

**7 Sa 10/13**  
2 Ca 1169/11  
(Arbeitsgericht Bamberg)

Verkündet am: 09.07.2013

...  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht Nürnberg**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtssekretäre B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.  
C-Straße, B-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Syndizi D.  
D-Straße, D-Stadt

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2013 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... und die ehrenamtlichen Richter ... und ...

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 10.10.2012 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um den Bestand eines Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger wurde aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags vom 13.04.2005 bei der Beklagten beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete, nachdem es bis 12.04.2005 verlängert worden war, zu diesem Zeitpunkt.

Am 13./15.07 2010 schlossen die Parteien einen erneuten Arbeitsvertrag, mit dem der Kläger zum 15.07.2010, befristet bis 30.09.2010, eingestellt wurde. Mit Vereinbarung vom 27./31.05.2011 verlängerten die Parteien das Arbeitsverhältnis bis 31.12.2011.

Der Kläger erhob am 31.10.2011 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht Bamberg, mit der er geltend macht, die Befristung sei unwirksam und das Arbeitsverhältnis bestehe über den 31.12.2011 fort. Außerdem beantragt er, die Beklagte zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen.

Mit Urteil vom 10.10.2012 wies das Arbeitsgericht die Klage unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Vorbeschäftigungszeiten ab.

Das Urteil wurde dem Kläger am 07.12.2012 zugestellt.

Der Kläger legte gegen das Urteil am 04.01.2013 Berufung ein und begründete sie am 29.01.2013.

Der Kläger führt aus, die vom Erstgericht zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011 sei wegen mehrerer Verstöße gegen das Grundgesetz nicht anzuwenden. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts überschreite den Rahmen der richterlichen Kompetenz zur Rechtsanwendung und -auslegung.

Nach dem Wortlaut des § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG stehe jedes frühere Arbeitsverhältnis der Befristung entgegen, gleich wie lange die Unterbrechung dauere. Der Kläger macht geltend, der Gesetzgeber habe selbst definiert, was eine Neueinstellung sei. Das Bundesarbeitsgericht hätte den § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG nicht verfassungskonform oder verfassungsorientiert auslegen dürfen, sondern hätte, wenn es die Regelung für verfassungswidrig halte, gemäß Art. 100 GG das Bundesverfassungsgericht anrufen müssen.

Ein Sachgrund für die Befristung liege nicht vor, so dass die Befristung unwirksam sei. Dementsprechend sei die Beklagte verpflichtet, ihn, den Kläger, weiter zu beschäftigen.

Der Kläger beantragt:

1. Unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bamberg vom 10.10.2012 wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 31.05.2011 vereinbarten Befristung am 31.12.2011 beendet worden ist.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Maschinenbediener weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt:

1. Die Berufung wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerseite hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe die Klagefrist nicht eingehalten. Der Begriff

„innerhalb von drei Wochen“ in § 17 TzBfG setze sprachlich nicht nur ein Ende, sondern auch den Beginn einer Frist voraus. Es sei mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn der Arbeitnehmer bereits ab der Unterzeichnung des befristeten Arbeitsvertrags die Unwirksamkeit der Befristung gerichtlich geltend machen könnte.

Die Beklagte führt aus, das Bundesarbeitsgericht habe die Regelung des § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG zu Recht wegen Art. 12 GG verfassungskonform dahin ausgelegt, dass ein zeitlicher und/oder sachlicher Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen zu berücksichtigen sei. Um den Gesetzeszweck, die Vermeidung von Befristungsketten, zu erreichen, bedürfe es keines lebenslangen Anschlussverbots.

Im Übrigen liege auch ein Sachgrund für die Befristung vor. Die Befristung sei erfolgt, weil an der Arbeitsleistung des Klägers ein nur vorübergehender betrieblicher Bedarf bestanden habe.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1, Absatz 2 c) ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, § 66 Absatz 1 ArbGG.

Die Berufung ist nicht begründet.

Der Klage steht allerdings nicht entgegen, dass der Kläger sie bereits vor dem Ende der Befristung erhoben hat. Dem Vorbringen der Beklagten ist nicht zu entnehmen, ob sie die Klage, weil sie bereits vor Ablauf der Befristung erhoben worden ist, für unzulässig oder für unbegründet hält. Indes ist weder das eine noch das andere der Fall.

Auf die Zulässigkeit der Klage wirkt sich die Frage, ob eine Feststellungsklage bereits vor Ablauf der Befristung erhoben werden kann, nicht aus. Die Frist des § 17 TzBfG ist, wie § 4 KSchG, keine prozessuale, sondern eine materielle Frist. Wird sie nicht eingehalten, führt dies zu einer gesetzlichen Fiktion, nämlich zu der Folge, dass die Befristung als von

Anfang an wirksam gilt, § 17 Satz 2 TzBfG iVm § 7 KSchG. Dabei wird lediglich darauf abgestellt, ob innerhalb von drei Wochen nach dem Eintritt des Endes der Befristung eine Klage beim Arbeitsgericht eingegangen ist.

Wird eine (Feststellungs)Klage vor dem Befristungsende erhoben, kann sich allenfalls die Frage stellen, ob hierfür ein Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO besteht. Das Feststellungsinteresse für eine nach Ablauf der Befristung eingereichten Klage ergibt sich ohne weiteres daraus, dass ohne eine fristgerechte Klage die oben genannte gesetzliche Fiktion eintritt. Dieses Erfordernis besteht vor Ablauf der Frist (noch) nicht. Es kann dahinstehen, ob und ab welchem Zeitpunkt einer vor Ablauf der Befristung erhobenen Feststellungsklage das Feststellungsinteresse versagt werden muss. Es besteht jedenfalls ab dem Ende der Befristung.

Das Arbeitsverhältnis ist mit Ablauf der Befristung zum 31.12.2011 beendet worden.

Das erkennende Gericht folgt im Ergebnis der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach ein Arbeitsverhältnis gemäß § 14 Absatz 2 Satz TzBfG ohne Sachgrund befristet werden kann, wenn das vorausgegangene Arbeitsverhältnis länger als drei Jahre zurückliegt. Die Kammer schließt sich insbesondere der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts an, dass ein Zeitraum von drei Jahren geeignet, erforderlich und angemessen ist, die in einem zeitlich eingeschränkten Sinn im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung zu ermöglichen. Mit diesem Dreijahreszeitraum wird eine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit vermieden. Die Zeitspanne entspricht der gesetzgeberischen Wertung, der in der Dauer der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist nach § 195 BGB zum Ausdruck kommt.

Wie bereits die Kammer 2 des Landesarbeitsgericht Nürnberg in ihrem Urteil vom 08.05.2013 ausgeführt hat, hat der siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Urteil vom 6.4.2011 entschieden, dass eine Vorbeschäftigung im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht gegeben ist, wenn das Ende des früheren Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt (7 AZR 716/09 = BAGE 137/275 und NZA 2011/905). Diese Entscheidung hat im Schrifttum sowohl Ablehnung als auch Zustimmung erfahren. Dies hat der siebte Senat zum Anlass genommen, in der Entscheidung vom 21.9.2011 (7 AZR 375/10 = BAGE 139/213 und NZA 2012/255) seine Rechtsauffassung zu bestätigen und sich mit den kritischen Stimmen in der Literatur auseinander zusetzen. In dieser Entscheidung hat

er nach erneuter Überprüfung und unter Berücksichtigung der im Schrifttum erhobenen Bedenken an seiner Auffassung festgehalten.

Das erkennende Gericht hat gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Bedenken. Dabei richten sich die Bedenken nicht in erster Linie gegen die Ausführungen zu der Frage, ob § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG verfassungsgemäß ist. Es bestehen vielmehr Bedenken hinsichtlich des Problems, ob § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG verfassungskonform ausgelegt werden kann. Zweifel ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung insbesondere im Hinblick auf die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht die Anwendung und Auslegung der Gesetze durch die Gerichte mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Absatz 3 GG in Einklang, wenn sie sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegt. Art. 2 Absatz 1 GG gewährleistet in Verbindung mit Art. 20 Absatz 3 GG dem Einzelnen, dass ihm gegenüber ergehende Entscheidungen diesen Anforderungen genügen. Zu den Aufgaben der Rechtsprechung gehört die Rechtsfortbildung. Von daher ist auch eine analoge Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften sowie die Schließung von Regelungslücken von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Rechtsfortbildung stellt keine unzulässige richterliche Eigenmacht dar, sofern durch sie der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseite geschoben und durch eine autark getroffene richterliche Abwägung der Interessen ersetzt wird.

Richterliche Rechtsfortbildung darf hingegen nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich vielmehr darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. Bundesverfassungsgericht - Urteil vom 11.07.2012 - 1 BvR 3142/07 und 1 BvR 1569/08 = DB 2012/1618 und NJW 2012/3081).

Das Bundesarbeitsgericht begründet seine Entscheidung u.a. damit, der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sei hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „bereits zuvor“ nicht eindeutig. Er gebiete nicht zwingend das Auslegungsergebnis eines lebenslangen oder auch absoluten Vorbeschäftigungsverbots immer dann, wenn „jemals zuvor“ ein Arbeitsverhältnis der Parteien bestand. Auch der Gesetzeszusammenhang verlange kein bestimmtes Auslegungsergebnis. Der Umstand, dass sich in § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG in der seit 1. Mai 2007 geltenden Fassung die Formulierung „unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses“ findet, spreche zwar dagegen, die Worte „bereits zuvor“ in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne von „unmittelbar zuvor“ zu verstehen. Zwingend sei jedoch nicht das Verständnis, dass „bereits zuvor“ gleichbedeutend sei mit „jemals zuvor“. Zwar könne einiges darauf hindeuten, dass die Gesetzesgeschichte des Teilzeit- und Befristungsgesetzes dafür spreche, das Verbot der Vorbeschäftigung zeitlich unbeschränkt zu verstehen. Gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig unbeschränkten Verbotes spreche jedoch der Zweck der Regelung. Er bestehe darin, zu verhindern, dass die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung zu Befristungsketten missbraucht werde. Dieser Zweck könne auch ohne lebenslanges Vorbeschäftigungsverbot verwirklicht werden. Das damit verbundene absolute Einstellungshindernis sei nicht mehr vom Gesetzeszweck gedeckt.

Im Übrigen werde durch eine verfassungskonforme Auslegung von § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG ein bislang nicht erörtertes sehr viel weiter reichendes Problem vermieden. Wäre § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG verfassungswidrig, wäre § 14 Absatz 2 Satz 1 TzBfG nicht mehr unionsrechtskonform und auch nicht mehr mit der Schutzpflicht aus Art. 12 Absatz 1 GG vereinbar, weil das Untermaßverbot unterschritten würde.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Das absolute Befristungsverbot sichert jedenfalls den Gesetzeszweck, nämlich den Abschluss von Kettenarbeitsverträgen zu vermeiden. Zwar ist diesem Gesetzeszweck möglicherweise bereits Genüge getan, wenn zwischen dem alten Arbeitsverhältnis und einem neuen befristeten Arbeitsvertrag ein gewisser, vom Gesetzgeber zu bestimmender Zeitraum liegt. Insofern stellt sich durchaus die Frage, ob der Gesetzgeber mit der jetzigen Regelung gegen das Übermaßverbot verstoßen hat. Dies zu prüfen obliegt indes allein dem Bundesverfassungsgericht.

Die Überlegung, § 14 Absatz 2 Satz 1 TzBfG wäre nicht mehr unionsrechtskonform, fiel

§ 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG weg, ist ein rechtspolitischer Ansatz, der die Zweckmäßigkeit gesetzlicher Regelungen betrifft. Insoweit steht den Gerichten indes kein Gestaltungsspielraum zu. Dass der Gesetzgeber sich in der Situation befindet, eine Angelegenheit neu zu regeln, weil die vorhandene Regelung für unwirksam erklärt wurde, ist nichts Ungewöhnliches. Eine etwaig erforderlich werdende politische Neuregelung kann indes nicht durch eine inhaltliche Entscheidung der Fachgerichte vorweggenommen werden.

Auch das Argument, ein unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot berge strukturell die Gefahr, als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die von den Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen, rechtfertigt die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG nicht. Der Arbeitnehmer ist zwar nach dem Gesetzeswortlaut auch bei einer lange zurückliegenden Vorbeschäftigung gehindert, mit einem einstellungsbereiten Arbeitgeber einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Ob das der objektiven Wertentscheidung, die in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt, entgegen steht, kann nicht eindeutig beantwortet werden. So ist, worauf auch das Bundesarbeitsgericht hinweist, zum einen die strukturell einstellungshemmende Wirkung im Interesse des mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Ziels des arbeitsvertraglichen Bestandsschutzes grundsätzlich hinzunehmen. Auch dies ist somit Teil des Grundrechtsschutzes durch Art. 12 GG. Zum anderen ist es ebenso Ausdruck arbeitspolitischer Zielsetzung, die Anzahl prekärer Arbeitsverhältnisse, zu denen auch die befristet abgeschlossenen Arbeitsverträge gehören, zu begrenzen. Es gehört zu den originären Aufgaben des Gesetzgebers, eine politische Entscheidung darüber zu treffen, welchen arbeitsmarktpolitischen Zielen der Vorrang eingeräumt wird.

Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber mit der (Neu)Regelung in § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG getroffen.

Der vom Gesetzgeber verwendete Ausdruck – zuvor – ist angesichts seiner Klarheit auch nicht auslegungsfähig. „Zuvor“ bedeutet „zeitlich vorhergehend“. Dies ist zunächst unbegrenzt. Erst durch weitere Zusätze wie beispielsweise „kurz“ wird eine zeitliche Grenze gezogen.

Das erkennende Gericht wendet bei seiner Entscheidung gleichwohl die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an. Angesichts des Umstandes, dass das Bundesarbeitsge-

richt seine (neue) Rechtsprechung erst im Urteil vom 21.09.2011 bestätigt hat, erscheint es wenig hilfreich, eine anderslautende Rechtsmeinung durchzusetzen und die Beklagte damit in die Revision zu zwingen mit der bestehenden Gewissheit, dass das Urteil aufgehoben wird.

Danach liegen die Voraussetzungen für die Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG vor. Weder ist die nach dem Haustarifvertrag vom 24.5.2012 in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG zulässige Höchstdauer von 24 Monaten noch die Zahl der zulässigen Verlängerungen im vorliegenden Fall überschritten. Das Ende des zuvor mit der Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnisses liegt mehr als drei Jahre zurück.

Auch die tariflichen Regelungen stehen einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegen. § 7 des Manteltarifvertrages für die bayerische Metall- und Elektroindustrie beschränkt zwar die zulässige Höchstdauer und die zulässige Zahl der Verlängerungen von befristeten Arbeitsverträgen. Er schließt jedoch gerade nicht die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung aus. Der Haustarifvertrag vom 24.5.2011 ermöglicht in § 2 lediglich eine längere Befristungsdauer und eine größere Zahl von Verlängerungen „abweichend von § 7 Ziff. 2 (I) MTV auf Basis der gesetzlichen Regelungen“. Satz 1 der Präambel des Haustarifvertrages, wonach bei der Beklagten in B-Stadt ein zeitlich begrenzter Kapazitätsbedarf, der im Wege von Befristungen überbrückt werden solle, bestehe, zeigt lediglich die Motivationslage auf, die zur zeitlich begrenzten Abweichung vom Manteltarifvertrag geführt hat. Gegen den Ausschluss der sachgrundlosen Befristung spricht neben dem Wortlaut der Regelungen auch, dass mit dem Haustarifvertrag die Befristungsmöglichkeiten erleichtert und nicht erschwert werden sollten.

Da somit ein Sachgrund für die vom Kläger angegriffene Befristung des Arbeitsvertrages nicht notwendig war und sonstige Unwirksamkeitsgründe weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sind, endete das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2011. Mangels bestehenden Arbeitsverhältnisses hat das Arbeitsgericht daher zu Recht auch den Antrag auf Weiterbeschäftigung der Klagepartei abgewiesen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Absatz 1 ZPO.

Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Absatz 2 ArbGG.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

...  
Vorsitzende Richterin  
am Landesarbeitsgericht

...  
ehrenamtlicher Richter

...  
ehrenamtlicher Richter