

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 20. März 2019  
- 7 AZR 409/16 -  
ECLI:DE:BAG:2019:200319.U.7AZR409.16.0

I. Arbeitsgericht Bonn

Urteil vom 16. September 2015  
- 5 Ca 867/15 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 28. April 2016  
- 8 Sa 1015/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Sachgrundlose Befristung - Vorbeschäftigung

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 409/16  
8 Sa 1015/15  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
20. März 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 20. März 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Vorbau und Zwisler für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 28. April 2016 - 8 Sa 1015/15 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 31. März 2015 geendet hat. 1

Der Kläger, der mit einem Grad der Behinderung von 60 als schwerbehinderter Mensch anerkannt ist, war vom 1. September 2001 bis zum 20. Juni 2004 bei der beklagten Bundesrepublik Deutschland in dem beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ressortierenden Bundesamt für den Zivildienst mit Sitz in K tätig. Die Beklagte stellte ihn auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 21. März 2013 erneut befristet für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 31. März 2015 ein. Im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses war der Kläger als Sachbearbeiter im Geschäftsbereich der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien am Dienstort B beschäftigt. Der befristeten Einstellung im Jahr 2013 ging eine Initiative der Zentralen Auslands- und Fachvermittlung der Bundesagentur für Arbeit (ZAV) zur Inklusion schwerbehinderter Akademikerinnen und Akademiker voraus, zu deren Unterstützung sich die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien bereit erklärt hatte. 2

Mit seiner am 14. April 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 17. April 2015 zugestellten Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung zum 31. März 2015 geltend gemacht und seine Weiter- 3

beschäftigung als Sachbearbeiter verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, der Arbeitsvertrag vom 21. März 2013 sei nicht wirksam zum 31. März 2015 befristet worden. Die Befristung sei wegen seiner Vorbeschäftigung bei der Beklagten nicht ohne Sachgrund gerechtfertigt. Ein Sachgrund iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG liege nicht vor.

Der Kläger hat beantragt,

4

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund des befristeten Arbeitsvertrags vom 21. März 2013 mit Ablauf des 31. März 2015 geendet hat, sondern darüber hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn als Sachbearbeiter weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, die Befristung sei ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG wirksam. Das frühere Arbeitsverhältnis stehe einer weiteren sachgrundlosen Befristung nicht entgegen, da das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses bei der erneuten Einstellung länger als drei Jahre zurückgelegen habe. Diese Rechtsauffassung habe bei Abschluss des Arbeitsvertrags mit dem Kläger im März 2013 im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gestanden. Sie habe den Arbeitsvertrag mit dem Kläger im Vertrauen auf diese Rechtsprechung abgeschlossen. Eine mögliche Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung dürfe in einem solchen Fall keine Berücksichtigung finden. Die Befristung sei jedenfalls nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG sachlich gerechtfertigt, weil sie aus sozialen Gründen erfolgt sei. Die vorübergehende Einstellung des Klägers sei - ohne entsprechenden Personalbedarf und außerhalb des Stellenplans - nur aufgrund der Initiative zur Inklusion schwerbehinderter Akademikerinnen und Akademiker erfolgt und stelle eine reine Fördermaßnahme in Form einer berufspraktischen Qualifikation zugunsten des Klägers dar. Dem Kläger habe im Rahmen einer zweijährigen Befristung ein Zugang zum ersten Arbeitsmarkt ermöglicht werden sollen, wobei in der zweiten Hälfte der Beschäftigung eine Unterstützung zur weiteren Stellen-

5

suche erfolgt sei. Eine Anschlussbeschäftigung sei von vornherein ausgeschlossen gewesen, auch weil der Kläger nicht über den für eine Dauerbeschäftigung erforderlichen Bildungsabschluss verfüge. Die Berufung des Klägers auf die Unwirksamkeit der Befristung sei vor dem Hintergrund seiner Kenntnis von diesen Umständen auch rechtsmissbräuchlich.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 6

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Befristungskontrollklage nicht abgewiesen werden. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilen, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund der vereinbarten Befristung am 31. März 2015 geendet hat. 7

A. Die Revision ist zulässig. Entgegen der Ansicht der Beklagten genügt die Revisionsbegründung den gesetzlichen Anforderungen (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Sie ist geeignet, die angefochtene Entscheidung umfassend in Frage zu stellen (vgl. BAG 29. August 2018 - 7 AZR 144/17 - Rn. 11; 23. Juli 2014 - 7 AZR 853/12 - Rn. 18). 8

Das Landesarbeitsgericht hat die Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG für wirksam gehalten. Es hat - weitgehend unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts - im Anschluss an die Rechtsprechung des Senats in den Entscheidungen vom 6. April 2011 (- 7 AZR 716/09 - BAGE 137, 275) und vom 21. September 2011 (- 7 AZR 375/10 - 9

*BAGE 139, 213*) angenommen, die länger als drei Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung stehe der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht entgegen. Damit setzt sich die Revisionsbegründung zwar nur knapp auseinander. Sie verdeutlicht den von ihr angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts aber gleichwohl in einer Weise, die Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs noch hinreichend erkennen lässt. Der Kläger verweist auf den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG und auf die Gesetzeshistorie, die nach seiner Ansicht der Senatsrechtsprechung entgegenstehen, und macht weiter geltend, die Rechtsprechung des Senats verstoße gegen die verfassungsrechtlich vorgegebene Gesetzesbindung der Justiz nach Art. 20 Abs. 3 GG. Träfen diese - wenngleich knapp gefassten - Rügen zu, wären sie geeignet, die angefochtene Entscheidung insgesamt in Frage zu stellen.

B. Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 10

I. Die Revision ist nicht deshalb zurückzuweisen, weil die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts vom Landesarbeitsgericht als unzulässig hätte verworfen werden müssen. Das ist nicht der Fall. 11

1. Die Zulässigkeit der Berufung ist Prozessvoraussetzung für das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung der Berufung und deshalb vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen. Genügt die Berufungsbegründung nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO, verwirft das Landesarbeitsgericht die Berufung aber nicht als unzulässig, sondern weist sie in der Sache zurück, hat das Revisionsgericht die Revision des Berufungsklägers mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Berufung als unzulässig verworfen wird. Es ist ohne Bedeutung, dass das Berufungsgericht das Rechtsmittel für zulässig gehalten hat (*vgl. BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 33, BAGE 158, 266; 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 18*). 12

2. Vorliegend bestehen auch gegen die Zulässigkeit der Berufung keine durchgreifenden Bedenken. Auch die Berufungsbegründung genügt den gesetzlichen Anforderungen (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO; zu diesen Anforderungen vgl. etwa BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 34, BAGE 158, 266). Zwar enthält auch die Berufungsbegründung nur eine sehr knappe Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts. Der Kläger hat aber auch in seiner Berufungsbegründung ausgeführt, die Rechtsprechung des Senats, wonach eine länger als drei Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht entgegenstehe, verstoße gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Damit wird hinreichend deutlich, in welchem Punkt der Kläger die Erwägungen des Arbeitsgerichts für unrichtig hält. 13
- II. Der Senat kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht entscheiden, ob die Vorinstanzen die Klage zu Recht abgewiesen haben. 14
1. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig. Die Auslegung dieses Antrags ergibt, dass der Kläger insoweit ausschließlich eine Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG verfolgt. Er wendet sich gegen die im Arbeitsvertrag vom 21. März 2013 vereinbarte Befristung zum 31. März 2015. Dem Antragswortlaut „sondern ... unbefristet fortbesteht“ kommt neben dem Befristungskontrollantrag keine eigenständige Bedeutung im Sinne einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zu, sondern beschreibt lediglich die im Falle der Unwirksamkeit der Befristung eintretende Rechtsfolge. Andere Beendigungstatbestände, die mit einer allgemeinen Feststellungsklage geltend zu machen wären, befinden sich zwischen den Parteien nicht im Streit. 15
2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Befristungskontrollklage sei unbegründet, die Befristung zum 31. März 2015 sei nach § 14 Abs. 2 TzBfG ohne Sachgrund gerechtfertigt, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 16

- a) Die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen für die sachgrundlose Befristung wurden zwar mit der für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossenen einzigen Befristungsvereinbarung eingehalten. 17
- b) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass der Wirksamkeit der Befristung § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht entgegensteht. 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. Der Kläger war vom 1. September 2001 bis zum 20. Juni 2004 bei der beklagten Bundesrepublik Deutschland in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt. Hierbei handelt es sich entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts um eine der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags der Parteien entgegenstehende Vorbeschäftigung iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. 18
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass das Vorbeschäftigungsverhältnis mit demselben Arbeitgeber iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestanden hat. 19
- (1) „Arbeitgeber“ iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber. Das ist die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag hat deshalb dann mit demselben Arbeitgeber bestanden, wenn Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist (*BAG 24. Februar 2016 - 7 AZR 712/13 - Rn. 13, BAGE 154, 196; 24. Juni 2015 - 7 AZR 474/13 - Rn. 15*). 20
- (2) Da Vertragspartner des Klägers sowohl bei dem für die Zeit vom 1. September 2001 bis zum 20. Juni 2004 geschlossenen Arbeitsvertrag als auch bei dem Arbeitsvertrag vom 21. März 2013 die Bundesrepublik Deutschland und damit dieselbe juristische Person des öffentlichen Rechts ist, bestand die Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber. Dabei ist entgegen der von der Beklagten in der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht nicht von Bedeu- 21

tung, dass der Kläger im Rahmen seiner Vorbeschäftigung im Zuständigkeitsbereich eines anderen Ministeriums der Bundesrepublik Deutschland mit eigener Ressortkompetenz tätig war. Nach Art. 65 Satz 2 GG leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich im Rahmen der vom Bundeskanzler nach Art. 65 Satz 1 GG festgelegten Richtlinien selbständig und unter eigener Verantwortung. Diese Leitungskompetenz umfasst neben der Befugnis, im Rahmen der gesetzlichen und haushaltsrechtlichen Vorgaben die Organisation und die Verfahrensabläufe des Ressorts zu gestalten, die Personalhoheit gegenüber den dort Beschäftigten. Deren Wahrnehmung gehört zu dem Entscheidungs- und Gestaltungsraum der jeweiligen Ressortminister (*vgl. BAG 22. Mai 2012 - 1 AZR 94/11 - Rn. 27*). Danach mögen zwar abgrenzbare Personalbefugnisse in den jeweiligen Bundesministerien bestehen. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG stellt aber nicht auf die Zuordnung von Personalbefugnissen auf Arbeitgeberseite ab, sondern nach Sinn und Zweck der Norm, die unbegrenzte Aufeinanderfolge befristeter Arbeitsverträge zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien zu verhindern, auf den vormaligen Vertragsarbeitgeber.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass die Vorbeschäftigung vom 1. September 2001 bis zum 20. Juni 2004 der sachgrundlosen Befristung des zum 1. April 2013 begründeten Arbeitsverhältnisses nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegenstand, weil zwischen dem Ende der Vorbeschäftigung und der Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt. 22

(1) 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*). 23

- (2) An dieser Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG hat der Senat nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juni 2018 (- 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 -) nicht festgehalten (BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 18 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 15). Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überschreitet die Annahme, die sachgrundlose Befristung eines 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.).
- (3) 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.).
- (a) 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*).

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 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; BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 21 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 18*). 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 geringfügig-

27

gen 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.*).

(b) Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommt nach § 31 Abs. 2 iVm. § 13 Nr. 11 BVerfGG Gesetzeskraft zu (*BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 22 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 19*). 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.*) 28

(4) Danach liegen die Voraussetzungen einer verfassungskonformen Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im vorliegenden Fall nicht vor. 29

(a) 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 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 Bun- 30

desverfassungsgericht genannten Beispielsfälle zu beurteilen. Letztlich bedarf es hierzu einer Würdigung des Einzelfalls (*BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 24 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 21 mwN*).

(b) Danach ist vorliegend das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht unzumutbar. 31

(aa) Im Zeitpunkt der erneuten Einstellung des Klägers lag seine Vorbeschäftigung 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 ca. acht Jahren und neun Monaten nicht angenommen werden (*zu einem Zeitraum von acht Jahren bereits BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 26; zu einem Zeitraum von knapp fünfeinhalb Jahren BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 13/17 - Rn. 23*). 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 acht Jahre und neun Monate 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 (*vgl. BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - und - 7 AZR 13/17 - jeweils aaO*). 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 32

bei der erneuten 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 acht Jahren und neun Monaten 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 vier 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.

(bb) Die vom Kläger während seiner Vorbeschäftigung geschuldeten Tätigkeiten waren auch keine ganz anderen als jene, die der Kläger ab dem 1. April 2013 zu erbringen hatte. Ausweislich des in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu den Akten gereichten Zeugnisses vom 23. Juli 2004 über seine Tätigkeit in den Jahren 2001 bis 2004 war der Kläger im Rahmen der Vorbeschäftigung als Bürosachbearbeiter in der Mikروفilmstelle tätig. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 21. März 2013 ab dem 1. April 2013 die Funktion eines Sachbearbeiters übernommen. Er hatte daher keine ganz anders gearteten Tätigkeiten zu erledigen als während der Vorbeschäftigung. Die Beklagte behauptet dies auch nicht.

33

(cc) Die Vorbeschäftigung war auch nicht von sehr kurzer Dauer, da die Laufzeit des Arbeitsverhältnisses zwei Jahre und zehn Monate betrug (vgl. BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 28 zu einem Zeitraum von 18 Monaten; BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 13/17 - Rn. 25 zu einem Zeitraum von knapp neun Monaten). 34

(dd) Sonstige Gesichtspunkte, die im vorliegenden Fall eine verfassungskonforme Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gebieten könnten, sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. Der Umstand, dass der Kläger während seiner Vorbeschäftigung im Zuständigkeitsbereich eines anderen Ressorts der Beklagten tätig war, rechtfertigt es nicht, die erneute Beschäftigung auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags zu ermöglichen; dadurch würde der mit dem Verbot verfolgte Zweck, Kettenbefristungen zu verhindern, gefährdet. 35

(5) 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 diese Bewertung allerdings auch selbst vornehmen. Bei der verfassungskonformen Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG handelt es sich um eine Rückausnahmegvorschrift (vgl. Wank Anm. AP TzBfG § 14 Nr. 170). Der Vortrag von entsprechenden Tatsachen obliegt grundsätzlich demjenigen, der sich darauf beruft (BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 30 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 27). Das ist hier die Beklagte. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat 36

erörtert. Die Beklagte hat dabei nicht geltend gemacht, in Bezug auf die Kriterien des Bundesverfassungsgerichts noch neue Tatsachen vortragen zu wollen.

3. Der Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 37

a) Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 38

aa) 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 (vgl. zur Frage des Vertrauensschutzes bereits BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 40 ff. und - 7 AZR 13/17 - Rn. 37 ff.). 39

(1) 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 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 hin- 40

reichend 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 höchstgerichtliche Rechtsprechung setzt zunächst 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 - zu C I 2 c der Gründe, BVerfGE 84, 212*).

41

(2) Es erscheint bereits zweifelhaft, ob in Bezug auf die Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG überhaupt eine gefestigte Rechtsprechung vorlag (*BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 43 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 40*). 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 (*BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 45 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 42*).

42

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 (*BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 47 und - 7 AZR 13/17 - Rn. 44*). 43

bb) Dem Kläger ist es entgegen der Ansicht der Beklagten nicht wegen widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Befristung zu berufen. 44

(1) Es verstößt nicht grundsätzlich gegen Treu und Glauben, wenn eine Partei ein unter ihrer Beteiligung zustande gekommenes Rechtsgeschäft angreift. Widersprüchliches Verhalten ist erst dann rechtsmissbräuchlich, wenn dadurch für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (*BAG 15. Februar 2012 - 7 AZR 734/10 - Rn. 27, BAGE 140, 368; 18. Juni 2008 - 7 AZR 214/07 - Rn. 32 mwN*). 45

(2) Vorliegend durfte die Beklagte nicht allein deshalb auf die Wirksamkeit der Befristung vertrauen, weil der Kläger im Rahmen der Initiative zur Inklusion schwerbehinderter Akademikerinnen und Akademiker eingestellt wurde und der Kläger nach der Behauptung der Beklagten darauf hingewiesen wurde, dass der Beschäftigung kein entsprechender Personalbedarf zugrunde lag und deshalb eine Dauerbeschäftigung nicht in Frage komme. Allein die etwaige Kenntnis des Klägers davon, dass die Beklagte ausschließlich einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen wollte, begründet kein schützenswertes Vertrauen der Beklagten darauf, der Kläger werde die Wirksamkeit der Befristungsvereinbarung nicht zur gerichtlichen Überprüfung stellen. Gleiches gilt für die Behauptung der Beklagten, der Kläger schade mit seiner Befristungskontrollklage der 46

Initiative zur Inklusion, weil es öffentliche Arbeitgeber von der Einstellung abhalten könne. Daraus lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger den Eindruck vermittelt und damit Vertrauen darauf geschaffen hat, er werde die Unwirksamkeit der Befristung aus diesem Grund nicht geltend machen.

b) Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht entscheiden, ob die Befristung durch in der Person des Klägers liegende Gründe nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG gerechtfertigt ist. 47

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann die Befristung eines Arbeitsvertrags aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt sein, wenn das Interesse des Arbeitgebers, aus sozialen Erwägungen mit dem betreffenden Arbeitnehmer nur einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, auch angesichts des Interesses des Arbeitnehmers an einer unbefristeten Beschäftigung schutzwürdig ist. Das ist der Fall, wenn es ohne den in der Person des Arbeitnehmers begründeten sozialen Zweck überhaupt nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags, auch nicht eines befristeten Arbeitsvertrags, gekommen wäre. In diesem Fall liegt es auch im objektiven Interesse des Arbeitnehmers, wenigstens für eine begrenzte Zeit bei diesem Arbeitgeber einen Arbeitsplatz zu erhalten. Die sozialen Erwägungen müssen das überwiegende Motiv des Arbeitgebers sein. An einem sozialen Beweggrund für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags fehlt es, wenn die Interessen des Betriebs oder der Dienststelle und nicht die Berücksichtigung der sozialen Belange des Arbeitnehmers für den Abschluss des Arbeitsvertrags ausschlaggebend waren (*ausführlich BAG 21. Januar 2009 - 7 AZR 630/07 - Rn. 9; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des TzBfG BAG 12. Dezember 1985 - 2 AZR 9/85 - zu II 4 b der Gründe; 26. April 1985 - 7 AZR 316/84 - zu III 3 c aa der Gründe*). 48

bb) Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob diese Voraussetzungen vorliegen. Die Beklagte hat sich zwar darauf berufen, die Befristung sei aus sozialen Gründen vereinbart worden, weil die vorübergehende Einstellung des Klägers - ohne entsprechenden Personalbedarf und außerhalb des Stellenplans - nur im Rahmen der Initiative zur Inklusion schwerbehinderter Akademi- 49

kerinnen und Akademiker erfolgt sei. Dies könnte geeignet sein, die Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG zu rechtfertigen. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu jedoch - aus seiner Sicht konsequent - bislang keine Feststellungen getroffen. Das wird es nachzuholen und die Wirksamkeit der Befristung unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen haben.

III. Die Zurückverweisung umfasst auch den Weiterbeschäftigungsantrag. 50

Gräfl

M. Rennpferdt

Waskow

Vorbau

Zwisler