

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 783/10
5 Sa 196/10
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Juli 2012

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger und Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Willms und Busch für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 9. August 2010 - 5 Sa 196/10 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Befristung eines Arbeitsvertrags. 1

Die Beklagte beschäftigt über 100 Arbeitnehmer in mehreren Filialen ihres Einzelhandels. Die Klägerin war dort seit dem 1. März 2002 auf der Grundlage von vier befristeten Arbeitsverträgen als Verkäuferin beschäftigt, zuletzt in der Filiale A aufgrund Arbeitsvertrags vom 31. Januar 2008 in der Zeit vom 1. Februar 2008 bis zum 30. November 2009. Als Befristungsgrund sah der letzte Arbeitsvertrag die Vertretung des Arbeitnehmers L vor. Bevor Herr L in der Zeit vom 1. Februar 2008 bis zum 17. Dezember 2009 Elternzeit in Anspruch nahm, arbeitete er in der Verkaufsstelle U. Im August 2009 beantragte Herr L Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit. Er wurde daraufhin neben der Klägerin in A zunächst ab 7. September 2009 in Teilzeit und ab dem 1. Oktober 2009 in Vollzeit beschäftigt. Ebenso wie Herr L war die Klägerin für die Verkaufsstellen A, U und R eingestellt worden. 2

Die Klägerin hat mit der am 4. November 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage die Auffassung vertreten, die Befristung ihres letzten Arbeitsvertrags sei unwirksam. Der Sachgrund der Vertretung iSv. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liege nicht vor. In Wirklichkeit sei ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf gegeben. Dafür spreche nicht nur der parallele Einsatz mit Herrn L in der Verkaufsstelle A, sondern der Umstand eines insgesamt fast acht Jahre bestehenden, dreimal verlängerten befristeten Arbeitsverhältnisses. Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (*im Folgenden: Gerichtshof*) 3

oder EuGH) in der Sache Küçük vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80) müsse geprüft werden, ob bei wiederholten Vertretungsbefristungen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG das Beschäftigungsrisiko in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die Arbeitnehmerin abgewälzt worden sei. Die Voraussetzungen einer rechtsmissbräuchlichen Befristungskette seien gegeben.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

4

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Befristungsabrede in dem Arbeitsvertrag vom 31. Januar 2008 nicht zum 30. November 2009 beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Befristung sei gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt. Die Klägerin sei zur Vertretung des Mitarbeiters L beschäftigt worden. Bei Abschluss des letzten befristeten Arbeitsvertrags habe kein Anhaltspunkt dafür bestanden, dass der Mitarbeiter L vor dem Ende der Elternzeit einen Antrag auf Teilzeitbeschäftigung stellen werde. Die Befristung sei nicht deshalb unwirksam, weil das Arbeitsverhältnis insgesamt viermal befristet worden sei. Auch die wiederholte Befristung wegen der mehrfachen Verhinderung der zu vertretenden Stammkraft stehe der Prognose des künftigen Wegfalls des Vertretungsbedarfs nicht entgegen. Es sei grundsätzlich Sache des Arbeitgebers darüber zu entscheiden, ob dieser seinen Bedarf an Arbeitskräften mit unbefristeten Arbeitsverträgen oder - bei entsprechendem Bedarf - auch mit befristeten Arbeitsverträgen decke. Diese Rechtsprechung des Senats habe der EuGH in dem Urteil vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - [Küçük] Rn. 50, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80) bestätigt. Allein die Häufigkeit und Dauer der vorhergehenden Befristungen spreche im vorliegenden Fall nicht dafür, dass sie - die Beklagte - sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf den Sachgrund der Vertretung berufen hätte.

5

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klage weiter.

6

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat aufgrund der in dem Arbeitsvertrag vom 31. Januar 2008 vereinbarten Befristung am 30. November 2009 geendet. Die Befristung ist durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG gerechtfertigt. Der Senat hält nach erneuter Prüfung sowie unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - *[Kücük] AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80*) an den zum Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG entwickelten Grundsätzen fest. Diese sind grundsätzlich ausreichend, um Arbeitnehmer vor rechtsmissbräuchlichen Mehrfachbefristungen iSd. § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (*im Folgenden: Rahmenvereinbarung*) zu schützen. Darüber hinaus verlangt der Gerichtshof allerdings eine umfassende Missbrauchskontrolle unter Einbeziehung sämtlicher Umstände einschließlich der Zahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge. Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen. Vorliegend besteht bei einer acht Jahre unterschreitenden Gesamtdauer der insgesamt vier befristeten Arbeitsverträge kein Anhaltspunkt dafür, dass bei der letzten Befristungsabrede der an sich vorhandene Sachgrund der Vertretung missbräuchlich eingesetzt wurde.

7

I. Gegenstand der vorliegenden in zulässiger Weise bereits vor dem Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit erhobenen (vgl. etwa BAG 23. Juni 2010 - 7 AZR 1021/08 - Rn. 12 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 76 = EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 8; 6. April 2011 - 7 AZR 524/09 - Rn. 12, EzA BGB 2002 § 620 Hochschulen Nr. 7) Befristungskontrollklage ist ausschließlich die letzte zwischen den Parteien getroffene Befristungsabrede. 8

1. Allerdings ist ein Arbeitnehmer, wie der Senat zuletzt mit Urteil vom 24. August 2011 (- 7 AZR 228/10 - Rn. 51, EzA BGB 2002 § 620 Hochschulen Nr. 9) klargestellt hat, grundsätzlich nicht gehindert, auch frühere Befristungsabreden - freilich unter Beachtung der Drei-Wochen-Frist des § 17 Satz 1 TzBfG - im Klageweg anzugreifen. Insbesondere darf die Formulierung in früheren Entscheidungen, prinzipiell unterliege nur die in dem letzten Vertrag vereinbarte Befristung der Befristungskontrolle (vgl. zB BAG 22. April 2009 - 7 AZR 743/07 - Rn. 15, BAGE 130, 313), nicht dahin (miss-)verstanden werden, der Arbeitnehmer könne eine frühere Befristung nicht zum Gegenstand einer Befristungskontrollklage machen. Den Streitgegenstand (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) bestimmt auch im Befristungskontrollprozess der Kläger. Mit der zuvor verwendeten Formulierung und der sich anschließenden Begründung hat der Senat lediglich zum Ausdruck gebracht, dass ein Arbeitnehmer regelmäßig (*typischerweise*) die Unwirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags gerichtlich nicht mehr erfolgreich geltend machen kann, wenn er mit dem Arbeitgeber „vorbehaltlos“ einen Folgevertrag schließt und dadurch den vorherigen Vertrag aufhebt (vgl. BAG 24. August 2011 - 7 AZR 228/10 - Rn. 51, aaO). Auch haben die früheren Ausführungen des Senats zu den Voraussetzungen und Bedingungen eines beachtlichen „Vorbehalts“ typisierenden Charakter und sind nicht als zwingende, die Tatsachengerichte bindende Auslegungsregeln zu verstehen. Ob die Arbeitsvertragsparteien mit dem Abschluss eines Folgevertrags einen vorherigen Vertrag aufheben, bestimmt sich nach dem Inhalt der auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärungen. Dieser ist vom Gericht der Tatsacheninstanz durch Auslegung der bei Abschluss des Folgevertrags abgegebenen ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen der Parteien zu ermitteln (BAG 24. August 2011 - 7 AZR 228/10 - Rn. 51, aaO). 9

2. Vorliegend hat die Klägerin jedoch ausschließlich die letzte zwischen den Parteien vereinbarte Befristung zum Gegenstand ihrer Klage gemacht. Die Beschränkung der Kontrolle auf die zuletzt geschlossene Befristungsabrede schließt es nicht aus, dass bei der Prüfung der Rechtswirksamkeit dieser Befristung, insbesondere bei der unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmenden Missbrauchskontrolle, auch die vorangegangenen befristeten Verträge zu berücksichtigen sind. 10

II. Für die in dem letzten Arbeitsvertrag vom 31. Januar 2008 für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis zum 30. November 2009 vereinbarte Befristung gab es, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, einen Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG. Der Senat hält unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - [Kücük] AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80) uneingeschränkt an den von ihm zum Sachgrund der Vertretung entwickelten Grundsätzen fest. 11

1. Ein nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG zur Befristung eines Arbeitsvertrags erforderlicher sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Neben dieser allgemeinen Regelung bestimmt § 21 Abs. 1 BEEG, dass ein die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigender sachlicher Grund gegeben ist, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers für die Dauer eines Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz, einer Elternzeit, einer auf Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Vereinbarung beruhenden Arbeitsfreistellung zur Betreuung eines Kindes oder für diese Zeiten zusammen oder für Teile davon eingestellt wird. Diese Vorschrift regelt einen Sonderfall der Vertretungsbefristung (vgl. dazu BAG 5. Juni 2007 - 9 AZR 82/07 - Rn. 60, BAGE 123, 30; 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 22, BAGE 136, 168). Der Senat ist bislang in ständiger Rechtsprechung in Fällen der Vertretungsbefristung insbesondere von folgenden Grundsätzen ausgegangen (vgl. etwa 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 17 ff., aaO): 12

a) Der die Befristung rechtfertigende sachliche Grund liegt in Fällen der Vertretung darin, dass für die Wahrnehmung der Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis besteht, weil der Arbeitgeber an den vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter, dem die Aufgaben an sich obliegen, rechtlich gebunden ist und er mit dessen Rückkehr rechnet (*BAG 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 17, BAGE 136, 168*). Der Sachgrund liegt zum einen vor, wenn der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt. Notwendige Voraussetzung für eine Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG ist das aber nicht. Der Vertreter kann vielmehr auch mit anderen Aufgaben betraut werden. Dabei muss allerdings sichergestellt sein, dass die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers wegen des Arbeitskräftebedarfs erfolgt, der durch die vorübergehende Abwesenheit des zu vertretenden Mitarbeiters entsteht. Fehlt dieser Kausalzusammenhang, ist die Befristung nicht durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt (*BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 14 mwN, EzA TzBfG § 14 Nr. 57*). Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter nie ausgeübt hat, besteht der erforderliche Kausalzusammenhang nach der Rechtsprechung des Senats 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 (*BAG 14. April 2010 - 7 AZR 121/09 - Rn. 16 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 72 = EzA TzBfG § 14 Nr. 65*).

13

b) Nach der Senatsrechtsprechung steht selbst ein ständiger Vertretungsbedarf dem Vorliegen eines Sachgrunds im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3

14

TzBfG nicht entgegen. Entscheidend ist allein, ob bei der letzten Befristungsabrede ein Vertretungsfall vorlag. Im Falle einer sogenannten „Dauervertretung“ kann allerdings die Befristung des Arbeitsvertrags mit dem Vertreter unwirksam sein. Hierfür genügt es nicht, wenn bereits im Zeitpunkt des Abschlusses eines befristeten Arbeitsvertrags zu erwarten ist, dass über das Ende der Vertragslaufzeit hinaus ein weiterer, die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ermöglichender Vertretungsbedarf vorhanden sein wird. Es liegt in der freien Entscheidung des Arbeitgebers, ob er bei einem weiteren Vertretungsbedarf erneut den bisherigen Vertreter oder einen anderen Arbeitnehmer mit der Vertretung betraut oder ob er sich in sonstiger Weise behilft. Eine zur Unwirksamkeit der Befristung führende „Dauervertretung“ liegt aber vor, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht lediglich zur Vertretung eines bestimmten, vorübergehend an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmers eingestellt wird, sondern bereits bei Vertragsschluss beabsichtigt ist, ihn für eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbare Vielzahl von Vertretungsfällen auf Dauer zu beschäftigen. In diesem Fall ist der Sachgrund der Vertretung vorgezogen und daher unbeachtlich (vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 22 mwN, EzA TzBfG § 14 Nr. 57; 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 20, BAGE 136, 168).

c) Allein die große Anzahl der mit einem Arbeitnehmer abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder die Gesamtdauer einer „Befristungskette“ führen nach der Rechtsprechung des Senats nicht dazu, dass an den Sachgrund der Vertretung „strengere Anforderungen“ zu stellen sind. Gleiches gilt für die Anforderungen an die Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs durch die Rückkehr des vertretenen Mitarbeiters, die nach der Rechtsprechung des Senats Teil des Sachgrunds der Vertretung ist. Auch in Fällen wiederholter Vertretung kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Vertretene nach Beendigung der Freistellung oder Beurlaubung seine arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen wird (BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 12 mwN, EzA TzBfG § 14 Nr. 57; 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 17, BAGE 136, 168; Dörner Der befristete Arbeitsvertrag 2. Aufl. Rn. 304 ff., 323d, 323i mwN, der zu Recht den Unter-

15

schied zwischen Mehrbedarfs- und Vertretungsbefristung betont). Nur wenn der Arbeitgeber aufgrund ihm vorliegender Informationen erhebliche Zweifel daran haben muss, dass die zu vertretende Stammkraft überhaupt wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren wird, kann dies dafür sprechen, dass der Sachgrund der Vertretung nur vorgeschoben ist. Dann kann die Befristung unwirksam sein (*BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 12 mwN, aaO; 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 19, aaO*).

aa) In früheren, vor Inkrafttreten des TzBfG ergangenen Entscheidungen ist der Senat allerdings auch in Fällen der Vertretungsbefristung davon ausgegangen, dass sich mit der Anzahl wiederholter befristeter Arbeitsverträge die Kontrollintensität bei der Prüfung des Sachgrunds erhöhe (*vgl. etwa 22. November 1995 - 7 AZR 252/95 - zu II 2 a der Gründe, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 178 = EzA BGB § 620 Nr. 138; grundsätzlich auch noch 6. Dezember 2000 - 7 AZR 262/99 - zu B II 2 a cc der Gründe, BAGE 96, 320; 27. Juni 2001 - 7 AZR 326/00 - zu 4 der Gründe, EzA BGB § 620 Nr. 178*).

bb) Hieran hat der Senat jedoch später nicht mehr festgehalten. Er hat vielmehr angenommen, dass selbst die große Anzahl der mit einem Arbeitnehmer abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge nicht dazu führt, an die Prüfung, ob der Sachgrund der Vertretung vorliegt, besonders strenge Anforderungen zu stellen. Der Sachgrund der Vertretung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer zur Deckung eines Beschäftigungsbedarfs eingestellt ist, der durch die vorübergehende Arbeitsverhinderung eines anderen Arbeitnehmers verursacht wird. Für die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, kommt es nicht darauf an, ob der befristet eingestellte Arbeitnehmer bereits zuvor im Rahmen befristeter Arbeitsverträge bei dem Arbeitgeber beschäftigt war oder nicht (*BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 25, EzA TzBfG § 14 Nr. 57; zustimmend Gooren ZESAR 2012, 225, 228; Dörner Der befristete Arbeitsvertrag 2. Aufl. Rn. 321, 323i; Hako/Mestwerdt 4. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 92; Sievers RdA 2004, 291, 294; Wolf FS Richardi S. 501, 510*).

cc) Die geänderte Rechtsprechung stieß verschiedentlich auf Kritik. Es wurde verlangt, die Anforderungen an die Prognose mit zunehmender Wieder-

holung zu verschärfen, wenn sich diese immer wieder als falsch erwiesen habe. Der Arbeitgeber müsse deshalb jeweils detaillierter darlegen, aus welchem tatsächlichen, objektiven Grund er bei Abschluss des letzten Arbeitsvertrags davon ausgegangen sei, dass eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit für den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses mit Ablauf der Befristung bestanden habe und die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nicht möglich gewesen sei (vgl. ua. *Bader/Bram/Bader Stand Juni 2012 § 620 BGB Rn. 144 ff.*; *APS/Backhaus 4. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 58 ff.*; *HaKo-TzBfG/Boecken 3. Aufl. § 14 Rn. 15*; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler KSchR 8. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 35*; *KR/Lipke 9. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 145*; *ders. FS Etzel S. 255, 261*; *ErfK/Müller-Glöge 12. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 9*; *Persch Kernfragen des Befristungsrechts S. 434*; *ders. ZTR 2012, 268, 271 f.*; *Preis/Greiner RdA 2010, 148, 149*; *Maschmann in Annuß/Thüsing TzBfG 3. Aufl. § 14 Rn. 34*; *Meinel/Heyn/Herms TzBfG 4. Aufl. § 14 Rn. 25*; *Preis/Loth Anm. zu EZA TzBfG § 14 Nr. 80*; *HWK/Schmalenberg 5. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 27*; *Schlachter in Laux/Schlachter TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 13*; *ebenso LAG Köln Vorabentscheidungsersuchen vom 13. April 2010 - 7 Sa 1224/09 - Rn. 25, LAGE TzBfG § 14 Nr. 57, vom EuGH nach Erledigung der Hauptsache nicht entschieden, vgl. aber die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 15. September 2011 - C-313/10 - [Jansen] Rn. 38).*

2. Der Senat hält nach dem Urteil des EuGH vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - [Kücük] AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EZA TzBfG § 14 Nr. 80) an den zur Vertretungsbefristung entwickelten Grundsätzen fest. Die Entscheidung des Gerichtshofs veranlasst hinsichtlich des Sachgrunds der Vertretung keine Änderung des Prüfungsmaßstabs. Das gilt zum einen für die Grundsätze zur unmittelbaren und mittelbaren Vertretung sowie zur Rechtsfigur der gedanklichen Zuordnung, zum anderen aber auch im Falle eines beim Arbeitgeber vorhandenen ständigen Vertretungsbedarfs. Auch müssen Vertretungsbefristungen mit zunehmender Anzahl und Dauer der befristeten Arbeitsverhältnisse weder „strenger“ kontrolliert werden noch sind an eine Rückkehrprognose mit der Zeit erhöhte Anforderungen zu stellen.

19

- a) Insbesondere an der zu § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vom Senat entwickelten Rechtsfigur der gedanklichen Zuordnung wurde im Schrifttum vor allem mit unionsrechtlichen Erwägungen Kritik geübt (vgl. Brose NZA 2009, 706, 707; Eisemann NZA 2009, 1113, 1114 f.; Schlachter in Laux/Schlachter TzBfG 2. Aufl. § 14 Rn. 50; Maschmann BB 2012, 1098, 1099; Preis/Greiner RdA 2010, 148; Greiner Anm. zu EzA TzBfG § 14 Nr. 34; Staudinger/Preis [2012] § 620 Rn. 113). Das Urteil des EuGH vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - [Kücük] AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80) gibt keinen Anlass, diese Rechtsprechung aufzugeben. 20
- aa) Der Gerichtshof verlangt für einen sachlichen Grund iSd. § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung genau bezeichnete, konkrete Umstände, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den Einsatz aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung die Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben (EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 27, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80; 23. April 2009 - C-378/07 ua. - [Angelidaki ua.] Rn. 96 mwN, Slg. 2009, I-3071). Die nationalen Normen, welche die Umstände der Vertretung bezeichnen, müssen sich dazu objektiver und transparenter Prüfungskriterien bedienen, um zu gewährleisten, dass die Verlängerung befristeter Verträge tatsächlich einem echten Bedarf entspricht sowie zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich ist (vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 29, 34, aaO; 23. April 2009 - C-378/07 ua. - [Angelidaki ua.] Rn. 98, 100 mwN, aaO). 21
- bb) Die für Vertretungsbefristungen entwickelte Rechtsfigur der gedanklichen Zuordnung hält den Anforderungen stand, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs an objektive und transparente Kriterien zu stellen sind (vgl. schon BAG 14. April 2010 - 7 AZR 121/09 - Rn. 19 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 72 = EzA TzBfG § 14 Nr. 65). Durch das Erfordernis der gedanklichen Ausübung 22

des Direktionsrechts wird sichergestellt, dass der Arbeitgeber den vorübergehenden Ausfall einer Stammkraft nicht zur Rechtfertigung der befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers anführen kann, die mit dem Ausfall der Stammkraft in keinem Zusammenhang steht. Durch die darüber hinaus vom Senat geforderte Dokumentation der gedanklichen Zuordnung wird verhindert, dass der Arbeitgeber den Ausfall einer Stammkraft missbraucht, um einen oder mehrere Arbeitnehmer befristet in einem zeitlichen Umfang einzustellen, der über den Umfang der Tätigkeit der vorübergehend abwesenden Stammkraft hinausgeht (*BAG 20. Januar 2010 - 7 AZR 542/08 - Rn. 15, AP TzBfG § 14 Nr. 68 = EzA TzBfG § 14 Nr. 64; 14. April 2010 - 7 AZR 121/09 - Rn. 19, AP TzBfG § 14 Nr. 72 = EzA TzBfG § 14 Nr. 65; vgl. bereits 15. Februar 2006 - 7 AZR 232/05 - Rn. 15, 16, BAGE 117, 104*). Diese Dokumentation schließt es außerdem aus, dass der Arbeitgeber die Aufgaben des Vertreters im Nachhinein einer anderen Stammkraft zuordnet, wenn sich etwa herausstellen sollte, dass der bezeichnete Arbeitnehmer die Aufgaben des Vertreters nicht hätte wahrnehmen können.

b) Der Senat hält nach der Entscheidung des Gerichtshofs vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - [Kücük] Rn. 50, 54, 56, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80) an seiner Rechtsprechung fest, wonach selbst ein beim Arbeitgeber tatsächlich vorhandener ständiger Vertretungsbedarf dem Vorliegen eines Sachgrunds nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG nicht entgegensteht. 23

aa) Die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Verlängerung oder Wiederholung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverhältnisse zur Deckung eines zeitweiligen Bedarfs nicht dazu missbraucht werden darf, einen tatsächlich „ständigen und dauernden Bedarf“ zu decken (*vgl. 23. April 2009 - C-378/07 ua. - [Angelidaki ua.] Rn. 103, 106, Slg. 2009, I-3071*), veranlasste den Senat, den Gerichtshof zu fragen, ob und inwieweit nach dessen Verständnis ein „ständiger und dauernder Bedarf“, zu dessen Abdeckung befristete Arbeitsverträge nicht missbraucht werden dürfen, auch im Falle eines „ständigen Vertretungsbedarfs“ vorliegt, der sich daraus ergibt, dass aufgrund der 24

Größe des Betriebs oder der Dienststelle sowie der Häufigkeit der insbesondere durch längeren Sonderurlaub bedingten Abwesenheit von Stammarbeitnehmern diese ständig durch Vertretungskräfte ersetzt werden müssen, und der Vertretungsbedarf statt durch den Abschluss aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge auch durch eine Personalreserve gedeckt werden könnte, die aus unbefristet eingestellten Arbeitnehmern besteht (*BAG 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Tenor und Rn. 32 f., BAGE 136, 168*).

bb) Der EuGH hat die Frage verneint. Er verlangt vom Arbeitgeber grundsätzlich nicht, einen ständigen Vertretungsbedarf durch eine Personalreserve aus unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern auszugleichen (*vgl. 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 50, 54, 56, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80*). Der Gerichtshof sieht es als unvermeidlich an, dass in einer Verwaltung, die über eine große Zahl von Mitarbeitern verfügt, immer wieder Vertretungsbefristungen insbesondere aufgrund des Ausfalls von Beschäftigten durch Krankheits-, Mutterschafts- oder Elternurlaub erforderlich werden. Unter diesen Umständen könne die vorübergehende Vertretung von Arbeitnehmern einen sachlichen Grund im Sinne von § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung bilden, der sowohl die Befristung der mit den Vertretungskräften geschlossenen Verträge als auch, bei Bedarf, deren Verlängerung rechtfertige, sofern die insoweit in der Rahmenvereinbarung aufgestellten Anforderungen beachtet würden (*vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 31, aaO*). Dies gelte umso mehr, wenn mit der nationalen Regelung zur Vertretungsbefristung - wie § 21 Abs. 1 BEEG - Ziele verfolgt würden, die als legitime sozialpolitische Ziele anerkannt seien (*vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 32, aaO*). Aus dem bloßen Umstand, dass ein Bedarf an Vertretungskräften durch den Abschluss unbefristeter Verträge gedeckt werden könne, folge deshalb nicht, dass ein Arbeitgeber missbräuchlich handle und damit sowohl gegen § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung als auch gegen die nationale Regelung zu ihrer Umsetzung verstoße, wenn er beschließe, auf befristete Verträge zurückzugreifen, um auf einen vorübergehenden Mangel an Arbeitskräften zu reagieren, selbst wenn dieser wiederholt oder sogar dauerhaft auftrete (*vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 50, aaO*). Der Bedarf an Vertretungs-

25

kräften bleibe ein vorübergehender, weil der vertretene Arbeitnehmer nach Beendigung seines Urlaubs, der den Grund für die zeitweilige Verhinderung an der Wahrnehmung der Aufgaben darstelle, seine Tätigkeit wieder aufnehmen werde (vgl. *EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 38, aaO*).

c) Die Entscheidung des EuGH vom 26. Januar 2012 (- *C-586/10 - [Kücük] AP Richtlinie 99/70/EG = EzA TzBfG § 14 Nr. 80*) zwingt auch nicht dazu, die Sachgrundprüfung bei Vertretungsbefristungen mit zunehmender Anzahl und Dauer der befristeten Verträge zu intensivieren oder an die Rückkehrprognose erhöhte Anforderungen zu stellen (vgl. auch *Bauer/von Medem SAE 2012, 25, 27; Gooren ZESAR 2012, 225, 229; aA Preis/Loth Anm. zu EzA TzBfG § 14 Nr. 80 unter VII; Temming ELR 2012, 43, 47; Wendeling-Schröder AuR 2012, 92, 96*). Ob bei Abschluss des regelmäßig der gerichtlichen Prüfung unterfallenden letzten befristeten Vertrags ein Vertretungsfall vorlag, ist grundsätzlich nicht von der Anzahl und Dauer der vorangegangenen befristeten Verträge abhängig. Allerdings führt der Gerichtshof - auch in Abgrenzung zu der im Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache Kücük vertretenen Auffassung (vgl. *EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - Rn. 42, aaO*) - im Urteil ua. aus, „der Umstand, dass die Zahl oder die Dauer der befristeten Verträge Gegenstand der in Paragraph 5 Nr. 1 Buchst. b und c der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge vorgesehenen Präventivmaßnahmen ist“, bedeute nicht, „dass diese Kriterien keine Auswirkung auf die Beurteilung der in Paragraph 5 Nr. 1 Buchst. a angesprochenen sachlichen Gründe haben können“ (*26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 41, aaO*). Daraus folgt aber nicht etwa, dass aufgrund einer großen Anzahl und/oder Dauer der befristeten Verträge bereits das Vorliegen des Sachgrunds der Vertretung fraglich würde. Das in der Entscheidung angelegte Prüfprogramm ist vielmehr ein anderes. Auch der EuGH sieht es für die Sachgrundprüfung als entscheidend an, dass bei einer Mehrzahl aufeinanderfolgender Verträge jeder der befristeten Verträge für sich genommen geschlossen wird, um eine vorübergehende Vertretung sicherzustellen (*26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 38, aaO*). Allerdings ist nach der Konzeption des Gerichtshofs die Befristungskontrolle mit der Feststellung des Vorliegens des Sachgrunds nicht in jedem Fall abgeschlossen.

26

Vielmehr ist es seiner Auffassung nach „notwendig, dass die zuständigen Stellen auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes, der grundsätzlich den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse rechtfertigt, erforderlichenfalls alle mit der Verlängerung dieser Arbeitsverträge oder -verhältnisse verbundenen Umstände berücksichtigen, da sie Hinweise auf einen Missbrauch geben können, den diese Bestimmung verhindern soll“ (26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 43, vgl. auch Rn. 51, aaO). Diese je nach den Umständen trotz des Vorliegens eines Sachgrunds gebotene umfassende Missbrauchskontrolle ist erforderlichenfalls nach deutschem Recht in einem zweiten Schritt entsprechend den Maßstäben eines institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) durchzuführen (dazu unten III).

3. Danach liegt für die streitbefangene Befristung ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG vor. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die im Arbeitsvertrag vom 31. Januar 2008 vereinbarte befristete Beschäftigung der Klägerin zur Vertretung des Arbeitnehmers L erfolgte, der sich in der Zeit vom 1. Februar 2008 bis zum 17. Dezember 2009 in Elternzeit befand. 27

a) Die Beklagte hat die Klägerin zwar nicht auf dem Arbeitsplatz in der Verkaufsstelle U eingesetzt, den sie dem Arbeitnehmer L vor seiner Elternzeit zugewiesen hatte. Sie beschäftigte die Klägerin vielmehr in der Filiale A. Die Beklagte hat aber die Aufgaben der als Vertretungskraft eingestellten Klägerin im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 31. Januar 2008 erkennbar dem abwesenden Mitarbeiter L gedanklich zugeordnet. 28

b) Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hätte die Beklagte dem Arbeitnehmer L, der in der Verkaufsstelle in U eingesetzt wurde, die Aufgaben der in der Filiale A beschäftigten Klägerin zuweisen können. 29

c) Der Wirksamkeit der Befristung steht es nicht entgegen, dass die Beklagte dem im August 2009 gestellten Antrag des Arbeitnehmers L auf Beschäftigung während seiner Elternzeit entsprochen und ihn ab dem 30

7. September 2009 zunächst als Teilzeitkraft und ab dem 1. Oktober 2009 mit voller Arbeitszeit in der Verkaufsstelle A eingesetzt hat. Zu dem für die Befristungskontrolle maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Klägerin am 31. Januar 2008 zeichnete sich diese Entwicklung nicht ab.

III. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht deshalb als unzutreffend dar, weil das Landesarbeitsgericht nicht geprüft hat, ob sich die Beklagte unter Berücksichtigung aller im vorliegenden Fall maßgeblichen Umstände einschließlich der Zahl und Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit der Klägerin geschlossenen befristeten Arbeitsverträge in rechtsmissbräuchlicher Weise (§ 242 BGB) auf das Vorliegen eines Sachgrunds berufen hat. Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die Möglichkeiten zur wiederholten Befristung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. Dies kann der Senat aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts selbst abschließend entscheiden. 31

1. Wie sich aus dem Urteil des EuGH vom 26. Januar 2012 (- C-586/10 - [Kücük] AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80) zweifelsfrei ergibt, dürfen sich die nationalen Gerichte bei der Befristungskontrolle nicht nur auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds der Vertretung beschränken. Vielmehr obliegt es den Gerichten, „stets alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen und dabei namentlich die Zahl der mit derselben Person oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zurückgreifen, mögen diese auch augenscheinlich zur Deckung eines Vertretungsbedarfs geschlossen worden sein“ (EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40, aaO unter Verweis auf EuGH 12. Juni 2008 - C-364/07 - [Vassilakis ua.] Rn 116 und auf EuGH 23. April 2009 - C-378/07 ua. - [Angelidaki ua.] Rn. 157, Slg. 2009, I-3071). Zwar „schließt das Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne von Paragraph 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge einen Missbrauch“ nach Auffassung des Gerichtshofs „grundsätzlich aus“ (26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 51, aaO). Dennoch ist es nach dem 32

Urteil des EuGH „in Anbetracht des Ziels, das mit allen nach Paragraph 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge ergriffenen Maßnahmen verfolgt wird, notwendig, dass die zuständigen Stellen auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes, der grundsätzlich den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse rechtfertigt, erforderlichenfalls alle mit der Verlängerung dieser Arbeitsverträge und -verhältnisse verbundenen Umstände berücksichtigen, da sie Hinweise auf einen Missbrauch geben können, den diese Bestimmung verhindern soll“ (26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 43, aaO). Der Gerichtshof hat damit ausdrücklich (vgl. 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 21, aaO) an die im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens vom Senat gestellte Frage angeknüpft, ob und in welcher Weise die nationalen Gerichte bei der ihnen obliegenden Missbrauchskontrolle in Fällen der mit dem Sachgrund der Vertretung gerechtfertigten Befristung die Anzahl und Dauer der bereits in der Vergangenheit mit demselben Arbeitnehmer geschlossenen befristeten Arbeitsverträge zu berücksichtigen haben (BAG 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) - Rn. 36, BAGE 136, 168).

2. Für die hiernach unionsrechtlich gebotene Missbrauchskontrolle eignet sich nach bundesdeutschem Recht der allgemeine Prüfungsmaßstab des institutionellen Rechtsmissbrauchs (vgl. Gooren ZESAR 2012, 225, 230). Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt sowohl subjektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen (Palandt/Grüneberg 71. Aufl. § 242 Rn. 40). Rechtsmissbrauch setzt voraus, dass ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Beim institutionellen Missbrauch ergibt sich der Vorwurf bereits aus Sinn und Zweck des Rechtsinstituts, beim individuellen Rechtsmissbrauch dagegen folgt er erst aus dem Verhalten (vgl. allg. Staudinger/Looschelders/Olzen [2009] § 242 Rn. 218). Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt daher weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht.

33

Einer Anwendung der Grundsätze des Rechtsmissbrauchs steht nicht entgegen, dass die Befristungsvorschriften im TzBfG abschließende Spezialregelungen darstellen und die auf „objektive Gesetzesumgehung“ gestützte frühere Dogmatik abgelöst haben (*dazu ErfK/Müller-Glöge 12. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 2*). Dieser durch den Gesetzgeber vorgenommene Paradigmenwechsel schließt einen Schutz vor einer rechtsmissbräuchlichen Nutzung der durch das TzBfG eröffneten Befristungsmöglichkeit nicht aus. Dementsprechend hat der Senat bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte schon bisher im Rahmen der Befristungskontrolle geprüft, ob Rechtsfolgen, die sich an sich aus einem Rechtsinstitut ergeben, ausnahmsweise zurücktreten müssen, weil sie zu einem untragbaren Ergebnis führen. Auch die Ausnutzung der durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einem Arbeitnehmer aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge nur abschließen, um auf diese Weise über die nach § 14 Abs. 2 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können (*vgl. zum Beschäftigungsförderungsgesetz: BAG 25. April 2001 - 7 AZR 376/00 - zu IV 1 a der Gründe, BAGE 97, 317; zur sachgrundlosen Befristung bereits 18. Oktober 2006 - 7 AZR 145/06 - Rn. 26, BAGE 120, 34 und zuletzt 9. März 2011 - 7 AZR 657/09 - Rn. 21, AP TzBfG § 14 Nr. 81 = EzA TzBfG § 14 Nr. 75*).

34

3. Die nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs vorzunehmende Prüfung verlangt eine Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls (*so auch 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*).

35

a) Kriterien, die bei einer Gesamtwürdigung auf einen Gestaltungsmissbrauch hindeuten können, müssen dem Schutzkonzept des § 14 TzBfG iVm. § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung Rechnung tragen. Erlaubt das Konzept des TzBfG die Befristung von Arbeitsverträgen bei Vorliegen eines Sachgrunds, ergibt sich zwingend, dass die Schwelle zur missbräuchlichen

36

Fortsetzung aneinandergereihter Verträge deutlich über derjenigen liegen muss, die für die Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG maßgeblich ist. Auch ist zu berücksichtigen, dass nach dem Urteil des Gerichtshofs selbst ein dauerhafter Vertretungsbedarf dem Abschluss von Vertretungsbefristungen nicht grundsätzlich entgegensteht (26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 50, 54, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80). Der Arbeitgeber muss einem ständigen Vertretungsbedarf nicht durch eine Personalreserve begegnen, die von vornherein den Raum für eine unternehmerische Personalplanung einengt. Auf der anderen Seite darf die Gestaltungsmöglichkeit der Vertretungsbefristung, die das Gesetz dem Arbeitgeber als Reaktion auf den zeitweiligen Ausfall der Arbeitskraft zubilligt, nicht zur dauerhaften Umgehung des auch durch das TzBfG gewährleisteten Bestandschutzes einzelner Arbeitnehmer zweckentfremdet werden (vgl. Bauer/von Medem SAE 2012, 25, 29). Anderenfalls wäre für Arbeitnehmer, die dauerhaft einer tatsächlichen Personalreserve aus befristet Beschäftigten angehören, das befristete und nicht mehr das unbefristete Arbeitsverhältnis der Normalfall; für sie wäre eine Befristung nicht nur „vorübergehend“ legitimiert (vgl. auch Preis/Loth Anm. zu EzA TzBfG § 14 Nr. 80 unter III 2 b bb). Dieses Ergebnis stünde nicht mit dem Leitbild des § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung im Einklang, nach dem das befristete Arbeitsverhältnis die Ausnahme des unbefristeten Arbeitsverhältnisses darstellt (allgemeiner Erwägungsgrund 6 der Rahmenvereinbarung; vgl. auch BT-Drucks. 14/4374 S. 12).

b) Das Gebot einer umfassenden Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls birgt ohne eine Konkretisierung dieser Umstände für Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit. In dem nach dem Urteil des Gerichtshofs erschienenen Schrifttum werden daher unterschiedliche Vorschläge gemacht, wie die Missbrauchsprüfung insbesondere durch an die Anzahl und Dauer der befristeten Verträge anknüpfende, quantifizierende (Stufen-)Modelle konkretisiert werden könnte (vgl. etwa Preis/Loth Anm. zu EzA TzBfG § 14 Nr. 80; Brose/Sagan NZA 2012, 308, 310; Temming ELR 2012, 43, 49; Persch ZTR 2012, 268, 272).

37

c) Das Erfordernis, bei der Beurteilung der missbräuchlichen Ausnutzung der an sich aufgrund eines Sachgrunds eröffneten Befristungsmöglichkeit sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, ermöglicht weder eine abschließende Bezeichnung aller zu berücksichtigenden Umstände noch eine quantitative Angabe, wo die zeitlichen und/oder zahlenmäßigen Grenzen genau liegen, bei denen ein Missbrauch indiziert oder gar zwingend von einem solchen auszugehen ist. Zum derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung ist der Senat gehalten, Umstände zu benennen, die bei der Missbrauchsprüfung eine Rolle spielen können und in quantitativer Hinsicht eine grobe Orientierung zu geben. Er kann damit die Beurteilung vornehmen, dass jedenfalls bei einer Gesamtdauer von sieben Jahren und neun Monaten sowie von vier Befristungen Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch noch nicht vorliegen, während in der am selben Tag entschiedenen Sache - 7 AZR 443/09 - bei einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und 13 Befristungen eine missbräuchliche Gestaltung indiziert und der Arbeitgeber gehalten ist, entlastende Umstände vorzutragen.

38

aa) Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung eines möglichen Rechtsmissbrauchs sind die Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie die Anzahl der Vertragsverlängerungen. Der Gerichtshof hat die Bedeutung dieser beiden Faktoren besonders hervorgehoben (*vgl. 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40, 41, 55, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EzA TzBfG § 14 Nr. 80*). Das entspricht dem Ziel der Rahmenvereinbarung. Diese erfasst nicht bereits die erstmalige Befristung eines Arbeitsverhältnisses, sondern dient der Verhinderung des Missbrauchs von aufeinanderfolgenden befristeten Verträgen (*vgl. EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 41 f., Slg. 2005, I-9981; 4. Juli 2006 - C-212/04 - [Adeneler ua.] Rn. 101, Slg. 2006, I-6057; 23. April 2009 - C-378/07 ua. - [Angelidaki ua.] Rn. 90, Slg. 2009, I-3071; BAG 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 24, AP TzBfG § 14 Nr. 82 = EzA TzBfG § 14 Nr. 77*). Der wiederholte Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge, der als eine Quelle potenziellen Missbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer gesehen wird, soll eingegrenzt werden, um die „Prekarisierung der Lage der Beschäftigten“ zu verhindern (*vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 25, aaO*). Die

39

Frage, ob eine hiernach grundsätzlich zu verhindernde „Befristungskette“ vorliegt, wird maßgeblich bestimmt durch die Anzahl der befristeten Vertragsverlängerungen sowie deren Gesamtdauer. Das bedeutet zugleich, dass längere zeitliche Unterbrechungen gegen die Annahme von „aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen“ oder „Befristungsketten“ sprechen können (*vgl. dazu auch BAG 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 25, aaO*).

Von Bedeutung kann bei der Beurteilung ferner sein, ob der Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wird oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt (*vgl. EuGH 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 9 = EZA TzBfG § 14 Nr. 80*). 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.

40

Zu berücksichtigen ist ferner 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.

41

Bei der Gesamtwürdigung können daneben zahlreiche weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Zu denken ist dabei insbesondere an bran-

42

chenspezifische 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.

bb) Genaue quantitative Vorgaben hinsichtlich Gesamtdauer und/oder Anzahl der befristeten Verträge, nach denen ein Missbrauch anzunehmen ist, würden dem Gebot, im Einzelfall alle Umstände in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen, nicht gerecht. Nach Auffassung des Senats können für die gebotene Rechtsmissbrauchskontrolle aber derzeit in quantitativer Hinsicht grobe Orientierungshilfen gegeben werden, die im Laufe der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit ggf. noch weiter zu konkretisieren sind. Zur Bestimmung der Schwelle einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung von Sachgrundbefristungen kann zum einen - wie vom Schrifttum angeregt - 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 (*zut. Gooren ZESAR 2012, 225, 228*). 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

43

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.

4. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist bei der vorliegenden Dauer der vier befristeten Arbeitsverhältnisse von insgesamt sieben Jahren und neun Monaten kein Anhaltspunkt für einen Missbrauch zu erkennen. Zahl und Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverhältnisse befinden sich unterhalb der Schwelle, die auf einen Rechtsmissbrauch hindeuten. Auch die sonstigen Umstände geben keinen Anlass einer gegenteiligen Annahme. 44

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 45

Linsenmaier

Zwanziger

Kiel

Willms

Busch