

Sachgrundlose Befristung - zeitliche Beschränkung des Vorbeschäftigungsverbots in § 14 Abs 2 S 2 TzBfG

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09

Leitsätze

Der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre zu befristen, steht ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit demselben Arbeitgeber nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.

Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 15. September 2009 - 7 Sa 13/09 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 31. Juli 2008 geendet hat.
- 2 Die Klägerin ist Lehrerin. Während ihres Studiums war sie aufgrund zweier mit dem beklagten Freistaat geschlossener Arbeitsverträge an der Universität C/P Fakultät als studentische Hilfskraft vom 1. November bis zum 31. Dezember 1999 mit einer monatlichen Arbeitszeit von 20 Stunden und vom 1. bis zum 31. Januar 2000 mit einer monatlichen Arbeitszeit von 10 Stunden beschäftigt. Sie war mit Textkorrekturen sowie Kopierarbeiten befasst. Von August 2004 bis Juli 2006 absolvierte sie ihren Vorbereitungsdienst am Beruflichen Schulzentrum für T in O. Im Juli 2006 erwarb sie die Lehrbefähigung für das Höhere Lehramt an berufsbildenden Schulen in den Unterrichtsfächern Wirtschaft/Verwaltung und Ethik/Philosophie.
- 3 Am 29. Mai 2006 schloss die Klägerin mit dem beklagten Freistaat - vorbehaltlich des Nachweises über den Abschluss der Zweiten Staatsprüfung für das Höhere Lehramt an berufsbildenden Schulen - einen Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. August 2006 bis zum 31. Juli 2008. Unter § 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags heißt es, dass sich das Arbeitsverhältnis „für die Dauer der Mitgliedschaft des Freistaates Sachsen in der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) nach dem Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts - Manteltarifliche Vorschriften - (BAT-O) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der TdL jeweils geltenden Fassung“ bestimmt. Das im Vertrag vorgesehene Textfeld „Grund der Befristung“ ist nicht ausgefüllt. In zwei von der Klägerin ausgefüllten formularmäßigen Personalbogen vom 1. August 2004 und vom 13. Juni 2006 gab sie ihre Beschäftigungen als studentische Hilfskraft beim beklagten Freistaat nicht an.
- 4 Mit ihrer am 20. August 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - die Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses sowie ihre Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Befristung sei unwirksam. Der Beklagte habe sich arbeitsvertraglich auf eine sachgrundlose Befristung festgelegt, die aber wegen ihrer Vorbeschäftigung als studentische Hilfskraft nicht zulässig sei. Auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG könne sich der Beklagte zur Rechtfertigung der Befristung nicht berufen, weil dieser Sachgrund nicht vorliege, im Arbeitsvertrag nicht genannt und außerdem dem Personalrat nicht mitgeteilt worden sei. Die Befristung sei rechtsmissbräuchlich, weil der beklagte Freistaat seinen

Pflichten zur Information über zu besetzende unbefristete Arbeitsplätze nach § 18 Satz 1 TzBfG und zur bevorzugten Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit befristet Beschäftigten nach § 30 Abs. 2 Satz 2 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) nicht nachgekommen sei.

5

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - zuletzt beantragt

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der Befristung mit Ablauf des 31. Juli 2008 beendet worden ist, sondern über den 31. Juli 2008 hinaus zu unveränderten vertraglichen Bedingungen fortbesteht;
 2. den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin über den Ablauf des 31. Juli 2008 hinaus als vollbeschäftigte Lehrkraft bis zum rechtskräftigen Abschluss des Entfristungsverfahrens weiterzubeschäftigen.
- 6 Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat den Standpunkt vertreten, der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG rechtfertige die Befristung des Arbeitsvertrags. Außerdem habe die Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohnehin keines Sachgrundes bedurft. Auf § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG könne sich die Klägerin nicht berufen, weil sie ihre Vorbeschäftigung an der Universität C rechtsmissbräuchlich verschwiegen habe.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin weiterhin den Feststellungs- und den Weiterbeschäftigungsantrag. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Befristungskontrollklage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.
- 9 A. Der zulässige Klageantrag zu 1. ist unbegründet.
- 10 I. Mit ihm verfolgt die Klägerin ausschließlich eine Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG. Dem Antragswortlaut „... sondern über den 31. Juli 2008 hinaus zu unveränderten vertraglichen Bedingungen fortbesteht“ kommt keine eigenständige Bedeutung im Sinne einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zu. Dies ergibt die Auslegung des Klageantrags unter Hinzuziehung der Klagebegründung. Streitgegenstand ist (*allein*) die Kontrolle der im Arbeitsvertrag vom 29. Mai 2006 vereinbarten fristbestimmten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Juli 2008. Andere Beendigungstatbestände sind zwischen den Parteien nicht im Streit.
- 11 II. Die Befristung gilt nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam, denn die Klägerin hat die Rechtsunwirksamkeit der vereinbarten Befristung rechtzeitig geltend gemacht. Mit ihrer am 20. August 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sie die dreiwöchige Klagefrist nach § 17 Satz 1 TzBfG gewahrt. Die Klage genügt den Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Klageerhebung gemäß § 17 Satz 1 TzBfG zu stellen sind (*vgl. hierzu zB BAG 16. April 2003 - 7 AZR 119/02 - zu I 1 a der Gründe, BAGE 106, 72*).
- 12 III. Die für die Dauer vom 1. August 2006 bis zum 31. Juli 2008 vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Die dreimonatige Beschäftigung der Klägerin beim

beklagten Freistaat als studentische Hilfskraft in einem zeitlichen Gesamtumfang von 50 Stunden steht der sachgrundlosen Befristung des über sechs Jahre später geschlossenen Arbeitsvertrags als Lehrkraft nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen. Es kommt nicht darauf an, ob ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG besteht.

- 13 1. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine Vorbeschäftigung iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist nicht gegeben, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.
- 14 a) Allerdings hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil vom 6. November 2003 ausgeführt, das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG enthalte - anders als noch § 1 Abs. 3 des Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung idF vom 1. Oktober 1996 - keine zeitliche Begrenzung; auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis komme es damit grundsätzlich nicht an (*BAG 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - zu B I 3 der Gründe, BAGE 108, 269*). Hieran hat der erkennende Senat im Juli 2009 in einem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss angeknüpft und ausgeführt, das Bundesarbeitsgericht habe bereits entschieden, dass es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis ebenso wenig ankomme wie auf die Art der vorherigen Tätigkeit des Arbeitnehmers in dem Betrieb oder für den Betriebsinhaber. Der Senat halte den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für eindeutig (*vgl. BAG 29. Juli 2009 - 7 AZN 368/09 - Rn. 2, EzTöD 100 TVöD-AT § 30 Abs. 1 Sachgrundlose Befristung Nr. 12*).
- 15 b) Auch das arbeitsrechtliche Schrifttum interpretiert § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG überwiegend als zeitlich uneingeschränktes, „absolutes“ oder „lebenslanges“ sog. Anschlussverbot (*AnwK-ArbR/Studt 2. Aufl. Bd. 2 § 14 TzBfG Rn. 91; APS/Backhaus 3. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 381; Arnold/Gräfl Gräfl TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 256; Dörner Der befristete Arbeitsvertrag 2. Aufl. Rn. 431 f.; Gräfl FS Bauer S. 375, 379 f.; HaKo/Mestwerdt 3. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 168; Hk-TzBfG/Boecken 2. Aufl. § 14 Rn. 119; Holwe/Kossens/Pielenz/Räder TzBfG 3. Aufl. § 14 Rn. 118; HWK/Schmalenberg 4. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 109; Kliemt NZA 2001, 296, 300; KR/Lipke 9. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 420; LS/Schlachter 2. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 112; Meinel/Heyn/Herms 3. Aufl. TzBfG § 14 Rn. 154; MünchArbR/Wank 3. Aufl. § 95 Rn. 116; Rolfs TzBfG § 14 Rn. 75; Schaub/Koch ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 39 Rn. 12; Schmalenberg NZA 2001, 938; Sievers TzBfG 3. Aufl. § 14 Rn. 390; kritisch zB Annuß/Thüsing/Maschmann TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 78; Hromadka BB 2001, 627; Preis NZA 2005, 714, 715 f.; Preis/Gotthardt DB 2000, 2065, 2072; vgl. auch dies. DB 2001, 145, 152; Richardi/Annuß BB 2000, 2201, 2204; Schiefer DB 2000, 2118, 2122; aA insbesondere mit näherer Begründung ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 98 f.; Löwisch BB 2001, 254; ebenso Bauer BB 2001, 2473, 2475; Osnabrügge NZA 2003, 639, 642; Straub NZA 2001, 919, 926; Persch ZTR 2010, 2 mit vor allem verfassungsrechtlichen, auch Art. 33 Abs. 2 GG einbeziehenden Erwägungen).*
- 16 c) Nach erneuter Prüfung hält der Senat an dem zeitlich völlig uneingeschränkten Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht fest. Unter Berücksichtigung aller Auslegungskriterien ist ein Verständnis der Vorschrift in dem Sinne geboten, dass das Zuvorbeschäftigungsverbot zeitlich eingeschränkt ist. Der Wortlaut und die Gesetzessystematik zwingen zu keiner bestimmten Auslegung. Die Gesetzesgeschichte deutet eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Zuvorbeschäftigung. Dagegen sprechen der Normzweck, Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit sowie insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen für eine zeitliche Beschränkung des Verbots.
- 17 aa) Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gebietet zwingend kein bestimmtes

Auslegungsergebnis. Er ist im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „bereits zuvor“ nicht eindeutig. Die Normaussage steht zwar in einem unmissverständlichen situativen Zusammenhang zu einem Arbeitsverhältnis, das mit demselben Arbeitgeber bereits bestand. In seiner zeitlich-inhaltlichen Dimension ist das Adverb „bereits zuvor“ aber mehreren Deutungen zugänglich. Der Aussagegehalt erschließt sich, wie auch bei anderen temporalen adverbialen Bestimmungen, regelmäßig erst aus dem satzinternen oder -externen Bedeutungszusammenhang. „Bereits zuvor“ kann etwa ausdrücken „jemals zuvor“ bzw. „irgendwann zuvor“, „unmittelbar zuvor“ oder „mit dem Bezugsereignis oder der Bezugssituation in einem zeitlichen und/oder sachlichen Zusammenhang stehend“. Ginge man davon aus, der Gesetzgeber habe eine sachgrundlose Befristung generell nicht mehr zulassen wollen, wenn der Arbeitnehmer bereits irgendwann zuvor einmal in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber gestanden habe, ist dies im Gesetzestext jedenfalls nur unvollständig zum Ausdruck gekommen (*Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 431; nicht für eindeutig halten den Wortlaut insbesondere auch: ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG Rn. 98 und Bauer NZA 2011, 241, 243*). Dass die Verwendung der Worte „bereits zuvor“ nicht zwingend „jemals zuvor“ bedeutet, mag ein fiktives Beispiel belegen: Würde eine Regelung dahin lauten, dass die Anordnung von Nachtschicht unzulässig sei, wenn der Arbeitnehmer „bereits zuvor“ in einer Tagschicht gearbeitet habe, wäre ein Verständnis, Nachtschicht könne nicht mehr zulässig angeordnet werden, wenn der Arbeitnehmer „jemals zuvor“ eine Tagschicht absolviert habe, ersichtlich fernliegend. Als Adverbialkonstruktion ist der Normausdruck „bereits zuvor“ also kontextabhängig.

- 18 bb) Eine gesetzessystematische Textvergleichen gebietet ebenfalls kein bestimmtes Auslegungsergebnis. Die derzeitige Fassung des § 14 TzBfG lässt ohnehin keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der Worte „bereits zuvor“ zu. Der Umstand, dass sich zu § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG - in der seit dem 1. Mai 2007 geltenden Fassung - die Formulierung „unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses“ findet, spricht zwar dagegen, die Worte „bereits zuvor“ in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne von „unmittelbar zuvor“ zu verstehen. Er gebietet jedoch kein Verständnis, wonach „bereits zuvor“ gleichbedeutend mit „jemals zuvor“ sei. Die ursprüngliche - vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2002 geltende - und die darauf folgende - vom 1. Januar 2002 bis 30. April 2007 geltende - Fassung des § 14 Abs. 3 TzBfG, die in den Sätzen 2 und 3 eine Beschränkung der nach Satz 1 für ältere Arbeitnehmer möglichen sachgrundlosen Befristung dahin vorsah, dass zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber kein enger sachlicher Zusammenhang im Sinne eines Zeitraums von weniger als sechs Monaten liegen durfte, könnte zwar dafür sprechen, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich unbegrenzt zu verstehen. Zwingend ist dies aber nicht. Der systematische Kontext bedeutet eher nur, eine Vorbeschäftigung iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auch bei einer Unterbrechung von deutlich mehr als sechs Monaten anzunehmen.
- 19 cc) Die Gesetzesgeschichte des TzBfG spricht dafür, das Verbot der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich unbeschränkt zu verstehen. § 1 Abs. 3 des bis zum 31. Dezember 2000 geltenden Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung bezeichnete einen Zeitraum von vier Monaten als unschädlich für die (*wiederholte*) Inanspruchnahme der erleichterten Befristungsmöglichkeit ohne sachliche Rechtfertigung. Diesen Zeitraum hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen, sondern für die Verhinderung von „Kettenverträgen“ als unzureichend angesehen (*vgl. BT-Drucks. 14/4374 S. 14*). Er hat den Zeitraum aber auch nicht modifiziert. Entsprechenden Anregungen im Gesetzgebungsverfahren ist er nicht nachgegangen. So hatte der federführende Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung in seinem Bericht ua. zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung den Vorschlag des angehörten Sachverständigen Preis wiedergegeben, nach welchem das legitime Ziel, Kettenbefristungen zu verhindern, auch mit einer Zwei-Jahres-Karenzregelung verhindert werden könne (*BT-Drucks. 14/4625 S. 18*). Dies mag den Umkehrschluss nahelegen, das Verbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG enthalte nach dem Willen des

historischen Gesetzgebers keine durch einen Zeitraum bestimmte Grenze (*die historische Auslegung als entscheidend gegen ein eingeschränktes Verständnis des Vorbeschäftigungsverbots sehen zB an: APS/Backhaus § 14 TzBfG Rn. 381; Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 432*). Zwingend erscheint dies jedoch nicht. Die Gesetzesmaterialien sind bei der Auslegung nur unterstützend und nur insofern heranzuziehen, als sich aus ihnen auf einen objektiven Gesetzesinhalt schließen lässt (vgl. BVerfG 16. Februar 1983 - 2 BvE 1, 2, 3, 4/83 - zu C II 3 a der Gründe mwN, BVerfGE 62, 1). Die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe ist nicht entscheidend. Das Gewicht der historischen Auslegung darf nicht überschätzt werden. Es ist nicht maßgeblich, was der Gesetzgeber zu regeln meinte, sondern was er geregelt hat (so explizit [mit Bezug auf die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung] BVerfG 16. August 2001 - 1 BvL 6/01 - zu II 2 der Gründe, NVwZ-RR 2002, 117). Desgleichen lässt das im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009 verlautbarte Vorhaben, die Möglichkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen so umzugestalten, dass die sachgrundlose Befristung nach einer Wartezeit von einem Jahr auch dann möglich werde, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden habe (vgl. Auszug AuR 2009, 403, 404), keinen Rückschluss auf die richtige Auslegung des Verbots der Vorbeschäftigung nach der geltenden Rechtslage zu.

20 dd) Gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig unbeschränkten Verbots spricht der Zweck der Regelung. Dieser besteht darin, zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht wird. Zur Verwirklichung dieses Zwecks bedarf es keines lebenslangen Anschlussverbots. Ein solches wäre vielmehr nach dem Normzweck überschießend.

21 (1) Der Zweck des in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG normierten Verbots der Vorbeschäftigung erschließt sich erst im Verhältnis zu § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG schränkt den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ein. Sein Normzweck kann demzufolge zutreffend nur ermittelt werden, wenn zugleich der vom Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG verfolgte Zweck berücksichtigt wird.

22

(a) Die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen soll zum einen dem Arbeitgeber ermöglichen, auf eine unsichere und schwankende Auftragslage und wechselnde Marktbedingungen durch Neueinstellungen flexibel zu reagieren; zum anderen soll die befristete Beschäftigung für den Arbeitnehmer eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und eine Brücke zur Dauerbeschäftigung sein (vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 145/06 - Rn. 22, BAGE 120, 34). In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/4374 S. 13 f.) heißt es hierzu:

„– Befristungen ohne Sachgrund

Wie bisher wird es auch weiterhin zulässig sein, einen Arbeitsvertrag ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zu befristen und einen zunächst kürzer befristeten Arbeitsvertrag innerhalb der zweijährigen Höchstbefristungsdauer höchstens drei Mal zu verlängern (erleichterte Befristung). Die bisher zeitlich begrenzte Regelung wird als Dauerregelung ausgestaltet.

Die Erleichterung der Befristung von Arbeitsverträgen hat nicht zu einer Inflation befristeter Beschäftigung geführt. Der Anteil der Befristungen nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz an allen Befristungen betrug im Jahre 1992 rund 10 % (Untersuchung Infratest Sozialforschung München). Die durch das Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung (Artikel 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985) eingeführte erleichterte Befristung von

Arbeitsverträgen ermöglicht es Unternehmern, insbesondere auch Existenzgründern und Klein- und Mittelunternehmen, auf eine unsichere und schwankende Auftragslage und wechselnde Marktbedingungen, also in Fällen, die von der Rechtsprechung nicht als sachliche Befristungsgründe anerkannt sind, durch Neueinstellungen flexibel zu reagieren und damit ihre Wettbewerbsfähigkeit zu sichern. Das ist zugleich eine beschäftigungspolitisch sinnvolle Alternative zur Überstundenarbeit und zum sog. Outsourcing (Übertragung von Tätigkeitsbereichen des Unternehmens auf andere Unternehmen, z. T. auch im Ausland).

Für viele Arbeitnehmer ist die befristete Beschäftigung eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und zugleich eine Brücke zur Dauerbeschäftigung. Insbesondere Jugendlichen nach der Ausbildung erleichtern befristete Arbeitsverträge den Eintritt in das Arbeitsleben mit guten Chancen auf eine spätere dauerhafte Beschäftigung. Nach den übereinstimmenden Ergebnissen wissenschaftlicher Untersuchungen in den Jahren 1988 und 1992 mündete rund die Hälfte der befristeten Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz in unbefristete Arbeitsverhältnisse.“

23

(b) Zweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ bzw. „Kettenverträgen“ missbraucht werden kann. In der Gesetzesbegründung (*BT-Drucks. 14/4374 S. 14, 19*) ist hierzu ausgeführt:

„– Einschränkung von Kettenverträgen

Die erleichterte Befristung eines Arbeitsvertrages ist künftig nur bei einer Neueinstellung zulässig, d. h. bei der erstmaligen Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber. Durch diese Einschränkung wird im Unterschied zum bisherigen Recht die theoretisch unbegrenzte Aufeinanderfolge befristeter Arbeitsverträge (Kettenverträge) ausgeschlossen. Solche Befristungsketten sind bisher möglich, weil ein Arbeitsvertrag ohne Sachgrund auch nach einer Befristung mit Sachgrund zulässig ist und nach einer mindestens viermonatigen Unterbrechung wiederholt abgeschlossen werden kann. Ebenso kann sich ein Vertrag mit Sachgrund unmittelbar an einen Vertrag ohne Sachgrund anschließen. Bei der nach neuem Recht nur einmaligen Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund wird der Arbeitgeber veranlasst, den Arbeitnehmer entweder unbefristet weiter zu beschäftigen oder bei weiter bestehendem nur vorübergehendem Arbeitskräftebedarf einen anderen Arbeitnehmer befristet einzustellen. Die Sachgrundbefristung im Anschluss an eine erleichterte Befristung bleibt zulässig.

...

Ebenso ist eine erneute erleichterte Befristung auch nach mindestens viermonatiger Unterbrechung unzulässig. Befristungsketten, die durch einen mehrfachen Wechsel zwischen Befristungen mit und ohne Sachgrund entstehen, werden damit verhindert.“

24 Erklärter Gesetzeszweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist also nicht etwa die Verhinderung befristeter Arbeitsverträge und auch nicht die Verhinderung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge, sondern die Verhinderung von „Befristungsketten“. Dies steht im Einklang mit dem Ziel der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999

zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (*ABl. EG L 175 vom 10. Juli 1999 S. 43*), deren Umsetzung das TzBfG dient (*BT-Drucks. 14/4374 S. 1*; vgl. *BAG 25. März 2009 - 7 AZR 710/07 - Rn. 19, BAGE 130, 146*). Die Rahmenvereinbarung gebietet - wie der Gerichtshof der Europäischen Union wiederholt entschieden hat - nicht, dass bereits der erste oder einzige befristete Arbeitsvertrag aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein muss (vgl. *EuGH 23. April 2009 - C-378/07 bis C-380/07 - [Angelidaki] Rn. 90, Slg. 2009, I-3071*; *22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 41 f., Slg. 2005, I-9981*). Ziel der Rahmenvereinbarung ist vielmehr die Verhinderung des Missbrauchs von aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen (vgl. *EuGH 4. Juli 2006 - C-212/04 - [Adeneler] Rn. 101, Slg. 2006, I-6057*; *23. April 2009 - C-378/07 bis C-380/07 - [Angelidaki] Rn. 94, aaO*; *BAG 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 28, NZA 2011, 34*).

- 25 (2) Hiernach rechtfertigt der mit § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TzBfG verfolgte Normzweck kein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung. Ein solches wäre überschießend. Ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung ist zur Verhinderung von „Befristungsketten“ nicht erforderlich. Wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehreren Jahren liegt, kann von „Kettenverträgen“, „Befristungsketten“ oder „aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen“ nicht mehr gesprochen werden. Zugleich liefe ein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung dem mit § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG verfolgten Normzweck zuwider. Durch ein solches Verständnis würde nämlich arbeitssuchenden Arbeitnehmern, die vor längerer Zeit schon einmal bei dem Arbeitgeber beschäftigt waren, die Chance genommen, über ein zunächst nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG befristetes Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu gelangen. Die „Brücke zur Dauerbeschäftigung“, welche die sachgrundlose Befristung des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers sein soll, bliebe solchen Arbeitnehmern versperrt, ohne dass dies nach dem mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Zweck geboten wäre.
- 26 ee) Gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinn eines zeitlich unbeschränkten Verbots der Vorbeschäftigung sprechen das Interesse an einer praktikablen Regelung sowie Erfordernisse der Rechtssicherheit. Ein zeitlich völlig unbeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung bedeutete häufig für beide Arbeitsvertragsparteien erhebliche praktische Schwierigkeiten beim Vertragsschluss und eine nicht zu vernachlässigende Rechtsunsicherheit. Jedenfalls dann, wenn eine Vorbeschäftigung lange Zeit zurückliegt, dürfte deren zuverlässige Feststellung mit beträchtlichen Komplikationen verbunden sein. Die Beantwortung der Frage, ob ein früheres Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestand und ob etwa eine unbeachtliche Umfirmierung oder eine beachtliche Rechtsnachfolge vorlag, gestaltet sich mit zunehmender Zeitdauer schwieriger. Unterlagen über längere Zeit zurückliegende, beendete Arbeitsverträge sind bei Abschluss des neuen Vertrags möglicherweise weder beim Arbeitgeber noch beim Arbeitnehmer vorhanden oder aktuell zugänglich. Der Kreis und das Erinnerungsvermögen der Personen, die unmittelbar Kenntnis von der früheren Beschäftigung des Arbeitnehmers haben, nehmen ab. Ein Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Vorbeschäftigung und ein im Falle der vorsätzlichen Falschbeantwortung etwa gegebenes Anfechtungsrecht nach § 123 BGB erscheinen jedenfalls bei lange zurückliegenden Beschäftigungsverhältnissen wenig praktikabel (vgl. *Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 453 bis 459*). Sie sind vielmehr geeignet, zu erheblicher Rechtsunsicherheit zu führen. Bei Unklarheiten über eine etwaige Vorbeschäftigung wird der Arbeitgeber im Zweifel von der Einstellung Abstand nehmen. Bei späteren Streitigkeiten über die Wirksamkeit der vereinbarten sachgrundlosen Befristung und/oder über eine vom Arbeitgeber - ggf. vorsorglich - erklärte Anfechtung werden die Gerichte häufig vor der schwierigen Aufgabe stehen, sich eine Überzeugung davon zu bilden, ob der Arbeitnehmer vor Jahren bei „demselben“ Arbeitgeber beschäftigt war und ob er die diesbezügliche Frage wahrheitswidrig beantwortet hat. Mit den

beiderseitigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien an der Gewissheit über die Wirksamkeit ihrer nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vereinbarten Befristung ist dies kaum vereinbar.

- 27 ff) Entscheidend gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig uneingeschränkten Verbots der Vorbeschäftigung sprechen verfassungsrechtliche Erwägungen. Dabei kann letztlich dahinstehen, ob eine solche Auslegung noch verfassungskonform wäre (*verneinend Persch ZTR 2010, 1; vgl. auch Löwisch BB 2001, 254*). Jedenfalls gebietet eine die Wertordnung des Grundgesetzes berücksichtigende „verfassungsorientierte Auslegung“ (*vgl. zu diesem Begriff BSG 14. Dezember 2006 - B 4 R 19/06 R - Rn. 14, SozR 4-3250 § 14 Nr. 3; Voßkuhle AöR 125, 177, 180; vgl. zum Begriff der „verfassungsfreundlichen Auslegung“ BFH 16. November 2004 - VII R 16/04 - zu II der Gründe, BFHE 207, 376*) ein zeitlich eingeschränktes Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung.
- 28 (1) Sind bei der gerichtlichen Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Normen mehrere Deutungen möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht und die die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung bringt. Die Deutung darf aber nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird (*BVerfG 21. Dezember 2010 - 1 BvR 2760/08 - Rn. 16 mwN, GRUR 2011, 223*). Die Fachgerichte haben daher das einfache Recht so auszulegen und anzuwenden, dass unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen vermieden werden (*vgl. BVerfG 21. Dezember 2010 - 1 BvR 2760/08 - Rn. 17, aaO*).
- 29 (2) Hiernach ist eine Auslegung des Verbots der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG als in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt geboten. Ein uneingeschränktes Anschlussverbot birgt strukturell die Gefahr, als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen. Der Arbeitnehmer wäre auch bei einer lang zurückliegenden Vorbeschäftigung gehindert, mit einem einstellungsbereiten Arbeitgeber einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Dies würde der in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden objektiven Wertentscheidung nicht hinreichend gerecht.
- 30 (a) Sowohl die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie als auch die Garantie der freien Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG schließen das Recht ein, Arbeitsverhältnisse durch die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen zu begründen, auszugestalten und zu befristen. Die Vertragsfreiheit als wesentlicher Ausdruck der Privatautonomie wird allgemein durch das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Geht es um die Handlungsfreiheit gerade im Bereich der beruflichen Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG findet, scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab allerdings aus. Dies gilt insbesondere im Bereich des Individualarbeitsvertragsrechts (*BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - zu C I 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 126, 286*). Durch Art. 12 Abs. 1 GG wird der Einzelne in seinem Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen oder ein bestehendes Arbeitsverhältnis beizubehalten oder aufzugeben, vor staatlichen Maßnahmen geschützt, die ihn am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindern oder zur Annahme, Beibehaltung oder Aufgabe eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingen (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 97, 169*). Staatliche Maßnahmen, die den Arbeitnehmer in seiner Freiheit beschränken, mit einem einstellungswilligen Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis einzugehen und dieses privatautonom auszugestalten, bedürfen daher grundsätzlich einer Rechtfertigung.
- 31 (b) Die Privatrechtsordnung ist gesetzlich gestaltet. Da die Gesetze die Ausübung der Vertragsfreiheit in der speziellen Ausprägung der Berufsbetätigungsfreiheit nicht nur zu ihrem institutionellen Schutz regeln, sondern auch, um soziale Belange strukturell schwächerer Marktteilnehmer zu wahren, wird der Abschluss befristeter Arbeitsverträge

nicht vollständig in die Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien gelegt. Er wird vielmehr traditionell an Voraussetzungen gebunden, die die Arbeitnehmer schützen sollen. Der insoweit schützende staatliche Eingriff in die Privatautonomie bei der Ausgestaltung befristeter Arbeitsverhältnisse bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die sich ihrerseits als verfassungsgemäß erweisen muss (*vgl. BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - zu C I 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 126, 286*).

- 32 (c) Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für den staatlichen Eingriff in die Privatautonomie kann und wird sich häufig aus der Schutzpflichtfunktion des Art. 12 Abs. 1 GG ergeben. Diese verpflichtet die staatlichen Grundrechtsadressaten, einzelne Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung ihrer Grundrechte durch privatautonome Regelungen zu bewahren (*vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 419/05 - Rn. 18 mwN, BAGE 120, 42*). Bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen schützen seit dem 1. Januar 2001 die Bestimmungen des TzBfG vor einer unangemessenen Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG. Sie tragen der aus dem Grundrecht folgenden Schutzpflicht Rechnung (*vgl. zum Kündigungsschutzgesetz: BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 97, 169*).
- 33 (d) Bei der Verwirklichung der ihm obliegenden Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG hat der Gesetzgeber wie auch sonst bei der Verfolgung berufs-, arbeits- und sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum (*vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 a der Gründe, BVerfGE 97, 169; 18. November 2003 - 1 BvR 302/96 - zu C 2 a der Gründe, BVerfGE 109, 64*). Dieser ist jedoch nicht unbeschränkt. Eingriffe in die Privatautonomie müssen zur Verwirklichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele geeignet, erforderlich und angemessen sein (*vgl. BVerfG 18. November 2003 - 1 BvR 302/96 - aaO*). Auch hat der Gesetzgeber grundsätzlich die faktischen grundrechtsbeschränkenden Wirkungen, die mit seinen Schutzvorschriften verbunden sind, im Blick zu behalten (*vgl. dazu BVerfG 18. November 2003 - 1 BvR 302/96 - zu C 3 b bb und dd der Gründe, aaO*). Beschränkungen der Privatautonomie, die zur Durchsetzung des vom Gesetzgeber verfolgten Schutzzweckes nicht geeignet und erforderlich und damit überschießend sind, sind daher im Lichte der Verfassung in der Regel bedenklich und bei der Anwendung und Auslegung der Schutzvorschriften durch die Fachgerichte nach Möglichkeit zu vermeiden.
- 34 (e) Hiernach gebietet eine verfassungsorientierte Betrachtung eine Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im zeitlich eingeschränkten Sinn.
- 35 (aa) Der Gesetzgeber verfolgt mit der die Privatautonomie beschränkenden Bestimmung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in Ausfüllung seiner aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht legitime Ziele. Es geht ihm - ebenso wie bei den übrigen, die Befristung von Arbeitsverträgen betreffenden Regelungen des TzBfG - um die Verwirklichung eines arbeitsvertraglichen Bestandsschutzes für die strukturell unterlegenen Arbeitnehmer. Diesen dient es, wenn der Gesetzgeber dafür Sorge trägt, dass sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nicht zu „Befristungsketten“ missbraucht werden können.
- 36 (bb) Die Verwirklichung dieses Ziels erfordert jedoch kein zeitlich völlig unbeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung. Vielmehr erscheint die mit einem lebenslangen Anschlussverbot verbundene Beschränkung der Privatautonomie und der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer unverhältnismäßig.
- 37 (aaa) Das Verbot der Vorbeschäftigung stellt für die darunter fallenden Arbeitnehmer neben dem Schutz vor Befristungsketten typischerweise ein Einstellungshemmnis dar. Arbeitgeber, die sich aus unternehmerischen oder betrieblichen Erwägungen entschließen, eine freie Stelle - jedenfalls zunächst - befristet ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG zu besetzen, werden sich im Zweifel nicht für den Arbeitnehmer entscheiden, bei dem eine Vorbeschäftigung die Zulässigkeit der befristeten Einstellung ausschließt, sondern für denjenigen, bei dem einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags kein Hindernis entgegensteht. Der

Arbeitgeber wird - typischerweise - in einem solchen Falle die unbefristete Einstellung eines Arbeitnehmers mit Vorbeschäftigung anstelle der befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers ohne Vorbeschäftigung allenfalls dann in Erwägung ziehen, wenn es ihm auf das „Know-how“ gerade des Arbeitnehmers mit Vorbeschäftigung ankommt. Davon wird besonders dann auszugehen sein, wenn der Arbeitnehmer in jüngerer Vergangenheit bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war. Der Arbeitgeber wird sich in solchen Konstellationen möglicherweise wegen der rechtlichen Unmöglichkeit einer sachgrundlosen Befristung für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entscheiden. Bei lange Zeit zurückliegenden Vorbeschäftigungen wird ein solcher Anreiz dagegen typischerweise nicht gegeben sein. Für Arbeitsplatzbewerber kann daher eine Vorbeschäftigung zu einem Einstellungshindernis werden (vgl. *Hanau FS Wißmann* S. 27, 35). Dies wird umso gravierender, je weniger Arbeitgeber für den Arbeitnehmer - etwa aufgrund seines Ausbildungsprofils - in Betracht kommen und je häufiger der Arbeitnehmer „vorbeschäftigt“ war.

- 38 (bbb) Die strukturell einstellungshemmende Wirkung ist - wie bei anderen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften auch - im Interesse des vom Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Ziels des arbeitsvertraglichen Bestandsschutzes hinzunehmen. Dies gilt jedoch nicht, wenn oder soweit sie zur Verwirklichung dieses Ziels als ungeeignet, nicht erforderlich oder unangemessen erscheint. Das ist bei einem zeitlich völlig unbeschränkten Verbot der Vorbeschäftigung der Fall. Ein Verbot in diesem Verständnis erscheint schon weder als geeignet noch erforderlich, um „Befristungsketten“ zu vermeiden und arbeitsvertraglichen Bestandsschutz zu gewähren. Jedenfalls ist die aus dem Verbot der Vorbeschäftigung für Arbeitsplatzbewerber sich ergebende faktische Benachteiligung bei der Arbeitsplatzsuche bei lange Zeit zurückliegenden Vorbeschäftigungen unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten legitimen Zwecks nicht mehr angemessen (*verhältnismäßig im engeren Sinn*).
- 39 d) Die hiernach gebotene Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in einem zeiteinschränkenden Sinn erfordert eine im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung. Eine solche ist, soweit der Gesetzgeber die erforderliche Konkretisierung unterlassen hat, bisweilen unumgänglich und in der Rechtsprechung nicht selten (vgl. *etwa zur Konkretisierung des Lohnwuchers BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 13 ff., BAGE 130, 338; zur Frage, von welchem Umfang an eine Arbeitszeiterhöhung eine mitbestimmungspflichtige Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG darstellt, BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 74/07 - Rn. 19, BAGE 128, 351*). Der Senat hat sich dabei insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit statt der ebenso in Betracht kommenden Anknüpfung an die Art und Dauer der Vorbeschäftigung für eine zeitliche Grenze entschieden, nach deren Überschreitung eine Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr anzunehmen ist. Für die genaue Festlegung des zeitlichen Abstands zwischen dem Ende des vorangegangenen und dem Beginn des sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses war in erster Linie der Zweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, „Befristungsketten“ und den Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge zu verhindern, maßgeblich. Ein Zeitraum von drei Jahren erscheint geeignet, erforderlich und angemessen, der Missbrauchsverhinderung Rechnung zu tragen. Eine schutzzwecküberschießende, die Berufsfreiheit unverhältnismäßig beschränkende Folge wird damit vermieden. Die Zeitspanne entspricht außerdem der gesetzgeberischen Wertung, die in der Dauer der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist nach § 195 BGB zum Ausdruck kommt. Diese dient dem Interesse der Rechtssicherheit und dem Vertrauen eines - etwaigen - Schuldners darauf, aus einem länger zurückliegenden Lebenssachverhalt nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Hierzu weist die erforderliche zeitliche Beschränkung des Verbots der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG wertungsmäßig Parallelen auf. Auch hier ist es sachgerecht, die Beteiligten nicht mehr mit Schwierigkeiten zu belasten, die mit der Aufklärung eines lange Zeit zurückliegenden abgeschlossenen Lebenssachverhalts

verbunden sind. Die Grenze von drei Jahren erscheint gleichfalls unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes angemessen. Das Vertrauen der Arbeitsvertragsparteien darauf, dass einem Arbeitsvertrag, dessen Ende mehr als drei Jahre zurückliegt und der demzufolge regelmäßig für den Abschluss des neuen Vertrags keine wesentliche praktische Bedeutung mehr hat, keine Folgen mehr für die Gestaltung des neuen Vertrags zukommen, erscheint jedenfalls bei typisierender Betrachtung schützenswert.

- 40 e) Der Streitfall erfordert keine Einleitung eines Verfahrens nach § 45 Abs. 2 und Abs. 3 ArbGG. Der erkennende Senat weicht in keiner entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats ab. Insbesondere liegt keine Divergenz zu der Entscheidung des Zweiten Senats vom 6. November 2003 (- 2 AZR 690/02 - *BAGE 108*, 269) vor. Nach dieser kommt es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis „grundsätzlich“ nicht an (*BAG 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - zu B I 3 der Gründe, aaO*). Durch die Verwendung des Worts „grundsätzlich“ wird ausgedrückt, dass eine getroffene Aussage nicht absolut gilt, sondern Einschränkungen zulässt, möglicherweise sogar gebietet. Eine solche Einschränkung nimmt der - nach dem derzeitigen Geschäftsverteilungsplan für Rechtsstreitigkeiten über die Befristung von Arbeitsverhältnissen ausschließlich zuständige - erkennende Senat mit der vorliegenden Entscheidung vor. Im Übrigen wäre in dem vom Zweiten Senat entschiedenen Fall auch nach jetzigem Rechtsverständnis nicht anders zu erkennen, betrug doch dort die zeitliche Unterbrechung zwischen dem Ende des vorangegangenen Vertrags und dem Abschluss des neuen sachgrundlos befristeten Vertrags weniger als zwölf Monate. Der Senat weicht auch nicht deshalb von der Entscheidung des Zweiten Senats ab, weil er davon ausgeht, der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sei nicht eindeutig. Die Entscheidung des Zweiten Senats verhält sich jedenfalls insoweit zur Eindeutigkeit des Wortlauts des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht. Soweit der erkennende Senat im Beschluss vom 29. Juli 2009 (- 7 AZN 368/09 - *Rn. 2, EzTöD 100 TVöD-AT § 30 Abs. 1 Sachgrundlose Befristung Nr. 12*) ausgeführt hat, er halte „ebenso wie der Zweite Senat“ den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für eindeutig, ist der Verweis missverständlich. Mit der Wortlauteindeutigkeit des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG hat der Zweite Senat bei der Frage der Anwendung der Norm bei einer Befristung des Arbeitsverhältnisses mit einer beabsichtigten Dauer von bis zu sechs Monaten argumentiert (*BAG 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - zu B I 2 b aa der Gründe, aaO*).
- 41 2. Die streitgegenständliche Befristung ist damit nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Sie überschreitet nicht die Dauer von zwei Jahren. Die Vorbeschäftigung der Klägerin liegt über drei Jahre zurück und hindert die Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung nicht. Auf die weiteren von der Klägerin - gegen das Vorliegen und die Berücksichtigungsfähigkeit eines die Befristung rechtfertigenden sachlichen Grundes - vorgebrachten Argumente kommt es nicht an.
- 42 IV. Die Befristung ist nicht wegen einer - zugunsten der Klägerin unterstellten - Verletzung der Pflichten nach § 18 TzBfG und § 30 Abs. 2 Satz 2 TV-L durch den beklagten Freistaat unwirksam.
- 43 1. § 18 Satz 1 TzBfG verpflichtet den Arbeitgeber, befristet beschäftigte Arbeitnehmer über entsprechende unbefristete Arbeitsplätze zu informieren. Bei einer Pflichtverletzung kommen nach allgemeinem Schuldrecht Schadensersatzansprüche in Betracht, etwa nach § 280 BGB wegen einer Vertragspflichtverletzung. Solche macht die Klägerin im Revisionsverfahren nicht mehr geltend.
- 44 2. § 30 Abs. 2 Satz 2 TV-L räumt befristet Beschäftigten einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen ein. Unter den persönlichen Geltungsbereich dieser Norm fallen nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TV-L nur Beschäftigte, auf welche die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden. Das ist bei der Klägerin nicht der Fall. Ungeachtet der Frage einer Vereinbarkeit dieser Tarifbestimmung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ist der

Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung der Sache nach ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des Arbeitgebers bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen. Bei einem Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 TV-L kommt ein - im vorliegenden Revisionsverfahren nicht streitgegenständlicher - Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags oder auf Schadensersatz in Betracht (*hierzu zB Braun ZTR 2009, 517*).

- 45 3. Mit ihrem Argument, der Beklagte berufe sich wegen der Verletzung seiner Pflichten aus § 18 TzBfG und § 30 Abs. 2 Satz 2 TV-L rechtsmissbräuchlich auf die Beendigung des Arbeitsvertrags, verkennt die Klägerin, dass die Wirksamkeit einer Befristungsabrede grundsätzlich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen ist (*zB BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 11, BAGE 127, 239*). Es spielt für die Wirksamkeit der Befristung keine Rolle, ob der Beklagte ggf. verpflichtet war, mit der Klägerin einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu vereinbaren. Dies könnte lediglich einen Anspruch der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags begründen. Die Wirksamkeit der Befristung hängt ausschließlich davon ab, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Befristung des Arbeitsverhältnisses zulässig war. Dies ist hier der Fall.
- 46 B. Über den Klageantrag zu 2. hatte der Senat nicht zu entscheiden. Der Antrag steht unter der innerprozessualen Bedingung des Obsiegens mit dem Klageantrag zu 1. Diese Bedingung ist nicht eingetreten.

47

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Linsenmaier

Gallner

Schmidt

Für den durch Ablauf
der Amtszeit

verhinderten
ehrenamtlichen Richter
Güner

Linsenmaier