

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 23. Januar 2019
- 7 AZR 161/15 -
ECLI:DE:BAG:2019:230119.U.7AZR161.15.0

I. Arbeitsgericht Paderborn

Urteil vom 18. Juli 2014
- 3 Ca 693/14 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 22. Januar 2015
- 11 Sa 1228/14 -

Entscheidungsstichworte:

Sachgrundlose Befristung - Vorbeschäftigung

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 7 AZR 733/16 -

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 161/15
11 Sa 1228/14
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Januar 2019

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtlichen Richter Schiller und Kley für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. Januar 2015 - 11 Sa 1228/14 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 18. Juli 2014 - 3 Ca 693/14 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristungsvereinbarung vom 21. März 2013 mit Ablauf des 15. Juli 2014 beendet worden ist.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses aufgrund einer sachgrundlosen Befristung. 1

Der Kläger stand vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2008 in einem befristeten Arbeitsverhältnis zu der Beklagten. Nachdem der Kläger ab dem 15. März 2010 zunächst als Leiharbeitnehmer im Unternehmen der Beklagten beschäftigt worden war, schlossen die Parteien mit Arbeitsvertrag vom 3. Juli 2012 erneut einen befristeten Arbeitsvertrag zunächst mit einer Laufzeit vom 16. Juli 2012 bis zum 15. Juli 2013. Mit Vertrag vom 21. März 2013 verlängerten die Parteien das Arbeitsverhältnis bis zum 15. Juli 2014. 2

Mit der am 29. April 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 5. Mai 2014 zugestellten Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung zum 15. Juli 2014 geltend gemacht und ua. die Auffassung ver- 3

treten, die Befristung sei wegen seiner Vorbeschäftigung nicht nach § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt.

Der Kläger hat beantragt

4

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund des befristeten Vertrags vom 21. März 2013 mit Ablauf des 15. Juli 2014 endet,
2. für den Fall des Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Mitarbeiter in der Fertigung weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit demselben Arbeitgeber stehe einer weiteren sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht entgegen, wenn das Ende des vorausgegangenen Arbeitsverhältnisses länger als drei Jahre zurückliege. Diese Rechtsauffassung habe bei Begründung des neuen befristeten Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Einklang gestanden. Eine von der Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts abweichende Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts sei aus Gründen der Rechtssicherheit nicht möglich.

5

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Befristungskontrollantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

6

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Die Vorinstanzen haben die Befristungskontrollklage zu Unrecht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Par-

7

teien hat nicht aufgrund der in dem Vertrag vom 21. März 2013 vereinbarten Befristung mit Ablauf des 15. Juli 2014 geendet.

- I. Der Befristungskontrollantrag ist begründet. Die zwischen den Parteien vereinbarte Befristung ist unwirksam. 8
1. Die Befristung gilt nicht nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. Der Kläger hat rechtzeitig innerhalb der Dreiwochenfrist nach § 17 Satz 1 TzBfG Befristungskontrollklage erhoben. 9
- a) Die dreiwöchige Klagefrist beginnt nach dem Wortlaut des § 17 Satz 1 TzBfG mit dem vereinbarten Ende des befristeten Vertrags. Die Befristungskontrollklage kann bei einer kalendermäßigen Befristung auch schon vor Fristablauf erhoben werden (*st. Rspr. vgl. nur BAG 27. September 2017 - 7 AZR 629/15 - Rn. 11 mwN*). 10
- b) Diesen Anforderungen ist genügt. Die Zustellung der Klage erfolgte am 5. Mai 2014, mithin zu einem Zeitpunkt vor dem Ablauf der Befristung. 11
2. Zu Unrecht haben die Vorinstanzen angenommen, die Befristung des Arbeitsvertrags sei nach § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt. Zwar wurden die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen mit der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von zwei Jahren und der einmaligen Vertragsverlängerung eingehalten. Der Wirksamkeit der Befristung steht jedoch § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen. Nach dieser Vorschrift ist die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dies ist hier der Fall. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts stand das zwischen den Parteien in der Zeit vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2008 begründete Arbeitsverhältnis der Vereinbarung einer sachgrundlosen Befristung des ab dem 16. Juli 2012 begründeten Arbeitsverhältnisses entgegen, obwohl zwischen dem Ende des ersten und der Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses ein Zeitraum von mehr als drei Jahren lag. 12

- a) Der Senat hatte § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in seiner jüngeren Rechtsprechung verfassungskonform dahingehend ausgelegt, dass die Vorschrift der sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsvertrags nicht entgegensteht, wenn ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien mehr als drei Jahre zurückliegt (*vgl. BAG 21. September 2011 - 7 AZR 375/10 - Rn. 23 ff., BAGE 139, 213; ähnlich BAG 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 27, BAGE 137, 275: verfassungsorientierte Auslegung*). 13
- b) An dieser Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG kann nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juni 2018 (- 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 -) nicht festgehalten werden. Danach überschreitet die Annahme, eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags sei nur dann unzulässig, wenn eine Vorbeschäftigung weniger als drei Jahre zurückliegt, die Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben durch die Gerichte, weil der Gesetzgeber gerade dieses Regelungsmodell erkennbar nicht wollte (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 71, 76 ff.*). In § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG kommt die gesetzgeberische Grundentscheidung zum Ausdruck, dass sachgrundlose Befristungen zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich nur bei der erstmaligen Einstellung zulässig sein sollen. Der Gesetzgeber hat sich damit zugleich gegen eine zeitliche Begrenzung des Verbots entschieden (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 77*). Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, der Regelungsgehalt des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ergebe sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut der Norm und auch die Systematik gebe kein zwingendes Ergebnis der Auslegung vor. Doch zeigten die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte, welche gesetzgeberische Konzeption der Norm zugrunde liege. Sie dokumentierten die konkrete Vorstellung von Bedeutung, Reichweite und Zielsetzung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, verliehen dessen Wortlaut („bereits zuvor“) seinen Bedeutungsgehalt und ordneten so dem Gesetzeszweck ein Mittel der Umsetzung zu (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 78 ff.*). 14

c) Allerdings verlangt auch das Bundesverfassungsgericht eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 62 f.*) 15

aa) Die Vorschrift schränkt die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit und die Vertragsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern ein. Diese Beeinträchtigungen wiegen schwer. Sie erweisen sich jedoch in der Abwägung mit dem Schutz der Beschäftigten im Arbeitsverhältnis (*Art. 12 Abs. 1 GG*) und den im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG verankerten sozial- und beschäftigungspolitischen Zielsetzungen grundsätzlich als zumutbar. Dies gilt jedenfalls insoweit, als die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bezweckten Schutzes tatsächlich bedürfen, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten und auch eine Gefahr für die soziale Sicherung durch eine Abkehr vom unbefristeten Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform besteht (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 53*). Die mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einhergehenden Beeinträchtigungen der Rechte der Arbeitsplatzsuchenden und der Arbeitgeber, erneut einen Arbeitsvertrag sachgrundlos zu befristen, stehen auch nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zwecken, da die Arbeitsgerichte die Anwendung der Norm in verfassungskonformer Auslegung auf Fälle ausschließen können, in denen dies für die Beteiligten unzumutbar wäre (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 55; kritisch hierzu Bayreuther NZA 2018, 905, 908; Höpfner RdA 2018, 321, 331 f.*) 16

Ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber ist danach unzumutbar, 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 Satz 2 TzBfG verfolgte Schutzzweck kann in diesen Fällen das Verbot einer sachgrundlos befristeten Wiedereinstellung nicht rechtfertigen, soweit das legitime Interesse der Arbeitssuchenden an einer 17

auch nur befristeten Beschäftigung und das ebenfalls legitime Flexibilisierungsinteresse der Arbeitgeber entgegensteht (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 62*). Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 63*). So liegt es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts etwa bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit (*vgl. Bauer NZA 2011, 241, 243; Löwisch BB 2001, 254; Rudolf BB 2011, 2808, 2810*), bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung (*vgl. dazu BAG 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 2, BAGE 137, 275*) oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht (*vgl. Staudinger/Preis [2016] § 620 Rn. 182; ähnlich Löwisch BB 2001, 254 f.*).

bb) Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommt nach § 31 Abs. 2 iVm. § 13 Nr. 11 BVerfGG Gesetzeskraft zu. Jedenfalls dann, wenn der Tenor - wie hier - ausdrücklich auf die Entscheidungsgründe Bezug nimmt, erstreckt sich die Bindungswirkung auch auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu der verfassungskonformen Auslegung einer einfachgesetzlichen Norm (*vgl. BVerfG 30. Juni 1976 - 2 BvR 284/76 - zu B der Gründe, BVerfGE 42, 258; 10. Juni 1975 - 2 BvR 1018/74 - zu B I 3 der Gründe, BVerfGE 40, 88; Pestalozza Verfassungsprozessrecht 3. Aufl. § 20 Rn. 92; Lechner/Zuck BVerfGG 7. Aufl. § 31 Rn. 32; differenzierend Seetzen NJW 1976, 1997, 1998 f.*) 18

d) Danach liegen die Voraussetzungen einer verfassungskonformen Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im vorliegenden Fall nicht vor. 19

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat nicht näher definiert, wann eine Vorbeschäftigung „sehr lang“ zurückliegt, „ganz anders“ geartet oder „von sehr kurzer“ Dauer war (*zu Bedenken wegen erhöhter Rechtsunsicherheit durch die Rspr. des BVerfG vgl. Bayreuther NZA 2018, 905, 908; ErfK/Müller-Glöge*) 20

19. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 98). Dies ist unter Berücksichtigung des Grundes für die verfassungskonforme Auslegung, den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auf Fälle, in denen das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar wäre, einzuschränken, sowie unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht genannten Beispielfälle zu beurteilen. Letztlich bedarf es hierzu einer Würdigung des Einzelfalls (*Löwisch SAE 2018, 36, 38; Wank Anm. AP TzBfG § 14 Nr. 170*).

bb) Danach ist vorliegend das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht unzumutbar. 21

(1) Im Zeitpunkt der erneuten Einstellung des Klägers lag seine Vorbeschäftigung entgegen der Ansicht der Beklagten nicht so lange zurück, dass die Nichtanwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfassungsrechtlich geboten wäre. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genügt es nicht, dass das Vorbeschäftigungsverhältnis lang zurückliegt, es muss vielmehr sehr lang zurückliegen. Das kann bei einem Zeitraum von dreieinhalb Jahren nicht angenommen werden. Aufgrund dieses Zeitablaufs ist das Verbot der sachgrundlosen Befristung für die Arbeitsvertragsparteien nicht unzumutbar. Zwar dürfte bei dieser Zeitspanne eine Gefahr der Kettenbefristung eher gering sein. Allerdings würde die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung bei einer erneuten Einstellung dreieinhalb Jahre nach dem Ende der Vorbeschäftigung allein wegen des Zeitablaufs den vom Gesetzgeber mit der Regelung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Zweck, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten, gefährden. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren soziale Sicherung und insbesondere auch die Versorgung im Alter maßgeblich an die Erwerbstätigkeit anknüpft, sind auf langfristige und unbefristete Arbeitsverhältnisse angewiesen (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 46*). Die sachgrundlose Befristung soll daher nach der gesetzgeberischen Konzeption die Ausnahme bleiben, weil dies dazu beiträgt, das unbefristete Dauerarbeitsverhältnis als Regelfall der Beschäftigung zu erhalten (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 49*). Dies ist auch bei der Beurteilung, ob das Verbot der sachgrundlosen Befristung bei der erneuten 22

Einstellung eines Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber für die Arbeitsvertragsparteien unzumutbar ist, zu berücksichtigen, denn die von den Gerichten ggf. im Wege verfassungskonformer Auslegung vorzunehmende Einschränkung des Anwendungsbereichs des in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG normierten Verbots muss im Einklang mit dem sozialpolitischen Zweck des Schutzes der unbefristeten Beschäftigung als Regelfall stehen (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 33*). Bei der Frage, ob der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einer verfassungskonformen Einschränkung bedarf, ist daher zu beachten, dass die sachgrundlose Befristung bei der erneuten Einstellung eines Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber auf Ausnahmefälle beschränkt ist. Das wäre nicht gewährleistet, wenn dieselben Arbeitsvertragsparteien nach Ablauf von dreieinhalb Jahren erneut einen Arbeitsvertrag mit einer sachgrundlosen Befristung abschließen könnten. Da ein Erwerbsleben bei typisierender Betrachtung mindestens 40 Jahre umfasst (*vgl. BAG 18. März 2014 - 3 AZR 69/12 - Rn. 27, BAGE 147, 279*), könnte ein Arbeitgeber jedenfalls sieben sachgrundlos befristete Arbeitsverträge von jeweils zweijähriger Dauer mit demselben Arbeitnehmer schließen. Damit wäre die sachgrundlose Befristung nicht mehr die Ausnahme. Dadurch würde das angestrebte Ziel einer langfristigen und dauerhaften Beschäftigung gefährdet.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist es nicht geboten, den Arbeitsvertragsparteien den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses deshalb bereits nach Ablauf einer kürzeren Zeitspanne seit dem Ende der Vorbeschäftigung zu ermöglichen, weil es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, die erforderlichen Daten über das vorangegangene Arbeitsverhältnis langfristig zu speichern. Der Arbeitgeber muss die Daten nicht notwendig selbst vorhalten. Verfügt er nicht selbst über die notwendigen Daten, steht ihm vor dem Abschluss des sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags ein Fragerecht hinsichtlich einer Vorbeschäftigung zu (*vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 57 unter Hinweis auf BT-Drs. 14/4374 S. 19*). Täuscht der Bewerber den Arbeitgeber über eine Vorbeschäftigung, kann dieser den

23

- wegen § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unwirksam sachgrundlos befristeten - Arbeitsvertrag anfechten.

(2) Die vom Kläger während seiner Vorbeschäftigung in den Jahren 2007 und 2008 geschuldeten Tätigkeiten waren auch keine ganz anderen als jene, die der Kläger ab dem 16. Juli 2012 zu erbringen hatte. Es handelte sich vielmehr um die gleichen Arbeitsaufgaben. 24

(3) Das erste zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis war auch nicht von sehr kurzer Dauer. Im Hinblick darauf, dass ein Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 1 KSchG nach Ablauf von sechs Monaten Kündigungsschutz erwirbt und mit einer vorübergehenden Aushilfe gemäß § 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BGB einzelvertraglich keine kürzere als die in Absatz 1 genannte Kündigungsfrist vereinbart werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird, ist ein Zeitraum von zwei Jahren im vorliegenden Zusammenhang keinesfalls als sehr kurz anzusehen. 25

(4) Sonstige Umstände, die im vorliegenden Fall eine verfassungskonforme Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gebieten könnten, sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. 26

e) Der Senat kann selbst darüber entscheiden, ob die Vorbeschäftigung des Klägers bei der Beklagten der streitgegenständlichen sachgrundlosen Befristung entgegensteht. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom 6. Juni 2018 (- 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 -) andere Kriterien für die Ausnahme von dem Verbot der erneuten sachgrundlosen Befristung aufgestellt als der Senat in seinen im Jahr 2011 getroffenen Entscheidungen. Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien enthalten Wertungsspielräume („sehr lang“ zurückliegend, „ganz anders“ geartet, „von sehr kurzer“ Dauer). Grundsätzlich obliegt diese Bewertung den Tatsacheninstanzen. Sind alle für die Bewertung maßgeblichen Tatsachen festgestellt, kann der Senat 27

diese Bewertung allerdings auch selbst vornehmen. Bei der verfassungskonformen Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG handelt es sich um eine Rückausnahmevorschrift (vgl. *Wank Anm. AP TzBfG § 14 Nr. 170*). Der Vortrag von entsprechenden Tatsachen obliegt grundsätzlich demjenigen, der sich darauf beruft. Das ist hier die Beklagte. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert. Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, in Bezug auf die Kriterien des Bundesverfassungsgerichts noch neue Tatsachen vortragen zu wollen. Einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung bedurfte es daher nicht.

f) Auch die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht geboten (vgl. *dazu näher BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 31 ff.*). 28

3. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage nicht deshalb abzuweisen, weil sie den Arbeitsvertrag mit dem Kläger im Vertrauen auf die Rechtsprechung des Senats in den Urteilen vom 6. April 2011 (- 7 AZR 716/09 - BAGE 137, 275) und vom 21. September 2011 (- 7 AZR 375/10 - BAGE 139, 213) abgeschlossen hat. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der Senat schon aufgrund der Gesetzeswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gehindert wäre, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im vorliegenden Fall abweichend von den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Anwendung zu bringen, nachdem das Bundesverfassungsgericht die Wirkungen seiner Entscheidung in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt hat. Das Vertrauen der Beklagten ist jedenfalls nicht derart schützenswert, dass die Klage entgegen der objektiven Rechtslage abzuweisen wäre. 29

a) Höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe 30

sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden (*BVerfG 25. April 2015 - 1 BvR 2314/12 - Rn. 13; 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 - Rn. 85 mwN, BVerfGE 122, 248; vgl. dazu auch BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 24, BAGE 144, 306; 19. Juni 2012 - 9 AZR 652/10 - Rn. 27 mwN, BAGE 142, 64*). Dabei ist zu beachten, dass im Zivilprozess die Begünstigung der einen Partei durch die Gewährung von Vertrauensschutz stets zu einer Belastung der anderen Partei führt (*Koch SR 2012, 159, 160*).

Die Gewährung von Vertrauensschutz in eine aufgegebenen höchstrichterliche Rechtsprechung setzt voraus, dass die betroffene Partei auf die Fortgeltung einer bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte (*BAG 29. August 2007 - 4 AZR 765/06 - Rn. 31; 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 33, BAGE 117, 281; 1. Februar 2007 - 2 AZR 15/06 - Rn. 8 ff., beachte dazu aber BVerfG 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 -*). Dem kann etwa entgegenstehen, dass die frühere Rechtsprechung auf so erhebliche Kritik gestoßen ist, dass der unveränderte Fortbestand dieser Rechtsprechung nicht gesichert erscheinen konnte (*vgl. BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - Rn. 43, BVerfGE 84, 212*).

31

b) Es erscheint bereits zweifelhaft, ob in Bezug auf die Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG überhaupt eine gefestigte Rechtsprechung vorlag (*zum Erfordernis einer ständigen Rechtsprechung vgl. Koch SR 2012, 159, 161*). Immerhin hatte das Bundesarbeitsgericht § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zunächst über Jahre dahin ausgelegt, dass dieselben Arbeitsvertragsparteien nur bei der erstmaligen Einstellung eine sachgrundlose Befristung vereinbaren können; jede spätere sachgrundlose Befristung sei gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2

32

TzBfG unwirksam (vgl. BAG 29. Juli 2009 - 7 AZN 368/09 - Rn. 2; 13. Mai 2004 - 2 AZR 426/03 -; 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - BAGE 108, 269). Erst im Jahr 2011 änderte das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung und ging davon aus, dass § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG der sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegensteht, wenn ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt (BAG 21. September 2011 - 7 AZR 375/10 - Rn. 23 ff., BAGE 139, 213; 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 16 ff., BAGE 137, 275), wobei der Senat in der Entscheidung vom 21. September 2011 seine in dem Urteil vom 6. April 2011 gegebene Begründung noch modifizierte (verfassungskonforme statt verfassungsorientierte Auslegung, vgl. BAG 21. September 2011 - 7 AZR 375/10 - Rn. 28, aaO).

c) Jedenfalls durfte die Beklagte auf den Fortbestand dieser Rechtsprechung nicht vertrauen. Die Senatsrechtsprechung aus dem Jahr 2011 war von Anfang an auf erhebliche Kritik gestoßen (vgl. Nachw. bei APS/Backhaus 5. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 381d; KR/Lipke 12. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 566; vgl. auch BAG 21. September 2011 - 7 AZR 375/10 - Rn. 23, BAGE 139, 213). Bereits deshalb konnte der Fortbestand dieser Rechtsprechung nicht als gesichert angesehen werden (Vertrauensschutz deshalb verneinend auch Lembke/Tegel NZA-RR 2018, 175, 179 mwN zur Rspr. der Landesarbeitsgerichte; KR/Lipke 12. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 573; ErfK/Müller-Glöge 19. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 99).

33

Ein Vertrauen der Beklagten in die unveränderte Fortführung der Rechtsprechung war auch nicht deshalb schutzwürdig, weil sich das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 21. September 2011 mit kritischen Stimmen im Schrifttum auseinandergesetzt und dennoch an seiner Rechtsprechung festgehalten hat. Gerade auch in dieser zweiten Entscheidung war die Unvereinbarkeit des unbeschränkten Vorbeschäftigungsverbots mit dem Grundgesetz ein tragender Bestandteil der Urteilsbegründung (BAG 21. September 2011 - 7 AZR 375/10 - Rn. 28, BAGE 139, 213: „Entscheidend gegen ein Verständnis

34

des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig uneingeschränkten Verbots der Vorbeschäftigung sprechen verfassungsrechtliche Erwägungen“). Die Vereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz kann nur das Bundesverfassungsgericht abschließend beurteilen (vgl. Art. 100 GG; zum sog. Verwerfungsmonopol vgl. nur Schenke JuS 2017, 1141, 1142 mwN). Das Bundesverfassungsgericht hat zwar kein Auslegungsmonopol für das Grundgesetz, es hat aber die Kompetenz zur Kontrolle der Verfassungsauslegung durch die Fachgerichte (Höpfner RdA 2018, 321, 335 unter Bezugnahme auf Alleweldt Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit S. 98). Es kann offenbleiben, ob es darüber hinaus dem Bundesverfassungsgericht allein obliegt, Normen im Wege der verfassungskonformen Auslegung im Ergebnis (teilweise) für unwirksam zu erklären (in diesem Sinne Höpfner RdA 2018, 321, 335 f.; ähnlich bereits Skouris Teilnichtigkeit von Gesetzen S. 112 f.; aA Seetzen NJW 1976, 1997, 2000). Jedenfalls prüft das Bundesverfassungsgericht, ob das ordentliche Gericht die Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Gebiet des bürgerlichen Rechts zutreffend beurteilt hat (BVerfG 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 7, 198; vgl. zum Prüfprogramm des BVerfG Koriath FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd. 1 S. 55, 65 mwN). Das Bundesarbeitsgericht ist bei der Auslegung und Anwendung spezifischen Verfassungsrechts (zum Begriff vgl. BVerfG 10. Juni 1964 - 1 BvR 37/63 - zu B II 3 a der Gründe, BVerfGE 18, 85) nicht die „höchste“ Instanz, so dass insofern auch kein entsprechend geschütztes Vertrauen auf den Fortbestand einer „höchstrichterlichen“ Rechtsprechung entstehen kann.

Da die Rechtsprechung des Senats aus dem Jahr 2011 im Zeitpunkt der Begründung des erneuten Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien noch nicht vom Bundesverfassungsgericht überprüft und bestätigt worden war, konnte und durfte die Beklagte den unveränderten Fortbestand der Rechtsprechung nicht als gesichert erachten. Sie musste vielmehr die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die vom Senat vorgenommene verfassungskonforme Auslegung von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Bestand haben könnte.

35

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

36

Gräfl

M. Rennpferdt

Klose

Schiller

Kley