06.2011 – AZ: 7 AZR 176/09 – berufen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 07.12.2017 unter Bezugnahme auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abgewiesen. Gegen dieses Urteil, welches ihm am 28.12.2017 zugestellt worden ist, hat der Kläger am 23.01.2018 Berufung eingelegt und diese mit einem am 26.02.2018 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger rügt, das Arbeitsgericht sei zu einem falschen Ergebnis gekommen. Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sei eindeutig und daher keiner Auslegung im Sinne einer Einschränkung des Verbots der Vorbeschäftigung zugänglich. Auch der Wille des Gesetzgebers sei eindeutig, da die Thematik einer befristeten Sperrzeit vor einer Neueinstellung erörtert, vom Gesetzgeber aber nicht aufgegriffen worden sei. Dieser habe sich vielmehr bewusst dafür entschieden, jedwede Vorbeschäftigung zu berücksichtigen. Auch der Hinweis auf verfassungsrechtliche Bedenken gehe fehl. Die Privatautonomie werde regelmäßig durch Gesetze eingeschränkt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 07.12.2017 – AZ: 2 Ca 1861/17 – abzuändern und

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten nicht aufgrund der Befristung mit Ablauf des 26. Juli 2017 beendet worden ist;

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Entfristungsklage als Hausmeister in Vollbeschäftigung weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sach- und Rechtsvorbringens. Sie vertritt die Ansicht, das Verständnis, dass ohne zeitliche Begrenzung jede Vorbeschäftigung den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Vertrages ausschließe, verstoße gegen das Grundrecht der freien Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG. Einem zuvor beschäftigten Mitarbeiter würde damit die Möglichkeit genommen, eine Stelle zu besetzen, die mit einer sachgrundlosen Befristung versehen sei. Ein solcher Eingriff sei nur insoweit gerechtfertigt, als er für den erklärten Zweck des Anschlussverbotes, der Verhinderung des Missbrauchs von Kettenbefristungen, erforderlich und angemessen sei. Liege die letzte Beschäftigung aber mehr als drei Jahre zurück, bestehe die Gefahr eines solchen Missbrauchs nicht mehr.

Wegen des weiteren Sach- und Rechtsstandes wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, die Sitzungsniederschriften erster und zweiter Instanz sowie ergänzend auf sämtliche Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet.

I. Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung.

Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs.1, 64 Abs.6 ArbGG i.V.m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist zudem statthaft gemäß § 64 Abs.1, 2 lit. c) ArbGG.

II. Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ist das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Befristung zum 26.07.2017 nicht beendet worden. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Entfristungsklage steht dem Kläger ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu.

1. Die Befristung zum 26.07.2017 mit Vertrag vom 16.06.2016 ist unwirksam.

a) Die Befristung gilt nicht gemäß § 17 S. 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG als rechts- wirksam. Mit seiner binnen drei Wochen beim Arbeitsgericht eingegangenen und zeitnah („demnächst“) i.S.d. § 167 ZPO zugestellten Klage hat der Kläger die Klagefrist des § 17 S. 1 TzBfG gewahrt.

b) Auf einen sachlichen Grund gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG hat sich die Beklagte nicht berufen. Die Voraussetzungen für eine Verlängerung des zuvor bis zum 26.06.2016 befristeten Vertrages gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG lagen nicht vor. Eine sachgrundlose Befristung konnte wegen des Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht vereinbart werden. Der Kläger war bereits früher bei der Beklagten beschäftigt. Auch wenn seit Beginn des neuen Beschäftigungsverhältnisses ein Zeitraum von mehr als drei Jahren vergangen war, stand dies dem Abschluss eines befristeten Vertrages ohne sachlichem Grund entgegen.

aa) Allerdings hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Urteilen vom 06.04.2011 (AZ: 7 AZR 716/09, juris) und vom 21.09.2011 (AZR: 7 AZR 375/10, juris) entschieden, dass eine Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht vorliege, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege. Der Wortlaut und die Gesetzessystematik würden zu keiner bestimmten Auslegung zwingen. Die Gesetzesgeschichte deute zwar eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Zuvorbeschäftigung hin. Dagegen sprächen aber der Normzweck, Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit sowie insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen für eine zeitliche Beschränkung des Verbots.

Die Instanzgerichte sind dieser Rechtsprechung nicht einheitlich gefolgt. Während sich u.a. das LAG Nürnberg (Urteil v. 08.05.2013 – 2 Sa 501/12 – juris), das LAG Hamm (Urteil v. 15.12.2016 – 11 Sa 735/16 -, juris) und das LAG Köln (Urteil v. 28.04.2016 – 8 Sa 1015/15 -, juris) der Auffassung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts angeschlossen haben, sind andere Landesarbeitsgerichte davon abgewichen (LAG Baden – Württemberg Urteile v. 26.09.2013 – 6 Sa 28/13 , v. 21.02.2014 – 7 Sa 64/13 – und v. 13.10.2016 – 3 Sa 34/16 -; LAG Niedersachsen v. 16.02.2016 – 9 Sa 376/15 -, Hess. LAG v. 11.07.2017 – 8 Sa 1578/16 -, LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 17.10.2017 – 5 Sa 256/16 -, alle bei juris). Auch im Schrifttum sind die Meinungen geteilt (die o.g. Entscheidungen des Siebten Senats befürwortend u.a.: *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht [ErfKomm], 18. Auflage 2018, TzBfG § 14 Rn. 99; *Hunold* NZA 2012, 431; *Kuhnke* NJW 2011, 3131; ablehnend z.B. *Höpfner* NZA 2011, 893; *Backhaus* in *Ascheid/Preis/Schmidt* [APS], Kündigungsrecht, 5. Auflage 2017, TzBfG § 14 Rn. 381d ff.; *Lipke* in *Etzels* u.a., Gemeinschaftskommentar zu Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften [KR], 11. Auflage 2016, TzBfG § 14 Rn. 570 ff.; *Preis* in *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2016, § 620 BGB Rn. 183 f.; *Hesse* in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage 2016, § 14 TzBfG Rn. 79; *Wiedemann* Anm. zu § 14 TzBfG Nr. 82).

bb) Die erkennende Kammer des LAG Düsseldorf folgt den oben zitierten Entscheidungen des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts nicht, sondern schließt sich den in jeder Hinsicht überzeugenden Ausführungen des LAG Baden – Württemberg im Urteil vom 21.02.2014 – 7 Sa 64/13 – und den diesem folgenden Landesarbeitsgerichten an.

aaa) Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift. Er gibt allerdings nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers. Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes oder anderen Auslegungsgesichtspunkten die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich, der sich der Richter nicht

entgegenstellen darf. Dessen Aufgabe beschränkt sich darauf, die intendierte Regelungskonzeption bezogen auf den konkreten Fall - auch unter gewandelten Bedingungen - möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen. In keinem Fall darf richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen oder an die Stelle der Regelungskonzeption des Gesetzgebers gar eine eigene treten lassen. Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt daneben den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Die Eindeutigkeit der im Wege der Auslegung gewonnenen gesetzgeberischen Grundentscheidung wird nicht dadurch relativiert, dass der Wortlaut der einschlägigen Norm auch andere Deutungsmöglichkeiten eröffnet, soweit diese Deutungen offensichtlich eher fern liegen. Andernfalls wäre es für den Gesetzgeber angesichts der Schwierigkeit, textlich Eindeutigkeit herzustellen, nahezu unmöglich, sein Regelungsanliegen gegenüber der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum durchzusetzen (BVerfG 10. März 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 – juris, Rn. 66, juris; LAG Baden-Württemberg v. 21.02.2014 – 7 Sa 64/13 – juris, Rn. 17).

bbb) Mit diesen Grundsätzen sind die Entscheidungen des Siebten Senats des BAG v. 06.04.2011 und v. 21.09.2011 nicht vereinbar, mag ihr Ergebnis auch rechtspolitisch wünschenswert sein.

(1) Schon der Ausgangspunkt der vorgenannten Urteile des Siebten Senats ist falsch. Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist nicht auslegungsfähig, sondern eindeutig. Die Interpretation, mit dem Begriff „bereits zuvor“ könnte eine Vorbeschäftigung in den letzten drei Jahren gemeint sein, ist derart fernliegend, dass eine dahingehende Auslegung ausscheidet. Sie würde dazu führen, dass das Regelungsanliegen des Gesetzgebers – mag man dessen Sinnhaftigkeit auch anzweifeln – ins Leere liefere.

Zwar ist es richtig, dass der Begriff „zuvor“ durch einen Zusatz oder durch den Kontext auch eine andere Bedeutung als „niemals zuvor“ haben kann. In § 14 Abs. 2 S.2 TzBfG fehlt es aber an einem Zusatz oder einem solchen Kontext. Das Wort „zuvor“ ist hier zeitlich unbestimmt. „Unbestimmt“ bedeutet aber zeitlich unbefristet, wie sich auch aus § 3 Abs. 1 S. 1 TzBfG entnehmen lässt (APS – Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 381f). Hätte der Gesetzgeber hingegen eine zeitliche Grenze festlegen wollen, so hätte er eine solche nennen müssen, wie er es im Übrigen im selben Gesetz an mehreren Stellen getan hat. So finden sich in § 14 TzBfG die Formulierungen „*im Anschluss ...*“ (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG) und „*mindestens vier Monate beschäftigungslos*“ (§ 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG). Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit wird in § 8

Abs. 6 TzBfG die Formulierung „*frühestens nach Ablauf von zwei Jahren*“ verwandt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber nicht eine entsprechende Formulierung gewählt hätte, wenn er das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ebenfalls zeitlich hätte befristen wollen.

(2) Die Gesetzgebungsgeschichte (Gesetzesgenese) bestätigt das Wortlautverständnis.

Insoweit ist zunächst einmal zu berücksichtigen, dass § 14 Abs. 2 TzBfG die bis zum 31.12.2000 gültige Regelung in § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 abgelöst hat. Danach war eine sachgrundlose Befristung unzulässig, „*wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von vier Monaten liegt*“. Wenn der Gesetzgeber dann abweichend von der unmittelbaren Vorgängerregelung eine gänzlich andere Formulierung („bereits zuvor“) wählt, kann nicht angenommen werden, er habe damit dasselbe – nämlich einen bestimmten zeitlichen Mindestabstand – gemeint.

Dass der Gesetzgeber tatsächlich ein uneingeschränktes Vorbeschäftigungsverbot gewollt hat, belegen die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heranzuziehenden Gesetzgebungsmaterialien zweifelsfrei. So soll eine sachgrundlose Befristung nach dem Willen des Gesetzgebers nur bei einer „*Neueinstellung*“ zulässig sein (BT-Drucks. 14/4374, S. 14). Die vom Gesetzgeber in den Materialien selbst vorgenommene Definition des Begriffs der „*Neueinstellung*“ bezweckt in Bestätigung des Wortsinns ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot. Unter „*Neueinstellung*“ versteht der Gesetzgeber die „**erstmalige** Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber“ (BT-Drucks. 14/4374, S. 14, Hervorhebung durch Unterzeichner). Ersichtlich wurde die Formulierung „*bereits zuvor*“ bewusst gewählt, um das Regelungsanliegen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck zu bringen (Höpfner, NZA 2011, 893, 897). Bestätigt wird dies durch den Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, in welchem die Frage einer zeitlichen Begrenzung der Vorbeschäftigung thematisiert worden ist. So hat *Preis* als Sachverständiger vor dem Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages darauf hingewiesen, dass das Ziel, Kettenbefristungen zu vermeiden, auch mit Hilfe einer zweijährigen Sperrzeit erreicht werden könne (BT-Drucks. 14/4625, S. 18). Die Mitglieder der Unionsfraktion lehnten die Beschränkung der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit auf „*Neueinstellungen*“ ausdrücklich ab (BT-Drucks. 14/4625, S. 19). Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber trotz dieser Kritik für eine nur „*einmalige Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund*“ entschieden (BT-Drucks. 14/4374, S. 14; Höpfner NZA 2011, 893, 898). Wenn dann die Gerichte diesen politischen Willen durch eine gegen-

teilige Auslegung ersetzen, so liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung vor (so zutreffend KR-Lipke, TzBfG § 14 Rn. 577 und Höpfner NZA 2011, 893, 899).

(3) Eine verfassungskonforme Auslegung ist nicht geboten. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob eine solche trotz des entgegen stehenden klaren Gesetzeswortlauts überhaupt zulässig wäre. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist ohnehin verfassungsgemäß, wenn man die Norm so versteht, dass eine sachgrundlose Befristung nur dann zulässig ist, wenn niemals zuvor ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber bestanden hat.

(a) Zunächst einmal weist das LAG Baden-Württemberg zutreffend darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht zu dieser Frage bereits Stellung genommen und keinerlei Ansatz für eine Verfassungswidrigkeit gesehen hat (LAG Baden-Württemberg v. 21.02.2014 aaO, Rn. 26). In seinem Beschluss vom 11.11.2004 – 1 BvR 930/04 – hat das Bundesverfassungsgericht wörtlich ausgeführt:

„Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffene Entscheidung gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Beschwerdeführers verstößt, sind nicht ersichtlich“ (zitiert nach juris). Mit diesem Beschluss hat das Bundesarbeitsgericht eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 06.11.2003 - 2 AZR 690/02 – nicht zur Entscheidung angenommen. In diesem Urteil hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG enthalte – anders noch als § 1 Abs. 3 BeschFG – keine zeitliche Grenze. Auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis komme es damit grundsätzlich nicht an (BAG v. 06.11.2003 – 2 AZR 690/02 –, zu I.3. der Gründe, juris, dort Rn. 25).

Sieht aber das Bundesverfassungsgericht nicht einmal Anhaltspunkte für einen hierin liegenden Verfassungsverstoß und nimmt mit dieser Begründung die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, so verwundert schon deshalb eine gegenteilige „verfassungskonforme“ Auslegung. Bestünden trotz des Nichtannahmebeschlusses des Bundesverfassungsgerichts Zweifel, so hätte es näher gelegen, das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen (insoweit konsequent Arbeitsgericht Braunschweig Beschluss v. 02.04.2014 – 5 Ca 463/13 – juris).

(b) Die erkennende Kammer hat allerdings keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des zeitlich unbefristeten Anschlussverbotes des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

Die Berufsausübungsfreiheit eines Arbeitnehmers gemäß Art. 12 Abs. 1 GG ist durch das Vorbeschäftigungsverbot nicht eingeschränkt (vgl. hierzu die überzeugenden Ausführungen des Hess. LAG, Urteil v. 11.07.2017 – 8 Sa 1578/16 – juris, dort Rn. 35, 36). Die Berufsausübungsfreiheit ist tangiert, wenn der Grundrechtsträger durch objektive oder subjektive Zulassungsregelungen daran gehindert wird, einen bestimmten Beruf oder eine bestimmte Tätigkeit auszuüben. Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen knüpfen an Vorgaben an, die in der Person des Grundrechtsträgers begründet sind, wie z.B. die persönliche oder fachliche Eignung. Objektive Berufsausübungsregelungen knüpfen an allgemeine Kriterien an, welche die Ausübung des Berufs bzw. der Tätigkeit regeln. Hier kann allenfalls die objektive Berufsausübung betroffen sein, da Anforderungen an die Person nicht gestellt werden. Der Arbeitnehmer kann aber nach wie vor mit jedem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag schließen. Soweit die Vertragsgestaltung „Befristung ohne sachlichen Grund“ infolge des Vorbeschäftigungsverbots nicht in Betracht kommt, besteht uneingeschränkt die Möglichkeit, einen unbefristeten Vertrag oder aber – bei Vorliegen eines sachlichen Grundes – einen befristeten Vertrag abzuschließen. Ein Grundrecht auf Abschluss von befristeten Verträgen ohne sachlichen Grund gibt es nicht. Der Gesetzgeber wäre nicht gehindert, derartige Verträge gänzlich zu untersagen (LAG Baden-Württemberg v. 13.10.2016 – 3 Sa 34/16 – juris, dort Ran. 64; Staudinger/Preis, § 620 BGB Rn. 183; KR/Lipke, TzBfG Rn. 573; MüKoBGB/Hesse, § 14 Rn. 79), wie es bis zum Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 jedenfalls für den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes der Gesetzeslage entsprochen hat. Dann muss erst Recht eine Einschränkung dieser Befristungsmöglichkeiten zulässig sein.

Jedenfalls wäre aber ein Eingriff auf das Recht auf Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG sachlich gerechtfertigt. Bei der Verwirklichung der ihm obliegenden Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG hat der Gesetzgeber wie auch sonst bei der Verfolgung berufs-, arbeits- und sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfG v. 27.01.1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 a der Gründe, juris; BVerfG v. 18.11.2003 - 1 BvR 302/96 - zu C 2 a der Gründe, juris; ebenso BAG v. 06.04.2011 - 7 AZR 716/09 – Rn. 33, juris). Dieser ist zwar nicht unbeschränkt. Eingriffe in die Privatautonomie müssen vielmehr zur Verwirklichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele geeignet, erforderlich und angemessen sein (vgl. BVerfG v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/09 – aaO; BAG v. 06.04.2011 aaO).

Der Gesetzgeber verfolgt mit der die Privatautonomie beschränkenden Bestimmung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in Ausfüllung seiner aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht legitime Ziele. Es geht ihm - ebenso

wie bei den übrigen, die Befristung von Arbeitsverträgen betreffenden Regelungen des TzBfG - um die Verwirklichung eines arbeitsvertraglichen Bestandschutzes für die strukturell unterlegenen Arbeitnehmer. Diesen dient es, wenn der Gesetzgeber dafür Sorge trägt, dass sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nicht zu „Befristungsketten“ missbraucht werden können (BAG v. 06.04.2011 aaO, Rn. 35).

Entgegen der Ansicht des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts ist das uneingeschränkte Vorbeschäftigungsverbot nicht unverhältnismäßig. Insoweit ist dem Bundesarbeitsgericht darin zuzustimmen, dass auch eine anderweitige Regelung – etwa ein Vorbeschäftigungsverbot innerhalb der letzten drei Jahre – sinnvoll, vielleicht sogar rechtspolitisch eher wünschenswert wäre. Mit der Normierung eines uneingeschränkten Vorbeschäftigungsverbot hat der Gesetzgeber aber nicht seinen weiten Gestaltungsspielraum überschritten. Ein Vorbeschäftigungsverbot innerhalb von drei Jahren ist nämlich nicht in gleicher Weise geeignet, den gesetzgeberischen Willen zu verwirklichen, wie ein zeitlich unbefristetes Verbot einer Vorbeschäftigung. Es bleibt dann die Möglichkeit, dass ein Arbeitgeber innerhalb eines Pools von Arbeitnehmern oder eines Personalkarussells z.B. in gemeinsamen Betrieben im steten Wechsel und einem Abstand von etwas mehr als drei Jahren wiederholt denselben Arbeitsplatz mit denselben Arbeitnehmern besetzt (vgl. *APS-Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 381j). Die Einschätzung, wie wahrscheinlich eine solche Gestaltung ist, und ob diese unter Abwägung mit den Nachteilen eines uneingeschränkten Vorbeschäftigungsverbot hingenommen werden kann, ist dem Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums vorbehalten (vgl. wiederum *APS – Backhaus*, TzBfG § 14 Rn. 381j).

Zudem ist auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit wiederum zu berücksichtigen, dass es genügend Möglichkeiten gibt, Arbeitsverträge außerhalb des Anwendungsbereichs des § 14 Abs. 2 TzBfG zu schließen, nämlich entweder unbefristet oder aber befristet mit sachlichem Grund.

(c) § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG verstößt mit dem von der Kammer vertretenen Verständnis auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Es erfolgt keine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern. Es besteht vielmehr für jedermann gleichermaßen die Möglichkeit, einmalig einen befristeten Arbeitsvertrag für die Gesamtdauer von maximal zwei Jahren mit einem bestimmten Arbeitgeber ohne sachlichen Grund abzuschließen. Selbst wenn aber eine Ungleichbehandlung vorläge, so wäre diese aus sachlichen Gründen im Hinblick auf die

oben dargestellten gesetzgeberischen Ziele sachlich gerechtfertigt. Die obigen Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 GG gelten insoweit entsprechend.

cc) Die Beklagte kann sich nicht auf einen Vertrauensschutz berufen.

Zwar hat die Beklagte die Befristungsabrede vor dem Hintergrund der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09 - und v. 21.09.2011 – 7 AZR 375/10 – abgeschlossen. Sie konnte jedoch nicht darauf vertrauen, dass die Gerichte diese Rechtsprechungsänderung nachvollziehen werden (ebenso in einem vergleichbaren Fall: LAG Mecklenburg – Vorpommern v. 17.10.2017 – 5 Sa 256/16 – juris, dort Rn. 37 ff.). Höchststrichterliche Rechtsprechung schafft kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05.11.2015 - 1 BvR 1667/15 - Rn. 12, juris; BVerfG, Beschluss vom 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07 - Rn. 85, juris; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 17.10.2017 aaO, Rn. 37). Kein Prozessbeteiligter kann darauf vertrauen, der Richter werde stets an einer bestimmten Rechtsauffassung aus der bisherigen Judikatur festhalten oder ihr folgen. Soweit durch eine gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden. Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Entscheidungen kann in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05. November 2015 - 1 BvR 1667/15 - Rn. 12, juris; BVerfG Beschluss vom 15.01.2009 - 2 BvR 2044/07 - Rn. 85, juris; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 17.10.2017 aaO, Rn. 38).

Der Beklagte konnte die geänderte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur zeitlichen Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbots auf drei Jahre bei Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Kläger nicht als gefestigt betrachten. Zwar waren ihr bereits einige Landesarbeitsgerichte gefolgt, andere Landesarbeitsgerichte hatten sich ihr jedoch ausdrücklich entgegengestellt. In der Fachliteratur ist die Rechtsprechungsänderung auf ein sehr geteiltes Echo gestoßen. Es gab zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Kläger keine langjährige und gesicherte Rechtsprechung in dem Sinne, dass nach einer mehr als dreijährigen Unterbrechung ein befristeter Vertrag ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes geschlossen werden kann (vgl. wiederum LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 17.10.2017 aaO, Rn. 39).

2. Der Kläger kann wegen der Rechtsunwirksamkeit der Befristung von der Beklagten verlangen, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Befristungskontrollklage vorläufig weiterbeschäftigt zu werden.

a) Der Antrag des Klägers ist hinreichend bestimmt i.V.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Durch die Berufsbezeichnung „Hausmeister“ wird deutlich, mit welcher Tätigkeit der Kläger betraut werden möchte. Streit über den daraus sich ergebenden Inhalt der Aufgaben besteht zwischen den Parteien nicht, so dass es insoweit keiner weiteren Konkretisierung bedarf. Mit „Vollbeschäftigung“ wird auch der zeitliche Rahmen hinreichend konkret bestimmt.

b) Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Instanzurteil ergeht und keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen, den Arbeitnehmer nicht weiter zu beschäftigen (BAG v. 27.02.1985 – GS 1/84 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Diese Grundsätze gelten entsprechend auch dann, wenn um die Wirksamkeit einer Befristung oder auflösenden Bedingung des Arbeitsverhältnisses gestritten wird (vgl. BAG v. 13.06.1985 - 2 AZR 410/84 - NZA 1986, 562 ff.).

Umstände, die hier trotz des Obsiegens des Klägers mit der Entfristungsklage, ausnahmsweise ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen würden, den Kläger nicht zu beschäftigen, hat die Beklagte nicht vorgetragen.

B.

I. Die Beklagte hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

II. Die Kammer hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zugelassen

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

REVISION

eingelegt werden.

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Ver-

ordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Barth

Sage

Ringelband

Beglaubigt

Fägenstädt
Regierungsbeschäftigte

