BUNDESARBEITSGERICHT

7 AZR 761/11
3 Sa 69/11
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Juli 2013

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger und Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gerschermann und Klenter für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 14. September 2011 - 3 Sa 69/11 - aufgehoben.

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

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung des zuletzt zwischen ihnen geschlossenen Arbeitsvertrags. 1

Die Klägerin war - mit teilweise mehrmonatigen Unterbrechungen - seit dem 7. November 2000 aufgrund befristeter Verträge bei der Beklagten angestellt, zuletzt auf der Grundlage von vier aufeinanderfolgenden Arbeitsverträgen in der Zeit vom 1. März 2006 bis zum 31. Dezember 2009. Insgesamt beruhte das Beschäftigungsverhältnis der Parteien auf folgenden Verträgen: 2

Arbeits-/Änderungsvertrag	Beschäftigungszeitraum
24. Oktober 2000:	7. November 2000 bis 31.Dezember 2000
12. September 2001:	18. September 2001 bis 31. Dezember 2001
14. Dezember 2001:	Verlängerung bis 31. März 2002
9. August 2002:	20. August 2002 bis 31. Dezember 2002 Dieses Arbeitsverhältnis wurde durch Auflösungsvertrag vom 30. August 2002 beendet.
22. Juli 2004:	3. August 2004 bis 31. Dezember 2004

21. Januar 2005:	1. Februar 2005 bis 31. Juli 2005
10. Februar 2006:	1. März 2006 bis 30. November 2006
13. Oktober 2006:	Verlängerung bis 31. März 2008
26. Februar 2007:	Verlängerung bis 31. Dezember 2008
10. Dezember 2008:	1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2009

Nach § 2 des Arbeitsvertrags vom 10. Dezember 2008 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit *(TV-BA)* und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Als Befristungsgrund war in einem von den Parteien unterzeichneten Vermerk zum Arbeitsvertrag angegeben: „Vertretung der anderweitig beauftragten Stelleninhaberin“. 3

Ab dem 1. Januar 2008 standen den Agenturen für Arbeit befristet bis zum 31. Dezember 2009 Ausgabeermächtigungen im Rahmen des Programms WeGebAU *(Weiterbildung Geringqualifizierter und beschäftigter Älterer in Unternehmen)* zur Verfügung. Damit wurden Stellen für sogenannte Weiterbildungsberater finanziert. Die Tätigkeit sollte ab Mitte 2008 ausgewählten Arbeitsvermittlern übertragen werden. Die Agentur für Arbeit B setzte die Angestellte Dr. M in dieser Funktion ein. Frau Dr. M übte die Funktion als Weiterbildungsberaterin ab dem 1. Mai 2008 aus und wurde ab dem 1. August 2008 entsprechend förmlich beauftragt. Planmäßig ist sie als Arbeitsvermittlerin mit Beratungsaufgaben auf der Tätigkeitsebene IV beschäftigt. Die Klägerin wurde auf derselben Tätigkeitsebene als Arbeitsvermittlerin mit Beratungsaufgaben eingesetzt, ohne dieselben Tätigkeiten zu verrichten wie Frau Dr. M vor ihrer Abordnung. Nach Widerruf der Beauftragung ordnete die Beklagte Frau Dr. M im Rahmen einer Personalentwicklungsmaßnahme als Programmberaterin für die Zeit vom 21. September 2009 bis zum 20. März 2010 zur Regionaldirektion 4

Nordrhein-Westfalen ab. Im Anschluss daran wurden ihr wieder die planmäßigen Aufgaben als Arbeitsvermittlerin mit Beratungsaufgaben übertragen.

5 Mit der Befristungskontrollklage vom 23. Dezember 2009 hat die Klägerin die Auffassung vertreten, die Befristung sei mangels eines Sachgrunds unwirksam. Der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liege nicht vor. Er setze den „Ausfall“ einer Stammkraft voraus. Bei der Vertretung eines mit anderen Aufgaben beauftragten Mitarbeiters sei diese Anforderung nicht erfüllt, weil die Stammkraft weiterhin Arbeitsleistungen für den Arbeitgeber erbringe. Aber selbst unter Berücksichtigung der vom Senat zwischenzeitlich anerkannten Grundsätze, dass ein Vertretungsbedarf auch durch Abordnung des Stammarbeitnehmers entstehen könne, sei hier kein Vertretungsfall gegeben. Die Stammarbeitnehmerin Dr. M sei bereits im Mai 2008 im Rahmen des WeGebAU-Projekts auf Weisung der Beklagten als Weiterbildungsberaterin eingesetzt worden. Dadurch fehle es an einer hinreichenden Verbindung ihrer Abordnung zu der Neueinstellung der Klägerin ab dem 1. Januar 2009. Dies werde durch den Umstand unterstrichen, dass die Klägerin nicht dieselben Tätigkeiten verrichtet habe wie Frau Dr. M. Die Befristung sei auch nicht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gerechtfertigt. Der Arbeitskräftebedarf habe nicht nur vorübergehend bestanden. Die Weiterbildung Geringqualifizierter und älterer Arbeitnehmer in Unternehmen zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit sei eine Daueraufgabe. Allein die Ungewissheit, ob der künftige Haushaltsplan finanzielle Mittel zur Verfügung stelle, genüge zur Rechtfertigung der Befristung nicht. Im Übrigen sei die streitgegenständliche Befristung auch deshalb unwirksam, weil mit insgesamt zehn befristeten Arbeitsverträgen über einen Zeitraum von - wenn auch mit Unterbrechungen - neun Jahren eine rechtsmissbräuchliche „Befristungskette“ vorliege.

6 Die Klägerin hat beantragt

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Befristungsabrede vom 10. Dezember 2008 zum 31. Dezember 2009 geendet hat, und
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin über den

31. Dezember 2009 hinaus bis zur Rechtskraft der Entscheidung zu ansonsten unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß dem Arbeitsvertrag vom 10. Dezember 2008 als vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, die Befristung des zuletzt mit der Klägerin geschlossenen Vertrags sei nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt, da die Klägerin zur Vertretung der Mitarbeiterin Dr. M eingestellt worden sei. Der Ausfall eines Mitarbeiters liege nicht nur vor, wenn dieser zeitweise überhaupt keine Arbeitsleistung mehr für den Arbeitgeber erbringe, sondern auch dann, wenn er innerhalb der Dienststelle vorübergehend mit anderen Aufgaben betraut werde. Hier habe die Klägerin Frau Dr. M vertreten, während diese als Weiterbildungsberaterin beschäftigt worden und deshalb auf ihrem Stammarbeitsplatz ausgefallen sei. Dabei sei von vornherein geplant gewesen, dass Frau Dr. M anschließend wieder auf ihre Stelle als Arbeitsvermittlerin mit Beratungsaufgaben zurückkehre. Der Umstand, dass die Klägerin nicht dieselben Tätigkeiten verrichtet habe wie Frau Dr. M zuvor, beruhe auf organisatorischen Gründen. Die befristete Einstellung eines Arbeitnehmers hindere den Arbeitgeber nicht, die vorhandene Arbeitsmenge anderweitig zu verteilen und seine Arbeitsorganisation zu ändern. Außerdem liegt nach Auffassung der Beklagten der Fall eines vorübergehenden Mehrbedarfs an der Arbeitsleistung vor, der die Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG rechtfertige. Bei der Beschäftigung der Weiterbildungsberater im Rahmen des bis Ende des Jahres 2009 zeitlich befristeten Sonderprogramms WeGebAU habe es sich um eine zusätzliche, nicht auf Dauer angelegte Aufgabe gehandelt. Die Beklagte hat schließlich die Auffassung vertreten, aufgrund der mehrfachen und länger andauernden Unterbrechungen fehle es am Vorliegen einer Befristungskette, so dass sich die Klägerin nicht auf einen Rechtsmissbrauch berufen könne. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Klägerin das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die 8

Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der Befristungsabrede vom 10. Dezember 2008 zum 31. Dezember 2009 beendet worden ist. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts scheidet eine Vertretungsbefristung nicht immer aus, wenn der Arbeitgeber einer Stammkraft zeitweise andere Tätigkeiten zuweist und deren eigentliche Aufgaben einer dafür eingestellten Vertretungskraft überträgt. Vielmehr ist nach der inzwischen entwickelten Senatsrechtsprechung *(BAG 16. Januar 2013 - 7 AZR 661/11 - und - 7 AZR 662/11 -; 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 -)* danach zu unterscheiden, ob ein Fall der unmittelbaren bzw. mittelbaren Vertretung vorliegt, die auch bei einer „Abordnung“ der Stammkraft einen befristeten Arbeitsvertrag grundsätzlich rechtfertigen kann, oder ob von einem Fall der sogenannten gedanklichen Zuordnung auszugehen ist, bei dem diese Möglichkeit ausscheidet. Der Rechtsstreit ist nicht entscheidungsreif. Das Landesarbeitsgericht hat - bei seiner Lösung konsequent - bisher weder Feststellungen dazu getroffen, ob die Klägerin Frau Dr. M zumindest mittelbar vertreten hat, noch hat es Erwägungen zu der von der Beklagten bei Abschluss des streitgegenständlichen befristeten Vertrags zu treffenden Prognose angestellt, ob Frau Dr. M nach Beendigung ihrer Tätigkeit als Weiterbildungsberaterin wieder auf ihren ursprünglichen Arbeitsplatz zurückkehren würde. Die Befristung ist auch nicht wegen eines vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung der Klägerin gerechtfertigt. Ferner ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Befristungskette gegeben sind. Der auf Weiterbeschäftigung gerichtete Klageantrag zu 2. fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 9

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zwar davon ausgegangen, dass die von der Klägerin rechtzeitig mit einer Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG angegriffene letzte Befristung des Arbeitsvertrags der Rechtfertigung durch einen Sachgrund bedurfte. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG sei nicht erfüllt, wenn der Arbeitgeber einer Stammkraft zeitweise andere Tätigkeiten zuweise und die eigentlichen Aufgaben einer dafür eingestellten Vertretungskraft übertrage, ist dagegen rechtsfehlerhaft. 10

1. Der Grund für die Befristung liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Arbeitnehmers rechnet. Für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Arbeitnehmer obliegenden Aufgaben durch einen Vertreter besteht von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis. Der Sachgrund der Vertretung setzt daher einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung des Vertreters voraus. Der Einsatz des Vertreters muss wegen des Arbeitskräftebedarfs erfolgen, der durch die vorübergehende Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers entsteht. Nimmt der Arbeitgeber den Vertretungsfall zum Anlass für eine befristete Beschäftigung, ist aufgrund der Umstände bei Vertragsschluss zu beurteilen, ob der Bedarf für die Beschäftigung des Vertreters auf die Abwesenheit des zeitweilig ausfallenden Arbeitnehmers zurückzuführen ist *(BAG 6. Oktober 2010 - 7 AZR 397/09 - Rn. 19 bis 21 mwN, BAGE 136, 17; 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 21)*. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann auch durch die vorübergehende Abordnung der Stammkraft ein Vertretungsbedarf iSd. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG entstehen. In den Fällen der unmittelbaren und der mittelbaren Vertretung erfordert es der Sachgrund der Vertretung nicht, dass der zu vertretende Arbeitnehmer an der Erbringung der Arbeitsleistung insgesamt verhindert ist. Anderes gilt in Fällen der sog. gedanklichen Zuordnung. Dies ergibt die Auslegung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG *(BAG 16. Januar 2013 - 7 AZR 661/11 - Rn. 14 ff.; 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 22 ff.)*. 11

a) Im Falle der Abordnung der Stammkraft kann deren unmittelbare oder mittelbare Vertretung die Befristung des Arbeitsverhältnisses der Vertretungskraft rechtfertigen. 12

aa) Bereits der Wortsinn des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG spricht dafür, dass der Sachgrund der Vertretung nicht notwendig die vollständige Abwesenheit des „anderen Arbeitnehmers“ vom Betrieb oder Unternehmen voraussetzt, sondern es genügt, wenn dieser - gleich aus welchem Grund - an der Erbringung der „eigentlich“ geschuldeten Arbeitsleistung verhindert ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Arbeitsleistung im Wege der unmittelbaren Vertretung dem Vertreter übertragen wird. Dieser wird dann „zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers“ beschäftigt. Insbesondere kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht darauf an, ob der Vertretungsbedarf seinen Grund in der Sphäre des zu vertretenden Arbeitnehmers oder in der Sphäre des Arbeitgebers hat *(BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 23)*. 13

bb) Die Gesetzesgeschichte bestätigt diese Auslegung. In der amtlichen Begründung zu § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG heißt es, ein Vertretungsfall liege vor, wenn durch den zeitweiligen Ausfall eines Arbeitnehmers, zB aufgrund „Krankheit, Beurlaubung, Einberufung zum Wehrdienst, Abordnung ins Ausland“, ein vorübergehender Bedarf zur Beschäftigung eines anderen Arbeitnehmers entsteht *(BT-Drucks. 14/4374 S. 19)*. Das letzte Beispiel zeigt, dass der Sachgrund der Vertretung nicht nur in Fällen der vom Arbeitgeber nicht beeinflussbaren Abwesenheit der Stammkraft, sondern auch dann in Betracht kommt, wenn die Abwesenheit der Stammkraft von „ihrem“ Stammarbeitsplatz auf einer Entscheidung des Arbeitgebers beruht. Da die genannten Beispielfälle nicht abschließend sind, kann auch nicht angenommen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein Vertretungsfall nur bei einer Abordnung ins Ausland vorliegen könne. Vielmehr besteht der Bedarf, die Arbeitsleistung des abgeordneten Arbeitnehmers zu ersetzen, auch bei einer Abordnung im Inland *(BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 24)*. 14

cc) Das Ergebnis wird durch die Systematik des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG gestützt. Die Vertretungsbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG ist ein 15

Unterfall des vorübergehenden „betrieblichen“ Bedarfs an Arbeitsleistung iSv. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG. Die Sachgründe unterscheiden sich nur darin, dass bei der Vertretung der Bedarf an Arbeitskräften unverändert besteht und nur der Ausfall eines oder mehrerer Mitarbeiter kompensiert werden soll, während im Fall des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ein vorübergehender Arbeitskräftemehrbedarf besteht. Der systematische Zusammenhang dieser Sachgründe lässt daher den Schluss zu, dass die den vorübergehenden Vertretungsbedarf begründenden „betrieblichen“ Umstände nicht notwendig aus der Sphäre der Stammkraft stammen müssen *(BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 25)*.

b) Der Sachgrund der Vertretung kommt bei einem anderweitigen Einsatz eines Stammarbeitnehmers im Unternehmen allerdings nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die damit verbundene Umorganisation unmittelbar oder mittelbar mit einer befristeten Neueinstellung verknüpft, der befristet beschäftigte Arbeitnehmer also unmittelbar für die anderweitig eingesetzte Stammkraft beschäftigt wird oder sich die Verbindung zu diesem anderweitigen Einsatz durch eine Vertretungskette vermittelt. Es reicht hingegen nicht aus, wenn die Einstellung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers lediglich wegen der „gedanklichen Zuordnung“ dem vorübergehend im Unternehmen anderweitig eingesetzten Beschäftigten zugeordnet werden kann *(BAG 16. Januar 2013 - 7 AZR 662/11 - Rn. 20 ff.; 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 26)*. 16

aa) Zwar hat der Senat für den Fall der Vertretung einer aus dem Unternehmen - etwa aufgrund Elternzeit oder Krankheit - abwesenden Stammkraft angenommen, dass die für den Befristungsgrund der Vertretung notwendige Kausalität zwischen der Abwesenheit dieser Stammkraft und dem Einsatz des befristet beschäftigten Arbeitnehmers auch dann gegeben ist, wenn weder eine unmittelbare Vertretung noch eine Vertretungskette vorliegt, der Arbeitnehmer jedoch der abwesenden Stammkraft gedanklich zugeordnet werden kann. Dies setzt voraus, dass die Stammkraft auch auf der Position des befristet beschäftigten Arbeitnehmers eingesetzt werden könnte und sich die gedankliche Zuordnung aufgrund einer Dokumentation - zB im Arbeitsvertrag - hinreichend 17

feststellen lässt *(BAG 10. Oktober 2012 - 7 AZR 462/11 - Rn. 19 mwN)*. Der Senat hat dies damit begründet, dass die Abwesenheit eines Stammarbeitnehmers aus dem Unternehmen die Organisationsbefugnis des Arbeitgebers unberührt lässt und deshalb auch in diesen Fällen eine Kausalität zwischen der Abwesenheit der vertretenen Stammkraft und der Befristung des Arbeitsvertrags des befristet eingestellten Arbeitnehmers besteht. Denn letztlich lässt die Abwesenheit der vorübergehend ausfallenden Stammkraft die Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers unberührt *(vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 14 f.)*.

bb) Diese Überlegungen sind jedoch auf Vertretungsfälle, die durch die vorübergehende Abwesenheit der Stammkraft aufgrund eines anderweitigen Einsatzes im Unternehmen ausgelöst werden, nicht übertragbar. In diesem Fall hat der Arbeitgeber von seinen Versetzungs- und Umsetzungsbefugnissen bereits dadurch Gebrauch gemacht, dass er die von ihrem Arbeitsplatz vorübergehend abwesende Stammkraft anderweitig eingesetzt hat. Aufgrund derselben organisatorischen Entscheidung kann eine Kausalität zur befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers daher nicht dadurch begründet werden, dass der Arbeitgeber die Stammkraft auch mit der Tätigkeit des befristet eingestellten Arbeitnehmers hätte betrauen können. Der Arbeitgeber kann von seinen Versetzungs- und Umsetzungsbefugnissen - bei identischem Anlass - nur einmal Gebrauch machen. Er kann sich nicht darauf berufen, er hätte sie, wenn er sie nicht so wie geschehen ausgeübt hätte, in anderer Weise ausüben können. Von den Fällen der vollständigen Abwesenheit der Stammkraft - etwa wegen Urlaubs oder Krankheit - unterscheiden sich die Fälle der Abordnung entscheidend dadurch, dass der Arbeitgeber an der Ausübung dieser Rechte nicht gehindert ist, sondern sie wahrnimmt. Würde es auch in einem solchen Fall zur Befristung des Arbeitsvertrags mit der „Vertretungskraft“ genügen, dass der Arbeitgeber seine Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse auch in anderer Weise als von ihm tatsächlich praktiziert hätte ausüben können, so würde dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, sich ohne sachliche Rechtfertigung Befristungsmöglichkeiten selbst zu schaffen. Das wäre mit dem aus dem TzBfG folgenden Gebot einer wirksamen Befristungskontrolle unvereinbar *(BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR* 18

324/11 - Rn. 29; vgl. zur Haushaltsbefristung BAG 9. März 2011 - 7 AZR 728/09 - Rn. 31, BAGE 137, 178).

2. Nach diesen Grundsätzen durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht allein mit der Begründung stattgeben, es stelle keinen Vertretungsfall iSd. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG dar, dass die Klägerin für das Haushaltsjahr 2009 die Aufgaben von Frau Dr. M übernommen habe, die im Rahmen des Programms WeGebAU zeitweise als Weiterbildungsberaterin eingesetzt worden sei. Die Stelle eines Weiterbildungsberaters, die ausschließlich die besonderen Aufgaben durch das Programm WeGebAU zum Gegenstand hat, ist eingerichtet worden, um Sonderaufgaben wahrzunehmen, die gegenüber den regelmäßigen Aufgaben der Arbeitsvermittlung inhaltlich abgrenzbar sind. Die vorübergehende Abordnung eines Mitarbeiters auf diese Stelle kann einen Vertretungsbedarf in seinem eigentlichen Tätigkeitsgebiet auslösen. 19

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar *(§ 561 ZPO)*. Aufgrund der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen eine zulässige Abordnungsvertretung vorliegt. Das Landesarbeitsgericht musste bei seiner Lösung außerdem bisher nicht prüfen, ob eine rechtsmissbräuchliche Befristungskette vorliegt. 20

1. Die bislang getroffenen Feststellungen lassen schon keine abschließende Beurteilung zu, ob die Klägerin die abgeordnete Mitarbeiterin Dr. M unmittelbar oder mittelbar vertreten hat oder ob lediglich ein Fall der gedanklichen Zuordnung vorlag, der die Befristung einer Abordnungsvertretung nicht rechtfertigt. Dazu wird den Parteien im Hinblick auf die Senatsrechtsprechung vom 16. Januar 2013 *(- 7 AZR 661/11 -)* Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag einzuräumen sein. 21

2. Der Klage kann auch nicht etwa mit der Begründung entsprochen werden, es fehle im Falle einer zugunsten der Beklagten unterstellten unmittelbaren oder mittelbaren Vertretung jedenfalls an der von der Beklagten darzulegenden Rückkehrprognose hinsichtlich der Mitarbeiterin Dr. M. 22

a) Die Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs durch die Rückkehr des Vertretenen ist Teil des Sachgrunds der Vertretung. Erforderlich ist, dass der Arbeitgeber berechtigterweise mit der Rückkehr der Stammkraft rechnen durfte. Bei dieser Prüfung sind die vom Senat im Urteil vom 16. Januar 2013 *(- 7 AZR 661/11 - Rn. 20 ff.)* für die „Abordnungsvertretung“ entwickelten Grundsätze zu berücksichtigen. Danach kann der Arbeitgeber in der Regel nicht schon dann mit der Rückkehr der Stammkraft rechnen, wenn diese einen Anspruch auf Wiederaufnahme ihrer bisherigen Tätigkeit hat. Dieser vom Senat für die Fälle der vollständigen Abwesenheit der Stammkraft - etwa aufgrund von Krankheit, Urlaub oder Freistellung - entwickelte Grundsatz *(vgl. BAG 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 17, BAGE 136, 168)* lässt sich nicht uneingeschränkt auf die Fälle der Abordnung übertragen. Anders als bei dem für den Arbeitgeber „fremdbestimmten“ Ausfall der Stammkraft hängt hier die voraussichtliche Rückkehr der Stammkraft regelmäßig nicht nur von Umständen in deren Sphäre, sondern ganz maßgeblich auch von Umständen und Entscheidungen ab, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen. Die Rückkehr des abgeordneten Arbeitnehmers auf seinen Stammarbeitsplatz ist häufig durch den Arbeitgeber plan- und steuerbar. Dieser strukturelle Unterschied zu den Fällen der für den Arbeitgeber „fremdbestimmten“ Abwesenheit der Stammkraft ist bei der vom Arbeitgeber anzustellenden Rückkehrprognose zu berücksichtigen. Diese kann sich daher nicht darauf beschränken, die Stammkraft werde, sofern sie nichts Gegenteiliges erklärt hat, auf ihren Arbeitsplatz zurückkehren. Vielmehr muss der Arbeitgeber bei der Prognose über die voraussichtliche Rückkehr der abgeordneten Stammkraft sämtliche Umstände des Einzelfalls würdigen. Dazu gehören nicht nur etwaige Erklärungen der abgeordneten Stammkraft über ihre Rückkehrabsichten, sondern insbesondere auch die Planungs- und Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers. Je nach Lage des Einzelfalls kann der Zweck der Abordnung es nahelegen, dass der Arbeitgeber den Arbeitsplatz des anderweitig eingesetzten Arbeitnehmers frei hält. Er kann aber auch gegen eine solche Annahme sprechen. Von Bedeutung können zudem ihre Dauer sowie etwaige wiederholte Verlängerungen der Abordnung sein. Zu berücksichtigen 23

ist ggf. auch, ob die Abordnung dem Wunsch des Beschäftigten entsprach oder gegen seinen Willen erfolgte. Ebenfalls ist zu würdigen, ob die Rückkehr der Stammkraft auf ihren Arbeitsplatz nach Ablauf der Abordnung automatisch erfolgt oder ob es hierzu einer weiteren Entscheidung bedarf. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob eine solche Entscheidung allein vom Willen der Stammkraft, vom Willen des Arbeitgebers oder von einem beiderseitigen Einvernehmen abhängt. Derartige, hier nicht abschließend bezeichnete und nicht in jedem Einzelfall in gleicher Weise zwingend zu beachtende Umstände muss der Arbeitgeber im Befristungskontrollprozess darlegen. Sache des Tatsachengerichts ist die Würdigung, ob der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags berechtigterweise mit der Rückkehr der abgeordneten Stammkraft rechnen durfte *(vgl. BAG 16. Januar 2013 - 7 AZR 661/11 - Rn. 22)*.

b) Eine diesen Grundsätzen entsprechende Prognose hat die Beklagte bislang nicht dargetan. Sie hatte hierzu aber auch keine Veranlassung, da der Senat diese Grundsätze erstmals im Urteil vom 16. Januar 2013 *(- 7 AZR 661/11 -)* entwickelt hat. Daher muss ihr hierzu Gelegenheit gegeben werden. Dazu bedarf es der Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. 24

3. Auch wenn der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG danach vorliegen sollte, bliebe zu klären, ob die streitgegenständliche Befristung einer besonderen Missbrauchskontrolle zu unterziehen ist. 25

a) Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 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 Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung ist nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs *(§ 242 BGB)* vorzunehmen *(ausf. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 37 ff.)*. 26

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; BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 40)*. Von besonderer Bedeutung sind die Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie die Anzahl der Vertragsverlängerungen *(BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 44)*. 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)*. Zu berücksichtigen ist außerdem die Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge sowie die Frage, ob und in welchem Maße die 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).* Bei der Gesamtwürdigung können daneben weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Zu denken ist im vorliegenden Fall insbesondere auch an die Dauer der Unterbrechungen zwischen den mit der Klägerin wiederholt geschlossenen befristeten Arbeitsverträgen. 27

c) Das Landesarbeitsgericht musste bei seiner Lösung nicht prüfen, ob die Befristung in dem zuletzt geschlossenen Arbeitsvertrag deshalb unwirksam ist, weil die Beklagte die wiederholten Befristungen in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet hat. Sofern der Sachgrund der Vertretung vorliegen sollte, wird es diese Prüfung nachzuholen haben. Der Senat kann nicht ganz ausschließen, dass die Beklagte die Möglichkeit der Vertretungsbefristung rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. Allerdings sprechen die unterschiedlichen Befristungsgründe und vor allem die Unterbrechungszeiträume gegen die Annahme eines institutionellen Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB. 28

aa) Der Senat hat in den beiden Entscheidungen vom 18. Juli 2012 zur Missbrauchskontrolle keine zeitlichen und/oder zahlenmäßigen Grenzen für einen Missbrauch entwickelt *(vgl. BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 48 und - 7 AZR 783/10 - Rn. 43)*, sondern nur grobe Orientierungshilfen gegeben. 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 Abschluss 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 missbräuchli- 29

che 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)*. 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)*, 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)*. Bei einer knapp mehr als fünfeinhalbjährigen Dauer und 13, nach den Angaben der Klägerin überwiegend auf Vertretungsbedarf gestützten, befristeten Verträgen hat der Senat einen Missbrauch nicht von vornherein ausgeschlossen, aber auch nicht als indiziert angesehen *(vgl. BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 225/11 - Rn. 40)*.

bb) Im vorliegenden Fall war die Klägerin ununterbrochen vom 1. März 2006 bis zum 31. Dezember 2009 bei der Beklagten beschäftigt. Bei isolierter Beurteilung dieses Zeitabschnitts ist eine Missbrauchsprüfung weder durch die gesamte Dauer der befristeten Arbeitsverhältnisse *(unter vier Jahren)* noch durch die Anzahl der Befristungen *(vier befristete Arbeitsverträge)* veranlasst. Sie ist aber auch nicht von vornherein entbehrlich. Das Landesarbeitsgericht wird als Tatsachengericht auch die früheren befristeten Arbeitsverhältnisse in seine Gesamtwürdigung einbeziehen müssen. Dabei wird es aber zu betrachten haben, dass sich die befristeten Arbeitsverhältnisse nicht nahtlos aneinanderreihen. Nicht unerhebliche Unterbrechungszeiten können gegen eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme des Rechtsinstituts der Vertretungsbefristung sprechen. Vorliegend wird insbesondere auch zu beachten sein, dass der für die Zeit vom 20. August 2002 bis 31. Dezember 2002 geschlosse- 30

ne Vertrag vorzeitig durch den Auflösungsvertrag vom 30. August 2002 beendet worden ist und die Parteien erst knapp zwei Jahre später ab dem 3. August 2004 ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis geschlossen haben. Zu würdigen ist auch der Umstand, dass die Befristungen auf unterschiedlichen Gründen beruhten. Allerdings hängt eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung nicht - jedenfalls nicht ausschließlich - davon ab, welcher Sachgrund für die zur gerichtlichen Überprüfung gestellte Befristungsabrede vorliegt *(vgl. BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 225/11 - Rn. 36)*.

III. Die Zurückverweisung ist auch nicht nach § 563 Abs. 3 ZPO entbehrlich. Die Befristungskontrollklage ist nicht aufgrund eines anderen die Befristung rechtfertigenden Sachgrunds abzuweisen. Die Befristung ist weder wegen eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG noch wegen einer haushaltsrechtlichen Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG gerechtfertigt. 31

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Befristung nicht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gerechtfertigt ist. 32

a) Ein sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht *(zu den Anforderungen BAG 15. Mai 2012 - 7 AZR 35/11 - Rn. 30; ausf. BAG 17. März 2010 - 7 AZR 640/08 - Rn. 11 ff., BAGE 133, 319)*. 33

aa) Der vorübergehende betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung kann auf unterschiedlichen Sachverhalten beruhen. Er kann sich zB aus dem Umstand ergeben, dass für einen begrenzten Zeitraum in dem Betrieb oder der Dienststelle zusätzliche Arbeiten anfallen, die mit dem Stammpersonal allein nicht erledigt werden können, oder daraus, dass sich der Arbeitskräftebedarf künftig verringern wird - etwa wegen der Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage *(vgl. hierzu BT-Drucks. 14/4374 S. 19)*. Der vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung kann auf einer zeitweise übernommenen Sonderaufgabe beruhen oder auf einer im Bereich der Daueraufgaben des Arbeitgebers vorübergehend angestiegenen Arbeitsmenge, für deren Erledigung das vorhandene 34

Stammpersonal nicht ausreicht. Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann dagegen nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gestützt werden, wenn der vom Arbeitgeber zur Begründung angeführte Bedarf an der Arbeitsleistung tatsächlich nicht nur vorübergehend, sondern objektiv dauerhaft besteht *(BAG 17. März 2010 - 7 AZR 640/08 - Rn. 11 mwN, BAGE 133, 319).*

bb) Eine Befristung wegen eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung setzt voraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers in dem Betrieb kein dauerhafter Bedarf mehr besteht. Hierüber hat der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags eine Prognose zu erstellen, der konkrete Anhaltspunkte zugrunde liegen müssen. Die Prognose ist Teil des Sachgrunds für die Befristung *(BAG 17. März 2010 - 7 AZR 640/08 - Rn. 12, BAGE 133, 319)*. Die tatsächlichen Grundlagen für die Prognose über den nur vorübergehend bestehenden Arbeitskräftebedarf hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen. Wird die Befristung auf einen zusätzlichen Arbeitskräftebedarf im Bereich der Daueraufgaben gestützt, hat der Arbeitgeber darzulegen, aufgrund welcher Umstände bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags davon auszugehen war, dass künftig nach Ablauf der mit dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer vereinbarten Vertragslaufzeit das zu erwartende Arbeitspensum mit dem vorhandenen Stammpersonal würde erledigt werden können *(BAG 17. März 2010 - 7 AZR 640/08 - Rn. 13, aaO)*. Allein die Abhängigkeit von Haushaltsmitteln rechtfertigt danach nicht die Befristung der Arbeitsverträge aus diesem Sachgrund. Wegen der zeitlichen Begrenzung des Haushaltsplans durch das Haushaltsjahr ist zwar ungewiss, ob ein künftiger Haushaltsplan noch Mittel vorsehen wird. Ebenso wie in der Privatwirtschaft kann aber die Unsicherheit der finanziellen Entwicklung für sich betrachtet noch keinen sachlichen Grund für die Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG abgeben. 35

cc) Die Wirksamkeit einer Befristung wegen eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung iSd. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG setzt des Weiteren voraus, dass der Arbeitnehmer gerade zur Deckung dieses Mehrbedarfs eingestellt wird *(BAG 17. März 2010 - 7 AZR 640/08 - Rn. 15, BAGE 133, 319)*. 36

b) Danach ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Befristung des letzten Vertrags mit der Klägerin sei nicht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gerechtfertigt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Bei Vertragsschluss am 10. Dezember 2008 bestanden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass das Projekt WeGebAU nach dem 31. Dezember 2009 in der Agentur für Arbeit B nicht mehr fortgeführt würde. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich die Gewissheit, dass das Projekt in der Agentur für Arbeit B mit Ablauf des Jahres 2009 enden werde, nicht aus der Bewilligung von Haushaltsmitteln bis dahin. Woraus sich die Gewissheit der zeitlichen Befristung darüber hinaus ableitet, hat die Beklagte nicht erläutert. Nach den getroffenen Feststellungen war nur unklar, ob dieser Dienststelle auch für das Jahr 2010 besondere Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt würden. 37

2. Das Landesarbeitsgericht hat schließlich zutreffend entschieden, dass die Befristung nicht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG gerechtfertigt ist. Aufgrund der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG ist eine haushaltsrechtliche Befristung von Arbeitsverhältnissen bei der Bundesagentur für Arbeit nicht möglich *(BAG 9. März 2011 - 7 AZR 728/09 - BAGE 137, 178)*. 38

IV. Der auf Weiterbeschäftigung gerichtete Klageantrag zu 2. fällt nicht zur Entscheidung des Senats an. Der Antrag steht unter der innerprozessualen Bedingung des Obsiegens mit dem Klageantrag zu 1. Diese Bedingung ist bislang nicht eingetreten. Durch die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts 39

und die Zurückverweisung wird der Rechtsstreit wieder in die Lage des Berufungsverfahrens versetzt.

Linsenmaier Zwanziger Kiel

Peter Klenter Gerschermann