

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 21. Februar 2018
- 7 AZR 765/16 -
ECLI:DE:BAG:2018:210218.U.7AZR765.16.0

I. Arbeitsgericht Kiel

Urteil vom 21. Januar 2016
- 5 Ca 1598 a/15 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 27. September 2016
- 1 Sa 63/16 -

Entscheidungsstichworte:

Befristung - Vertretung - Rechtsmissbrauch

BUNDEARBEITSGERICHT



7 AZR 765/16

1 Sa 63/16

Landesarbeitsgericht

Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Februar 2018

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Februar 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Deinert und Meißner für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 27. September 2016 - 1 Sa 63/16 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsvertrags zum 30. September 2015. 1
- Der Kläger war seit dem 25. August 2008 auf der Grundlage von insgesamt 22 befristeten Arbeitsverträgen bei der Beklagten als Briefzusteller beschäftigt. Zunächst war er bis zum 31. Juli 2013 neben seinem Betriebswirtschaftsstudium/Fachbereich Logistik als Teilzeitkraft mit unterschiedlichem Stundenumfang tätig. In dieser Zeit vertrat er verschiedene abwesende Stammkräfte. Vom 1. April bis zum 31. August 2013 absolvierte der Kläger in der Abteilung Verkehr der Beklagten ein Praktikum auf der Grundlage eines „Vertrags über die Ableistung eines berufspraktischen Studiensemesters“. Vom 1. September bis zum 20. November 2013 bestanden keine vertraglichen Beziehungen der Parteien. In dieser Zeit fertigte der Kläger seine Abschlussarbeit an. Ab dem 21. November 2013 war der Kläger als Zustellkraft in Vollzeit tätig. Im letzten, für die Zeit vom 1. Juli 2015 bis zum 30. September 2015 geschlossenen Arbeitsvertrag vom 24. Juni 2015 ist als Befristungsgrund angegeben: „Vertretung wegen vorübergehender Abwesenheit des Mitarbeiters N“. Dieser Befristungsgrund war bereits in den beiden vorherigen befristeten Arbeitsverträgen vom 29. Juli und 29. September 2014 genannt. 2
- Herr N ist bei der Beklagten seit dem 29. Juni 2006 als Zusteller beschäftigt, seit dem 1. April 2009 unbefristet in Vollzeit. Ebenso wie der Kläger wurde er im Bereich des Zustellstützpunkts mit Leitung (ZSPL) K eingesetzt und 3

nach der Entgeltgruppe 3 ETV-DP AG vergütet. Auf der Grundlage des § 27 Abs. 2 MTV-DP AG hatte die Beklagte Herrn N zunächst für die Zeit vom 1. Oktober 2013 bis zum 1. Oktober 2014 Sonderurlaub gewährt und diesen bis zum 1. Oktober 2015 verlängert. Auf seinen weiteren Antrag vom 7. Juni 2015 bewilligte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 13. Juli 2015 ein weiteres Jahr Sonderurlaub bis zum 2. Oktober 2016. Nach § 27 Abs. 2 MTV-DP AG kann Sonderurlaub unter Verzicht auf Entgelt gewährt werden, wenn ein persönlicher Grund vorliegt und die dienstlichen Verhältnisse das Fernbleiben von der Arbeit gestatten.

Am 10. Oktober 2013 hatte die Beklagte mit Herrn N folgende Rahmenvereinbarung geschlossen:

„Die Deutsche Post AG NL K erklärt sich bereit, Herrn N in eine Liste der Interessenten für Arbeitseinsätze aufzunehmen.

Im Bedarfsfalle wird Herr H oder ein Vertreter sich daher an Herrn N mit der Frage wenden, ob dieser in der Lage und bereit ist, für einen näher bestimmten kurzen Zeitraum Arbeiten bei der Deutschen Post AG NL K zu erledigen.

Die Deutsche Post AG NL K und Herr N sind sich einig, dass die Deutsche Post AG nicht verpflichtet ist, Beschäftigungsangebote zu machen. Herr N ist nicht verpflichtet, Beschäftigungsangebote der Deutschen Post AG anzunehmen.

Demzufolge soll durch den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung und den in Einzelfällen erfolgenden Beschäftigungen ein Dauerteilzeitarbeitsverhältnis auch in Form eines Abrufarbeitsverhältnisses gemäß § 12 TzBfG nicht begründet werden.

Die Ausgestaltung dieser Rahmenvereinbarung entspricht ausdrücklich dem von Herrn N geäußerten Wunsch, da Herr N aus pers. Gründen nicht öfter zur Verfügung stehen kann.

Für den Fall, dass diese Interessenlage nicht mehr besteht, wird Herr N dies unverzüglich der Deutschen Post AG NL K mitteilen.“

Herr N wurde in der Zeit vom 1. Juli 2015 bis zum 30. September 2015 an drei Tagen beschäftigt.

Mit der am 19. Oktober 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der 6
Beklagten am 26. Oktober 2015 zugestellten Klage hat der Kläger die Auffas-
sung vertreten, die Befristung sei nicht durch den Sachgrund der Vertretung
gerechtfertigt. Bei Vertragsschluss am 24. Juni 2015 habe die Beklagte bereits
von dem Antrag des Briefzustellers N auf Verlängerung seines Sonderurlaubs
Kenntnis gehabt und daher gewusst, dass ein Vertretungsbedarf über den
30. September 2015 hinaus bestehen würde. Außerdem könne sich die Beklag-
te nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs nicht auf den
Sachgrund der Vertretung berufen. Insbesondere die Anzahl von 22 befristeten
Arbeitsverträgen indiziere, dass er dauerhaft als Personalreserve beschäftigt
worden sei.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt 7
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den
Parteien nicht aufgrund der am 1. Juli 2015 vereinbarten
Befristung am 30. September 2015 beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht 8
vertreten, die Befristung des Arbeitsvertrags sei durch den Sachgrund der Ver-
tretung gerechtfertigt. Der Kläger habe den abwesenden Mitarbeiter N vertre-
ten, dem die Aufgaben des Klägers bei Vertragsschluss gedanklich zugeordnet
worden seien. Sie habe bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags davon
ausgehen dürfen, dass Herr N seine vertragliche Tätigkeit nach Beendigung
des Sonderurlaubs am 1. Oktober 2015 wieder aufnehmen werde. Ob ein Son-
derurlaub bewilligt werde, hänge von tatsächlichen Voraussetzungen ab, die
nach dem Antrag von Herrn N vom 7. Juni 2015 hätten geprüft werden müssen.
Erst am 13. Juli 2015 habe die Abwesenheit der Stammkraft N über den
30. September 2015 hinaus festgestanden. Die mit Herrn N getroffene Rah-
menvereinbarung über kurzfristige Aushilfstätigkeiten habe den Vertretungsbe-
darf wegen des Sonderurlaubs nicht berührt. Der wiederholte Abschluss befris-
teter Arbeitsverträge mit dem Kläger sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Der
Kläger sei bis zum 31. Juli 2013 neben seinem Studium in Teilzeit beschäftigt
gewesen. Die im Interesse des Klägers liegende Unterbrechung des Arbeits-
verhältnisses von drei Monaten und drei Wochen im Jahr 2013 zeige, dass von

einer rechtsmissbräuchlichen Nutzung der Befristungsmöglichkeit nicht die Rede sein könne.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat aufgrund der im Arbeitsvertrag vom 24. Juni 2015 vereinbarten Befristung am 30. September 2015 geendet. Die Befristung ist wirksam. Sie ist nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt. Der Kläger wurde zur Vertretung des Arbeitnehmers N eingestellt, dem bis zum 1. Oktober 2015 Sonderurlaub bewilligt worden war. Die Beklagte ist auch nicht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) gehindert, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu berufen.

10

I. Die Befristung zum 30. September 2015 gilt nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. Mit der am 19. Oktober 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der Beklagten am 26. Oktober 2015 und damit demnächst iSv. § 167 ZPO zugestellten Klage hat der Kläger die Frist des § 17 Satz 1 TzBfG für die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Befristung gewahrt. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag zutreffend dahin verstanden, dass sich der Kläger gegen die Wirksamkeit der im Arbeitsvertrag vom 24. Juni 2015 vereinbarten Befristung wendet. Bei dem im Antrag genannten Datum 1. Juli 2015 handelt es sich offensichtlich um eine irrtümliche Datumsangabe, die den Vertragsbeginn wiedergibt. Dieses Antragsverständnis, das sich aus dem der Klage beigefügten Arbeitsvertrag ergibt, hat der Kläger in

11

der Verhandlung gegenüber dem Senat bestätigt. Die Beklagte hat insoweit keine Einwendungen erhoben.

II. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass die im Arbeitsvertrag vom 24. Juni 2015 vereinbarte Befristung durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt ist. 12

1. Ein sachlicher Grund, der die Befristung eines Arbeitsvertrags rechtfertigt, liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Grund für die Befristung liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend 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 (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 10, BAGE 159, 125; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 14, BAGE 157, 125; 24. August 2016 - 7 AZR 41/15 - Rn. 17; 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 15*). 13

a) Teil des Sachgrunds ist eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs nach Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Entsteht der Vertretungsbedarf für den Arbeitgeber „fremdbestimmt“, weil der Ausfall der Stammkraft - zB durch Krankheit, Urlaub oder Freistellung - nicht in erster Linie auf seiner Entscheidung beruht, kann der Arbeitgeber nach der ständigen Rechtsprechung des Senats regelmäßig damit rechnen, dass der Vertretene seine arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen wird. Die Stammkraft hat einen arbeitsvertraglichen Anspruch darauf, nach Wegfall des Verhinderungsgrunds die vertraglich vereinbarte Tätigkeit wieder aufzunehmen. Der Arbeitgeber muss daher davon ausgehen, dass der Vertretene diesen Anspruch nach Beendigung der Krankheit, Beurlaubung oder Freistellung geltend machen wird. In einem solchen Fall sind besondere Ausführungen des Arbeitgebers dazu, dass mit der Rückkehr des Vertretenen zu rechnen ist, regelmäßig nicht veranlasst. Nur wenn der Arbeitgeber aufgrund ihm 14

vorliegender Informationen erhebliche Zweifel daran haben muss, dass der zu vertretende Arbeitnehmer überhaupt wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehren wird, kann dies dafür sprechen, dass der Sachgrund der Vertretung nur vorgeschoben ist. Dann kann die Befristung unwirksam sein. Dies setzt idR voraus, dass der zu vertretende Arbeitnehmer dem Arbeitgeber bereits vor dem Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags mit dem Vertreter verbindlich erklärt hat, er werde die Arbeit nicht wieder aufnehmen (*BAG 12. April 2017 - 7 AZR 436/15 - Rn. 19; 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 16; 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 12 mwN*).

Ein Vertretungsbedarf iSd. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG kann auch durch die vorübergehende Abordnung einer Stammkraft auf einen anderen Arbeitsplatz innerhalb des Betriebs oder Unternehmens entstehen. In einem solchen Fall trifft den Arbeitgeber allerdings eine erweiterte Darlegungslast zur Rückkehrprognose, da die Rückkehr der Stammkraft an ihren bisherigen Arbeitsplatz auch von Planungs- und Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers abhängt (*vgl. BAG 16. Januar 2013 - 7 AZR 661/11 - Rn. 22, BAGE 144, 193*).

b) Der Sachgrund der Vertretung setzt ferner einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft voraus. Es muss sichergestellt sein, dass die Vertretungskraft gerade wegen des durch den zeitweiligen Ausfall des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs eingestellt worden ist. Es ist deshalb aufgrund der Umstände bei Vertragsschluss zu beurteilen, ob der Bedarf für die Beschäftigung des Vertreters auf die Abwesenheit des zeitweilig ausgefallenen Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Die Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs durch den Arbeitgeber richten sich dabei nach der Form der Vertretung. Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer - ohne dass eine mittelbare Vertretung vorliegt - Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter nie ausgeübt hat, besteht der erforderliche Kausalzusammenhang, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer im Falle seiner Anwe-

senheit 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 der Vertretungskraft geschehen. Nur dann ist gewährleistet, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers beruht (*st. Rspr., vgl. BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 12, BAGE 159, 125; 12. April 2017 - 7 AZR 436/15 - Rn. 20; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 15, BAGE 157, 125; 24. August 2016 - 7 AZR 41/15 - Rn. 20 f.; 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 19 mwN*).

c) Eine Befristung zur Vertretung nach den Grundsätzen der gedanklichen Zuordnung kommt allerdings in Fällen der sog. „Abordnungsvertretung“ nicht in Betracht. Der anderweitige Einsatz der Stammkraft innerhalb des Betriebs oder Unternehmens kann nur dann die Befristung des Arbeitsvertrags mit einer Vertretungskraft nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber die damit verbundene Umorganisation unmittelbar oder mittelbar mit einer befristeten Neueinstellung verknüpft, der befristet beschäftigte Arbeitnehmer also unmittelbar anstelle der anderweitig eingesetzten Stammkraft beschäftigt wird oder sich die Verbindung zu diesem anderweitigen Einsatz durch eine Vertretungskette vermittelt. Es reicht hingegen nicht aus, wenn die Tätigkeit des befristet beschäftigten Arbeitnehmers lediglich wegen der „gedanklichen Zuordnung“ dem vorübergehend im Unternehmen anderweitig eingesetzten Beschäftigten zugeordnet werden kann (*BAG 12. April 2017 - 7 AZR 436/15 - Rn. 21; 10. Juli 2013 - 7 AZR 761/11 - Rn. 16; 16. Januar 2013 - 7 AZR 662/11 - Rn. 20 ff., BAGE 144, 202; 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 26*). Dies beruht darauf, dass der Arbeitgeber von seinen Versetzungs- und Umsetzungsbefugnissen - bei identischem Anlass - nur einmal Gebrauch machen kann. Bei der Vertretung im Wege sog. „gedanklicher Zuordnung“ wird die Kausalität zwischen der vorübergehenden Abwesenheit der Stammkraft und der Einstellung

17

einer Vertretungskraft dadurch hergestellt, dass der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags mit der Vertretungskraft deren Aufgaben der vorübergehend abwesenden Stammkraft nach außen erkennbar gedanklich zuordnet. Diese Möglichkeit besteht deshalb, weil die vorübergehende Abwesenheit der Stammkraft die Organisationsbefugnis des Arbeitgebers und seine Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse unberührt lässt (*vgl. etwa BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 14 f.*). Deshalb genügt es für den Sachgrund der Vertretung in den Fällen der vollständigen Abwesenheit der Stammkraft, wenn der Vertretungskraft Aufgaben übertragen werden, die der Stammkraft zugewiesen werden könnten, wenn sie im Betrieb anwesend wäre, und dies bei Abschluss des Arbeitsvertrags mit der Vertretungskraft nach außen erkennbar dokumentiert wird. Entsteht der Vertretungsbedarf hingegen durch eine vorübergehende Abordnung der Stammkraft auf einen anderen Arbeitsplatz in dem Unternehmen, hat der Arbeitgeber in Bezug auf die Stammkraft bereits von seinen Organisations- und Umsetzungsbefugnissen Gebrauch gemacht. Der Arbeitgeber kann sich daher nicht gleichzeitig darauf berufen, er hätte sie in anderer Weise ausüben können (*BAG 16. Januar 2013 - 7 AZR 662/11 - Rn. 23, aaO*).

2. Danach ist die im Arbeitsvertrag vom 24. Juni 2015 vereinbarte Befristung durch den Sachgrund der Vertretung im Wege der sog. gedanklichen Zuordnung gerechtfertigt. 18

a) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beruhte die befristete Einstellung des Klägers auf dem zeitweiligen Ausfall des Herrn N, dem die Aufgaben des Klägers durch die Festlegung im Arbeitsvertrag vom 24. Juni 2015 gedanklich zugeordnet wurden. Wie der Kläger war Herr N als Briefzusteller im ZSPL K beschäftigt. Ihm hätten daher die Aufgaben des Klägers zugewiesen werden können, wenn er nicht wegen Sonderurlaubs abwesend gewesen wäre. 19

b) Die Beklagte durfte bei Abschluss des Arbeitsvertrags mit dem Kläger am 24. Juni 2015 von der Rückkehr des Arbeitnehmers N auf seinen Arbeitsplatz ausgehen. An dieser Annahme war die Beklagte nicht deshalb gehindert, 20

weil der Arbeitnehmer N am 7. Juni 2015 die Verlängerung des Sonderurlaubs beantragt hatte. Hierüber war bei Abschluss des letzten Arbeitsvertrags mit dem Kläger noch nicht entschieden. Die Bewilligung von Sonderurlaub setzt nach § 27 Abs. 2 MTV-DP AG voraus, dass ein persönlicher Grund vorliegt und die dienstlichen Verhältnisse das Fernbleiben von der Arbeit gestatten. Erst nach Prüfung dieser Voraussetzungen bewilligte die Beklagte den Sonderurlaub mit Schreiben vom 13. Juli 2015, so dass sie bei Vertragsschluss mit dem Kläger am 24. Juni 2015 von der Rückkehr des Herrn N zum 1. Oktober 2015 ausgehen konnte.

Selbst wenn bereits am 24. Juni 2015 davon auszugehen gewesen wäre, dass der Sonderurlaub von Herrn N aufgrund des Verlängerungsantrags vom 7. Juni 2015 nicht mit dem 1. Oktober 2015 enden, sondern um ein weiteres Jahr verlängert werden würde, stünde dies der Wirksamkeit der Befristungsabrede mit dem Kläger zum 30. September 2015 nicht entgegen, da nach der ständigen Rechtsprechung des Senats die mit dem Vertreter vereinbarte Vertragslaufzeit nicht mit der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsverhinderung der Stammkraft übereinstimmen muss, sondern dahinter zurückbleiben kann. Dem Arbeitgeber ist es unbenommen zu entscheiden, ob er den vorübergehenden Ausfall eines Arbeitnehmers überhaupt durch Einstellung einer Vertretungskraft überbrückt. Deshalb kann er die Vertretung auch nur für einen kürzeren Zeitraum regeln (*vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 26*). 21

c) Dem Vorliegen des Sachgrunds der Vertretung steht auch der Abschluss der Rahmenvereinbarung vom 10. Oktober 2013, die die Möglichkeit kurzfristiger Arbeitseinsätze der Stammkraft N während dessen Sonderurlaub zum Gegenstand hat, nicht entgegen. Die Rahmenvereinbarung führt nicht dazu, dass die Befristung den Anforderungen der „Abordnungsvertretung“ entsprechen müsste. 22

aa) Zwar kann die Befristung des Arbeitsvertrags mit einer Vertretungskraft nicht auf den Sachgrund der Vertretung im Wege gedanklicher Zuordnung gestützt werden, wenn mit der abwesenden Stammkraft ein (Abruf-)Arbeitsverhältnis nach § 12 Abs. 1 TzBfG begründet wird, das dem Arbeitgeber die 23

Möglichkeit eröffnet, aufgrund seines Direktionsrechts die Stammkraft gleichzeitig mit der Vertretungskraft zur Arbeitsleistung heranzuziehen. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber - vergleichbar dem Fall der Abordnung - sein Direktionsrecht in Bezug auf die Stammkraft doppelt ausüben, nämlich einmal durch die gedankliche Zuordnung der Tätigkeit des Vertreters und andererseits durch einen Abruf der Arbeit iSv. § 12 Abs. 1 TzBfG.

bb) Entgegen der Auffassung des Klägers hat die Beklagte mit Herrn N jedoch keine „Arbeit auf Abruf“ nach § 12 Abs. 1 TzBfG vereinbart und sich auch nicht die Möglichkeit eröffnet, Herrn N während seines Sonderurlaubs im Wege des Direktionsrechts Tätigkeiten zuzuweisen. Die arbeitsvertraglichen Pflichten von Herrn N waren vielmehr für die Dauer des nach § 27 Abs. 2 MTV-DP AG bewilligten Sonderurlaubs suspendiert. Die Beklagte konnte in dieser Zeit auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers N nicht zurückgreifen und damit ihr Direktionsrecht nicht ausüben. Die Rahmenvereinbarung verpflichtete Herrn N weder dazu, seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen, noch ist in dem Vertrag eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt. Dies ist vielmehr ebenso ausdrücklich ausgeschlossen wie auch der Anspruch auf Zuweisung von Tätigkeiten. Ein kurzfristiger Arbeitseinsatz von Herrn N war daher nur einvernehmlich möglich. Die Beklagte konnte damit nicht prognostizieren, ob und in welchem Umfang Herr N aufgrund der Rahmenvereinbarung für kurzfristige Arbeitseinsätze tatsächlich zur Verfügung stehen würde. Es bestand nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auch kein konkreter Anhaltspunkt dafür anzunehmen, dass der Vertretungsbedarf in Wirklichkeit nur vorgeschoben war, weil bei Vertragsschluss mit dem Kläger in erheblichem Umfang mit Arbeitseinsätzen von Herrn N zu rechnen war. Der tatsächliche Einsatz von Herrn N an drei Tagen seines Sonderurlaubs in der Zeit vom 1. Juli 2015 bis zum 30. September 2015 indiziert dies jedenfalls nicht.

24

III. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass die Beklagte nicht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs

25

(§ 242 BGB) daran gehindert ist, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu berufen.

1. Die Gerichte dürfen sich nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bei der Befristungskontrolle nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen dazu verpflichtet, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen. Die Beachtung von § 5 Nr. 1 Buchst. a der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 verlangt, dass konkret geprüft wird, ob die Verlängerung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse der Deckung eines zeitweiligen Bedarfs dient und ob eine nationale Vorschrift nicht in Wirklichkeit eingesetzt wird, um einen ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers zu decken. Hierzu sind stets alle Umstände des jeweiligen 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 angeblich zur Deckung eines Vertretungsbedarfs geschlossen worden sein (vgl. *EuGH* 21. September 2016 - C-614/15 - [Popescu] Rn. 44, 65 f.; 14. September 2016 - C-16/15 - [Pérez López] Rn. 31; 26. November 2014 - C-22/13 ua. - [Mascolo ua.] Rn. 77, 101 f.; 3. Juli 2014 - C-362/13 ua. - [Fiamingo ua.] Rn. 62; 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40). Die dazu gebotene zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen (vgl. *BAG* 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 15, *BAGE* 159, 125; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 23, *BAGE* 157, 125; grundlegend: *BAG* 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 38, *BAGE* 142, 308 und - 7 AZR 783/10 - Rn. 33).

26

a) Die Bestimmung der Schwelle eines institutionellen Rechtsmissbrauchs hängt maßgeblich von der Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie der An-

27

zahl der Vertragsverlängerungen ab. Nach der Rechtsprechung des Senats ist dabei an die gesetzlichen Wertungen in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG anzuknüpfen. 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. Bei Vorliegen eines die Befristung an sich rechtfertigenden Sachgrunds besteht 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. Davon ist auszugehen, wenn nicht mindestens das Vierfache eines der in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bestimmten Werte oder das Dreifache beider Werte überschritten ist. Liegt ein Sachgrund vor, kann also von der Befristung des Arbeitsverhältnisses Gebrauch gemacht werden, solange das Arbeitsverhältnis nicht die Gesamtdauer von sechs Jahren überschreitet und zudem nicht mehr als neun Vertragsverlängerungen vereinbart wurden, es sei denn, die Gesamtdauer übersteigt acht Jahre oder es wurden mehr als zwölf Vertragsverlängerungen vereinbart (*BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 17, BAGE 159, 125; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 26, BAGE 157, 125*).

Werden die Grenzen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG alternativ oder kumulativ mehrfach überschritten, ist eine umfassende Missbrauchskontrolle geboten. Hiervon ist idR auszugehen, wenn einer der Werte des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG mehr als das Vierfache beträgt oder beide Werte das Dreifache übersteigen. Überschreitet also die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses acht Jahre oder wurden mehr als zwölf Verlängerungen des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart, hängt es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Rechtsmissbrauch anzunehmen ist. Gleiches gilt, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses sechs Jahre überschreitet und mehr als neun Vertragsverlängerungen vereinbart wur-

28

den (*BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 18, BAGE 159, 125; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 27 mwN, BAGE 157, 125*).

Werden die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen alternativ oder kumulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten, kann eine missbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indiziert sein. Von einem indizierten Rechtsmissbrauch ist idR auszugehen, wenn durch die befristeten Verträge einer der Werte des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG um mehr als das Fünffache überschritten wird oder beide Werte mehr als das jeweils Vierfache betragen. Das bedeutet, dass ein Rechtsmissbrauch indiziert ist, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses zehn Jahre überschreitet oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden oder wenn mehr als zwölf Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als acht Jahren vorliegen. In einem solchen Fall hat allerdings der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften (*vgl. BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 19, BAGE 159, 125; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 28, BAGE 157, 125*).

29

b) Unter Berücksichtigung der danach gegebenen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast können sich Anhaltspunkte für oder gegen einen institutionellen Rechtsmissbrauch insbesondere daraus ergeben, ob ein Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wurde oder ihm mit den jeweiligen befristeten Arbeitsverträgen wechselnde, ganz unterschiedliche Tätigkeiten übertragen wurden. Indizien für oder gegen eine rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung können auch aus der Art der Vertretung abzuleiten sein; regelmäßig erweist sich eine Befristung zur unmittelbaren Vertretung gegenüber einer mittelbaren Vertretung oder einer Vertretung nach dem Modell der sog. gedanklichen Zuordnung als weniger missbrauchsanfällig. Die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs bei aneinandergereihten befristeten Arbeitsverträgen zur Vertretung liegt näher, wenn die Laufzeit der Verträge wiederholt hinter der prognostizierten Dauer des Vertretungsbedarfs zurückbleibt, ohne dass dafür ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers erkennbar

30

ist. Bei der Gesamtwürdigung von Bedeutung sind zudem grundrechtlich gewährleistete Freiheiten sowie besondere Anforderungen der in Rede stehenden Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien, sofern dies objektiv gerechtfertigt ist (vgl. BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 20, BAGE 159, 125; 26. Oktober 2016 - 7 AZR 135/15 - Rn. 24 mwN, BAGE 157, 125). Auch die Anzahl und Dauer etwaiger Unterbrechungen zwischen den befristeten Arbeitsverträgen können gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen. Nach der Rechtsprechung des Senats schließt jedenfalls eine Unterbrechung von zwei Jahren idR aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse und damit einen Rechtsmissbrauch aus. Bei einer so langfristigen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Beschäftigung nicht der Deckung eines ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarfs dient. In diesem Fall sind nur die Dauer und die Zahl der Vertragsverlängerungen nach der Unterbrechung in die Rechtsmissbrauchsprüfung einzubeziehen (vgl. BAG 21. März 2017 - 7 AZR 369/15 - Rn. 32). Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat in der Sache *Fiamingo* angenommen, ein Zeitraum von 60 Tagen sei „im Allgemeinen“ als ausreichend anzusehen, um jedes bestehende Arbeitsverhältnis zu unterbrechen und dafür zu sorgen, dass jeder etwaige später unterschriebene Vertrag nicht mehr als darauffolgend angesehen werde. Für einen Arbeitgeber, der ständig und dauerhaft Bedarf an Arbeitskräften hat, dürfte es schwierig sein, den von der Rahmenvereinbarung gewährten Schutz gegen Missbräuche zu umgehen, indem er am Ende jedes befristeten Vertrags eine Frist von ca. zwei Monaten verstreichen lässt (vgl. *EuGH 3. Juli 2014 - C-362/13 ua. - [Fiamingo ua.] Rn. 71*).

2. Nach diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht eine rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung verneint. Zwar ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht frei von Widersprüchen und hält deshalb einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht ohne weiteres stand. Sie ist aber im Ergebnis nicht zu beanstanden. 31
- a) Grundsätzlich obliegt die Beurteilung, ob die Berufung des Arbeitgebers auf einen Sachgrund für die Befristung nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich 32

ist, dem Gericht der Tatsacheninstanz. Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt darauf zu überprüfen, ob das Landesarbeitsgericht von den zutreffenden Voraussetzungen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs ausgegangen ist, ob es alle erheblichen Gesichtspunkte widerspruchsfrei berücksichtigt hat und ob die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (*BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 26, BAGE 159, 125*).

b) Dieser eingeschränkten Überprüfung hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht uneingeschränkt stand. Es hat einerseits angenommen, ein institutioneller Rechtsmissbrauch sei indiziert, da die Parteien seit dem 25. August 2008 insgesamt 22 befristete Arbeitsverträge abgeschlossen hätten und damit die Anzahl von Vertragsverlängerungen den in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Wert um mehr als das Fünffache überschreite. Dabei hat das Landesarbeitsgericht die vor der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses vom 1. August 2013 bis zum 21. November 2013 geschlossenen Arbeitsverträge in die Rechtsmissbrauchskontrolle einbezogen. Andererseits hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, nach der Unterbrechung sei der Kläger keine zwei Jahre mehr bei der Beklagten tätig gewesen. Wegen dieses kurzen Zeitraums sei eine Missbrauchskontrolle nicht indiziert. In diesen Ausführungen liegt ein unauflösbarer Widerspruch. Wenn die Arbeitsverträge vor und nach der Unterbrechung von drei Monaten und drei Wochen zusammenzurechnen sein sollten, ist ein institutioneller Rechtsmissbrauch indiziert. Wenn hingegen nur die Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Zahl der Vertragsverlängerungen nach der Unterbrechung zu berücksichtigen sein sollten, bestünde bei sieben befristeten Arbeitsverträgen und einer Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von weniger als zwei Jahren kein Anlass für eine Rechtsmissbrauchsprüfung. 33

c) Dieser Rechtsfehler erfordert aber nicht die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Da das Landesarbeitsgericht die für die gebotene Gesamtwürdigung wesentlichen Umstände festgestellt hat, kann der Senat nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache abschließend entscheiden. Eine eigene Würdigung durch das Re- 34

visionsgericht ist möglich, wenn sämtliche relevanten Tatsachen feststehen (*BAG 30. August 2017 - 7 AZR 440/16 - Rn. 43; 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 20; 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15 - Rn. 29, BAGE 157, 84; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 47, BAGE 153, 111; 27. September 2012 - 2 AZR 646/11 - Rn. 42*). So verhält es sich hier.

aa) Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses in der Zeit vom 1. August 2013 bis zum 20. November 2013 nicht so erheblich ist, dass nicht mehr von aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen auszugehen wäre und dass deshalb alle 22 befristeten Arbeitsverträge in die Missbrauchskontrolle einzubeziehen sind, weshalb ein institutioneller Rechtsmissbrauch indiziert ist. 35

bb) Diese Indizwirkung ist aufgrund der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Gesamtumstände widerlegt. Dafür spricht entscheidend, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus zwei Phasen bestand, die sich vom Umfang der Arbeitsleistung grundlegend unterscheiden. Vor der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses vom 1. August 2013 bis zum 20. November 2013 war der Kläger studienbegleitend in Teilzeit tätig. Er vertrat verschiedene Arbeitnehmer mit unterschiedlichem Stundenumfang. Erst nach dem Abschluss seines Studiums wurde er aufgrund von sieben befristeten Arbeitsverträgen über einen Zeitraum von weniger als zwei Jahren, zuletzt aufgrund von drei befristeten Arbeitsverträgen zur Vertretung des Postzustellers N in Vollzeit angestellt. Die Dauer der Unterbrechung von drei Monaten und drei Wochen ist nicht unerheblich und beruht auf Gründen in der Sphäre des Klägers. Dadurch wurde es dem Kläger ermöglicht, in dieser Zeit das erforderliche studienbegleitende Praktikum zu absolvieren und seine Abschlussarbeit zu verfassen. Daraus ergibt sich, dass die Beklagte den Abschluss der befristeten Arbeitsverträge mit dem Kläger nicht missbraucht hat, um in Wahrheit einen dauerhaften Beschäftigungsbedarf zu decken, sondern dass sie mit der Vertragsgestaltung auch den Interessen des Klägers Rechnung getragen hat. 36

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

37

Gräfl

Richter am BAG
Waskow ist wegen
Krankheit verhin-
dert, die Unter-
schrift beizufügen.

Kiel

Gräfl

Deinert

Meißner