

Erfurter Reihe zum Arbeitsrecht: ERA

Der befristete Arbeitsvertrag

Eine systematische Darstellung des Befristungsrechts

von
Hans-Jürgen Dörner

2., neubearbeitete Auflage

Der befristete Arbeitsvertrag – Dörner

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arbeitsvertrag, Arbeitsentgelt](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 55680 7

Entscheidung über die Umverteilung der Arbeitsaufgaben des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters frei ist, kann er von der Neuverteilung der Arbeitsaufgaben absehen und dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Tätigkeiten übertragen, die der vertretene Arbeitnehmer zu keiner Zeit ausgeübt hat. Der für den Sachgrund der Vertretung notwendige **Kausalzusammenhang** besteht in diesem Fall, wenn der Vertreter mit Aufgaben betraut wird, die von dem Vertretenen nach dessen Rückkehr ausgeübt werden könnten. Der Arbeitgeber muss nach dem Arbeitsvertrag berechtigt sein, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer bei seiner Weiterarbeit oder nach seiner Rückkehr nicht dessen bisherige Tätigkeiten, sondern einen anderen Aufgabenbereich zuzuweisen. Werden dem Vertreter die Aufgaben des zu vertretenden Arbeitnehmers auf diese Weise weder unmittelbar noch mittelbar übertragen, liegt der für eine auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gestützte Befristungsabrede erforderliche Kausalzusammenhang für eine Vertretungsbefristung nur vor, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten gedanklich zuordnet. **Nur dann beruht die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers. Das muss sicher gestellt sein.** Die gedankliche Zuordnung des Arbeitgebers, welchem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer die vom Vertreter ausgeübten Tätigkeiten übertragen werden könnten, muss erkennbar sein (dazu kritisch *Groeger* ArbRB 2008, 65, ablehnend *Eisemann* NZA 2009, 1113). Die Verdeutlichung der Überlegungen des Arbeitgebers kann beispielsweise durch eine entsprechende **Angabe im Arbeitsvertrag** oder im **Rahmen der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung** bei der Einstellung erfolgen (weitergehend *Eisemann* NZA 2009, 1113, 1117, der eine Arbeitgebervortrag zur Erledigung der Aufgaben des Abwesenden verlangt). Diese Festlegung bildet die Grundlage für die gerichtliche Kontrolle der Befristungsabrede. **Ohne eine erkennbare Festlegung** des Arbeitgebers kann nicht beurteilt werden, ob der Sachgrund der Vertretung tatsächlich vorliegt oder nur vorgeschoben ist. Schließt beispielsweise der Arbeitgeber für die Abwesenheitszeit eines Arbeitnehmers mehrere befristete Arbeitsverträge ab, könnte er sich ansonsten gegenüber jedem der befristet Beschäftigten darauf berufen, dass der Vertretene nach seiner Rückkehr jeweils deren Aufgaben übernehmen könnte. Dementsprechend hat der Senat den Sachgrund der Vertretung bejaht, wenn die Zuordnung zwischen einem zeitweilig abwesenden Arbeitnehmer und dem Vertreter aus der Angabe im Arbeitsvertrag ersichtlich war und der Arbeitgeber tatsächlich und rechtlich die Möglichkeit hatte, dem ausfallenden Mitarbeiter bei seiner Rückkehr die Aufgaben des Vertreters im Wege des Direktionsrechts zu übertragen. Eine fachliche Austauschbarkeit zwischen dem Vertretenem und dem Vertreter reicht hingegen allein nicht aus. Nur aus der befristeten Einstellung eines nach Ausbildung und Erfahrungswissen mit dem Vertretenen vergleichbaren Arbeitnehmers kann nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit geschlossen werden, dass der Vertragsschluss auf den Vertretungsfall zurückzuführen ist (BAG 25. 8. 2004 NZA 2005, 472; 10. 3. 2004 AP TzBfG § 14 Nr. 11 = NZA 2004, 925).

- 317 dd) Einzelfälle zur Kausalität.** Der Senat bezeichnet als **Grundfall** den tatsächlichen Sachverhalt, der sich aus einer rechtmäßigen direktionsrechtlichen Anordnung ergibt. A fällt auf Arbeitsplatz B aus; auf diesen Platz wird C umgesetzt. Auf dessen Stelle D wird der befristet Beschäftigte E gesetzt. Diese „Kette“ ist einfach zu planen, bei einer Beteiligung des Personalrats oder Betriebsrats leicht zu erklären und dann umzusetzen; die Kausalität im Streitfall ist mit wenig Sachverhaltsdarstellung darzustellen und zu beweisen. Es bleibt nur zu prüfen, ob der Vertretene nach seiner Rückkehr auf dem vom Vertreter zu räumenden Arbeitsplatz rechtlich und tatsächlich eingesetzt werden kann oder ob im Wege des Direktionsrecht die Kettenanordnung zurück gespult werden kann, um die Stammkraft wieder auf ihrem Stammarbeitsplatz einzusetzen. Ein **Grundfall liegt auch vor**, wenn daran mehr als drei Personen wie im Beispielfall beteiligt sind, sei es, dass die sog. Kette länger wird, sei es, dass mehrere teilzeitbeschäftigte Personen vertreten werden (BAG 18. 4. 2007 LPVG NW § 72 Nr. 33; 10. 3. 2004 AP TzBfG § 14 Nr. 11 = NZA 2004, 925).
- 318** Ein **statthafte Abweichung vom Grundfall** liegt vor, wenn dem Arbeitgeber die vorstehende Umorganisation in seinem Betrieb oder in seiner Dienststelle nicht vornimmt, sondern sich für einen anderen **Arbeitsablauf** (vom Senat auch **Arbeitsplan** genannt) entscheidet und z.B. die durch einen Sonderurlaub entstehende Vakanz bestehen lässt und den Vertreter in einem anderen Bereich einsetzt, dessen Bearbeitung ihm dringlicher erscheint (BAG 25. 3. 2009 AP TzBfG § 14 Nr. 58 (nur online); 15. 2. 2006 AP § 14 TzBfG Vertretung Nr. 1). Diese Wertung begründet sich in dem Respekt des Gerichts vor der Gestaltungsfreiheit des Unternehmers, der seinen Betrieb ohne gerichtliche Kontrolle zur Zweckmäßigkeit führen darf. Nur Willkür, ein mehr theoretisches Beispiel, könnte dazu führen, dass ein Gericht annehmen muss, der Sachgrund sei nur vorgeschoben (*Röger SAE 2007, 126*). Das bedeutet auch, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss die neue Organisation nicht in der Form umgesetzt haben muss, dass die Stammkraft auf den neu geschaffenen Arbeitsplatz umgesetzt worden sein muss. Es genügt die **rechtliche und tatsächliche Möglichkeit**. Mit dieser im Schrifttum angegriffenen These wiederholt der Senat damit die vor langer Zeit getroffene Aussage, dass die Möglichkeit der Umsetzung des Vertretenen auf den vom befristet Beschäftigten eingenommenen Arbeitsplatz genügt, weil vom Arbeitgeber nicht verlangt werden könne, eine lediglich in den Akten geführte Versetzung auszusprechen, um einen Vertreter beschäftigen zu können (*Dörner NZA 2007, 57, 62f. und NZA 2003, Beilage zu Heft 16, 33, 37 unter Hinweis auf BAG 13. 4. 1983 [!] AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 76*). Auch in dieser Abweichung folgt schließlich die Kontrollfrage, ob es dem Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich möglich ist, den Vertretenen spätestens nach dessen Rückkehr an dem Arbeitsplatz des Vertreters einzusetzen. Der Senat versteht dieses Erfordernis als ein dem Vertretungsbegriff immanentes Korrektiv, das z.B. verhindern soll, dass für den ausfallenden Boten eines Gerichts eine Geschäftsstellenverwalterin als Vertreterin eingestellt wird (unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG könnten die Mittel des Boten aber für eine Haushaltsbefristung herangezogen werden). Ebenso fehlt es an der

Kausalität zwischen Ausfall der Stammkraft und der befristeten Beschäftigung des Vertreters, wenn der Vertreter eine Tätigkeit ausübt, die die Stammkraft bisher nicht ausgeübt hat und die sie auch nicht nach angemessener Einarbeitungszeit ausüben kann (BAG 14. 4. 2010 NZA 2010, 942). Nach Auffassung des BAG ist der Ausfall der Stammkraft dann nicht mehr kausal für die befristete Einstellung der Vertretungskraft, wenn die Stammkraft die gesamte Zeit des befristeten Arbeitsverhältnisses benötigen würde, um durch Fortbildung und Einarbeitung die Kenntnisse für die zu übertragende Tätigkeit erst zu erwerben (BAG 14. 4. 2010 aaO). Diese Aussage mag regelmäßig zutreffend sein, bedürfte wohl aber bei kurzfristigen Vertretungen einer Präzisierung.

In diesen Fällen ist es wichtig, dass der Arbeitgeber im Streitfall seinen Arbeitsplan darstellt, wie er bei der Einstellung des befristet Beschäftigten bestanden hat. Nur dann können Arbeitnehmer, ein Betriebs- oder Personalrat und im Streitfall ein Gericht das Vorliegen des Sachgrunds überprüfen. Gleiches gilt, wenn durch den Arbeitsplan ein durch veränderte Zuschnitte entstandener neuer Arbeitsplatz entsteht (vgl. den Sachverhalt in BAG 10. 3. 2004 AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 257). Auch hier muss der Arbeitgeber seine Entscheidungen und deren Umsetzung sowie die rechtlich und tatsächlich bestehenden Einsatzmöglichkeiten nach Rückkehr des Vertretenen beschreiben (BAG 10. 3. 2004 aaO zu III 2b der Gründe). Anderenfalls droht ihm im Streitfall der Prozessverlust. Der Senat nennt das – wohl missverständlich – die „gedankliche Zuordnung“ und nennt dafür als Beispiel, dass sich die Überlegungen des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag (Namen des Vertretenen) oder in den Unterlagen im Beteiligungsverfahren mit der Arbeitnehmervertretung finden. 319

Trifft der Arbeitgeber Organisationsentscheidungen, die nicht nur den engen Bereich der Dienststelle/Behörde oder Betrieb/Betriebsteil betreffen, in dem der Vertretene bis zu seiner Pause gearbeitet hat, tritt das Merkmal der **rechtlichen und tatsächlichen Einsatzmöglichkeit** des pausierenden Mitarbeiters in den Vordergrund. 320

Beispiel nach BAG 24. 5. 2006 – 7 AZR 640/05: L arbeitet im Amtsgericht E, als sie Elternzeit in Anspruch nimmt. M wird befristet im 30 km entfernten Amtsgericht G eingestellt.

Der Sachgrund der Vertretung ist nur anzuerkennen, wenn es dem personalverantwortlichen Präsidenten des Oberlandesgerichts/Landgerichts rechtlich und tatsächlich möglich war, die L vor oder nach ihrer Elternzeit an das Amtsgericht G zu versetzen. Das hängt nicht nur von den gesetzlichen **Direktionsmöglichkeiten** ab, sondern auch von **den vertraglichen Vereinbarungen** zwischen den Vertragsparteien und den tarifvertraglichen Vorgaben. So können diese ggf. nicht die Abordnung an ein nahe gelegenes Gericht, wohl aber an ein weit entferntes Gericht eines einen Flächenstaat ausmachenden Bezirks rechtlich ausschließen.

d) Viele sich aneinander anschließende befristete Verträge zur Vertretung (Mehrfachbefristungen) und Unionsrecht

321 Fallgestaltungen, in denen dieselben Arbeitnehmer nach Beendigung ihres befristeten Arbeitsverhältnisses von ihrem Arbeitgeber immer wieder einen neuen befristeten Arbeitsvertrag angeboten bekommen, finden sich **insbesondere im öffentlichen Dienst**. Denn in großen Verwaltungen entsteht immer wieder Vertretungsbedarf, sei es durch weiteren Ausfall einer Stammkraft, sei es durch Fehlzeiten anderer Mitarbeiter. Der Rückgriff auf eingearbeitete Vertreter sichert nicht nur nahtlos die gleichbleibende Qualität der Arbeit, sondern ist auch bequem. So kommt es zu (mitunter nahtlos) aneinander gereihten **Mehrfachbefristungen** (früher und jetzt wieder Kettenbefristungen genannt), die nicht nur von Laien per se für unwirksam gehalten werden. Sie könnten nach Auffassung eines Teils des Schrifttums jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts keine Geltung beanspruchen (so ausdrücklich *Brose NZA 2009, 706; Eisemann NZA 2009, 1113; Lipke Tagungsband DAI 2010, 35; Preis/Greiner RdA 2010, 148*). Dem kann nicht so zugestimmt werden.

Beispiel: B nimmt für ein Jahr Elternzeit. A vertritt sie in dieser Zeit. B verlängert ihre Elternzeit zunächst für ein Jahr, später um ein weiteres Jahr. Danach nimmt B Sonderurlaub für ein weiteres Jahr. Die Verträge des A werden entsprechend „verlängert“. Am Ende des vierten Jahres erkrankt B für 6 Monate. Der Vertrag von A wird für diese Zeit erneuert. Am Ende des Krankheitszeitraums bekommt B ein weiteres Kind und nimmt erneut Elternzeit in drei Abschnitten. Auch A bekommt drei weitere befristete Verträge. Dann nimmt B ihre Arbeit wieder auf.

Die im Beispielfall achte Befristung in einem mehr als sieben Jahre andauernden Kettenarbeitsverhältnis dürfte weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht zu beanstanden sein. Vertretungsbedarf, Kausalität und Rückkehrprognose waren beim jeweiligen Vertragsschluss nicht zu leugnen. Derselbe Befund ergäbe sich bei einer langjährigen Elternzeitvertretung von mehreren Stammkräften und – weiter gedacht – bei mittelbaren Vertretungen. Die Vielzahl von Befristungen in einer Reihe von über Jahre hintereinander geschlossenen Verträgen ist für sich genommen also wenig aussagekräftig. Auch die Forderung nach strengen Anforderungen an die (Rückkehr-)Prognose führt nicht weiter.

321a Erst wenn der Bereich der unmittelbaren Vertretung oder der mittelbaren Vertretung in seinen einfachen Grundstrukturen verlassen wird und bei Vertragsschluss angesichts der **Fülle von immer wieder auftretenden Vertretungsfällen** wohl zu prognostizieren ist, dass die gerade abwesende, dem Vertreter „virtuell“ zugewiesene Stammkraft zurückkehren wird, nicht aber, dass kein Vertretungsbedarf am Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses steht, stellt sich die **einfach-rechtliche, verfassungsrechtlich und unionsrechtlich gleichlautende Rechtsfrage**, ob dem Arbeitgeber bei dieser tatsächlichen Ausgangslage ein Sachgrund für das Angebot eines befristeten Arbeitsvertrags an Stelle eines Angebots für einen Dauerarbeitsvertrag zugestanden werden kann. Denn in diesen Fällen könnte der Schluss auf eine bei Vertragsschluss beab-

sichtige Dauervertretung gerechtfertigt sein. Das hat der Siebte Senat in der Vergangenheit mangels entsprechender Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen nicht angenommen, sondern die in den Rn. 296 ff. genannten Grundsätze uneingeschränkt auch dann angewendet, wenn der letzte befristete Vertrag als Glied einer Vielzahl von Verträgen (zehn und mehr) über mehrere Jahre (sieben und mehr) mit teilweise kurzer Laufzeit zur Überprüfung anstand. Da er die Unwirksamkeit der Befristung nur in dem unter Rn. 301 geschilderten Ausnahmefall annimmt, ist im Schrifttum der Vorwurf erhoben worden, der Senat habe eine nach den eigenen Maßstäben und unionsrechtlich gebotene, die Vielzahl der Verträge verhindernde Auslegung vornehmen müssen. Seine Rechtsprechung sei deshalb **verfassungs- und unionsrechtswidrig**.

Dem ist hier in der Vergangenheit **widersprochen** worden. Diese Auffassung wird beibehalten, auch wenn nicht zu übersehen ist, dass insbesondere von Seiten eines Bundeslandes die rechtlichen Möglichkeiten der Vertretungsbefristung in einem Maß in Anspruch genommen worden sind, dass eine Übereinstimmung mit den sozialpolitischen Vorstellungen der Gemeinschaft und des nationalen Bundesgesetzgebers kritisch hinterfragt werden kann. Dennoch hat der Siebte Senat zu Recht auch in jüngster Zeit (BAG 14. 4. 2010 = NZA 2010, 942; 20. 1. 2010 AP TzBfG § 14 Nr. 68 = BB 2010, 2054 m. zust. Anm. *Vietmeyer/Byers*) bei vielen Befristungen über mehrere Jahre an seiner Rechtsprechung festgehalten, sogar bei einer Vertretung mit der Bezeichnung „**zahlenmäßiger** Ersatz für den AN W.“, also lockerer Kausalität zwischen Vertretungsbedarf und Einsatz des Vertreters. Er hat gemeint, seine Auslegung des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG wie des § 21 Abs. 1 BVerzGG/BEEG entspreche unionsrechtlichen Vorgaben in § 5 Nr. 1 Buchstabe a der in die Richtlinie 1999/70/EG inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung. Er hat noch einmal wiederholt, dass die in § 5 Nr. 1 Buchstabe a der Rahmenvereinbarung alternativ genannte Maßnahme darin besteht zu verlangen, dass die Verlängerung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein muss. Entschließt sich ein Mitgliedstaat zu dieser Maßnahme, hat er das unionsrechtlich vorgegebene Ziel der Verhinderung des Missbrauchs von aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen zu gewährleisten. Aufgabe der nationalen Gerichte ist es, im Rahmen ihrer Zuständigkeit diesem Ziel bei der Auslegung der nationalen Vorschriften Rechnung zu tragen. Hierzu müssen sie insbesondere dafür sorgen, dass nationale Regelungen, welche die Verlängerung oder Wiederholung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverhältnisse zur Deckung eines zeitweiligen Bedarfs zulassen, nicht dazu genutzt werden können, einen tatsächlich ständigen und dauernden Bedarf zu decken. Dieser unionsrechtlichen Verpflichtung entsprechen die Anforderungen, die der Senat in ständiger Rechtsprechung an den Sachgrund der Vertretung stellt. Das gilt auch für die Fallgestaltungen, in denen nach der Rechtsprechung des Senats der Sachgrund der Vertretung vorliegt, obwohl dem befristet Beschäftigten – ohne tatsächliche Umorganisation der im Betrieb anfallenden Tätigkeiten – nicht die Aufgaben übertragen werden, die der Vertretene bislang verrichtet hat. Da der Arbeitgeber in diesem Fall nach der Rechtsprechung des Senats

rechtlich und tatsächlich in der Lage sein muss, dem Vertretenen – sofern er anwesend wäre – die dem Vertreter übertragenen Aufgaben zuzuweisen, 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 das von der Rechtsprechung für diesen Fall entwickelte weitere Erfordernis, wonach der Arbeitgeber bei Vertragsschluss, etwa durch entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag, die Aufgaben des befristet eingestellten Vertreters einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Stammkräften erkennbar gedanklich zuordnen muss, 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.

323 Nur wenig später und unmittelbar vor Abschluss der hiesigen Herstellungsarbeiten hat der Siebte Senat an diesen Aussagen aus der ersten Jahreshälfte 2010 **nicht im vollen Umfang festgehalten**, sondern die im Schrifttum genannten Überlegungen zum unionsrechtlich formulierten Missbrauchsgedanken aufgegriffen und sich angesichts der nicht eindeutigen Diktion des EuGH in seinen Urteilen Adenalar (EuGH 4. 7. 2006 AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 1 = NZA 2006, 909) und Angelidaki (EuGH 23. 4. 2009 – C-378/07 bis C-380/07 – Angelidaki u.a. – Abl. C. 141 S. 8) entschlossen, den EuGH auch im Hinblick auf die Vertretungsbefristungen zur Auslegung der maßgebenden Bestimmungen in § 5 der Rahmenvereinbarung zur Befristungsrichtlinie 1999/70/EG unter Einbeziehung der §§ 1, 2 der Rahmenvereinbarung zur Elternurlaubsrichtlinie 96/34/EG zu befragen (BAG 17. 11. 2010 – 7 AZR 443/09 – zVb). Er stellt dem EuGH folgende Fragen:

1. Verstößt es gegen § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE- CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999, eine nationale Bestimmung, die wie § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) vorsieht, dass ein sachlicher Grund zur wiederholten Befristung eines Arbeitsvertrags vorliegt, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird, dahin auszulegen und anzuwenden, dass der sachliche Grund auch im Falle eines ständigen Vertretungsbedarfs gegeben ist, obwohl der Vertretungsbedarf auch gedeckt werden könnte, wenn der betreffende Arbeitnehmer unbefristet eingestellt und ihm die jeweilige Vertretung eines der regelmäßig ausfallenden Arbeitnehmer übertragen würde, der Arbeitgeber sich aber vorbehält, jeweils neu zu entscheiden, wie er auf den konkreten Ausfall von Arbeitnehmern reagiert?
2. Falls der Gerichtshof die Frage zu 1. bejaht:
Verstößt die in der Frage zu 1. beschriebene Auslegung und Anwendung einer nationalen Bestimmung wie derjenigen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG unter den in der Frage zu 1. beschriebenen Umständen auch dann gegen § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE- CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999, wenn der nationale Gesetzgeber mit dem in einer nationalen Bestimmung wie derjenigen des § 21 Abs. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) geregelten, die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigenden Sachgrund der Vertretung jedenfalls auch das sozialpolitische Ziel verfolgt, Arbeitgebern die Bewilligung sowie Arbeitnehmern die Inanspruchnahme von Sonderurlaub, etwa aus Gründen des Mutterschutzes oder der Erziehung, zu erleichtern?

Der **Vorlagebeschluss verwundert** einerseits angesichts der ständigen Rechtsprechung des Senats bis in die erste Jahreshälfte (Rn. 322). Für ihn ist andererseits **Verständnis** aufzubringen angesichts der Mahnung des Bundesverfassungsgerichts (25. 2. 2010 NZA 2010, 439) zur Vorlagepflicht des letztinstanzlichen Gerichts nach Art. 267 Abs. 3 AEUV (ehemals Art. 234 Abs. 3 EG) und angesichts der zunehmenden Versuche der Instanzgerichte, die Vorlagemöglichkeiten nach Art. 267 Abs. 2 AEUV zu nutzen, um „über Bande zu spielen“ (Thüsing ZESAR 2009, 130). Allerdings kann der Beschluss **nicht ohne kritische Bemerkungen** insbesondere im Hinblick auf die künftige Handhabung der Vertretungsbefristungen zur Kenntnis genommen werden. Denn seine Fragen, Leitsätze und Gründe sowie die richterlichen Orientierungssätze enthalten neben den durch die Rechtsprechung des EuGH möglichen Überlegungen Formulierungen, die auf einen neuen, das Rechtsgebiet stark belastenden Ansatz für das Befristungskontrollrecht hindeuten. Das gilt zunächst für den mehrfach in Fragen und Aussagen betonten Hinweis, der Arbeitgeber könne (ggf.) den Vertretungsbedarf mit einem neuen Mitarbeiter im Dauerarbeitsverhältnis decken. Ähnliches gilt für die Betonung der Anzahl der Verträge und ihrer Gesamtdauer. Ferner ist bemerkenswert, wie der Senat durch die Art der Fragestellung in diesem Beschluss wie im Vorlagebeschluss vom 27. 10. 2010 (7AZR 485/09 A – vgl. Rn. 219 ff.) zur Haushaltsbefristung bestimmte Antworten des EuGH geradezu herausfordert. Die Erwähnung anderer Gesetze mit Regelungen zum Befristungsrecht in seinem tatbestandlichen Teil (Beschluss Rn. 7), auf die es im Streitfall nicht ankommt, schließt jedoch nicht aus, dass die Überlegungen weitreichenden Konsequenzen bei allen Befristungstatbeständen nach sich ziehen können, in denen Mehrfachbefristungen möglich sind (Rn. 29; 206 ff.; 219 ff.; 225; 290; 585; 646 ff.; 658).

Im Einzelnen ist auf Folgendes hinzuweisen:

1. Der Senat gibt in seinen Rn. 13 ff. seine **bisherige Rechtsprechung** knapp und – mit Ausnahme einer Formulierung in Rn. 14 (mit einem vorbehaltlos geschlossenen Folgevertrag wird ein vorheriger Vertrag nicht einvernehmlich aufgehoben; der neue Vertrag tritt vielmehr automatisch und unabhängig vom Willen der Parteien an die Stelle des alten Vertrags, vgl. BAG 30. 10. 1987 AP BGB § 119 Nr. 8 und oben Rn. 112) – zutreffend wieder. Es fehlt allerdings die Beschreibung der **grundsätzlichen Wertungsmaßstäbe**, wie sie in 50 Jahren Rechtsprechung entwickelt worden sind. 323b
2. Der Senat erkennt bei der **Beurteilung seines Streitfalls** an, dass auch bei Abschluss eines 13. befristeten Arbeitsvertrags für das 12. Beschäftigungsjahr ein Vertretungstatbestand (Ausfall einer Mitarbeiterin) gegeben war (Beschluss Rn. 23). Kausalitätsprobleme gibt es im Streitfall ebenso wenig (Beschluss Rn. 3) wie offene Fragen zur Rückkehrprognose hinsichtlich der vertretenen Stammkraft, die ihren Dienst am 1. 1. 2008 antrat (Beschluss Rn. 3). Auch ein Fall der sog. unstatthaften Dauervertretung i.S.d. der Senatsrechtsprechung (hiesige Rn. 301 ff., 321a und Beschluss Rn. 24) ist nicht gegeben. Die Klage wäre also abweisungsreif (so die Vorinstanzen und der Senat unter Rn. 23). Von einem Missbrauch 323c

i.S.d. der Rahmenrichtlinie kann angesichts dessen nicht ausgegangen werden.

- 323d** 3. Der Senat beschreibt in seinen Erläuterungen zur Vorlagefrage 1 ab Rn. 25, warum er sich dennoch **gehindert** sieht, seine Rechtsprechung **ohne Vorabentscheidung** fortzusetzen. Das vermag bei allem Verständnis für die unter Rn. 323a erwähnten Vorgaben in der Begründung nicht zu überzeugen. So erörtert der Senat **ohne Differenzierung** zwei nicht zwingend zusammen gehörende **Problemkreise**. Er weist **zunächst** immer wieder darauf hin, dass angesichts der Erfahrungen des Arbeitgebers aus der Vergangenheit und angesichts seiner Parallelhandlungen beim Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit anderen Mitarbeitern (Beschluss Rn. 34) ein dauerhafter **betrieblicher Vertretungsbedarf** bestehe, der durch die Einstellung unbefristet Beschäftigter gedeckt werden könne. Nach nationalem Recht kommt es darauf nur im Ausnahmefall an, der im Streitfall nicht gegeben war (Beschluss Rn. 20, 24). Die Möglichkeit der Begründung eines Dauerarbeitsverhältnisses besteht in nahezu jedem Vertretungsfall. Sie ist mithin bei der für die Befristungskontrolle maßgebenden Bewertung, ob der Sachgrund der Vertretung vorliegt oder nicht, regelmäßig ohne entscheidungserhebliche Bedeutung. Die unionsrechtlichen Überlegungen, die an den **betrieblichen Bedarf** anknüpfen, nehmen auf die Formulierungen des EuGH zum „ständigen und dauernden Bedarf“ Bezug in den Fällen Adeneler und Angelidaki (EuGH 4. 7. 2006 AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 1 = NZA 2006, 909 und EuGH 23. 4. 2009 – C-378/07 bis C-380/07 – Angelidaki u.a. – ABl. C. 141 S. 8). Allerdings handelt es sich bei diesen Sachverhalte nicht um Vertretungsfälle, sondern um Tatbestände, die nach deutschem Recht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG überprüft worden und unter Beachtung der Auslegungsergebnisse des EuGH zu lösen gewesen wären. Die Prüfung zum **betriebliche Dauerbedarf** hat bei anderen Sachgründen wie z.B. nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ihre Berechtigung, nach bisherigem Verständnis nicht aber bei der Vertretung (auch der vom Senat zitierte Fall Sorge [EuGH 24. 6. 2010 – C-98/09 – NZA 2010, 805 und der mittelbar zitierte, nur in griechischer und französischer Sprache zugängliche Beschluss Vassilakis [EuGH 12. 6. 2008 – C-364/07] hatten keine Vertretungsbefristung zum Gegenstand).
- 323e** 4. Es war deshalb **nicht geboten, nicht einmal naheliegend**, die zu einem anderen Sachgrund vom EuGH entwickelten Grundsätze zu verallgemeinern und auf Vertretungsbefristungen zu übertragen, zumal die Formulierung über den „ständigen und dauernden Bedarf“ aus dem griechischen Normtext (Art. 11 Nr. 1c des Präsidialdekrets Nr. 164/2004) übernommen worden ist und **kein Begriff des Unionsrechts** ist. Es kann allerdings auch **nicht ausgeschlossen** werden, dass der EuGH die Formulierungen allgemein bei jedem Sachgrund verstanden willen will, da seine zitierten Ausführungen allgemein gehalten sind und der Rückgriff auf Erwägungsgründe und allgemeine Ziele der Richtlinie in seiner Rechtsprechung weit verbreitet ist. So hätte es wohl aber nahe gelegen, den EuGH auf die Unterschiedlichkeit der entschiedenen Fälle und des Streitfalls nach deut-