

BUNDEARBEITSGERICHT



7 AZR 225/11
13 Sa 659/10
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Februar 2013

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie den

ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Spie und die ehrenamtliche Richterin Schuh für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 23. September 2010 - 13 Sa 659/10 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 26. März 2010 geendet hat. 1

Die Klägerin ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts „aufgrund mehrerer befristeter Verträge ununterbrochen“ seit dem 6. September 2004 im Schuldienst des beklagten Landes als Lehrkraft beschäftigt. Der letzte, unter dem 29. Juli 2009 von beiden Parteien unterzeichnete Arbeitsvertrag lautet auszugsweise: 2

„§ 1

- (1) Frau M wird mit Wirkung vom 02.07.2009 - frühestens mit dem Zeitpunkt der Dienstaufnahme - längstens bis 26.03.2010 als Lehrkraft mit einer Unterrichtsverpflichtung von 28,00 Wochenstunden nach der Verwaltungsvorschrift (VV) zur Verordnung zur Ausführung des § 93 Abs. 2 Schulgesetz - in der jeweils gültigen Fassung - an der Ganztags Hauptschule A in B eingestellt.
- (2) Der Befristungsgrund gemäß § 30 Abs. 2 Satz 1 TV-L i. V. m. § 14 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) liegt in konkretem Vertretungsbedarf aufgrund von Elternzeit der Lehrerin D im Umfang von 28,00 Pflichtstunden.

...

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) vom 01.11.2006, den Sonderregelungen für Beschäftigte als Lehrkräfte (§ 44 TV-L), dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Länder), soweit einschlägig, und den diese ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden Fassung. Außerdem finden die für den Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge Anwendung.“

Nach dem unwidersprochenen Vortrag des beklagten Landes wurde die Klägerin „als Elternzeitvertretung für Frau D aus Kapitel 05 320, Titel 42201, Kennziffer 113“ - dem Titel für Planstelleninhaberinnen und -inhaber an öffentlichen Hauptschulen - des Haushaltsplans 2009 für den Geschäftsbereich des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen bezahlt. Zur Stellenführung enthält § 6 Abs. 8 Satz 1 des Gesetzes über die Feststellung des Haushaltsplans des Landes Nordrhein-Westfalen für das Haushaltsjahr 2009 vom 17. Februar 2009 (- *HG NW 2009 - GV NRW 2009 S. 64*) folgende Bestimmung:

3

„Planstellen und Stellen können für Zeiträume, in denen Stelleninhaberinnen oder Stelleninhabern vorübergehend keine oder keine vollen Bezüge zu gewähren sind, im Umfang der nicht in Anspruch genommenen Planstellen- oder Stellenanteile für die Beschäftigung von beamteten Hilfskräften und Aushilfskräften in Anspruch genommen werden.“

Mit ihrer am 1. Oktober 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem beklagten Land ohne Verzögerung zugestellten Klage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Befristung zum 26. März 2010 geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, der im Arbeitsvertrag angegebene Sachgrund der Elternzeitvertretung läge nicht vor, denn Frau D habe nur Deutsch und Englisch unterrichtet, sie - die Klägerin - darüber hinaus die Fächer Mathematik, Textildesign, Arbeitslehre/Wirtschaft, Erdkunde, Kunst und Geschichte/Politik

4

sowie Biologie. Eine mittelbare Vertretung habe das beklagte Land nicht hinreichend aufgezeigt. Auf einen anderen als den im Arbeitsvertrag angegebenen Sachgrund könne das beklagte Land die Befristungsabrede nicht stützen. Auch sei die Befristung mangels Einhaltung des Schriftformgebots unwirksam, weil die Parteien sie vor dem 29. Juli 2009 mündlich verabredet hätten.

Die Klägerin hat beantragt 5
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der Befristung vom 29. Juli 2009 zum 26. März 2010 sein Ende gefunden hat.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat sich 6
auf den Standpunkt gestellt, die Befristung sei sowohl aus haushaltsrechtlichen Gründen als auch im Hinblick auf die Vertretung der elternzeitbedingt abwesenden Frau D gerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 7
hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter und argumentiert in der Revisionsinstanz vor allem damit, die Befristungsabrede sei rechtsmissbräuchlich. Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhe- 8
bung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Befristungskontrollklage nicht abgewiesen werden. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob die streitbefangene Befristung wirksam oder unwirksam ist. Dazu bedarf es weiterer Feststellungen durch das Berufungsgericht.

I. Die Befristungskontrollklage ist zulässig, insbesondere hinreichend 9
bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die angegriffene Befristung ist konkret

bezeichnet. Die Klägerin wendet sich gegen die letzte Abrede, nach der das Arbeitsverhältnis der Parteien am 26. März 2010 enden soll. Nur diese Befristung ist Gegenstand der Klage.

II. Ob die Klage begründet oder unbegründet ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Zwar ist das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Befristung nicht wegen der Nichteinhaltung des Schriftlichkeitserfordernisses von § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam ist. Ob sie aber der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 TzBfG sowie der ggf. veranlassten Missbrauchskontrolle (§ 242 BGB) standhält, kann anhand der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilt werden. 10

1. Die Befristung gilt nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam, denn die Klägerin hat ihre Rechtsunwirksamkeit rechtzeitig geltend gemacht. Mit der am 1. Oktober 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem beklagten Land alsbald zugestellten Klage hat sie die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG eingehalten. Diese wird nach ständiger Rechtsprechung des Senats auch durch die Erhebung einer Klage vor dem Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit gewahrt (vgl. BAG 2. Juni 2010 - 7 AZR 136/09 - Rn. 13 mwN, BAGE 134, 339). 11

2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Befristungsabrede wahre das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine von beiden Parteien unterzeichnete und damit den Anforderungen des § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB genügende Urkunde über die Befristung des Arbeitsvertrags bis zum 26. März 2010 liegt vor. Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen, mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden (§ 559 Abs. 2 ZPO) Feststellungen haben die Parteien mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags am 29. Juli 2009 keine zuvor nur mündlich - und damit formnichtig - vereinbarte Befristung schriftlich niedergelegt, sondern eine eigenständige Befristungsabrede getroffen. Die arbeitsvertragliche Bezeichnung des Einstellungsbeginns „mit Wirkung vom 02.07.2009 - frühestens mit dem Zeitpunkt der Dienstaufnahme -“ steht dieser Annahme 12

nicht entgegen. Die Klägerin hat die Einhaltung des Schriftformerfordernisses nach § 14 Abs. 4 TzBfG in der Revisionsinstanz auch nicht mehr in Frage gestellt.

3. Die bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen lassen eine abschließende Beurteilung der Wirksamkeit der Befristung nicht zu. 13

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Befristung sei nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG („*Haushaltsbefristung*“) gerechtfertigt. Das ist auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Senats nicht zu beanstanden. 14

aa) Der Rechtfertigung der Befristung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG steht nicht entgegen, dass unter § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrags vom 29. Juli 2009 niedergelegt ist, der Befristungsgrund liege „in konkretem Vertretungsbedarf aufgrund von Elternzeit der Lehrerin D“. Der Befristungsgrund bedarf weder einer Vereinbarung noch unterliegt er dem Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG. Es genügt, dass er als Rechtfertigungsgrund für die Befristung bei Vertragsschluss objektiv vorliegt. Der Arbeitgeber kann sich mithin auf einen Sachgrund auch dann stützen, wenn im Arbeitsvertrag kein oder ein anderer Sachgrund oder etwa § 14 Abs. 2 TzBfG („*sachgrundlose Befristung*“) als Rechtfertigung für die Befristung genannt ist (vgl. BAG 12. August 2009 - 7 AZR 270/08 - Rn. 24 mwN, USK 2009-153). Aus den nach § 2 des Arbeitsvertrags auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden tariflichen Bestimmungen - insbesondere aus dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) - folgt nichts anderes. Diese enthalten kein sog. Zitiergebot. 15

bb) Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. 16

(1) Das setzt die Bereitstellung von Haushaltsmitteln für die befristete Beschäftigung in einem Haushaltsplan und die Vergütung des Arbeitnehmers 17

aus diesen Haushaltsmitteln voraus. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ist zudem erforderlich, dass die Haushaltsmittel im Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung ausgebracht sind. Die für die Vergütung des befristet eingestellten Arbeitnehmers verfügbaren Haushaltsmittel müssen für eine Aufgabe von nur vorübergehender Dauer vorgesehen sein. Es muss sich um Tätigkeiten handeln, die nicht dauerhaft, sondern nur zeitweilig anfallen. Dabei müssen die Rechtsvorschriften, mit denen die Haushaltsmittel ausgebracht werden, selbst die inhaltlichen Anforderungen für die im Rahmen der befristeten Arbeitsverträge auszuübenden Tätigkeiten oder die Bedingungen, unter denen sie auszuführen sind, enthalten. Die Vergütung des Arbeitnehmers muss aus Haushaltsmitteln erfolgen, die mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung für eine nur vorübergehende Beschäftigung versehen sind. Der Arbeitnehmer muss überwiegend entsprechend dieser Zwecksetzung beschäftigt werden (*vgl. BAG 17. März 2010 - 7 AZR 843/08 - Rn. 10 mwN, AP TzBfG § 14 Haushalt Nr. 16*).

(2) Sachlich gerechtfertigt ist es nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats auch, Haushaltsmittel, die aufgrund der zeitlich begrenzten Abwesenheit von Planstellen- und Stelleninhabern zur Verfügung stehen, zu nutzen, um einen bestehenden Arbeitskräftebedarf befristet abzudecken. Ermöglicht der Haushaltsgesetzgeber die Einstellung von Arbeitnehmern nur insoweit, als Haushaltsmittel zB durch Sonderurlaub frei werden, steht das der Entscheidung gleich, durch die eine bestimmte Personalstelle gestrichen oder lediglich für eine gewisse Zeit bewilligt wird und anschließend entfallen soll (*vgl. BAG 14. Januar 2004 - 7 AZR 342/03 - zu II 2 c der Gründe, AP TzBfG § 14 Nr. 8 = EzA TzBfG § 14 Nr. 5*). Daran knüpft § 6 Abs. 8 Satz 1 HG NW 2009 an. Die Haushaltsnorm bestimmt, dass Planstellen und Stellen für Zeiträume, in denen Stelleninhaberinnen und Stelleninhabern vorübergehend keine oder keine vollen Bezüge zu gewähren sind, im Umfang der nicht in Anspruch genommenen Planstellen- oder Stellenanteile für die Beschäftigung von beamteten Hilfskräften und Aushilfskräften in Anspruch genommen werden können. Das Merkmal der Aushilfskraft orientiert sich nach der Rechtsprechung des Senats

18

an den Sachgründen des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung und der Vertretung eines anderen Arbeitnehmers. Beides sind Aufgaben von vorübergehender Dauer, die der nationale Gesetzgeber als Sachgründe für die befristete Beschäftigung in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG anerkannt hat.

(3) Die für die Aushilfskraft iSd. § 6 Abs. 8 Satz 1 HG NW 2009 geltenden Anforderungen müssen allerdings nicht den Anforderungen an die Sachgründe in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 3 TzBfG genügen. Sonst hätte der Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG im Verständnis der bisherigen Senatsrechtsprechung keine eigenständige Bedeutung. Deshalb können die nach § 6 Abs. 8 Satz 1 HG NW 2009 an den Begriff der Aushilfskraft zu stellenden Anforderungen hinter den Voraussetzungen der genannten Sachgründe zurückbleiben. Sie müssen aber noch eine dem verfassungsrechtlichen Untermaßverbot und den unionsrechtlichen Anforderungen genügende Befristungskontrolle ermöglichen. Das erfordert einen erkennbaren Zusammenhang zwischen der Abwesenheit des Planstellen- oder Stelleninhabers und der Beschäftigung des Aushilfsangestellten (*vgl. BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 193/06 - Rn. 16, BAGE 121, 236*). 19

(4) Wird der befristet eingestellte Arbeitnehmer in derselben Dienststelle beschäftigt wie der vorübergehend beurlaubte Planstellen- oder Stelleninhaber vor seiner Beurlaubung, muss der Bedarf an der Arbeitsleistung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers nicht auf einer angestiegenen Arbeitsmenge beruhen, sondern kann - ähnlich wie beim Sachgrund der Vertretung - darauf zurückzuführen sein, dass die in der Dienststelle gewöhnlich anfallende Arbeitsmenge durch die vorhandene Belegschaft nicht abgedeckt wird. Anders als beim Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG ist aber kein Kausalzusammenhang zwischen der befristeten Beschäftigung der Aushilfskraft und dem durch die vorübergehende Abwesenheit des Planstellen- oder Stelleninhabers in der Dienststelle entstehenden Arbeitskräftebedarf erforderlich. § 6 Abs. 8 Satz 1 HG NW 2009 verlangt nicht, dass der befristet beschäftigte Arbeitnehmer zur Vertretung des vorübergehend abwesenden 20

Planstellen- oder Stelleninhabers oder eines anderen Arbeitnehmers eingestellt worden ist. Eine rechtliche und fachliche Austauschbarkeit der Aushilfskraft mit dem vorübergehend abwesenden Planstellen- oder Stelleninhaber ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn der befristet Beschäftigte Aufgaben wahrnimmt, die sonst einem oder mehreren anderen Arbeitnehmern der Dienststelle übertragen worden wären, die dem Arbeitsbereich des vorübergehend abwesenden Planstellen- oder Stelleninhabers angehören (*vgl. BAG 22. April 2009 - 7 AZR 535/08 - Rn. 24 mwN, USK 2009-133*).

cc) In Anwendung dieser Rechtsprechung hat das Landesarbeitsgericht 21
rechtsfehlerfrei erkannt, dass die streitgegenständliche Befristungsabrede wegen der zeitlich nur begrenzten Verfügbarkeit von Haushaltsmitteln iSv. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG sachlich gerechtfertigt ist.

(1) Die Klägerin wurde aus im Haushaltsplan NRW 2009 ausgewiesenen 22
Haushaltsmitteln vergütet, die dem beklagten Land bei Vertragsschluss aufgrund der elternzeitbedingten Abwesenheit der Lehrkraft Frau D zur Beschäftigung von Aushilfskräften iSv. § 6 Abs. 8 Satz 1 HG NW 2009 zur Verfügung standen. § 6 Abs. 8 HG NW 2009 enthält eine konkrete Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung. Mit dieser Regelung hat der Haushaltsgesetzgeber für Aushilfskräfte keine neuen Stellen eingerichtet oder zusätzliche Mittel bewilligt, sondern die Landesverwaltung auf die vorhandenen Stellen und die dafür im Haushaltsplan eingestellten Mittel verwiesen und damit die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Einstellung von Beschäftigten mit kalendermäßig befristeten Arbeitsverhältnissen geschaffen. Durch die Verknüpfung mit nur vorübergehend freien Planstellen oder Stellenanteilen ist sichergestellt, dass die Beschäftigungsmöglichkeit nur befristet zur Verfügung steht (*vgl. zur wortgleichen Vorgängerregelung des § 7 Abs. 3 HG NW 2004/2005 BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 193/06 - Rn. 14 ff., BAGE 121, 236*).

(2) Die Klägerin ist auch entsprechend der haushaltsrechtlichen Zwecksetzung - also als Aushilfskraft - beschäftigt worden. 23

(3) Ferner bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Prognose des beklagten Landes zum Bereitstehen ausreichender Haushaltsmittel für die Vergütung der Klägerin während der gesamten Vertragslaufzeit (*also auch noch für die Zeit vom 1. Januar bis 26. März 2010*) nicht gerechtfertigt gewesen sein könnte. Die Klägerin hat dies nicht problematisiert; im Übrigen enthält das Gesetz über die Feststellung des Haushaltsplans des Landes Nordrhein-Westfalen für das Haushaltsjahr 2010 vom 17. Dezember 2009 (- *HG NW 2010 - GV NRW 2009 S. 878*) unter § 6 Abs. 8 eine mit § 6 Abs. 8 HG NW 2009 identische Regelung zur Stellenführung.

24

b) Allerdings hat der Senat in jüngeren Entscheidungen daran gezweifelt, ob die Anwendung und Auslegung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG mit § 5 Nr. 1 Buchst. a der in der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (*Rahmenvereinbarung*) vereinbar ist (*vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 7 AZR 394/10 - Rn. 38, AP TzBfG § 14 Nr. 89 = EzA TzBfG § 14 Nr. 83; 27. Oktober 2010 - 7 AZR 485/09 (A) - BAGE 136, 93*). Nach Auffassung des Senats ist weder vom Gerichtshof abschließend geklärt noch offenkundig, ob die haushaltsrechtliche Befristung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG insbesondere unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes mit § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung in Einklang steht. Mit dem Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG wird für Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Sektor zusätzlich zu den auch dort vom nationalen Gesetzgeber vorgesehenen Sachgründen ein Rechtfertigungsgrund zugelassen, der für Arbeitsverhältnisse in der Privatwirtschaft nicht zur Verfügung steht. Der Senat hat daher in einem - mittlerweile ohne Entscheidung erledigten - Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV den Gerichtshof der Europäischen Union (*Gerichtshof*) um Klärung ersucht, ob es mit Unionsrecht vereinbar ist, seine Rechtsprechung zum nationalen Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG uneingeschränkt fortzuführen (*BAG 27. Oktober 2010 - 7 AZR 485/09 (A) - aaO; vgl. zu einer vorangegangenen, später gleichfalls erledigten Vorlage zum Gerichtshof LAG Köln 13. April 2010 - 7 Sa 1224/09 - LAGE § 14*

25

TzBfG Nr. 57 und hierzu die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 15. September 2011 in der Rechtssache C-313/10 [Jansen]).

- c) Ob es auch im vorliegenden Verfahren einer Klärung bedarf, inwieweit unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben an der vom Landesarbeitsgericht zugrunde gelegten Rechtsprechung des Senats zu einer „Haushaltsbefristung“ uneingeschränkt festgehalten werden kann, vermag auf der Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts nicht beurteilt zu werden. 26
- aa) Ein - erneutes - Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV kommt nur in Betracht, wenn die Entscheidung des Gerichtshofs über die unionsrechtliche Fragestellung zum Erlass des Urteils erforderlich ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das mit Art. 267 AEUV eingerichtete Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit dem der Gerichtshof diesen Gerichten Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts gibt, die sie zur Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits benötigen (*vgl. ua. EuGH 24. März 2009 - C-445/06 - [Danske Slagterier] Rn. 65, Slg. 2009, I-2119; BAG 15. Dezember 2011 - 7 AZR 394/10 - Rn. 40 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 89 = EzA TzBfG § 14 Nr. 83*). Auch wenn im Rahmen dieser Zusammenarbeit grundsätzlich eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Fragen zum Unionsrecht spricht, besteht die dem Gerichtshof übertragene Aufgabe bei Vorabentscheidungsersuchen jedenfalls darin, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber darin, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben (*vgl. ua. EuGH 11. März 2010 - C-384/08 - [Attanasio Group] Rn. 28, Slg. 2010, I-2055; BAG 15. Dezember 2011 - 7 AZR 394/10 - Rn. 40 mwN, aaO*). 27
- bb) Im vorliegenden Streitfall muss noch geklärt werden, ob die Frage der Vereinbarkeit der Befristung aus haushaltsrechtlichen Gründen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG mit Unionsrecht entscheidungserheblich ist. 28
- (1) Das beklagte Land hat sich zur Rechtfertigung der streitgegenständlichen Befristung auch auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG („*Vertretungsbefris-* 29

tung“) berufen. Es hat hierzu ausgeführt, die Klägerin habe Frau D überwiegend unmittelbar vertreten. Gegen diese Annahme spreche nicht, dass die Klägerin anders als die vertretene Lehrkraft nicht nur Englisch und Deutsch unterrichtet habe. An einer Hauptschule - dem Einsatzort der Klägerin - werde nicht nach dem Fachlehrerprinzip, sondern nach dem Klassenlehrerprinzip unterrichtet, was zugleich bedeute, dass viele Fächer fachfremd unterrichtet würden. Im Übrigen hat sich das beklagte Land auf eine mittelbare Vertretung berufen, soweit es um das von der Klägerin unterrichtete Fach Arbeitslehre Technik im Wahlpflichtbereich der Stufen 9/10 ginge, für das spezifische Kenntnisse erforderlich seien. Hier habe ein weiterer Lehrer dieses Fachs - Herr P - einige an sich von der Klägerin in Vertretung von Frau D zu unterrichtende Deutschstunden übernommen, während die Klägerin im selben Umfang die sonst von Herrn P zu unterrichtenden Stunden im Fach Arbeitslehre Technik abgedeckt habe.

(2) Nach diesem Vorbringen kommt das Vorliegen des Sachgrunds der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG in Betracht. 30

(a) Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. 31

(aa) Der Grund für die Befristung liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend wegen Krankheit oder aus sonstigen Gründen ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Damit besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis. Teil des Sachgrunds ist daher eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs durch die Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Der Sachgrund der Vertretung setzt des Weiteren einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung des Vertreters voraus. Der Einsatz des befristet beschäftigten Arbeitnehmers muss wegen des Arbeitskräftebedarfs erfolgen, der durch die vorübergehende Abwesenheit des zu vertretenden Mitarbeiters entsteht. Die 32

Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs durch den Arbeitgeber richten sich dabei nach der Form der Vertretung. In den Fällen der unmittelbaren Vertretung hat der Arbeitgeber darzulegen, dass der Vertreter nach dem Arbeitsvertrag mit Aufgaben betraut worden ist, die zuvor dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer übertragen waren. Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Arbeitnehmers nicht von dem Vertreter, sondern einem anderen Arbeitnehmer oder mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (*mittelbare Vertretung*), hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen. Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter nie ausgeübt hat, besteht der erforderliche Kausalzusammenhang gleichwohl, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer im Falle seiner Anwesenheit die dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu übertragen. In diesem Fall ist allerdings zur Gewährleistung des Kausalzusammenhangs zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft erforderlich, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten nach außen erkennbar gedanklich zuordnet. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag geschehen (*vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 17 mwN, EzA TzBfG § 14 Nr. 86*).

(bb) Entscheidend ist ausschließlich, ob zum Zeitpunkt der streitbefangenen Befristungsabrede ein Vertretungsfall vorlag. Darauf, ob ein ständiger Vertretungsbedarf bestand, den der Arbeitgeber ebenso durch eine Personalreserve von unbefristet eingestellten Arbeitnehmern abdecken könnte, kommt es für die Beurteilung des Vorliegens des Sachgrunds der Vertretung nicht an. Auch sind weder an den sachlichen Grund mit zunehmender Anzahl der aufeinanderfolgenden befristeten Verträge „gesteigerte Anforderungen“ zu stellen noch ändert sich der Prüfungsmaßstab bei der vom Arbeitgeber in Fällen der Vertretungsbe-
fristung anzustellenden Prognose (*BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 15, EzA TzBfG § 14 Nr. 86*).

33

(b) Hiernach liegt nah, dass die im Vertrag vom 29. Juli 2009 vereinbarte Befristung auf dem Ausfall der Lehrkraft Frau D beruht. Es handelt sich hinsichtlich der Unterrichtsstunden, die Frau D im Fall ihrer Anwesenheit gegeben hätte, um einen Fall der unmittelbaren Vertretung, und hinsichtlich des Unterrichts im Fach Arbeitslehre Technik um einen Fall der mittelbaren Vertretung. Das beklagte Land hat den erforderlichen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall der Lehrkraft Frau D und der befristeten Einstellung der Klägerin auch hinreichend dargelegt. Dem Einwand der Klägerin, sie sei in anderen Fächerkombinationen eingesetzt als Frau D, ist es - nachvollziehbar - mit dem Verweis auf das Klassenlehrerprinzip begegnet. Allerdings kann der Senat eine abschließende rechtliche Würdigung hierzu nicht treffen. Das Landesarbeitsgericht hat ausdrücklich dahinstehen lassen, ob der Sachgrund der Vertretung vorliegt, auch wenn es Umstände benannt hat, die für diesen Sachgrund sprechen. Feststellungen, die den Schluss auf eine Vertretungskonstellation zulassen, sind dem angefochtenen Urteil aber allenfalls wegen des in ihm enthaltenen Verweises auf die Schriftsätze der Parteien und den nicht tragenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen zu entnehmen. Vor allem jedoch stützte sich eine eigenständige Würdigung des Senats zum großen Teil auf neuen Sachvortrag des beklagten Landes in seiner Berufungserwiderung, zu dem sich die Klägerin in der Tatsacheninstanz nicht mehr geäußert hat.

34

(3) Ungeachtet der Frage, ob der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vorliegt, ist noch zu klären, ob die streitgegenständliche Befristung ggf. missbräuchlich ist.

35

(a) Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds der Vertretung beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, alle Umstände des Einzelfalls und dabei namentlich die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete

36

Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen (ausf. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 37, EzA TzBfG § 14 Nr. 86). Sie ist nicht nur dann veranlasst, wenn die streitgegenständliche (meistens die letzte) Befristung auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gestützt wird, sondern auch dann, wenn diese aus anderen Gründen - etwa nach dem Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG - gerechtfertigt sein soll. Eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung hängt nicht - jedenfalls nicht ausschließlich - davon ab, welcher Sachgrund für die zur gerichtlichen Überprüfung gestellte Befristungsabrede vorliegt.

(b) Die nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs vorzunehmende Prüfung verlangt eine Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls (vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40, 43, 51, 55, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80; BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 40, EzA TzBfG § 14 Nr. 86). Von besonderer Bedeutung sind die Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie die Anzahl der Vertragsverlängerungen (BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 44, aaO). Ferner ist der Umstand zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wird oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt. Auch wenn ein ständiger Vertretungsbedarf der Annahme des Sachgrunds der Vertretung nicht entgegensteht und daher geeignet ist, die Befristung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vertreter zu rechtfertigen, ist er dennoch ein Umstand, der im Rahmen einer umfassenden Missbrauchskontrolle in die Gesamtwürdigung einbezogen werden kann. Bei zunehmender Anzahl und Dauer der jeweils befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann es eine missbräuchliche Ausnutzung der dem Arbeitgeber an sich rechtlich eröffneten Befristungsmöglichkeit darstellen, wenn er gegenüber einem bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmer trotz der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einer dauerhaften Einstellung immer wieder auf befristete Verträge zurückgreift (BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 45 mwN, aaO). Zu berücksichtigen ist außerdem die Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge sowie die Frage, ob und in welchem Maße die

37

vereinbarte Befristungsdauer zeitlich hinter dem zu erwartenden Vertretungsbedarf zurückbleibt. Wird trotz eines tatsächlich zu erwartenden langen Vertretungsbedarfs in rascher Folge mit demselben Arbeitnehmer eine Vielzahl kurzfristiger Arbeitsverhältnisse vereinbart, liegt die Gefahr des Gestaltungsmissbrauchs näher, als wenn die vereinbarte Befristungsdauer zeitlich nicht hinter dem prognostizierten Vertretungsbedarf zurückbleibt (*BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 46, aaO*). Bei der Gesamtwürdigung können daneben zahlreiche weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Zu denken ist dabei insbesondere an branchenspezifische Besonderheiten etwa bei Saisonbetrieben. Auch können bei der Gesamtbeurteilung grundrechtlich gewährleistete Freiheiten von beträchtlicher Bedeutung sein. Dies gilt insbesondere für die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film, aber auch für die in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre (*BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 47, aaO*).

(c) Das Landesarbeitsgericht hat - nach der früheren Senatsrechtsprechung konsequent - keine Missbrauchskontrolle durchgeführt. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ist aber eine solche Kontrolle weder von vornherein nicht veranlasst noch kann der Senat zu der Annahme gelangen, dass das beklagte Land die Möglichkeit der Vertretungs- oder auch der Haushaltsbefristung rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. 38

(aa) Der Senat hat sich in seinen zwei grundsätzlichen Entscheidungen zur Missbrauchskontrolle näherer quantitativer Angaben dazu enthalten, wo die zeitlichen und/oder zahlenmäßigen Grenzen für einen Missbrauch genau liegen (*vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 43, 48, EzA TzBfG § 14 Nr. 86 und - 7 AZR 783/10 - Rn. 43, NZA 2012, 1359*). Er hat aber grobe Orientierungshilfen gegeben (*vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 783/10 - Rn. 43, aaO*). Zur Bestimmung der Schwelle einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung von Sachgrundbefristungen kann zum einen an die gesetzlichen Wertungen in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG angeknüpft werden. Die Vorschrift macht eine Ausnahme von dem Erfordernis der Sachgrundbefristung und erleichtert damit den Ab- 39

schluss von befristeten Verträgen bis zu der festgelegten Höchstdauer von zwei Jahren bei maximal dreimaliger Verlängerungsmöglichkeit. Sie kennzeichnet den nach Auffassung des Gesetzgebers unter allen Umständen unproblematischen Bereich. Ist ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG gegeben, lässt erst das erhebliche Überschreiten dieser Grenzwerte den Schluss auf eine missbräuchliche Gestaltung zu. Zumindest regelmäßig besteht hiernach bei Vorliegen eines die Befristung an sich rechtfertigenden Sachgrunds kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle, wenn die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für die sachgrundlose Befristung bezeichneten Grenzen nicht um ein Mehrfaches überschritten sind. Werden diese Grenzen jedoch alternativ oder insbesondere kumulativ mehrfach überschritten, ist eine umfassende Missbrauchskontrolle geboten, in deren Rahmen es Sache des Arbeitnehmers ist, noch weitere für einen Missbrauch sprechende Umstände vorzutragen. Werden die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen alternativ oder insbesondere kumulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten, kann eine missbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indiziert sein. In einem solchen Fall hat allerdings der Arbeitgeber regelmäßig die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften (*BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 783/10 - Rn. 43 mwN, aaO*). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der Senat bei einer Dauer von insgesamt sieben Jahren und neun Monaten bei vier befristeten Arbeitsverhältnissen sowie keinen weiteren - vom Arbeitnehmer vorzutragenden - Umständen keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch gesehen (*vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 783/10 - Rn. 44, aaO*), während er bei einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und einer Anzahl von 13 Befristungen sowie einer gleichbleibenden Beschäftigung zur Deckung eines ständigen Vertretungsbedarfs davon ausgegangen ist, die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit der Vertretungsbefristung sei indiziert, könne aber vom Arbeitgeber noch widerlegt werden (*vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 49, aaO*).

(bb) Vorliegend sind die für die Missbrauchsprüfung ausschlaggebenden Umstände - insbesondere die Anzahl und Dauer der vorangegangenen befriste-

40

ten Arbeitsverträge - nicht näher festgestellt. Das angefochtene Urteil verweist insofern nur auf eine gleichbleibende ununterbrochene Beschäftigung seit dem 6. September 2004 „aufgrund mehrerer befristeter Verträge“. Die Gesamtdauer der befristeten Vertragsgestaltung - einschließlich der letzten Befristung knapp mehr als 5 ½ Jahre - mag nicht derart lang erscheinen, dass Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch bestehen. Hingegen hat die Klägerin (*in der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, auf die ihre Revisionsbegründung zulässig Bezug nimmt*) auf einen Tätigkeitsbeginn beim beklagten Land bereits am 18. September 2003 verwiesen (*das ergäbe eine Gesamtdauer von knapp mehr als 6 ½ Jahren*). Vor allem aber deuten die angegebene Anzahl der Befristungen (13) und ihre jeweiligen Gründe (*Vertretungsbedarf*) sowie die zT nur kurz andauernden einzelnen Befristungen von wenigen Monaten durchaus darauf, dass eine Missbrauchskontrolle veranlasst sein könnte. Die Klägerin hat diese Aspekte zwar erstmals in der Revisionsinstanz vorgetragen. Ihr neues Vorbringen ist aber (*ausnahmsweise*) zu berücksichtigen, weil es - jedenfalls überwiegend - unstreitig ist (*vgl. dazu BAG 27. April 2000 - 6 AZR 861/98 - zu II 2 b der Gründe, AP BMT-G II § 14 Nr. 1*). Außerdem bestand nach der früheren Senatsrechtsprechung noch keine Veranlassung, in der Tatsacheninstanz hierzu näher vorzutragen. Noch nicht näher geklärt ist auch, ob vorliegend von einem „Dauervertretungsbedarf“ auszugehen ist, der zwar dem Sachgrund der Vertretung nicht grundsätzlich entgegensteht (*vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 50, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80*), aber als ein Aspekt sehr wohl in die Missbrauchskontrolle einzustellen ist (*vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 45, EzA TzBfG § 14 Nr. 86*). Auch hatte das beklagte Land bisher weder Veranlassung noch Gelegenheit, vor dem Hintergrund der geänderten Senatsrechtsprechung zum rechtlichen Gesichtspunkt einer Missbrauchskontrolle - auch dazu, ob sie überhaupt veranlasst ist - vorzutragen.

(4) Das Landesarbeitsgericht hat daher noch aufzuklären und zu prüfen, ob eine Missbrauchskontrolle veranlasst ist und diese erforderlichenfalls durchzu-

41

führen. Falls es einen Gestaltungsmissbrauch verneinen sollte, hätte es ferner zu prüfen, ob der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vorliegt. Erst wenn dies verneint würde, käme es auf die Vereinbarkeit des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG mit Unionsrecht an. Insoweit wird auf den Beschluss des Senats vom 27. Oktober 2010 verwiesen (- 7 AZR 485/09 (A) - BAGE 136, 93).

Linsenmaier

Zwanziger

Schmidt

Schuh

Spie