

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die rechtlichen Grundlagen
3. Die BAG-Rechtsprechung zur Vertretungsbefristung
 - 3.1 Grund der Vertretungsbefristung
 - 3.2 Beurteilungszeitpunkt für die Vertretungsbefristung
 - 3.3 Prognose für die Vertretungsbefristung
 - 3.4 Kausalzusammenhang zwischen Ausfall und Vertretung
 - 3.5 Abgrenzung: unmittelbare und mittelbare Vertretung
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Abfindungs-/Entschädigungsregelung
 - 4.2 Abordnungsvertretung
 - 4.3 Befristeter Beschäftigungsbedarf
 - 4.4 Darlegungs- und Beweislast
 - 4.5 Dauer der Befristung
 - 4.6 Dauerhafter Bedarf
 - 4.7 Diskriminierung
 - 4.8 Einarbeitungszeit
 - 4.9 Gedankliche Zuordnung - 1
 - 4.10 Gedankliche Zuordnung - 2
 - 4.11 Indizierter Rechtsmissbrauch
 - 4.12 Institutioneller Rechtsmissbrauch
 - 4.13 Kausalzusammenhang - 1
 - 4.14 Kausalzusammenhang - 2
 - 4.15 Kausalzusammenhang - 3
 - 4.16 Keine "Vertretung"
 - 4.17 Kriterien für Rechtsmissbrauch
 - 4.18 Musiker in einem Kulturorchester - 1
 - 4.19 Musiker in einem Kulturorchester
 - 4.20 "Ständiger" Vertretungsbedarf
 - 4.21 Überschreiten der Grenzwerte - 1
 - 4.22 Überschreiten der Grenzwerte - 2
 - 4.23 Vorübergehende Abordnung - 1
 - 4.24 Vorübergehende Abordnung - 2

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber steht manchmal vor dem **Problem**, einen **für gewisse Zeit ausfallenden Stammmitarbeiter ersetzen** zu müssen. Die Ausfallzeit dieses Mitarbeiters kann urlaubs- oder krankheitsbedingt sein, aber auch durch Eltern- und Pflegezeit sowie den Abbau eines angesparten Arbeitszeit-Wertguthabens usw. Das Gemeinsame daran: Der eigentliche **Stelleninhaber** steht erst mal **nicht mehr zur Verfügung** und für ihn muss ein Ersatzmann oder eine Ersatzfrau engagiert werden. Im Teilzeit- und Befristungsgesetz ist dieser Fall

als **Sachgrund** einer Befristung vorgesehen (s. dazu auch das Stichwort Befristung - Sachgrund). § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG lässt eine Befristung zu, wenn "der Arbeitnehmer **zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers** beschäftigt wird".

Praxistipp:

Der Vertretungsbedarf i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG besteht nicht einfach so. Der Arbeitgeber muss eine Rückkehrprognose treffen (können). Er muss nach seinem Kenntnisstand im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags davon ausgehen dürfen, dass der Vertretene nach Wegfall des Grundes für seinen Arbeitsausfall wieder zurückkommt und seine vertraglich geschuldete Arbeit wieder leistet.

Zwischen dem **Ausfall** des Stammmitarbeiters und der **Vertretung** muss ein **Kausalzusammenhang** bestehen. Der Idealfall einer Vertretungsbefristung ist sicherlich die **unmittelbare Vertretung**. Dabei ersetzt der Vertreter den Vertretenen 1 : 1 und nimmt genau dessen Aufgaben wahr. Daneben gibt es den **Fall einer nur mittelbaren Vertretung**, die eine Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG allerdings nicht ausschließt. Der Arbeitgeber muss die "neuen" Aufgaben dem Vertretenen nur **gedanklich zugeordnet** haben. Die Befristung schließt sein **Recht**, den Arbeitnehmer **umzusetzen** oder zu versetzen ja nicht aus. Das TzBfG erlaubt Vertretungsbefristungen, will aber nicht deren Missbrauch (s. dazu auch das Stichwort Befristung - Rechtsschutz). Wird ein **Arbeitnehmer als "ständiger" Vertreter** im Betrieb beschäftigt, kann es ihm passieren, dass er eben nicht mehr bloß "Vertreter", sondern schon Stammmitarbeiter ist.

2. Die rechtlichen Grundlagen

§ 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG lässt die **Befristung** eines Arbeitsvertrags **nur** zu, wenn sie **durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt** ist. Sachlicher Grund i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist die Beschäftigung eines Arbeitnehmers "zur **Vertretung eines anderen Arbeitnehmers**".

Beispiel:

Karl Keyrow plant, sein Wertguthaben aus dem Arbeitszeitkonto abzubauen und eine längere Auszeit zu nehmen. Sein Arbeitgeber, die LuchsOhr Hörgeräte GmbH, beabsichtigt, für die mehrmonatige Abwesenheit Karls eine Vertretungskraft einzustellen. Gerda Giese bewirbt sich bei der LuchsOhr. Die Geschäftsführung spielt mit dem Gedanken, sie nur befristet einzustellen. Karls Vertretung ist ein Sachgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG . Frau Giese wird zur Vertretung des anderen Arbeitnehmers Karl Keyrow engagiert.

Praxistipp:

Was natürlich trotz eines Vertretungsfalls immer möglich ist: eine Neueinstellung nach § 14 Abs. 2 TzBfG . Für diese Neueinstellung wird kein Sachgrund benötigt. Es gilt aber das so genannte Zuvorbeschäftigungsverbot. Das BAG meint dazu: "Der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Sachgrund bis zu zwei Jahren zu befristen, steht ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmer mit demselben Arbeitgeber nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt" (BAG, 06.04.2011 - 7 AZR 716/09 - Leitsatz). Es gibt allerdings Landesarbeitsgerichte, die das anders sehen und das Zuvorbeschäftigungsverbot in § 14 Abs. 2 TzBfG nicht zeitlich befristen (z.B. das LAG Baden-Württemberg, 26.09.2013 - 6 Sa 28/13).

Die **Verlängerung** einer Vertretungsbefristung muss - wenn keine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG erfolgt - ebenso **sachlich begründet** sein wie der erste befristete Arbeitsvertrag mit dem Befristungsgrund "Vertretung". Das TzBfG erlaubt keinen **Missbrauch der Befristungsmöglichkeiten**. Wer als Arbeitgeber mit seinen Leuten ohne nachzudenken Kettenarbeitsverträge schließt, läuft Gefahr, dass seine sachlich nicht (mehr) gerechtfertigte **Befristungskette** irgendwann **reißt** und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht (§ 16 TzBfG ; s. dazu auch das Stichwort Befristung - Rechtsschutz).

Einen gesetzlich normierten **Anlass für die Vertretungsbefristung** gibt es in § 21 Abs. 1 BEEG für den Ausfall von Arbeitnehmern wegen **Schwangerschaft und Elternzeit**:

"Ein sachlicher Grund, der die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers oder einer anderen Arbeitnehmerin 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."

§ 21 Abs. 1 BEEG konkretisiert den Sachgrund "Vertretung" i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG (so: BAG, 07.10.2015 - 7 AZR 944/13).

Arbeitgeber sind übrigens nicht verpflichtet, "eine **Personalreserve** in Form unbefristet beschäftigter Vertretungskräfte vorzuhalten, um Vertretungsfälle abzudecken" (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15 - mit Hinweis auf EuGH, 14.09.2016 - C-16/15; EuGH, 26.01.2012 - C-586/10 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 ; BAG, 13.02.2013 - 7 AZR 225/11 und BAG, 18.07.2012 - 7 AZR 443/09). Selbst bei einem branchentypisch - hier: Schulbetrieb - wiederkehrenden, aber nicht planbaren Vertretungsbedarf nicht (BAG, 07.10.2015 - 7 AZR 944/13) .

3. Die BAG-Rechtsprechung zur Vertretungsbefristung

Das TzBfG gibt Arbeitgebern und Personalern **keine Hilfe bei der praktischen Umsetzung** der Vertretungsbefristung i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG . Das **Bundesarbeitsgericht** zieht einer uferlosen Kettenbefristung zwar seit Jahren **Grenzen**, macht auf der anderen Seite aber auch klar, dass "Vertretung" nicht allein auf einen konkreten Arbeitnehmer bezogen sein muss.

3.1 Grund der Vertretungsbefristung

Bei einem **Vertretungsfall** steht der Arbeitgeber

- weiterhin **in einem** - ruhenden - **Arbeitsverhältnis**
- zu seinem bloß vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter.

Wegen des nur vorübergehenden Arbeitnehmersausfalls rechnet der Arbeitgeber konsequenter Weise mit der **Rückkehr des ausfallenden Mitarbeiters**.

Beispiel:

Bankkauffrau Bonny Thaet arbeitet in der Kreditabteilung des privaten Bankhauses Theurow, Oirow & Cie. Sie wird wegen eines - heilbaren - Krebsleidens längere Zeit krankheitsbedingt ausfallen. Die Personalabteilung des Bankhauses hat sich deswegen entschlossen, für Bonny befristet eine Vertretungskraft einzustellen. Man rechnet fest damit, dass Frau Thaet nach ihrer Genesung wieder in die Bank zurückkehrt.

Für "die **Wahrnehmung** der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden **Arbeitsaufgaben** durch eine Vertretungskraft" besteht "von vornherein nur ein **zeitlich begrenztes Bedürfnis**" (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 301/15 - mit Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung, u.a. in BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13). Diese Rechtsauffassung wurde durch BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 765/16 - bestätigt.

Beispiel:

Das Beschäftigungsbedürfnis für die Vertretungskraft reicht im vorausgehenden Fall bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Stammmitarbeiterin auf ihren Arbeitsplatz zurückkehren und weiterarbeiten wird.

In der Regel geht der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags davon aus, dass **der Vertretene** - irgendwann - **wieder da ist**. Muss der Arbeitgeber allerdings nach den Informationen, die ihm im Zeitpunkt der Befristungsvereinbarung vorliegen, **erhebliche Zweifel** an der Rückkehr des Vertretenen haben, spricht das möglicherweise **gegen den Sachgrund Vertretung** (so: BAG, 09.09.2015 - 7 AZR 148/14).

3.2 Beurteilungszeitpunkt für die Vertretungsbefristung

Die **Wirksamkeit** einer Vertretungsbefristung beurteilt sich "nach den im **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** gegebenen Umständen" (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 301/15) .

Beispiel:

Für die Beurteilung der Vertretungsbefristung im Fall des vorausgehenden Gliederungspunkts kommt es auf die Umstände an, die der Personalabteilung des Bankhauses Theuro, Oirow & Cie. vor Vertragsunterzeichnung bekannt sind: u.a. Art der Erkrankung, Dauer der Erkrankung, Heilungschancen, Rückkehrmöglichkeiten, verbleibende psychische und physische Einschränkungen etc.).

Änderungen, die **nach Vertragsschluss** eintreten, haben grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der vereinbarten Befristung. Das heißt: Selbst wenn der bei Vertragsschluss vorliegende Sachgrund für die Befristung später wegfällt, "entsteht .. **kein unbefristetes Arbeitsverhältnis**" (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 301/15 - mit Hinweis auf BAG, 29.06.2011 - 7 AZR 6/10).

Beispiel:

Die Erkrankung von Frau Thaet aus dem Beispiel oben stellt sich einige Monate nach der ersten Krebs-OP wider Erwarten doch schlimmer dar. Bonny lässt daher über ihren Ehemann mitteilen, dass sie eine Erwerbsminderungsrente beantragen und nicht mehr in die Bank zurückkehren wird. Der befristete Arbeitsvertrag mit Bonnys Vertretung wird davon nicht - nachträglich - berührt. Er endet mit Fristablauf . Anders wäre es gewesen, wenn im Zeitpunkt der Befristung absehbar war, dass der Krebs unheilbar war und Frau Thaet nicht auf ihren Arbeitsplatz zurückkommen wird.

Interessant ist: Die im vorausgehenden Absatz getroffene Aussage gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die **Tätigkeit** des befristet eingestellten Mitarbeiters während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses **ändert** (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 301/15) . Aber: "Wird jedoch in einem Änderungsvertrag unter Beibehaltung der vertraglich vereinbarten Befristungsdauer eine Änderung der Tätigkeit und ggf. der Vergütung vereinbart, unterliegt der **Änderungsvertrag** als letzter Arbeitsvertrag der Befristungskontrolle " (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 301/15) . Dann muss auch bei **Abschluss des Änderungsvertrags** ein Sachgrund vorliegen (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 301/15) .

3.3 Prognose für die Vertretungsbefristung

Zum Sachgrund "zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers" i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gehört die **Prognose des Arbeitgebers**

- über den voraussichtlichen **Wegfall des Vertretungsbedarfs**
- nach Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters (s. dazu BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15). Diese Rechtsauffassung wurde durch BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 765/16 - bestätigt.

Ist der **Vertretungsbedarf** für den Arbeitgeber **fremdbestimmt** und von ihm objektiv nicht beeinflussbar, was beispielsweise bei

- Freistellung,
- Krankheit und
- Urlaub

der Fall ist, beruht der Ausfall des zu Vertretenden nicht auf einer Entscheidung des Arbeitgebers. Hier kann er **in der Regel damit rechnen**, "dass der Vertretene seine arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen wird", wenn der Grund für die Auszeit des Mitarbeiters nicht mehr vorliegt (BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 , bestätigt durch: BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 765/16).

Beispiel:

Ist Frau Thaet aus den Beispielen in den vorausgehenden Gliederungspunkten gesundheitlich wieder fit, wird sie ihre Arbeit im Bankhaus Theurow, Orow & Cie. wieder aufnehmen. Ihr Arbeitsverhältnis wird durch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ja nicht beendet. Bonny ist nur krankheitsbedingt außer Stande, die von ihr geschuldete Arbeit zu leisten.

Nach **Ende** von Freistellung, Krankheit und Urlaub will der Vertretene **wieder beschäftigt** werden. Immerhin hat er "einen arbeitsvertraglichen Anspruch darauf, nach Wegfall des Verhinderungsgrundes die vertraglich vereinbarte Tätigkeit wieder aufzunehmen" (so: BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15).

Aber - und jetzt kommt die **Einschränkung**: Muss der Arbeitgeber nach den ihm vorliegenden Informationen erhebliche **Zweifel** daran haben, "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 in der Regel voraus, dass der zu vertretende Arbeitnehmer dem Arbeitgeber bereits vor dem Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags mit seinem Vertreter **verbindlich** erklärt hat, er werde die Arbeit **nicht wieder aufnehmen**" (BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 - mit Hinweis auf BAG, 11.02. 2015 - 7 AZR 113/13 und BAG, 25.03.2009 - 7 AZR 34/08).

3.4 Kausalzusammenhang zwischen Ausfall und Vertretung

Der sachliche Grund für die Vertretungsbefristung i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG verlangt einen **Kausalszusammenhang** zwischen

- dem zeitweiligen Arbeitsausfall des Vertretenen und
- der Einstellung des Vertreters.

Dabei muss sichergestellt sein, "dass die Vertretungskraft gerade **wegen des** durch den zeitweiligen Ausfall des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen **vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs eingestellt** worden ist." Der Beschäftigungsbedarf für den Vertreter muss auf die Abwesenheit des zeitweilig ausgefallenen Mitarbeiters zurückzuführen sein (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15) .

Beispiel:

Im Bankhaus Theurow, Orow & Cie. wird in den vorausgehenden Beispielfällen durch Frau Thaets Ausfall ein Arbeitsplatz in der Kreditabteilung unbesetzt bleiben. Die Ersatzkraft, die für Bonny als Vertretung eingestellt wird, soll genau diesen Arbeitsplatz besetzen und das arbeiten, was Bonny zuvor gearbeitet hat (= unmittelbare Vertretung).

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 (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15 - mit Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung, u.a. in BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 und BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 - Rn. 19).

Überträgt der Arbeitgeber dem Vertreter **Aufgaben**, "**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 Anwesenheit die dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu übertragen" (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15) . Für die **Wahrung des Kausalzusammenhangs** ist es allerdings in Fällen dieser Art erforderlich,

- dass der Arbeitgeber - insbesondere durch entsprechende Angaben im Arbeitsvertrag -

- bei Vertragsschluss mit dem Vertreter
- dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Mitarbeitern
- nach außen hin erkennbar **gedanklich zuordnet** (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15) .

Nur mit entsprechender Zuordnung "ist gewährleistet, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers beruht" (BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15 - mit Hinweis auf BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13). Diese Rechtsauffassung wurde durch BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 765/16 - bestätigt.

3.5 Abgrenzung: unmittelbare und mittelbare Vertretung

Es leuchtet ohne Weiteres ein, dass der Sachgrund Vertretung i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG bejaht werden kann, wenn der Vertretene durch den Vertreter **1 : 1 ersetzt** wird und im Arbeitgeberbetrieb genau die Aufgaben übernimmt, die zuvor der Vertretene wahrgenommen hat. Das ist ein **Fall der unmittelbaren Vertretung** (s. dazu das Beispiel im vorausgehenden Gliederungspunkt).

In der Arbeitswirklichkeit kommt es jedoch häufig vor, dass die **Aufgaben** des Vertretenen **nicht oder nur zum Teil vom Vertreter übernommen** werden. In diesen Fällen kann der Kausalzusammenhang zwischen Ausfall und Vertretung trotzdem zu bejahen sein. Die befristete Beschäftigung eines Arbeitnehmers schließt

- weder ein **Umsetzungs-**
- noch ein **Versetzungsrecht**

des Arbeitgebers aus (BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15) .

Übt der Vertreter die Tätigkeit des zeitweise ausfallenden Mitarbeiters nicht aus, sondern lässt der Arbeitgeber sie

- von einem oder
- mehreren anderen

Arbeitnehmern ausüben und überträgt er deren Tätigkeit auf den Vertreter, liegt ein **Fall mittelbarer Stellvertretung** vor. In diesem Fall muss der Arbeitgeber (im Prozess) "zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die **Vertretungskette** zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter" darlegen (BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 - mit Hinweis auf BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13).

Überträgt der Arbeitgeber dem befristet beschäftigten Vertreter Aufgaben, die vom Vertretenen nie ausgeübt worden sind, lässt sich der Kausalzusammenhang

- sowohl bei mittelbarer Vertretung
- als auch dann bejahen, wenn der Arbeitgeber **rechtlich und tatsächlich in der Lage** gewesen wäre, dem Vertretenen - im Fall seiner gedachten Anwesenheit - die nun dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu übertragen (BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15) .

Der Arbeitgeber muss - um den Kausalzusammenhang zwischen

- dem zeitweiligen Arbeitsausfall des Vertretenen und
- der Einstellung des Vertreters

darzustellen - auch hier die **Aufgaben** des Vertretenen bei Vertragsschluss mit dem Vertreter "einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten **nach außen erkennbar gedanklich**" zuordnen. Das kann beispielsweise durch eine entsprechende **Angabe im Arbeitsvertrag** geschehen. "Nur dann ist gewährleistet, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmer beruht" (BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 - mit Hinweis auf BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Vertretungsbefristung in **alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

4.1 Abfindungs-/Entschädigungsregelung

"Paragraf 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999, die im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge enthalten ist, ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die den **Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Verträge** durch einen Arbeitgeber des öffentlichen Sektors nicht durch die **Zahlung einer Entschädigung** an den betreffenden Arbeitnehmer zum Ausgleich der Nichtumwandlung des befristeten Arbeitsverhältnisses in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ahndet, sondern vorsieht, dass dieser Arbeitnehmer eine Entschädigung zwischen dem 2,5-fachen und dem 12-fachen seiner letzten Monatsvergütung erhält und die Möglichkeit hat, die vollständige **Wiedergutmachung des Schadens** zu erlangen, wenn er im Wege einer Vermutung nachweist, dass ihm entweder andere Gelegenheiten zur Anstellung entgangen sind oder er im Fall der Veröffentlichung eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens dieses erfolgreich abgeschlossen hätte, sofern eine solche Regelung mit einem wirksamen und abschreckenden Sanktionsmechanismus einhergeht, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat" (EuGH, 07.03.2018 - C-494/16 - Leitsatz - Italien).

4.2 Abordnungsvertretung

Bei einer sogenannten Abordnungsvertretung scheidet eine Vertretungsbefristung nach den Grundsätzen der gedanklichen Zuordnung aus. Es genügt nicht, dass die Tätigkeiten des befristet eingestellten Mitarbeiters bloß **wegen der gedanklichen Zuordnung** dem vorübergehend anderweitig im Unternehmen eingesetzten Beschäftigten zugeordnet werden. "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" (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 756/16 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber bei identischem Anlass von seiner Um- oder Versetzungsbefugnis nur einmal Gebrauch machen kann).

4.3 Befristeter Beschäftigungsbedarf

Der **Befristungsgrund** besteht in Vertretungsfällen darin, "dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet." So gibt es für die Beschäftigung eines Vertreters von vornherein nur einen zeitlich begrenzten Bedarf (s. dazu BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 ; BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 16.01.2013 - 7 AZR 661/11; bestätigt durch BAG, 15.12.2021 – 7 AZR 422/2). Die **Prognose** über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs nach Rückkehr des Vertretenen ist Teil des Sachgrunds. "Entsteht der Vertretungsbedarf für den Arbeitgeber **'fremdbestimmt'**, weil der Ausfall der Stammkraft - z.B. 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" (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 696/16 - mit Hinweis auf BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13).

4.4 Darlegungs- und Beweislast

Übt nicht der Vertreter die Tätigkeit des zeitweise ausfallenden Mitarbeiters aus, sondern ein oder mehrere andere Mitarbeiter (= **mittelbare Vertretung**), muss der Arbeitgeber im Arbeitsgerichtsprozess grundsätzlich die **Vertretungskette** darlegen, wenn er den Kausalzusammenhang zwischen Ausfall und Vertretung darstellen will. Kausalität kann, selbst ohne Vorliegen einer Vertretungskette, "bei der mittelbaren Vertretung auch dann bestehen, wenn der Arbeitgeber - was ihm auch im Vertretungsfalle unbenommen ist - die Aufgaben in seinem Betrieb oder seiner Dienststelle neu verteilt." Dann muss er im ersten Schritt die bisher dem vertretenen Mitarbeiter übertragenen Aufgaben darlegen . Im zweiten - folgenden - Schritt hat er dann die **Neuverteilung der Aufgaben** auf den oder die anderen Arbeitnehmer zu schildern. "Schlüssig ist

darzulegen, dass sich die dem Vertreter zugewiesenen Tätigkeiten aus der geänderten Aufgabenzuweisung ergeben" (BAG, 06.11.2013 - 7 AZR 96/12 - mit Hinweis auf BAG, 10.10.2012 - 7 AZR 462/11 und BAG, 06.10.2010 - 7 AZR 397/09).

4.5 Dauer der Befristung

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG rechtfertigt die Befristung eines Arbeitsvertrags für den Fall, dass ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines zeitweilig beurlaubten Arbeitnehmers eingestellt wird. Weiter vorausgesetzt, der Arbeitgeber durfte mit der **Rückkehr** des zu vertretenden Stammmitarbeiters rechnen. Ist die Befristung als solche nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG zulässig, braucht für die Befristungsdauer **kein besonderer sachlicher Grund** vorzuliegen (BAG, 13.10.2004 - 7 AZR 654/03 - mit dem Hinweis, dass die Befristung nicht dadurch unzulässig wird, dass die Befristungsdauer **hinter der Dauer des Vertretungsbedarfs** zurückbleibt).

4.6 Dauerhafter Bedarf

Der **Vertretereinwand**, es bestehe für die Tätigkeit als solche doch ein dauerhafter Bedarf, ist nicht geeignet, den Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG infrage zu stellen. Beim Sachgrund Vertretung kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber über eine ausreichende Mitarbeiterzahl verfügt, die ihm obliegenden **Daueraufgaben** auszuführen. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss hier - anders als beim Sachgrund vorübergehender Bedarf i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG - nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass für den Vertreter nach dem vorgesehenen Ende des befristeten Arbeitsvertrags kein dauerhafter Beschäftigungsbedarf mehr besteht. "Für den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG kommt es nur auf den Wegfall des durch die **Abwesenheit der Stammkraft** verursachten vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs an" (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 696/16 - mit Hinweis auf BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15).

4.7 Diskriminierung

Referentin R war für zwei Jahre befristet bei einem Bundesministerium eingestellt. Während dieser zwei Jahre war sie neun Monate in **Mutterschutz und Elternzeit**. Im Anschluss an den ersten befristeten Arbeitsvertrag wurde ein weiterer befristeter Arbeitsvertrag zur Vertretung einer anderen Mitarbeiterin geschlossen. Der lief am 31.12.2019 vereinbarungsgemäß aus – was R jedoch nicht hinnehmen wollte. Alle Kollegen, die mit ihr eingestellt wurden, seien inzwischen unbefristet beschäftigt. Sie werde diskriminiert, weil sie Elternzeit genommen habe. Der Arbeitgeber widersprach: R's **Leistungen** hätten sich in 2019 erheblich **verschlechtert**. Grundsätzlich gilt: "Die Verbote wegen des Geschlechts zu diskriminieren oder wegen der Inanspruchnahme von Elternurlaub die oder den Beschäftigten zu maßregeln können durch den Abschluss einer Befristungsabrede zu einem Arbeitsvertrag verletzt werden."

Aber: "Eine Benachteiligung als weniger günstige Behandlung, wie sie bei Verletzung von Diskriminierungs- oder Maßregelungsverbot in Anwendung von § 7 Abs. 2 AGG oder §§ 612a , 134 BGB die **Unwirksamkeit einer Befristungsabrede** begründen kann, liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber einer Person den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags vorenthält, indem ihr lediglich der Abschluss eines befristeten Vertrags angeboten wird, während der **Vergleichsperson** ein unbefristeter Arbeitsvertrag angeboten wird. (...). Die Situation einer benachteiligend abgeschlossenen Befristungsabrede unterscheidet sich von der Situation der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses. Es ist **wertungsmäßig ein Unterschied**, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, einen von ihm abgelehnten Arbeitnehmer einzustellen oder auf einer anderen (Beförderungs-)Position zu beschäftigen, oder ob er verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer, den er aus eigener Willensentscheidung auf einer bestimmten Position eingestellt hat, weiter zu beschäftigen" (LAG Berlin-Brandenburg, 23.04.2021 – 12 Sa 1421/20 – Leitsätze – mit dem Ergebnis, dass die Befristung wirksam blieb).

4.8 Einarbeitungszeit

Geht es bei Prüfung der Befristung um die **Zuordnung von Aufgaben**, muss nachgehalten werden, ob die vertretene Stammkraft tatsächlich an der Stelle des Vertreters arbeiten könnte. Eine gewisse Einarbeitungszeit ist dabei **unschädlich**. "Der Ausfall der Stammkraft ist aber dann nicht mehr kausal für die befristete Einstellung der Vertretungskraft, wenn die Stammkraft die gesamte Zeit des befristeten

Arbeitsverhältnisses benötigt würde, um durch **Fortbildung und Einarbeitung** die Kenntnisse für die zu übertragende Tätigkeit erst zu erwerben" (BAG, 14.04.2010 - 7 AZR 121/09 - mit dem Ergebnis, dass die Stammkraft in diesem Fall die Aufgaben der Vertretungskraft gerade nicht übernehmen könnte).

4.9 Gedankliche Zuordnung - 1

Bei einer **nur mittelbaren Vertretung** ist es für die gedankliche Zuordnung der Vertreteraufgaben unerheblich, ob arbeitgeberseitig eine Umverteilung von Aufgaben erfolgt. Es braucht auch keine zur **Umverteilung von Aufgaben** zwingende Eil- oder Notsituation vorzuliegen. Bei der - nur - gedanklichen Zuordnung ist es dem Arbeitgeber nämlich durchaus gestattet, dem Vertreter einen anderen - vom Vertretenen bisher nicht innegehabten - Arbeitsplatz zuzuweisen . Es kommt nicht darauf an, "ob und ggf. wie die bisherigen Aufgaben der vorübergehend abwesenden Stammkraft wahrgenommen werden". Die gedankliche Zuordnung **im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags** führt allerdings dazu, dass der Arbeitgeber den Ausfall des Vertretenen "nicht mehr zur Begründung einer unmittelbaren oder mittelbaren Vertretung durch einen anderen Arbeitnehmer heranziehen" kann (BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 - mit Hinweis auf BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13).

4.10 Gedankliche Zuordnung - 2

Werden die Arbeitsaufgaben **tatsächlich nicht umverteilt**, ist bei Zuweisung von Tätigkeiten, die vom Vertretenen zuvor nie ausgeübt wurden, die - nach außen dokumentierte - gedankliche Zuordnung der Tätigkeit des Vertreters zu einem vorübergehend abwesenden Stammmitarbeiter notwendig. Nur so kann die **Kausalität** zwischen Vertretenenabwesenheit und Vertreterereinstellung begründet werden. Die **von außen wahrnehmbar dokumentierte** gedankliche Zuordnung stellt sicher, dass die Vertreterereinstellung auf der Vertretenenabwesenheit fußt (s. dazu BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13 ; BAG, 18.07.2012 - 7 AZR 443/09 ; BAG, 14.04.2010 - 7 AZR 121/09 ; BAG, 25.03.2009 - 7 AZR 34/08 und BAG, 15.02.2006 - 7 AZR 232/05). Ohne nach außen hin erkennbare Festlegung des Arbeitgebers lässt sich eine bloß gedankliche Zuordnung nicht beurteilen. Bei der mittelbaren Stellvertretung werden dagegen Arbeitsaufgaben tatsächlich anders - und somit nachprüfbar - verteilt (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 696/16) .

4.11 Indizierter Rechtsmissbrauch

"Von einem indizierten Rechtsmissbrauch ist i.d.R. auszugehen, 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 der Arbeitgeber allerdings die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den **Vortrag besonderer Umstände** zu entkräften" (BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 - 2. Leitsatz).

4.12 Institutioneller Rechtsmissbrauch

"Besteht ein Sachgrund für die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 1 TzBfG , ist eine **umfassende Kontrolle** nach den Grundsätzen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) i.d.R. geboten, wenn die **Gesamtdauer** des befristeten Arbeitsverhältnisses acht Jahre überschreitet oder mehr als zwölf **Verlängerungen** des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart wurden oder wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses sechs Jahre überschreitet und mehr als neun Vertragsverlängerungen vereinbart wurden. Unter diesen Voraussetzungen hängt es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit anzunehmen ist" (BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 - 1. Leitsatz).

4.13 Kausalzusammenhang - 1

Beim Befristungsgrund Vertretung muss ein "Kausalzusammenhang **zwischen** dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft" bestehen. Die Vertretungskraft - das ist sicherzustellen - muss "gerade wegen des durch den **zeitweiligen Ausfall** des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs eingestellt worden" sein. Daher ist nach den bei Vertragsschluss vorliegenden Umständen zu beurteilen, ob der **Beschäftigungsbedarf** für den Vertreter auf der Abwesenheit des Vertretenen beruht. "Die Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs durch den

Arbeitgeber richten sich dabei nach der Form der Vertretung" (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 696/16 - mit Hinweis auf BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 ; BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 ; BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13 ; BAG, 10.10.2012 - 7 AZR 462/11 ; BAG, 06.10.2010 - 7 AZR 397/09 und BAG, 10.03.2004 - 7 AZR 402/03).

4.14 Kausalzusammenhang - 2

Der für den Sachgrund Vertretung notwendige Kausalzusammenhang lässt sich **zum einen** bejahen, wenn der Arbeitnehmer, der befristet zur Vertretung eingestellt wird, "die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt (unmittelbare Vertretung)." Der Kausalzusammenhang lässt sich **zum anderen** bejahen, "wenn der Vertreter nicht unmittelbar die Aufgaben des vertretenen Mitarbeiters übernimmt." Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers (gegenüber dem Vertretenen) werden durch die befristete Beschäftigung eines Vertreters ja nicht eingeschränkt. "Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters nicht von dem Vertreter, sondern von einem anderen Arbeitnehmer oder von mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt und deren Tätigkeit dem Vertreter übertragen (**mittelbare Vertretung**), hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen (BAG, 21.02.2018 7 AZR 696/16 - mit Hinweis auf BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 ; BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13).

4.15 Kausalzusammenhang - 3

Überträgt der Arbeitgeber dem befristet zur Vertretung Eingestellten Aufgaben, die vom Vertretenen **zuvor nie ausgeübt** wurden, schließt das den Kausalzusammenhang nicht aus, wenn eine mittelbare Vertretung erfolgt. Der Kausalzusammenhang lässt sich aber auch bejahen, "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**." Im letzten Fall muss der Arbeitgeber die Aufgaben des Vertreters bei Vertragsschluss gedanklich "einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten nach außen erkennbar" zuordnen. Das kann z.B. durch eine darauf zielende Angabe im Arbeitsvertrag des Vertreters passieren. Nur dadurch wird sichergestellt, dass die befristete Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des Vertretenen beruht (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 696/16 - mit Hinweis auf BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 ; BAG, 24.08.2016 - 7 AZR 41/15 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13).

4.16 Keine "Vertretung"

Bei einer echten Vertretung muss der Arbeitgeber damit rechnen, dass der Vertretene - der ja einen Anspruch auf Reaktivierung des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses hat - seine **Arbeit wieder vertragsgemäß aufnimmt**. Damit scheidet ein Vertretungsfall aus, wenn derjenige, für den der Arbeitgeber eine "Vertretung" einstellt, bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags mit dem Vertreter noch **gar nicht in einem Arbeitsverhältnis** zum Arbeitgeber steht (s. dazu BAG, 01.12.1999 - 7 AZR 449/98). Dieser Ausschluss einer Vertretung i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt auch in Fällen vor, wenn der zu vertretende "Mitarbeiter" im "Zeitpunkt der Befristungsabrede bereits aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber **ausgeschieden** ist." So lässt sich auch dann kein Vertretungsfall bejahen, "wenn der Arbeitgeber dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer eine Wiedereinstellungszusage erteilt hat und bis zu einer möglichen Wiedereinstellung eine Ersatzkraft befristet beschäftigt werden soll" (BAG, 02.06.2010 - 7 AZR 136/09).

4.17 Kriterien für Rechtsmissbrauch

Bei mehrfachen Vertretungsbefristungen kann die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs naheliegen, "wenn die Laufzeit der Verträge wiederholt hinter der prognostizierten Dauer des Vertretungsbedarfs zurückbleibt, ohne dass dafür ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers erkennbar ist" (s. dazu BAG, 18.07.2012 - 7 AZR 443/09). Aus der **Art der Befristung** können sich sowohl Anhaltspunkte für und gegen einen Gestaltungsmissbrauch ergeben. Dabei erweist sich in der Regel "eine Befristung zur unmittelbaren Vertretung gegenüber einer mittelbaren Vertretung oder einer Vertretung nach dem Modell der sog. gedanklichen Zuordnung als weniger missbrauchsanfällig" (s. dazu BAG, 07.10.2015 - 7 AZR 944/13 und BAG, 11.02.2015 - 7 AZR 113/13). Auch **Zahl und Dauer möglicher Unterbrechungen** sind geeignet, einen Gestaltungsmissbrauch auszuschließen (s. dazu BAG, 10.07.2013 - 7 AZR 761/11). Weitere Kriterien: grundrechtlich garantierte Freiheiten (s. dazu BAG, 29.04.2015 - 7 AZR 310/13 ; BAG, 24.09.2014 - 7 AZR

987/12 ; BAG, 19.02.2014 - 7 AZR 260/12 und BAG, 18.07.2012 - 7 AZR 443/09) sowie besondere Anforderungen der in Rede stehende Branche und/oder Arbeitnehmerkategorien (BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 - mit Hinweis auf EuGH, 26.02.2015 - C-238/14 und BAG, 07.10.2015 - 7 AZR 944/13).

4.18 Musiker in einem Kulturorchester - 1

Der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (nachfolgend TVK, hier i.d. Fassung vom 31.10.2009) sieht in § 3 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 1 vor: " Zeitverträge dürfen nur abgeschlossen werden, wenn hierfür **sachliche Gründe** oder in der Person des Musikers liegende Gründe vorliegen." § 3 TVK sagt auf der einen Seite nicht, was er unter einem Sachgrund versteht, schließt auf der anderen Seite aber auch keinen Sachgrund ausdrücklich aus. So ist der Sachgrund Vertretung nach dem **Willen der Tarifpartner** ebenfalls von der Regelung in § 3 TVK erfasst. Der Musiker, um den es in diesem Fall ging, war befristet zur Vertretung eines Klarinettenisten für die Dauer und den Umfang der diesem Klarinettenisten bewilligten **Arbeitszeitreduzierung** angestellt – und das war nach § 3 VK nicht zu beanstanden (BAG, 15.12.2021 – 7 AZR 422/20) .

4.19 Musiker in einem Kulturorchester

Der Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (nachfolgend TVK, hier i.d. Fassung vom 31.10.2009) sieht in § 3 Abs. 1 Unterabs. 3 Satz 1 vor: "Der Abschluss von Zeitverträgen für die **Dauer von mehr als drei Jahren** ist unzulässig." Schließt das die mehrfache Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags mit einem Musiker aus, der zur Vertretung eines anderen für die Zeit vom 14.10.2014 bis zum 03.07.2019 insgesamt **knapp fünf Jahre** beschäftigt wurde? Das Bundesarbeitsgericht meint nein. Der TVK schließt nur aus, dass *ein* befristeter Arbeitsvertrag über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren geschlossen wird. § 3 Abs. 1 Unterabs. 3 Satz 1 TVK – und auch die geänderte Folgeregelung in der 2019er Fassung – steht dem Abschluss mehrerer aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge, die die 3-Jahre-Grenze für sich genommen nicht überschreiten, **nicht entgegen** (BAG, 15.12.2021 – 7 AZR 422/20) .

4.20 "Ständiger" Vertretungsbedarf

Das "Vorliegen eines ständigen Vertretungsbedarfs" [steht] "der Annahme des Sachgrunds Vertretung nicht .. " [entgegen], [sodass] ".. an den Grundsätzen der **Sachgrundprüfung** uneingeschränkt festgehalten werden kann. Allerdings kann unter besonderen Umständen die Befristung eines Arbeitsvertrages trotz Vorliegen eines sachlichen Grundes wegen rechtsmissbräuchlicher **Ausnutzung der** an sich eröffneten rechtlichen **Gestaltungsmöglichkeit** unwirksam sein. Das entspricht den sich aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergebenden Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs. An einen solchen nur ausnahmsweise anzunehmenden Rechtsmissbrauch sind hohe Anforderungen zu stellen. Es sind dabei alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Gesamtdauer und Anzahl der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen" (BAG, 18.07.2012 - 7 AZR 443/09 - nach EuGH, 26.01.2012 - C-586/10).

4.21 Überschreiten der Grenzwerte - 1

Die Grenzen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG können entweder **kumulativ oder alternativ** überschritten werden. Geschieht dies mehrfach, ist eine umfassende Missbrauchskontrolle angezeigt. Das ist in der Regel der Fall, wenn einer der gesetzlich vorgegebenen Werte **mehr als das 4-Fache** beträgt oder **beide um das 3-Fache** überschritten werden. Ein Rechtsmissbrauch kann - nach den vom Arbeitnehmer im Prozess vorzutragenden Umständen - angenommen werden, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsvertrags acht Jahre oder das befristete Arbeitsverhältnis mehr als zwölf Mal verlängert wurde. Das Gleiche gilt bei einem Überschreiten der Gesamtdauer von sechs Jahren und mehr als 9-maliger Verlängerung (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 765/16 - mit Hinweis auf BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15 und BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15).

4.22 Überschreiten der Grenzwerte - 2

Das gravierende - alternative oder kumulative - Überschreiten der Grenzwerte aus § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG kann eine **missbräuchliche Ausnutzung** der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indizieren. Ein **indizierter Rechtsmissbrauch** kann regelmäßig angenommen werden, "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." So können eine Überschreitung der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von zehn Jahren, mehr als 15 Vertragsverlängerungen oder mehr als zwölf Vertragsverlängerungen bei einer mehr als 8-jährigen Gesamtdauer einen Rechtsmissbrauch indizieren. Der Arbeitgeber hat allerdings die Möglichkeit, im Prozess besondere Umstände darzulegen und unter Beweis zu stellen, die "die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs ... **entkräften**" (BAG, 21.02.2018 - 7 AZR 765/16 - mit Hinweis auf BAG, 17.05.2017 - 7 AZR 420/15 und BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 135/15).

4.23 Vorübergehende Abordnung - 1

Ordnet der Arbeitgeber eine **Stammkraft** ab, kann diese Abordnung der Sachgrund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines anderen Arbeitnehmers sein. Der Sachgrund "zur Vertretung" aus § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG verlangt nicht die komplette **Abwesenheit des Vertretenen**. Es reicht, "wenn dieser - gleich aus welchem Grund - an der Erbringung der 'eigentlich' geschuldeten Arbeitsleistung verhindert ist." Unerheblich ist es nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG auch, ob der Grund für die Vertretung in die **Sphäre des Arbeitgebers** oder in die des zu vertretenden Mitarbeiters fällt. Überträgt der Arbeitgeber die Arbeitsaufgaben, die sonst der abgeordnete Arbeitnehmer erledigte, befristet auf eine Vertretungskraft, "deckt er .. lediglich den unmittelbar entstehenden Vertretungsbedarf. Ihm wird nicht die Möglichkeit eröffnet, die von ihm vorgenommene Abordnung der Stammkraft zu benutzen, um an anderer Stelle befristet einen Arbeitnehmer einzustellen" (BAG, 16.01.2013 - 7 AZR 661/11).

4.24 Vorübergehende Abordnung - 2

"Auch durch die vorübergehende Abordnung der Stammkraft kann ein **Vertretungsbedarf** i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG entstehen. 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, 12.04.2017 - 7 AZR 436/15 - mit Hinweis auf BAG, 10.07.2013 - 7 AZR 761/11 ; BAG, 16.01.2013 - 7 AZR 662/11 und BAG, 13.02.2013 - 7 AZR 324/11).