

BVerfG vs. BAG: Genereller Ausschluss bei Vorbeschäftigung!

# Sachgrundlose Befristung – quo vadis?

Nach dem Beschluss des BVerfG vom 6.6.2018 sind sachgrundlose Befristungen eines Arbeitsverhältnisses gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bis auf eng begrenzte Ausnahmefälle nur zulässig, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer noch nie zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. Vorbeschäftigungsverbot). Die Rechtsprechung des BAG aus dem Jahr 2011, nach der es hier nur auf eine dreijährige Rückschau ankomme, ist mit dem GG unvereinbar.



## 1 SITUATION

Die Entscheidung des BVerfG (Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvL 1375/14, AuA 8/18, S. 487) klärt zwar einen Streit über die Auslegung und verfassungsrechtliche Bewertung des Vorbeschäftigungsverbots. Sie wirft allerdings auch neue Fragen auf, die für die aktuelle Rechtslage durch die Arbeitsgerichte – allen voran das BAG – geklärt werden müssen. Weiter unterstreicht sie das dringende Bedürfnis nach gesetzgeberischem Handeln mit dem Zweck der Herstellung von Rechtsklarheit und damit verbundener Rechts- und Anwendungssicherheit sowie der Schaffung einer an den praktischen und verfassungsrechtlich garantierten Interessen der Arbeitsvertragsparteien orientierten ausgewogenen Regelung des Vorbeschäftigungsverbots.

Die sachgrundlose Befristung muss einerseits i. S. v. § 5 der RL 1999/70/EG begrenzt werden, soweit es zur Vermeidung von Rechtsmissbrauch notwendig ist, andererseits muss sie ermöglicht werden, wo es geboten ist. Hiermit ist keine Abkehr vom Bekenntnis verbunden, dass – wie es das BVerfG in einem Leitsatz hervorhebt – die unbefristete Dauerbeschäftigung die Regelbeschäftigungsform darstellt.

Gleichwohl sind auch den tatsächlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen sowie den daraus folgenden Möglichkeiten Rechnung zu tragen. Im Jahr 2017 waren circa 1,6 Millionen Arbeitnehmer – und damit fast die Hälfte aller befristet Beschäftigten, die ungefähr 8,3 % aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten ausmachten – sachgrundlos befristet. Viele der befristet Beschäftigten werden nach Ablauf der Befristungen in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen. Die Tendenz der Übernahmekancen ist seit 2009 stetig ansteigend, wobei sachgrundlose Befristungen eine wichtige Rolle zu spielen scheinen (IAB-Kurzbericht 16/2018).

## 2 VORBESCHÄFTIGUNGSVERBOT BIS 6.6.2018

Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses „nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.“ Dieses Vorbeschäftigungsverbot haben der 2. und der 7. Senat des BAG bis zum 6.4.2011 so ausgelegt, dass zwischen den Arbeitsvertragsparteien noch nie zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden haben durfte (BAG, Urt. v. 6.11.2003 – 2 AZR 690/02; v. 29.7.2007 – 7 AZN 368/09). Diese Auslegung entsprach auch der herrschenden Meinung in der Literatur.

Mit Urteil vom 6.4.2011 hatte der für das Befristungsrecht zuständige 7. Senat des BAG entschieden, dass „Normzweck, Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit sowie insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen für eine zeitliche Beschränkung des Verbots“ sprächen (Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, AuA 2/12, S. 119). Als Beschränkung zog das BAG eine zeitliche Grenze von drei Jahren. Seitdem legte es das Vorbeschäftigungsverbot dahin aus, dass ein vorheriges Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien für eine sachgrundlose Befristung unschädlich sei, wenn es mehr als drei Jahre zurückliegt. Mit dieser Entscheidung ist der 7. Senat von seiner eigenen Ansicht aus dem Jahr 2009 sowie von der Auffassung des 2. Senats aus dem Jahr 2003 abgewichen. Letzterer hatte seinerzeit ausgeführt, dass es beim Vorbeschäftigungsverbot „grundsätzlich“ nicht auf einen zeitlichen Abstand zwischen dem vorangegangenen und dem neuen Arbeitsverhältnis ankomme. Da nach Ansicht des 7. Senats durch das Wort „grundsätzlich“ Ausnahmen denkbar seien, fühlte er sich nicht berufen, den Großen Senat des BAG anzurufen; dieser muss entscheiden, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will (§ 45 Abs. 2 ArbGG).

Die „neue“ Sichtweise des BAG vom 6.4.2011 (a. a. O.) wurde in der Praxis sehr begrüßt. Sie war für den Einstellungsprozess praktikabel, diente der Rechtssicherheit im Vertragsmanagement bei der Einstellung, war beim Recruiting von Personal förderlich und erleichterte es Bewerbern, trotz einer vorangegangenen Beschäftigung (z. B. als Werkstudent) mit einer sachgrundlosen Befristung einen Einstieg in ein Unternehmen zu finden. Dem praktischen Nutzen stand allerdings auch eine fortwährende und z. T. in der Wortwahl sehr scharfe Kritik aus Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie der Rechtsprechung, insbesondere einiger LAG, gegenüber (z. B. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 17.10.2017 – 5 Sa 256/16; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.8.2017 – 8 Sa 21/17). Die Kritiker sahen die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung als überschritten an und erachteten z. T. das als unbegrenzt auszuliegende Vorbeschäftigungsverbot für verfassungswidrig. Einige LAG sind der Rechtsprechung des BAG vom 6.4.2011 nicht gefolgt und haben ihren Entscheidungen ein zeitlich unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot zugrunde gelegt. Hiergegen gerichtete Revisionen wegen Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat das BAG bislang nicht entschieden. Es hat sich aller-

dings in einer Stellungnahme gegenüber dem BVerfG im Rahmen der am 6.6.2018 entschiedenen Verfahren dahingehend geäußert, dass es sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung an der einschränkenden Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots festhalte.

## 3 BVERFG VOM 6.6.2018

Das ArbG Braunschweig hielt das unbegrenzte Vorbeschäftigungsverbot für verfassungswidrig. Es hatte daher ein bei ihm anhängiges Befristungskontrollverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG ausgesetzt und dem BVerfG im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob ein zeitlich unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG mit dem Grundgesetz vereinbar ist (Beschl. v. 3.4.2014 – 5 Ca 463/13). Zudem war beim BVerfG die Verfassungsbeschwerde eines Arbeitnehmers anhängig, die sich gegen ein Urteil des LAG Nürnberg vom 30.1.2014 (5 Sa 1/13) richtete, das dem BAG gefolgt war und von einem dreijährigen Vorbeschäftigungsverbot ausging. Die hiergegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hatte das BAG zurückgewiesen (Beschl. v. 30.4.2017 – 7 AZN 119/14), weshalb der klagende Mitarbeiter den Gang zum BVerfG einschlug.

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 6.6.2018 (a. a. O.) entschieden, dass § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ein unbegrenzte Vorbeschäftigungsverbot enthält, das mit dem GG vereinbar ist. In seiner Entscheidung führt das BVerfG aus, dass es der erkennbare gesetzgeberische Wille gewesen sei, das Vorbeschäftigungsverbot – anders als zuvor § 1 Abs. 3 BeschFG – unbegrenzt auszugestalten. Es solle jedes vorherige Arbeitsverhältnis erfasst werden. Die Arbeitsgerichte müssten für einen verfassungskonformen Ausgleich sorgen, indem sie bei der Anwendung des Vorbeschäftigungsverbots solche Fälle ausschließen, bei denen das unbegrenzte Verbot unzumutbar wäre. Hierzu hat das BVerfG drei Fallgruppen genannt:

1. eine sehr lange zurückliegende Vorbeschäftigung,
2. eine ganz anders geartete Tätigkeit,
3. eine Vorbeschäftigung von sehr kurzer Dauer.

### Beispiele

Nach dem BVerfG fallen bspw. folgende Fälle unter die drei Gruppen:

- geringfügige Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit,
- Beschäftigungen als Werkstudierende und studentische Mitarbeiter im Rahmen der Berufsqualifizierung,
- eine erzwungene oder freiwillige Unterbrechung der Erwerbsbiografie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht.

Die Rechtsprechung des BAG, die von einem dreijährigen Vorbeschäftigungsverbot ausging, hat das BVerfG für verfassungswidrig erklärt. Die Annahme einer starren zeitlichen Karenz überschreite die Grenze richterlicher Rechtsfortbildung angesichts des eindeutig erkennbaren gesetzgeberischen Willens eines unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbots. Über diesen Willen dürfe sich die

Rechtsprechung angesichts der Gewaltenteilung und der Bindung der Gerichte an Gesetze (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) nicht hinwegsetzen und die gesetzgeberische Grundkonzeption durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen.

In der Folge waren auch die Verfassungsbeschwerden begründet. Die Entscheidungen des LAG Nürnberg sowie der Beschluss über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde des BAG waren aus obigen Gründen nicht mit dem GG vereinbar. Da die verfassungswidrige Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots zu einem Unterliegen des Arbeitnehmers im zugrundeliegenden Befristungskontrollklageverfahren geführt hatte, wurden die Entscheidungen des LAG Nürnberg und des BAG aufgehoben und das Verfahren an das LAG Nürnberg zurückverwiesen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG).

Unternehmen sollten bei bestehenden sachgrundlosen Befristungen anhand der bisher bekannten Kriterien des BVerfG sowie jeweils vorliegender Informationen zu Vorbeschäftigungen eine rechtliche und eine tatsächliche Risikobewertung vornehmen. Führt das Ergebnis zu einem Handlungsbedarf, sollte man Lösungen entwickeln, z. B.

- Dokumentation der Tatsachen, die gegen eine Rechtsmissbrauchsgefahr sprechen,
- Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nach Ablauf der problematischen Befristung,
- Kalkulation der Kostenfolgen unerwarteter unbefristeter Arbeitsverhältnisse und Prüfung von Gestaltungs- bzw. Restrukturierungsmöglichkeiten angesichts unerwartet erhöhter Arbeitskapazitäten.

#### 4 AUSBLICK NACH GELTENDER RECHTSLAGE

Es ist unklar, wie die Rechtsprechung – namentlich das BAG – auf den Beschluss des BVerfG reagieren und wo es insbesondere die Grenzen der Unzumutbarkeit des Vorbeschäftigungsverbots nach aktueller Rechtslage ziehen wird.

Das BVerfG hat zwar bspw. die o. g. Fallgruppe einer „sehr lange zurückliegenden“ Tätigkeit genannt. Da es aber „eine Karenzzeit (...) für sich genommen (...) [nicht als] (...) geeignetes Mittel [ansieht], um unzumutbare Beeinträchtigungen der betroffenen Grundrechtspositionen zielgerichtet zu vermeiden“ (v. 6.6.2018, a. a. O.), widerspräche eine rein zeitliche Betrachtung seiner Ansicht. Diese Fallgruppe kann daher nicht alleine ausschlaggebend sein.

Dies mag zwar dem ersten Anschein nach widersprüchlich klingen, ist aber auflösbar. Die Karlsruher Richter erteilen einer starren zeitlichen Grenze eine Absage und stellen auf eine wertende Betrachtung unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten ab. Eine „sehr lange zurückliegende“ Tätigkeit kann bei einer solchen Prüfung gegen die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs sprechen. Es bedarf daher auch bei „sehr lange zurückliegenden Tätigkeiten“ stets einer wertenden Betrachtung, ob das unbegrenzte Vorbeschäftigungsverbot

- ausnahmsweise eine unzumutbare Beeinträchtigung für die Arbeitsvertragsparteien darstellt und deshalb

- in der konkreten Einzelfallanwendung auf ein verfassungskonformes Maß reduziert werden muss. Anders gesagt: Die konkrete Beurteilung dessen, ob eine „sehr lange zurückliegende Tätigkeit“ gegen die Missbrauchsgefahr spricht, ist Teil der wertenden Betrachtung; neben der Bewertung des zeitlichen Verlaufs müssen auch andere Anhaltspunkte, die für oder gegen eine Missbrauchsgefahr sprechen, berücksichtigt werden (können). Alles andere wäre starr und entgegen der Ansicht des BVerfG.

Nach geltender Rechtslage ist das Vorbeschäftigungsverbot verfassungskonform einzuschränken, wenn keine Gefahr einer Kettenbefristung mehr besteht. Denn nur dann kann und muss nach den Ausführungen des BVerfG von der gesetzgeberischen Grundkonzeption, die von einem unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbot ausgeht, ausnahmsweise abgewichen werden. Die praktische Konkordanz – zum Ausgleich der betroffenen Grundrechte – ist dann nicht mehr gegeben, wenn auf der einen Seite keine Missbrauchsgefahr besteht, andererseits aber empfindlich in Grundrechtspositionen eingegriffen wird. Der Eingriff ist in diesem Fall unverhältnismäßig bzw. unzumutbar und muss durch die Arbeitsgerichte verfassungskonform begrenzt werden.

Die Maßstäbe hierfür muss das BAG nun unter Berücksichtigung der Ausführungen und Kriterien, die das BVerfG genannt hat, entwickeln. Anders als bei der Rechtsmissbrauchskontrolle einer Sachgrundbefristung braucht man nicht festzustellen, ob ein Rechtsmissbrauch unwiderlegt indiziert ist oder vorliegt, sondern es muss umgekehrt die konkrete Gefahr eines Rechtsmissbrauchs in der Gestalt einer Kettenbefristung ausgeschlossen werden bzw. dürfen keine vernünftigen Anhaltspunkte hierfür bestehen. Dies gebietet das Regel-Ausnahme-Prinzip des derzeit geltenden Vorbeschäftigungsverbots, das sich aus der gesetzgeberischen Grundkonzeption herleiten lässt. Erst wenn die Ausnahme festgestellt ist – nämlich keine Missbrauchsgefahr –, bedingt die hieraus resultierende Unzumutbarkeit des Eingriffs eine gerichtliche Korrektur.<sup>1</sup>

#### 5 PRAKTISCHE AUSWIRKUNGEN

Die Entscheidung des BVerfG über das Vorbeschäftigungsverbot hat Gesetzeskraft (Art. 31 Abs. 2 BVerfGG) und ist – solange es keine Gesetzesänderung gibt – auf künftige, aber auch auf bereits geschlossene Befristungsvereinbarungen anwendbar. Eine Übergangsregelung, die vor dem 6.6.2018 geschlossene Befristungen ausnimmt und der bisherigen BAG-Rechtsprechung unterstellt, gibt es nicht und lässt sich auch nicht mit rechtsstaatlichen Erwägungen im Hinblick auf einen Vertrauensschutz und ein Rückwirkungsverbot begründen.

Ungeachtet der Frage, ob das Vertrauen in eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zu gewähren und die Grenzen des Rückwirkungsverbots bei Gesetzen auf Rechtsprechungsänderungen anzuwenden sind, bestehen erstens Zweifel, dass die Rechtsprechung des BAG vom 6.4.2011 gefestigt war. Zweitens fehlt das schutz-

#### PRAXISTIPP



<sup>1</sup> In einem Prozess sollten Arbeitgeber – soweit möglich – an die vom BVerfG genannten Kriterien sowie den vom BAG zu erwartenden Konkretisierungen anknüpfend Tatsachen vortragen, die im Fall einer Vorbeschäftigung dafür sprechen, dass es keine Missbrauchsgefahr bei Abschluss der fraglichen Befristung gab.



© Thomas Plaßmann

würdige Vertrauen in diese Rechtsprechung zum beschränkten Vorbeschäftigungsverbot. Die Entscheidung des BAG vom 6.4.2011 erfuhr nicht nur Zustimmung, sondern wurde bis zum Beschluss des BVerfG sehr kontrovers diskutiert. Arbeits- und Landesarbeitsgerichte versagten Erfurt die Gefolgschaft und wichen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab. Auch die verfassungsrechtliche Bewertung durch das BVerfG war nach der gerichtlichen Vorlage und der Verfassungsbeschwerde aus 2014 offen. Angesichts der Rechtsunsicherheit wurde bereits lange vor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung empfohlen, vorsorglich von einem zeitlich unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbot auszugehen.

## 6 AUSBLICK AUF DIE GESETZES-ENTWICKLUNG UND EIGENER VORSCHLAG

Neben der Entwicklung der Rechtsprechung zum aktuell geltenden Vorbeschäftigungsverbot bleibt die Gesetzesentwicklung abzuwarten. CDU, CSU und SPD haben vereinbart, den Missbrauch von Befristungen abzuschaffen und hierzu u. a. zu regeln, dass „ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber (...) erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren möglich“ sein soll (Koalitionsvertrag v. 12.3.2018, S. 52). Es wird davon ausgegangen, dass die Regierungsparteien diese Karenzzeit auch für die sachgrundlose Befristung vor Augen haben. Ein Gesetzesentwurf liegt noch nicht vor. Unklar ist daher auch, ob dieser eine alleinige Karenzzeit enthalten wird,

oder ob bei der Missbrauchskontrolle auch auf andere Wertungsgesichtspunkte abzustellen ist. Eine alleinige Karenzzeit ist nach Ansicht des BVerfG nicht geeignet, um Rechtsmissbrauch zu verhindern. Es bedarf aus verfassungsrechtlichen Gründen neben der zeitlichen Karenz zwingend einer wertenden Betrachtung durch die Arbeitsgerichte, für die der Gesetzgeber den Weg ebnen muss; ein Vorbeschäftigungsverbot, das eine rein zeitliche Grenze vorsieht, wäre verfassungsrechtlich höchst bedenklich.

Gangbar wäre eine Verknüpfung der zeitlichen Betrachtung – einschließlich einer Mindestkarenzzeit – zwischen einer Vorbeschäftigung und einer erneuten sachgrundlosen Befristung mit einer wertenden Gesamtschau, die die Arbeitsgerichte im Einzelfall vornehmen müssen. Ähnlich der „Befristungsampel“ bei Sachgrundbefristungen könnte die Rechtsmissbrauchskontrolle anhand dreier Phasen („Grün-, Gelb- und Rotphase“) erfolgen, wenn der Gesetzgeber hierfür die Voraussetzungen schafft. Das Vorbeschäftigungsverbot muss so gefasst werden, dass es eine sachgrundlose Befristung bei einer Vorbeschäftigung zwar grundsätzlich für unzulässig erklärt, jedoch nach Ablauf einer Mindestfrist eine Rechtsmissbrauchskontrolle zulässt. Der Unterschied zur jetzigen Lage wäre nicht nur die gesetzlich verankerte Mindestfrist, sondern auch das erforderliche Maß für eine Ausnahme vom Vorbeschäftigungsverbot. Darf nach derzeitiger Rechtslage keine Gefahr eines Rechtsmissbrauchs bestehen, genügt nach dem hier favorisierten Weg künftig die Feststellung, dass im konkreten Fall kein Rechtsmissbrauch vorliegt; auf die bloße Gefahr kommt es dann nicht an.

## 7 „BEFRISTUNGSAPEL“

Für die weitere Ausgestaltung der Missbrauchskontrolle durch die Arbeitsgerichte schlage ich folgende Fristen für die einzelnen Ampel- und Prüfphasen vor, die zwischen einer Vorbeschäftigung und einer sachgrundlosen Befristung liegen sollten:

- Grünphase: > 36 Monate
- Gelbphase: > 30 Monate
- Rotphase: > 24 Monate

In der Grünphase wäre in aller Regel keine weitere Rechtsmissbrauchskontrolle veranlasst. In der Gelbphase wäre eine Rechtsmissbrauchskontrolle veranlasst, wenn der Arbeitnehmer Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch vorträgt. In der Rotphase wäre immer eine Rechtsmissbrauchskontrolle veranlasst; der Arbeitgeber müsste vortragen, weshalb ein aufgrund der zeitlichen Nähe indizierter Rechtsmissbrauch nicht vorliegt.

Ausgehend von diesen Erwägungen wird folgender Gesetzesentwurf für eine Neufassung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorgeschlagen, der die Rechtsmissbrauchsprüfungen durch die Arbeitsgerichte mit dem Ausnahmetatbestand, der im letzten Halbsatz formuliert ist, ermöglicht:

„Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, es sei denn, das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses liegt mindestens mehr als zwei Jahre zurück und die erneute Befristung ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht rechtsmissbräuchlich.“

## 8 WEITERE ÄNDERUNGEN UND OFFENE FRAGEN

Der Koalitionsvertrag sieht weitere einschneidende Änderungen des Befristungsrechts vor:

- eine Quote für sachgrundlose Befristungen i. H. v. maximal 2,5 % der Belegschaft; jedes darüber hinaus sachgrundlos befristet geschlossene Arbeitsverhältnis gilt als unbefristet;
- Befristungsdauer statt 24 Monate künftig 18 Monate;
- eine statt drei Verlängerungen innerhalb der Gesamtdauer von 18 Monaten;
- Unzulässigkeit der Befristung, „wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben“ (modifiziertes Vorbeschäftigungsverbot);
- Anrechnung von Einsatzzeiten als Leiharbeiter auf die vorgenannte Gesamtdauer von fünf Jahren;
- Sonderregelungen für Künstler und Fußballer.

Die Formulierungen im Koalitionsvertrag werfen bei erster Betrachtung Fragen auf, die sich mangels eines konkreten Gesetzesentwurfs nebst Begründung derzeit nicht (sicher) beantworten lassen:

- Soll das modifizierte Vorbeschäftigungsverbot nur für Sachgrundbefristungen oder auch für sachgrundlose Befristungen gelten? Letzteres ist mit Blick auf die Höchstbefristungsdauer und die maxi-

male Verlängerungsmöglichkeit bei sachgrundlosen Befristungen abzulehnen.

- Soll die Anrechnung von Einsatzzeiten als Leiharbeiter auch für sachgrundlose Befristungen gelten? Dies wäre eine Abkehr von der strengen Linie, ausschließlich Vorbeschäftigungen beim Vertragsarbeitgeber als relevant anzusehen. Weiter würde die Anrechnung Leiharbeitnehmern die Übernahme und den Einstieg in das entleihende Unternehmen erschweren.
- Welche Sonderregelungen soll es für Künstler und Fußballer geben? Sollen sich die Regelungen im Sportbereich auf Fußballer beschränken und wenn ja, weshalb?
- Wie verhält es sich mit den weiteren Fallgruppen, die von der Rechtsprechung im Rahmen des Sachgrundes nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG anerkannt sind (Rundfunkmitarbeiter, z. B. Moderatoren und Kommentatoren)?

## 9 FAZIT

Das BVerfG hat zwar den Streit, ob das Vorbeschäftigungsverbot zeitlich unbegrenzt und als solches verfassungskonform ist, mit einem positiven Votum beendet. Für Rechtsanwender bleiben die Konturen des Verbots allerdings (noch) unscharf. Das BAG muss Rechtsklarheit und -sicherheit für die Arbeitsvertragsparteien schaffen, damit sie verlässlich beurteilen können, wann eine Vorbeschäftigung die konkrete Befristungsvereinbarung zunichtemacht oder mangels Missbrauchsgefahr keine derartige Wirkung entfaltet. Arbeitgebern ist zu empfehlen, im Fall einer Befristungskontrollklage alles vorzutragen, was gegen einen Rechtsmissbrauch bzw. dessen Gefahr spricht; nicht ausreichend dürfte der alleinige Verweis darauf sein, dass eine Vorbeschäftigung „sehr lange zurückliegt“.

In erster Linie ist es aber Aufgabe des Gesetzgebers, das Vorbeschäftigungsverbot im Lichte der Entscheidung des BVerfG einerseits sowie der praktischen Notwendigkeiten und Bedürfnisse in der Arbeitswelt andererseits auf den Prüfstand zu stellen und eine ausgewogene Regelung zu schaffen, die den Rechtsanwendern Sicherheit, Klarheit und Verlässlichkeit bei der Vertragsgestaltung gibt. Trotz mehrfacher Bitten aus Fachkreisen ist dies bislang nicht geschehen. Der aktuelle Koalitionsvertrag lässt hoffen, dass der Gesetzgeber sich dem Thema in dieser Legislaturperiode annehmen und seine „jahrelange Untätigkeit“ (Bauer, NZA 2014, S. 889) beenden wird – wann genau dies der Fall sein wird, ist allerdings unklar.

Aktuell sollten sachgrundlose Befristungen – soweit nicht bereits angesichts der in den vergangenen Jahren geäußerten Kritik an der BAG-Rechtsprechung aus 2011 geschehen – an der Rechtsprechung des BVerfG zum momentan in aller Regel unbegrenzt geltenden Vorbeschäftigungsverbot sowie der Konturierung der Rechtsprechung durch das BAG ausgerichtet werden. Im nächsten Schritt muss die Einstellungspraxis dann an die zu erwartende Gesetzesänderung angepasst werden. ■

### UNSER AUTOR



**Sebastian Kroll**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei rugekrömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg