

Roulette der Vorbeschäftigung – Wo bleibt der Gesetzgeber?

Hat mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden, ist eine sachgrundlose Befristung nach § 14 II 2 TzBfG nicht mehr zulässig. Die Norm enthält keine zeitliche Einschränkung und unterscheidet auch nicht nach Art und/oder Dauer des vorherigen Arbeitsverhältnisses. Der 7. Senat des BAG (NZA 2011, 905) ging jedoch mit guten Gründen einschränkend davon aus, dass eine frühere Beschäftigung einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegensteht, wenn sie mehr als drei Jahre zurückliegt. Das war eine verlässliche, gut handhabbare Grenze und milderte die beschäftigungspolitische Fehlsteuerung ab.

Leider hat das BVerfG (NZA 2018, 774) dieser pragmatischen Lösung die Grundlage entzogen. § 14 II 2 TzBfG wird zwar grundsätzlich für vereinbar gehalten mit der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 I GG), der beruflichen und wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 I, 2 I GG) sowie mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 I GG). Nur in unzumutbaren Einzelfällen könne der Anwendungsbereich der Norm eingeschränkt werden. Unter Verweis auf die Zielsetzung der Norm, zum einen der Verhinderung von Kettenbefristungen, zum anderen die unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelfall zu schützen, hat das BVerfG Beispielsfälle gebildet, in welchen die Anwendung unzumutbar sein könnte, nämlich wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliege, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer gewesen sei.

Das BAG ist inzwischen in mehreren Entscheidungen dieser Argumentation gefolgt und hat sich von der Drei-Jahres-Grenze gezwungenermaßen verabschiedet. In seinem Urteil vom 17.4.2019 (NZA 2019, 1273) verweist es auf die typische Dauer eines Arbeitsverhältnisses von 40 Jahren, indem die dreimalige Vereinbarung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses zu Beginn, in der Mitte und am Ende des Erwerbslebens möglich wäre, wenn eine 15 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung nicht verboten wäre. Und dann heißt es (Rn. 25), gegen die Annahme eines sehr langen Zeitraums schon bei 15 Jahren spreche auch, dass der Gesetzgeber in § 622 II BGB die längste Kündigungsfrist erst nach 20 Jahren eingreifen lasse. Schließlich wurde in einer weiteren Entscheidung des 7. Senats vom 21.8.2019 (7 AZR 452/17, PM 29/19, NZA aktuell H. 17/2019, S. VI) eine 22 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung als unschädlich eingestuft. Also dürfte die Grenze bei 20 Jahren liegen.

Wann aber kann eine Vorbeschäftigung von „sehr kurzer Dauer“ angenommen werden? Aufgrund der Parallelen, die der 7. Senat zu den Fristen des § 14 I 1 TzBfG, § 1 I KSchG und § 622 V 1 Nr. 1 BGB zieht, liegt es nahe, auf drei Monate abzustellen. Völlig offen ist hingegen, wann von einer „ganz anders gearteten“ Vorbeschäftigung ausgegangen werden kann. Rechtssicherheit besteht also nach wie vor nicht. Ist es nicht die vornehmste Aufgabe eines Gesetzgebers, soweit als möglich für Rechtssicherheit zu sorgen? Die Arbeitgeber, die auf die frühere Rechtsprechung des BAG vertraut haben, können einem leidtun. Ihr Vertrauen auf die Rechtsprechung des obersten deutschen Arbeitsgerichts ist nicht zum ersten Mal schwer enttäuscht worden. Und warum hat sie der Gesetzgeber im Regen stehen lassen? Das verstehe ich nicht. Schon längst hätte er in Anlehnung an BAG, NZA 2011, 905, für klare Verhältnisse sorgen können.



Rechtsanwalt Professor Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Gleiss Lutz, Stuttgart