



Kohnke
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn I. I., T. Str. 14 d, T.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtssekretäre N. W. u. a.,
E. Rechtsschutz GmbH,
L. str. 26 - 30, N.,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium
der Verteidigung, dieses vertreten durch das Bundesamt für das
Personalmanagement der Bundeswehr, Alte Heerstr. 81,
53757 Sankt Augustin,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Q. u. a.,
L.-T.-Str. 16, C.,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 07.03.2018
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Paßlick als
Vorsitzende sowie den ehrenamtlichen Richter Derksen und den
ehrenamtlichen Richter Hirche

für R e c h t erkannt:

- I. **Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 24.07.2017, 9 Ca 4824/16, abgeändert:**

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 11.11.2011 vereinbarten Befristung am 14.11.2013 beendet worden ist.**
 - 2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Küchenmeister weiter zu beschäftigen.**
- II. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.**
- III. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund einer Befristung beendet worden ist.

Der am 14.09.1970 geborene, geschiedene Kläger, der zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist, war aufgrund eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages in der Zeit vom 01.01.2005 bis zum 30.09.2006 bei der Beklagten in der Standortverwaltung H. als Koch beschäftigt.

Unter dem Datum vom 15.07.2011 hat das Bundesministerium der Verteidigung mit dem Vermerk „An Verteiler“ hinsichtlich der Befristung von Arbeitsverhältnissen gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09, hingewiesen und dazu ausgeführt, die Sichtweise des BAG führe u.U. zu einer Erleichterung bei befristeten Neueinstellungen und könne bis auf weiteres bei Abschluss von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen zugrunde gelegt werden. Wegen des Inhalts des Schreibens im Einzelnen wird auf Bl. 35 der Akte Bezug genommen.

Aufgrund eines weiteren ohne Sachgrund bis zum 14.11.2013 befristeten Arbeitsvertrages vom 11.11.2011 war der Kläger seit dem 15.11.2011 beim Bundeswehr-Dienstleistungszentrum E., dessen Rechtsträger die Beklagte ist, als Küchenmeister zu einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von 2.640,62 € beschäftigt. Nach § 2 des Arbeitsvertrages bestimmte sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), den besonderen Regelungen für die Verwaltung (TVöD-Besonderer Teil Verwaltung), dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und

zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund) und die diese ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für den Bereich des Bundes jeweils geltenden Fassung.

Zwischen diesen beiden Arbeitsverhältnissen ist der Kläger zu unterschiedlichen Auslandseinsätzen und Einzelwehrrübungen einberufen worden, in denen er auch in der Küche eingesetzt war. Wegen der vom Kläger vorgetragene Einsätze im Einzelnen, die teilweise mehrere Monate gedauert haben, wird auf Seite 1 bis 2 seines Schriftsatzes vom 25.02.2014 (Bl. 36 bis 37 der Akte) Bezug genommen. Wegen der diesen Einsätzen zugrunde liegenden Einberufungsbescheide wird auf Bl. 53 bis 78 der Akte Bezug genommen.

Sowohl erst- als auch zweitinstanzlich haben die Parteien mehrfach über die Möglichkeit eines weiteren Einsatzes bei der Beklagten verhandelt und das vorliegende Verfahren terminlos gestellt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die streitgegenständliche Befristung sei unwirksam. Seit dem Jahr 2005 sei er fast durchgehend bei der Bundeswehr beschäftigt gewesen. Die Zeiten als Soldat im Einsatz seien Zeiten, die als Zeiten einer Vorbeschäftigung gelten müssten. Seine Beschäftigung sei auch immer berufsbezogen als Koch erfolgt. Es mache keinen Unterschied, ob er als Angestellter oder als Soldat gekocht habe.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 11.11.2011 vereinbarten Befristung am 14.11.2013 beendet worden ist;**
- 2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Küchenmeister weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dass die streitgegenständliche Befristung nach § 30 TVöD i.V.m. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG wirksam befristet worden sei. Die Beschäftigung des Klägers im Jahr 2005 bis zum Jahr 2006 führe nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zu einer Unwirksamkeit der Befristung gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, denn danach stehe einer bis zu zwei Jahren befristeten Beschäftigung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG die Regelung in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliege. Diese Voraussetzung sei vorliegend erfüllt. Sie, die Beklagte, habe bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vertraut. Zudem habe sie auf der Grundlage des Erlasses des Bundesministeriums der Verteidigung vom 15.07.2011 gehandelt. Die vom Kläger abgeleisteten Wehrübungen seien unbeachtlich, da sie nicht unter den Begriff des sogenannten früheren Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG fielen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sei unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht gegeben, weil das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege. Dieser Rechtsprechung schließe die Kammer sich an. Die vom Kläger abgeleisteten Wehrübungen stellten keine „Zuvor-Beschäftigung“ dar, weil es sich dabei nicht um ein Arbeitsverhältnis gehandelt habe. Wehrübungen würden im Soldatenstatus absolviert. Soldaten seien aber keine Arbeitnehmer und stünden demnach nicht in einem Arbeitsverhältnis. Soldatenverhältnisse würden vom Begriff des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG daher nicht umfasst.

Gegen das ihm am 22.08.2017 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 22.09.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 20.10.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit seiner Berufung rügt der Kläger unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen, das Arbeitsgericht habe § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG rechtsfehlerhaft angewendet. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stelle eine unzulässige Rechtsfortbildung dar. Sie missachte den deutlichen Wortlaut des Gesetzes. Die Beklagte genieße wegen der im Schrifttum geäußerten erheblichen Kritik an

der vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Einschränkung des Vorbeschäftigungsverbotens kein schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 24.07.2017, 9 Ca 4824/16, abzuändern und

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 11.11.2011 vereinbarten Befristung am 14.11.2013 beendet worden ist;**
- 2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Küchenmeister weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags und unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Auf diese Rechtsprechung habe sie, die Beklagte, vertrauen dürfen. Trotz der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 06.06.2018 (1 BVL 7/14 und 1 BVR 1375/14) bleibe sie bei ihrer bisherigen Rechtsauffassung zur dreijährigen Karenzzeit bei § 14 Abs. 2 TzBfG. Abgesehen davon bestehe zu ihren Gunsten ein Vertrauensschutz. Die streitgegenständliche Befristung sei seinerzeit im Lichte der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erfolgt. Es sei unbillig, ihr fast sieben Jahre nach der Befristungsabrede eine möglicherweise wieder geänderte Rechtsprechung entgegen zu halten. Der Kläger sei zudem nicht schutzbedürftig. Er habe sich angesichts der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Befristung einstellen müssen. Bei Abschluss des Vertrages sei mit einer „Rückänderung“ der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zu rechnen gewesen. Allenfalls sei mit einer Korrektur durch den Gesetzgeber zu rechnen gewesen, die bis heute aber unterblieben sei. Zudem habe das Bundesverfassungsgericht nicht jede Vorbeschäftigung für befristungsschädlich erklärt. Auch das

Bundesverfassungsgericht erkenne an, dass das Verbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG den Parteien unzumutbar sei, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Beschäftigten nicht bestehe und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. In Anwendung dieser Grundsätze träte die frühere Beschäftigung des Klägers zurück und ermögliche die spätere sachgrundlose Befristung. Der Kläger habe offensichtlich Schwierigkeiten gehabt, auf dem zivilen Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Wohl deshalb habe er Ende des Jahres 2011 ausdrücklich darum gebeten, noch einmal als Arbeitnehmer bei der Bundeswehr beschäftigt zu werden. In diesem Zusammenhang – ohne Bezug zu dem längst zurückliegenden befristeten Arbeitsverhältnis – sei es zu dem hier streitgegenständlichen Einsatz in der Truppenküche X. gekommen. Gegen Ende des vereinbarten Befristungszeitraum sei der Kläger sogar im Hinblick auf eine höherwertige Verwendung als Regionalmanager erprobt worden, ohne jedoch seine Vorgesetzten von einem solchen künftigen Einsatz überzeugen zu können. Mit der streitgegenständlichen Befristung habe sie dem Kläger eine neue Chance eingeräumt, auf dem inländischen Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Es sei weder eine Kettenbefristung zu befürchten gewesen noch habe sie, die Beklagte, eine strukturelle Unterlegenheit des Klägers ausgenutzt. Sie habe ihm vielmehr einen Gefallen getan. Schließlich sei das Festhalten des Klägers an seinem Klageziel rechtsmissbräuchlich, denn er habe durch Ablehnung der im Verlaufe des Verfahrens angebotenen Stellen mehrfach gezeigt, dass er an einer Beschäftigung bei der Beklagten nicht interessiert sei. Er habe sogar günstigere Angebote zur künftigen Gestaltung der Vertragsbeziehungen ausgeschlagen. Der Kläger handele damit den eigenen angeblichen Interessen zuwider und im Ganzen widersprüchlich.

Dazu erwidert der Kläger, das Vertrauen der Beklagten in die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei nicht schutzwürdig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts könne kein Prozessbeteiligter darauf vertrauen, der Richter werde stets an einer bestimmten Rechtsauffassung aus der bisherigen Judikatur festhalten. Der von der Beklagten vorgelegte Erlass enthalte rechtsfehlerhafte Ausführungen. Die Beklagte müsse es sich zu ihren eigenen Lasten zu rechnen lassen, dass sie, ohne die rechtmethodisch sehr fragwürdige Rechtsfortbildung des Bundesarbeitsgerichts zu betrachten, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unbefangen angewendet habe. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei sein Interesse, aufgrund des Arbeitsvertrages aus dem Jahr 2011 bei der Beklagten beschäftigt zu werden, weiterhin schützenswert. Abgesehen davon, dass es alleine ihm zustehe, in welcher Form er sich wünsche, bei

der Beklagten beschäftigt zu werden, habe die Beklagte ihm während des Prozesses zu keinem Zeitpunkt ein konkretes Beschäftigungsangebot unterbreitet. Dies sei ihr in Anbetracht ihrer Bindung an Recht und Gesetz auch gar nicht möglich, denn die Beklagte müsse ein ordnungsgemäßes Bewerbungsverfahren durchführen. Daraus werde deutlich, dass die Beklagte ihm eine nennenswerte konkrete Alternative zur streitgegenständlichen Beschäftigung nicht habe anbieten können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) ist zulässig.

II.

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ist das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Befristung zum 14.11.2013 nicht beendet worden. Auf Vertrauensschutzgesichtspunkte kann die Beklagte sich nicht berufen. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Entfristungsklage steht dem Kläger ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu. Das Urteil des Arbeitsgerichts war dementsprechend auf die Berufung des Klägers abzuändern.

1.

Die Befristung zum 14.11.2013 mit Vertrag vom 11.11.2011 ist unwirksam.

a)

Die Befristung gilt nicht bereits nach § 17 S. 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG als rechtswirksam. Mit seiner binnen drei Wochen beim Arbeitsgericht eingegangenen und zeitnah („demnächst“) im Sinne des § 167 ZPO zugestellten Klage hat der Kläger die Klagefrist des § 17 S. 1 TzBfG gewahrt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten steht dem Kläger auch nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse zu. Zwar mag es zutreffend sein, dass der Kläger sich gegenüber den Vorschlägen der Beklagten hinsichtlich der Art der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht sonderlich aufgeschlossen gezeigt hat. Das ist für den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens jedoch unerheblich. Vorliegend geht es allein um die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch die Befristung sein Ende gefunden hat oder darüber hinaus fortbesteht.

b)

Die zwischen den Parteien vereinbarte sachgrundlose Befristung ist wegen des Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG unwirksam.

Nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung nach Abs. 2 S. 1 des § 14 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Der Kläger war unstreitig bereits früher bei der Beklagten beschäftigt.

Auch wenn seit Beginn des neuen Beschäftigungsverhältnisses ein Zeitraum von mehr als drei Jahren vergangen war, stand die Vorbeschäftigung dem Abschluss des streitgegenständlichen befristeten Vertrages ohne sachlichen Grund entgegen. Soweit der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Urteilen vom 06.04.2011 (7 AZR 716/09, zitiert nach juris) und vom 21.09.2011 (7 AZR 375/10, zitiert nach juris) entschieden hat, dass eine Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht gegeben sei, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege, kann dieser Rechtsprechung nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 06.06.2018 (1BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, jeweils zitiert nach juris) nicht gefolgt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat ein Verbot mehrfacher sachgrundlos befristeter Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber bestätigt, soweit die Beschäftigten nach Art und Umfang der Vorbeschäftigung tatsächlich des Schutzes vor Kettenbefristungen bedürfen. Die Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG durch das Bundesarbeitsgericht ist

nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht zu vereinbaren.

Bereits vor Veröffentlichung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind die Instanzgerichte der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht einheitlich gefolgt. Während sich unter anderem das Landesarbeitsgericht Nürnberg (Urteil vom 08.05.2013, 2 Sa 501/12, zitiert nach juris), das Landesarbeitsgericht Hamm (Urteil vom 15.12.2016, 11 Sa 735/16, zitiert nach juris) und das Landesarbeitsgericht Köln (Urteil vom 28.04.2016, 8 Sa 1015/15, zitiert nach juris) der Auffassung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts angeschlossen haben, sind andere Landesarbeitsgerichte davon abgewichen (vgl. dazu LAG Baden-Württemberg, Urteile vom 26.09.2013, 6 Sa 28/13, vom 21.02.2014, 7 Sa 64/13, und vom 13.10.2016, 3 Sa 34/16; LAG Niedersachsen, Urteil vom 16.02.2016, 9 Sa 376/15; Hess. LAG, Urteil vom 11.07.2017, 8 Sa 1578/16; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17.10.2017, 5 Sa 256/16; LAG Düsseldorf, Urteil vom 04.05.2018, 6 Sa 64/18, jeweils zitiert nach juris).

Auch im Schrifttum sind die Meinungen geteilt (die vorstehend zitierten 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 Etzel u.a, Gemeinschaftskommentar zum 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).

Das Bundesverfassungsgericht hat sodann mit Beschluss vom 06.06.2018, 1 BvR 1375/14 zum Vorbeschäftigungsverbot ausgeführt, in § 14 Abs. 2 S.2 TzBfG komme eine gesetzgeberische Grundentscheidung zum Ausdruck, wonach sachgrundlose Befristungen zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich nur bei der erstmaligen Einstellung zulässig sein sollten. Der Gesetzgeber habe sich damit zugleich gegen eine zeitliche Begrenzung des Verbots entschieden. Die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte dokumentiere die konkrete Vorstellung von Bedeutung, Reichweite und Zielsetzung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

Mit dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung, wonach grundsätzlich jede Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber das Verbot einer sachgrundlos befristeten Wiedereinstellung auslöse, unabhängig davon, wie lange die Vorbeschäftigung zurückliege, sei - entgegen dem Bundesarbeitsgericht - die Annahme, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG erfasse nur Vorbeschäftigungen, die nicht länger als drei Jahre zurücklägen, nicht vereinbar. Richterliche Rechtsfortbildung dürfe nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Die Gerichte müssten die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren. Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetze, greife unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein. Eine Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, die – wie das Bundesarbeitsgericht meine - eine wiederholte sachgrundlose Befristung zwischen denselben Vertragsparteien entgegen der erkennbaren Entscheidung des Gesetzgebers immer dann gestatte, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liege, überschreite die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung durch die Gerichte und verstoße gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen ist somit davon auszugehen, dass grundsätzlich jede Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber das Verbot einer sachgrundlos befristeten Wiedereinstellung auslöst, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, welcher Zeitraum zwischen den sachgrundlosen Befristungen liegt.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht auch ausgeführt, dass ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber als unzumutbar angesehen werden muss, soweit 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 Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Der mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG verfolgte Schutzzweck kann in diesen Fällen das Verbot einer sachgrundlos befristeten Wiedereinstellung nicht rechtfertigen, soweit das legitime Interesse der Arbeitssuchenden an einer auch nur befristeten Beschäftigung und das ebenfalls legitime Flexibilisierungsinteresse der Arbeitgeber entgegensteht.

Eine derartige Unzumutbarkeit kann nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts insbesondere dann gegeben sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist, was zum Beispiel bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während

der Schul- und Studien- oder Familienzeit, bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht, gegeben sein kann. In derartigen Fällen können und müssen die Fachgerichte durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG einschränken.

Eine derartige Ausnahme ist vorliegend entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegeben. Der Zeitraum von fünf Jahren, der vorliegend zwischen den beiden Befristungen liegt, ist kein „sehr langer“ Zeitraum. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar nicht konkretisiert, ab welcher Dauer ein „sehr langer“ Zeitraum gegeben sein soll. Bei einer Zeitdauer von fünf Jahren ist er jedenfalls noch nicht zu bejahen. Bei der Vorbeschäftigung des Klägers in der Zeit von Anfang des Jahres 2005 bis zum September 2006 handelte es sich auch nicht um eine geringfügige Nebenbeschäftigung, sondern um eine Vollzeitätigkeit, mit der der Kläger den Lebensunterhalt für sich und seine Familie verdiente. Es kann auch keine Rede davon sein, dass die Unterbrechung der Tätigkeit des Klägers für die Beklagte wegen einer beruflichen Neuorientierung erfolgte. Der Kläger hat im Zeitraum zwischen den beiden Befristungen – wenn auch als Soldat - eine Vielzahl von Wehrübungen und Einsätzen absolviert, die teilweise jeweils mehrere Monate in Anspruch genommen haben. Die Beklagte hat daraus selbst die Vermutung hergeleitet, der Kläger habe offensichtlich Schwierigkeiten gehabt, auf dem zivilen Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Diese Schlussfolgerung liegt nahe. Jedenfalls erfolgte auch nach dem Vortrag der Beklagten keine berufliche Neuorientierung. Gerade im Hinblick darauf, dass die Gefahr besteht, dass der Kläger auf dem zivilen Arbeitsmarkt Schwierigkeiten hat, besteht auch entgegen der Auffassung der Beklagten die Gefahr einer Kettenbefristung, was sich bereits darin zeigt, dass die Beklagte dem Kläger erneut nur eine – zudem sachgrundlos – befristete Stelle angeboten hatte.

2.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf einen Vertrauenstatbestand berufen.

Zwar hat die Beklagte die Befristungsabrede vor dem Hintergrund der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011 - 7 AZR 716/09 - und vom 21.09.2011 - 7 AZR 375/10 - abgeschlossen. Sie konnte jedoch nicht darauf vertrauen, dass die Gerichte diese Rechtsprechungsänderung nachvollziehen werden (vgl. LAG Mecklenburg – Vorpommern, Urteil vom 17.10.2017, 5 Sa 256/16, zitiert nach juris). Höchstrichterliche 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. 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 Vertrauensstatbestand 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 05.11.2015, 1 BvR 1667/15, Rn. 12; BVerfG, Beschluss vom 15.01.2009, 2 BvR 2044/07, Rn. 85, jeweils zitiert nach juris).

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen steht der Beklagten kein Vertrauensschutz zu. Die 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. 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. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17.10.2017, 5 Sa 256/16, Rn. 39 zitiert nach juris). Als die Beklagte den Arbeitsvertrag mit dem Kläger abschloss, waren seit der Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts erst zirka sieben Monate vergangen. Es liegen keine Umstände vor, die ein Vertrauen der Beklagten hätte begründen können.

Auch der von der Beklagten zur Akte gereichte Erlass des Bundesministeriums der Verteidigung ändert an der vorstehend dargelegten Beurteilung nichts. Soweit dort ausgeführt wird, die Sichtweise des Bundesarbeitsgerichts könne „bis auf weiteres“ bei Abschluss von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen zugrunde gelegt werden, führt diese Rechtsauffassung im Verhältnis zu Dritten nicht zur Begründung eines rechtfertigenden Vertrauensstatbestandes. Schließlich wird die Beklagte durch die Versagung eines Vertrauensstatbestandes auch nicht in unzumutbarer Weise belastet. Das Risiko, bei weit zurückliegenden und eventuell schwer zu ermittelnden Vorbeschäftigungen eine unwirksame sachgrundlose Befristung und damit ungewollt einen unbefristeten Dauerarbeitsvertrag zu vereinbaren, ist durch das auch in den Gesetzesmaterialien angesprochene Fragerecht des Arbeitgebers (BTDrucks 14/4374, S. 19) verringert, das

§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG flankiert (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.06.2018, 1 BvR 1375/14, zitiert nach juris). Geht die Beklagte in Kenntnis einer Vorbeschäftigung eine erneute sachgrundlose Befristung ein, obwohl noch keine gefestigte und langjährige Rechtsprechung vorliegt, hat sie die sich daraus ergebenden rechtlichen Risiken und Konsequenzen zu tragen.

3.

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

Der Antrag des Klägers ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Durch die Berufsbezeichnung „Küchenmeister“ 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 der Bezeichnung „Vollbeschäftigung“ im Arbeitsvertrag wird auch der zeitliche Rahmen hinreichend konkret bestimmt.

Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststehendes Instanzurteil ergeht und keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen, den Arbeitnehmer nicht weiter zu beschäftigen (vgl. BAG, Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84 – zitiert nach juris). Diese Grundsätze gelten entsprechend auch dann, wenn um die Wirksamkeit einer Befristung oder auflösenden Bedingung des Arbeitsverhältnisses gestritten wird (vgl. BAG, Urteil vom 13.06.1985 - 2 AZR 410/84 – zitiert nach juris). 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.

III.

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

III.

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

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Für die beklagte 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 Verordnung 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.**

Paßlick

Derksen

Hirche

Beglaubigt

Kohnke
Regierungsbeschäftigte

