

Maximilian W. Türk: Alles hat ein Ende? –

Die Missbrauchskontrolle des BAG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen eines Seminars zum Befristungsrecht bei Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon) (Lehrstuhl Zivilrecht 2 – Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht) entstanden.

A. Kettenbefristungen als Einfallstor für Rechtsmissbrauch

Befristete Arbeitsverträge an sich bieten schon ausreichend Zündstoff für explosive Diskussionen. Während Arbeitgeber unendlich dankbar für die Existenz dieses Rechtsinstitutes sind, weil es eine ungeahnte Planungsflexibilität ermöglicht, leiden Arbeitnehmer häufig unter Zukunftsängsten und Ungewissheit, wie sich ihr beruflicher Werdegang weiter entwickeln wird. Noch heikler wird die Situation, wenn auf einen befristeten Arbeitsvertrag der nächste folgt. Und das wieder und wieder. Die Problematik solcher sog. Befristungsketten¹ ist ein notwendiger Annex zur Einrichtung der Befristung an sich. Um sich größtmögliche Freiheit zu bewahren, tendieren Arbeitgeber oftmals dazu, Arbeitnehmer auch mehrfach nur zeitweise beschäftigen zu wollen und sich so die Möglichkeit eines – durch das geltende Kündigungsschutzrecht bisweilen merklich erschweren – Personalaustausches offen zu halten. Nach deutschem Recht bietet § 14 Abs. 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) die Möglichkeit dazu.² Zugleich wird dadurch aber die mittel- und unter Umständen sogar langfristige Lebensplanung der befristet Beschäftigten massiv erschwert, was insbesondere in sozialer Hinsicht unschöne Konsequenzen zeitigt. Eine sorgenfreie Familienplanung ist mitunter

ebenso wenig möglich wie die Inangriffnahme größerer Investitionen über Fremdkapital. Umso wichtiger ist es, sich um einen bestmöglichen Interessenausgleich in Form einer praktischen Konkordanz zwischen Freiheit und Sicherheit zu bemühen, der dem Befristungsrecht ein Stück seiner Brisanz nehmen kann. Dieses Ziel zieht sich wie ein roter Faden durch Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene. In vielfacher Hinsicht war es Anlass für die Ausarbeitung neuer und die Hinterfragung alter Regelungskonzepte, die alle für sich ihre ganz eigene Geschichte geschrieben haben.

Ein – zumindest dem ersten Anschein nach – zentraler Schritt in Richtung Arbeitnehmerschutz bei Arbeitsverhältnissen, die auf einer Kettenbefristung gründen, war die zuvörderst richterrechtlich vom Bundesarbeitsgericht (BAG) entwickelte Missbrauchskontrolle bei Sachgrundbefristungen. Sie sollte es ermöglichen, den Handlungsspielraum des Arbeitgebers in seine sozialpolitisch notwendigen Schranken zu weisen. Das Anliegen des vorliegenden Beitrags ist es, die wesentlichen Entwicklungsschritte auf dem Weg zur heutigen Missbrauchskontrolle zu skizzieren und deren Wirkungsweise einer kritischen Würdigung zu unterziehen, die es insbesondere zum Ziel hat, die Vereinbarkeit der bundes-

¹ Zum Begriff: *RAG* v. Urt. v. 02.07.1932 – ARS 16, 66; v. 02.10.1936 – ARS 28, 343; *BAG* v. 15.03.1966 – 2 AZR 211/65, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 28.

² Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Befristungsketten etwa *BAG* v. 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382; v. 25.03.2009 – Az. 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34;

Bayreuther, in: BeckOK-ArbeitsR, 57. Edition, 2020, § 14 TzBfG, Rn. 24; konkret auch *Lakies, Thomas*, „Kettenbefristungen“ sind (nicht immer) zulässig, *ArbRAktuell* 2014, 94 (94); vgl. *Wollenschläger, Michael*, Arbeitsrecht, 3. Auflage 2010, Rn. 461.

arbeitsgerichtlichen Praxis mit den Anforderungen des europäischen Rechts zu untersuchen.

B. Der Weg ins Jetzt – Entwicklungspfad der Befristungskontrolle

Die aktuelle Rechtslage zur Zulässigkeit und Grenzen von Kettenbefristungen auf Grundlage des § 14 Abs. 1 TzBfG ist kein Produkt einer linearen Entwicklung. Vielmehr sind vor allem die Veränderungen in der Rechtsprechung des BAG das Resultat teilweise subversiver unionsrechtlicher Vorgaben, die stetig neue Impulse für die deutsche Rechtsgenese gegeben haben. Im Laufe der Zeit nahm der EuGH mehr und mehr die Rolle eines – durchaus kritischen – Wächters ein, der die hiesige Rechtsprechung auf ein hinreichendes Arbeitnehmerschutzniveau im Bereich der befristeten Arbeitsverträge hin überprüfte. Ein Verständnis der Wirkungsweise der bundesarbeitsgerichtlichen Missbrauchskontrolle kann sich nur aus einer Zusammenschau der einzelnen Entwicklungsstränge ergeben, weshalb diesen zunächst besondere Beachtung geschenkt werden soll.

I. Die Anfänge der Missbrauchsprävention

In den siebziger Jahren – zu Zeiten, zu denen das TzBfG noch gar nicht existierte und das geltende Befristungsrecht zuvörderst in § 620 BGB verortet war³ – begann das BAG, klare Grenzen für die Sachgrundbefristung zu formulieren. Seit jeher wurde der Grundsatz entwickelt, dass die Anforderungen, die an das Vorliegen eines sachlichen Grundes zu stellen sind, mit der zunehmenden Dauer und der steigenden Anzahl

an mit einem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsverträgen wachsen.⁴ Der Grund für die hohe Relevanz der Beschäftigungsdauer in diesem Zusammenhang war dabei die prekäre Lage, in die der Arbeitgeber den Arbeitnehmer versetzt, wenn dieser in fortwährender Ungewissheit einer unbefristeten Beschäftigung leben muss und zunehmend in Abhängigkeit von seinem aktuellen Arbeitsplatz gerät. Nach diesem Gedanken besteht eine Korrespondenz zwischen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers und Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses, weswegen sich eine weitere Befristung unter Umständen nicht rechtfertigen lässt.⁵ Aus der Anzahl der abgeschlossenen Verträge ließ sich eine Grenze mit der Erwägung ableiten, dass die Prognose des Arbeitgebers, auf Basis derer er sich zur Befristung eines Arbeitsverhältnisses entschlossen und eine dauerhafte Beschäftigung als nicht darstellbar ausgesondert hat, sich mit Abschluss jedes neuen Vertrages als falsch herausstellt.⁶ Es erschien daher interessengerecht, bei einem erneuten Befristungswunsch stärkere Kontrollmaßstäbe anzuwenden. Methodisch gesehen entschied sich das BAG also dafür, die Unzulässigkeit von Sachgrundbefristungen rein auf Tatbestandsebene zu verorten. Dauer und Anzahl der Befristungen drehten selbst unmittelbar an der Stellschraube des sachlichen Grundes.

Unter Zugrundelegung dieser Prinzipien entschied das BAG jahrelang zahlreiche Fälle zur Zulässigkeit von Kettenbefristungen und erschuf so eine nicht unbeachtliche Kasuistik, die die abstrakten Grundsätze mit Leben füllte.⁷

³ Vgl. BGBl. I 2000 Nr. 59, S. 1966 (1970): Inkrafttreten des TzBfG am 01.01.2001 (Art. 4); zur Rolle des damaligen § 620 BGB siehe Müller-Glöge, EK-ArbeitsR, 21. Auflage, 2021, § 14 TzBfG, Rn. 1 ff.

⁴ BAG v. 30.11.1977 – 5 AZR 561/76, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 44; v. 21.04.1993 – 7 AZR 376/92, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 149; Backhaus, in: GK-KündigungsR, 6. Auflage, 2021, § 14 TzBfG, Rn. 66 ff.; auch Müller-Glöge, EK-ArbeitsR (Fn. 3), § 14 TzBfG, Rn. 10; vgl. Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergentröder, Curt Wolfgang, ArbeitsR, 7. Auflage, 2015, § 24, Rn. 12.

⁵ Vgl. BAG v. 30.11.1977 – 5 AZR 561/76, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 44; vgl. auch Preis, Ulrich/Temming, Felipe, ArbeitsR, 6. Auflage, 2019, Rn. 3277; Studt, in: NK-GesArbR, Band 3, 2016, § 14 TzBfG, Rn. 9.

⁶ Vgl. BAG v. 21.04.1993 – Az. 7 AZR 376/92, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 149; Preis/Temming (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3278.

⁷ Beispielhaft sei verwiesen auf BAG v. 21.01.1987 – Az. 7 AZR 265/85, AP BGB § 620 Hochschule Nr. 4; v. 04.04.1990 – Az. 7 AZR 29/89, BeckRS 1990, 30733769; speziell zum Sachgrund der Vertretung: BAG v. 11.12.1991 – Az. 7 AZR 431/90, NZA 1992, 883.

Allerdings zeichnete sich zugleich die Tendenz ab, den Griff der gerichtlichen Kontrolle etwas zu lockern: Betrachtet man einzelne Entscheidungen genauer, so ist festzustellen, dass die althergebrachten Säulen der Sachgrundprüfung mit der Zeit mehr und mehr ins Wanken gerieten und die richterliche Kontrolldichte sukzessive stark abnahm.⁸ Als Paradigma genannt sei an dieser Stelle etwa eine Entscheidung aus dem Jahre 2003, in der das BAG für die Unzulässigkeit einer Vertretungsbefristung forderte, dass der zu vertretende Arbeitnehmer seine Nichtrückkehr verbindlich erklärt habe.⁹ Damit wurde die Rechtswidrigkeit einer Sachgrundbefristung an eine praxisferne Bedingung geknüpft, die gegenüber Arbeitgebern letztlich nicht mehr als ein stumpfes Schwert sein konnte. Mehr und mehr erodierte über die Jahre das Prüfungsfundament für die Sachgrundbefristung, bis schließlich – *expressis verbis* – vollends mit jeglicher „Tradition“ gebrochen wurde und die Kriterien Dauer und Anzahl für die Beurteilung eines sachlichen Grundes im Jahre 2009 keine Rolle mehr spielten.¹⁰ Die so geschaffene Rechtslage, die *de facto* einem Freifahrtsschein für Arbeitgeber gleich kam, generierte aufgrund der sich abzeichnenden „Wirkungslosigkeit“ von Befristungskontrollklagen eine immense Schutzlücke, weshalb spätestens ab diesem Zeitpunkt Zweifel aufkamen, ob den Vorgaben des europäischen Arbeitsrechts noch entsprochen wurde.¹¹

⁸ Überblicksartig zu dieser Entwicklung *Backhaus*, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 69f.

⁹ Vgl. BAG v. 02.07.2003 – Az. 7 AZR 529/02, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 254.

¹⁰ BAG v. 25.03.2009 – Az. 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34, Rn. 25; vgl. *Preis/Temming* (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3279.

¹¹ Zum Beispiel: *Maschmann*, in: Annuß/Thüsing-TzBfG, 3. Auflage, 2012 § 14, Rn. 11; *Preis, Ulrich/Greiner, Stefan*, Befristungsrecht – Quo vadis?, RdA 2010, 148 (162).

¹² Zu diesem Prozess im Überblick: *Kamanabrou, Sudabeh*, Arbeitsrecht, 2017, Rn. 600; *Schmidt, Marlene*, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2001,

II. Maßgaben des Europäischen Gerichtshofs

Der EuGH hatte sich in der Vergangenheit häufiger mit dem Problem der Kettenbefristungen zu befassen. Zentraler Anknüpfungspunkt für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der wiederholte Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit einem Arbeitnehmer zulässig ist, ist § 5 der EGB–UNICE–CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (im Folgenden: Rahmenvereinbarung), die durch die Richtlinie 1999/70/EG in hinsichtlich ihres Ziels verbindliches Unionsrecht transformiert wurde.¹² So schreibt § 5 Nr. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten zumindest eine der dort genannten Maßnahmen ergreifen müssen, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, sofern keine andere gleichwertige gesetzliche Maßnahme zur Missbrauchsprävention besteht.¹³ Zur Wahl stehen danach die Einführung rechtfertigender sachlicher Gründe (§ 5 Nr. 1 lit. a) und – ähnlich dem Ursprungsgedanken des BAG – die Festsetzung von Höchstgrenzen für Dauer (§ 5 Nr. 1 lit. b) und Anzahl (§ 5 Nr. 1 lit. c) an Befristungen. Der Bundesgesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinie im heutigen § 14 TzBfG umgesetzt.¹⁴ Über die Brücke der Richtlinie 1999/70/EG ist dem EuGH damit der Weg geebnet, die Interpretation insbesondere des § 14 Abs. 1 TzBfG mittelbar über das Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung zu steuern und kontrollierend auf die Rechtsprechung des BAG einzuwirken.

Rn. 384 ff.; *Wank*, in: Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 18, Rn. 251 f.

¹³ Erläuternd zum normativen Gehalt der Vorschrift: *Heeder*, in: EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis, 2007, S. 267; *Wank*, in: Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts (Fn. 11), § 18, Rn. 261.

¹⁴ Vgl. *Heeder*, in: EG-Arbeitsrecht in der deutschen Praxis (Fn. 12), S. 269 f.; *Mayer*, in: Backmeister/Trittin/Mayer-KSchR, 4. Auflage, 2009, § 14 TzBfG, Rn. 20; *Thüsing, Gregor*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2017, § 4, Rn. 30.

Von grundlegender Bedeutung im Zusammenhang mit § 5 der Rahmenvereinbarung ist die schon frühe Aussage des EuGH, der Gebrauch von Kettenbefristungen sei als Quelle potenziellen Missbrauchs anzusehen und mache Maßnahmen erforderlich, die die Prekarisierung der Lage der Beschäftigten verhindern könnten.¹⁵ Damit ist klar definiert, was das europäische Arbeitsrecht an dieser Stelle leisten soll: proaktive Missbrauchsprävention statt reaktive Missbrauchsbekämpfung.¹⁶ Entsprechende Maßnahmen der deutschen Rechtsordnung müssen daher das Problem der Kettenbefristungen im Idealfall „an der Wurzel packen“ und versuchen, so früh wie möglich der stetigen Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse einen Riegel vorzuschieben. Die erste bedeutende materielle Konkretisierung erhielt § 5 der Rahmenvereinbarung im Jahre 2009 mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Angelidaki*,¹⁷ welcher zufolge bei aufeinanderfolgenden Arbeitsverträgen stets die Umstände des Einzelfalls und dabei insbesondere die Zahl der aufeinanderfolgenden Verträge zu prüfen sind, die mit derselben Person oder zur Verrichtung derselben Arbeit geschlossen wurden, um den missbräuchlichen Rückgriff auf Befristungen zu verhindern.¹⁸ Der EuGH rügte mit dieser Feststellung implizit die damals stattfindende Entwicklung in der Rechtsprechung des BAG, im Rahmen derer die Prüfungsintensität für die Zulässigkeit der Sachgrundbefristung – wie dargestellt – kontinuierlich abnahm. Stein des Anstoßes für eine völlige Neuausrichtung der Einordnung und Überprüfung von

Kettenbefristungen unter § 14 Abs. 1 TzBfG waren indes die Ausführungen, die der EuGH in der Rechtssache *Kücük* im Jahre 2012 getroffen hat.¹⁹ Anlass für die Entscheidung war ein Vorabentscheidungsersuchen des BAG gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV, in welchem das Gericht primär – knapp zusammengefasst – um Klärung der Frage bat, inwieweit § 5 der Rahmenvereinbarung der wiederholten Befristung eines Arbeitnehmers aus Vertretungsgründen nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG entgegensteht, wenn ein ständiger Vertretungsbedarf gegeben ist und diesem auch durch unbefristete Einstellung des Arbeitnehmers begegnet werden könnte.²⁰ Daraufhin stellte der EuGH in einer wegweisenden Passage des Urteilstenors klar, aus dem bloßen Umstand, dass ein Arbeitgeber möglicherweise gezwungen sei, wiederholt oder dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückzugreifen, und diese Vertretungen auch durch die Einstellung von Arbeitnehmern mit unbefristeten Arbeitsverträgen gedeckt werden könnten, folge weder das Nichtvorliegen eines sachlichen Grundes nach § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung noch ein Missbrauch im Sinne dieser Vorschrift. Indes, so führt er weiterhin aus, hätten die Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeiten bei der Prüfung, ob die Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen oder -verhältnissen durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, alle Umstände des Falles einschließlich der Zahl und Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu berücksichtigen.²¹ Damit

¹⁵ *EuGH v. 04.07.2006 – C-212/04*, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 1 – Adeneler; zu dieser Entscheidung auch *Schiek, Dagmar*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2007, Teil II, C, Rn. 85.

¹⁶ Vgl. *Backhaus* (Fn. 4), GK-KündigungsR, § 14 TzBfG, Rn. 73; *Bruns, Patrick*, Institutioneller Missbrauch als Kontrollparameter im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht, NZA 2013, 769 (770).

¹⁷ *EuGH v. 23.04.2009 – C-378/07*, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 6 – *Angelidaki*.

¹⁸ *EuGH v. 23.04.2009 – C-378/07*, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 6, Rn. 157 – *Angelidaki*; vgl. hierzu auch summarisch *Bruns* (Fn. 15), NZA 2013, 769 (770).

¹⁹ *EuGH v. 26.01.2012 – C-586/10*, NZA 2012, 135 – *Kücük*.

²⁰ Vgl. *BAG v. 17.11.2010 – 7 AZR 443/09 (A)*, AP TzBfG § 14 Nr. 74; dazu auch *Backhaus* (Fn. 4), in: GK-KündigungsR, § 14 TzBfG, Rn. 72; *Hantel, Peter*, Europäisches Arbeitsrecht – Mit zahlreichen Beispielfällen aus der Rechtsprechung des EuGH, 2. Auflage, 2019, S. 170.

²¹ *EuGH v. 26.01.2012 – C-586/10*, NZA 2012, 135, Rn. 56 – *Kücük*; *Mestwerdt*, in: NK-KSchR, 7. Auflage, 2021, § 14 TzBfG, Rn. 6.

begann der EuGH, die aufgezeigte Entwicklung der Rechtsprechung zu einer fast grenzenlosen Evidenzkontrolle gerade wieder in ihr Gegenteil zu verkehren, indem nicht nur die ohnehin früher vom BAG angewandten Prüfungsmaßstäbe zum Gegenstand des europäischen Arbeitsrechts gemacht wurden, sondern mit der Aufforderung zur Berücksichtigung aller Umstände der Pool von Anknüpfungspunkten für eine etwaige Rechtswidrigkeit einer Sachgrundbefristung eine signifikante Erweiterung erfuhr. Mit dieser Anleitung an der Hand oblag es nun dem BAG, seine Rechtsprechung diesen unionsrechtlichen Vorgaben anzupassen.

III. Die Renaissance der Missbrauchskontrolle

In Reaktion auf die Entscheidung des EuGH hat das BAG im Fall *Küçük*²² nun eine zwar etablierte Grundsätze aufgreifende, aber methodisch grundlegend neue Prüfungs-systematik zur Zulässigkeit von Kettenbefristungen entwickelt. Entscheidendes Novum der Rechtsprechung ist, dass die Frage, ob sich die erneute Befristung eines Arbeitsvertrages mit einem Arbeitnehmer nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG durch einen sachlichen Grund rechtfertigen lässt, nunmehr in zwei separaten Schritten geprüft wird.²³ An erster Stelle steht die Analyse, ob aus tatbestandlicher Sicht überhaupt ein sachlicher Grund gegeben ist. Anders als in der anfänglichen Rechtsprechung der siebziger Jahre praktiziert, verschärfen sich die Anforderungen an den Tatbestand eines Sachgrundes aber nicht mit zunehmender Dauer und Anzahl an geschlossenen befristeten Arbeitsverträgen.²⁴ Unabhängig von der Anzahl vorangegangener Befristungen bleibt die Schwelle zur Bejahung

eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TzBfG konstant.²⁵ Zur Kompensation dieser enormen Weite wird sodann auf einer zweiten Stufe erörtert, ob der Rückgriff auf den grundsätzlich gegebenen Sachgrund im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich erscheint. Diese Prüfung wird auf Grundlage des § 242 BGB nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs vorgenommen.²⁶ Prozessualer Prüfungsmaßstab des BAG ist dabei stets der zuletzt abgeschlossene befristete Arbeitsvertrag.²⁷ Unter dem Begriff der *Missbrauchskontrolle* wird genau jener zweite, von der Tatbestandsmäßigkeit des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG losgelöste Prüfungsschritt verstanden, der neue Maßstäbe für die Handhabung von Kettenbefristungen gesetzt hat.

1. Der Begriff des Rechtsmissbrauchs

Wann die Grenze zu § 242 BGB ist überschritten ist, wird im Ausgangspunkt abstrakt, d.h. unter Zugrundelegung ganz allgemeiner Prüfungsmaßstäbe bestimmt. Es ist – so das BAG – erforderlich, dass ein Vertragspartner in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise von einer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit einzig mit dem Ziel Gebrauch macht, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die der Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorsieht.²⁸ Freilich adressiert diese Restriktion in erster Linie den Arbeitgeber, dessen Handeln bei der Prüfung in Rede steht. Wichtig ist an dieser Stelle, dass das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs rein objektiv zu bestimmen ist, also keinerlei subjektive Komponenten wie beispielsweise eine Umgehungsabsicht erforderlich sind, um die Sachgrundbefristung ihres

²² BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99.

²³ Müller-Glöge, in: EK-ArbeitsR (Fn. 3), § 14 TzBfG, Rn. 10; Schmalenberg/Sasse, in: Tschöpe-ArbR-Hdb., 11. Auflage, 2019, Teil 1, E, Rn. 113a.

²⁴ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 19f.

²⁵ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 19f.

²⁶ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 38; vgl. darstellend Backhaus, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 75; implizit Bayreuther, BeckOK-ArbeitsR (Fn. 2), § 14 TzBfG, Rn. 49a.

²⁷ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 18; dazu Studt, in: NK-GesArbR (Fn. 5), § 14 TzBfG, Rn. 9.

²⁸ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 38.

Fundaments zu berauben.²⁹ Zugleich – so betont das Gericht später – sind an die Bejahung eines solchen Missbrauchs hohe Anforderungen zu stellen.³⁰ Damit ist klar, dass der Hebel des § 242 BGB im Zusammenhang mit Kettenbefristungen eine Art *ultima ratio* bleiben soll und de facto nur in „Extremfällen“ zur Anwendung kommen kann. Mit diesen Prämissen hat das BAG einen groben Prüfungsrahmen abgesteckt, den es sodann weiter konkretisiert hat. Wie seitens des EuGH gefordert, wird bei der konkreten Überprüfung der Frage, ob der Rückgriff auf einen befristeten Arbeitsvertrag nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG rechtsmissbräuchlich ist, eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls unter besonderer Berücksichtigung von Gesamtdauer und Anzahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen befristeten Verträge vorgenommen.³¹ Im Zentrum aller Betrachtungen stehen – jedenfalls im Ausgangspunkt – abermals diejenigen Kriterien, die das BAG in den Anfängen seiner Rechtsprechung zu den Grenzen von Kettenbefristungen entwickelt hat. Allerdings ist der richterliche Blick mehr denn je auf die in der Vergangenheit liegenden Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien gerichtet und nicht mehr primär auf die zukunftsorientierte Prognose des Arbeitgebers fokussiert.³²

2. Die Bedeutung von Gesamtdauer und Anzahl der Befristungen

Bemerkenswert im Rahmen der novellierten Missbrauchskontrolle des BAG ist die

Tatsache, dass die beiden zentralen Prüfungskriterien – Gesamtdauer und Anzahl der befristeten Arbeitsverträge – nunmehr eine neue Bedeutungsnuance in Form einer Doppelrolle erhalten. Einerseits sind sie ihr Abwägungsgewicht betreffend von besonderer Bedeutung bei der Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Kettenbefristung.³³ Andererseits eröffnen sie unter gewissen Voraussetzungen erst den Weg zu einer umfassenderen Missbrauchskontrolle an sich, bei der sonstigen Umständen im konkreten Fall weitere Beachtung geschenkt werden kann. Denn nicht immer, wenn eine Kettenbefristung im Raum steht, sieht das BAG einen Anlass für eine umfassende Missbrauchsprüfung.³⁴ Im Kern hat die Rechtsprechung unter Bezugnahme auf Gesamtdauer und Anzahl an Befristungen drei verschiedene Fallgruppen erarbeitet, die die weitere Kontrolldichte im Rahmen der Missbrauchsprüfung prädeterninieren und somit ausschlaggebend für die Zulässigkeit der konkreten Sachgrundbefristung sind.³⁵ Die beiden Kriterien nehmen folglich im wörtlichen Sinne eine Schlüsselposition ein. Mit diesem Vorgehen erfüllt das BAG das selbst aufgestellte Kredo, lediglich grobe Orientierungshilfen für die Prüfung des § 242 BGB geben zu wollen, ohne feste Grenzziehungen für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs vorzunehmen.³⁶

Die Initiativentscheidung in diesem Bereich erging ebenfalls im Jahre 2012.³⁷ Der dortige Ausgangsgedanke, der zur Erarbeitung dreier

²⁹ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 38; in Abgrenzung zum subjektiven Missbrauchsbegriff, den das BAG bei § 14 Abs. 2 TzBfG zugrunde legt, siehe *Backhaus*, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 76; konkret: *Preis/Temming* (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3280; *Studt*, in: NK-GesArbR (Fn. 5), § 14 TzBfG, Rn. 9.

³⁰ BAG v. 10.07.2013 – 7 AZR 833/11, NZA 2013, 1292, Rn. 25.

³¹ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 40f.; *Diitz, Wilhelm/Thüsing, Gregor*, Arbeitsrecht, 25. Auflage, 2020, § 8, Rn. 325; *Mestwerdt*, in: NK-KSchR (Fn. 20), § 14 TzBfG, Rn. 61.

³² Vgl. hierzu auch *Brose, Wiebke/Sagan, Adam*, Kettenbefristungen wegen Vertretungsbedarfs im Zwielficht des Unionsrechts, NZA 2012, 308 (309).

³³ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99.

³⁴ Zur Frage, ab wann ein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle besteht, siehe etwa BAG v. 21.03.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706, Rn. 25; v. 24.08.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, Rn. 31f.; v. 10.07.2013 – 7 AZR 833/11, NZA 2013, 1292, Rn. 25; v. 18.07.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359, Rn. 44.

³⁵ *Backhaus*, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 83; *Preis/Temming* (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3281.

³⁶ Vgl. BAG v. 12.11.2014 – 7 AZR 891/12, NZA 2015, 379; v. 19.02.2014 – 7 AZR 260/12, NZA 2014, 408; feststellend auch *Diitz/Thüsing* (Fn. 28), § 8, Rn. 325.

³⁷ BAG v. 18.07.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359; später noch expliziter: BAG v. 19.02.2014 – 7 AZR 260/12, NZA 2014, 408.

Kategorien an Schweregraden bzw. Missbrauchs-wahrscheinlichkeiten geführt hat, ist die Wertung, die der Gesetzgeber in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG getroffen hat. Diese Vorschrift normiert, dass die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von zwei Jahren bei maximal dreimaliger Verlängerung grundsätzlich zulässig ist. Daraus schließt das BAG stringent, jede Kettenbefristung, die sich innerhalb dieser Grenzen bewegt, begründe keinen gesteigerten Anlass für eine Missbrauchskontrolle.³⁸ De facto entfaltet diese Weichenstellung eine umfassende Freizeichnungswirkung für den Arbeitgeber, da der Nachweis einer Rechtsmissbräuchlichkeit in dieser Sphäre praktisch ausgeschlossen ist.³⁹ Vor dem Hintergrund, dass andernfalls die Gefahr bestünde, die Regel des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG auszuhöhlen, erscheint dieser Schritt folgerichtig. Diese Leitlinien lassen sich als erste Fallgruppe begreifen, die einen unproblematischen Bereich konturiert, im Rahmen dessen eine weitere Missbrauchskontrolle „gesperrt“ ist.⁴⁰ Eine neue Brisanz erhält eine Kettenbefristung erst, wenn die Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG alternativ oder kumulativ mehrfach überschritten sind.⁴¹ Davon geht das BAG – wie es im Laufe der Zeit weiter präzisiert hat – aus, wenn entweder das Vierfache eines der Werte oder das Dreifache beider Werte überschritten ist.⁴² Sollte dies gegeben sein, erachtet das BAG eine umfassende

Missbrauchskontrolle für geboten, die es gestattet, auch alle weiteren relevanten Umstände des Sachverhaltes zu berücksichtigen.⁴³ Darin ist die zweite Fallgruppe zu erkennen, bei der überhaupt erstmals eine Missbrauchskontrolle im engeren Sinne vorgenommen wird.⁴⁴ Von einer – möglichen – Indizwirkung zugunsten eines Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB geht das BAG schließlich aus, wenn die Grenzen aus § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG alternativ oder kumulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten sind.⁴⁵ In concreto sieht die Rechtsprechung dies für gegeben an, wenn entweder das Fünffache eines der Werte oder das Vierfache beider Werte überschritten ist.⁴⁶ Zu akzentuieren ist, dass selbst bei dieser dritten Fallgruppe die Missbräuchlichkeit der Befristung allenfalls *indiziert* sein *kann*, also immer noch eine Möglichkeit besteht, sich trotz der eklatanten Überschreitung der Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG im Rahmen des arbeitsrechtlich Zulässigen zu bewegen. Letztlich handelt es sich also um eine offene Abwägungsfrage des jeweiligen Einzelfalls. Aufgrund der beschriebenen Dreistufigkeit von „Missbrauchswahrscheinlichkeiten“ wurde in der Literatur teilweise das Bild einer *Rechtsmissbrauchsampel* gezeichnet, deren drei Farben rot, gelb und grün den Fallgruppen drei, zwei und eins entsprechen.⁴⁷ Festzuhalten ist jedenfalls, dass eben jene Kategorisierung von verschiedenen Fallkonstellationen elementar für die Prüfungssystematik des BAG geworden ist.

³⁸ Vgl. BAG v. 24.08.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 Rn. 30; v. 11.02.2015 – Az. 7 AZR 113/13, NZA 2015, 617; v. 19.02.2014 – 7 AZR 260/12, NZA 2014, 408.

³⁹ Vgl. etwa implizit BAG v. 24.08.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307, Rn. 30.

⁴⁰ Vgl. Backhaus, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 83; Preis/Temming (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3282.

⁴¹ BAG v. 19.02.2014 – 7 AZR 260/12, NZA 2014, 408, Rn. 38; vgl. Müller-Glöge, in: EK-ArbeitsR (Fn. 3), § 14 TzBfG, Rn. 10b.

⁴² BAG v. 21.03.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706, Rn. 25f.; v. 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, Rn. 26.

⁴³ Vgl. BAG v. 21.03.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706, Rn. 25f.; v. 13.02.2013 – 7 AZR 225/11, NZA 2013,

777, Rn. 39; andeutend Kamanabrou (Fn. 11), ArbeitsR, Rn. 610.

⁴⁴ Vgl. Backhaus, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 83; Preis/Temming (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3282.

⁴⁵ BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, NZA 2015, 928; v. 18.07.2012 – 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359.

⁴⁶ BAG v. 21.03.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706, Rn. 27; auch Müller-Glöge (Fn. 3), in: EK-ArbeitsR, § 14 TzBfG, Rn. 10b.

⁴⁷ Begründend: Kiel, Heinrich, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 50, 2013, 25 ff., 45 ff.; aufgreifend: Mestwerdt, in: NK-KSchR (Fn. 20), § 14 TzBfG, Rn. 61a; Preis/Temming (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3283.

3. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Die dargestellte *Rechtsmissbrauchsampel* entfaltet indes nicht nur für die Frage, ob letztlich überhaupt eine Missbrauchs-kontrolle und – wenn ja – in welchem Umfang sie zu erfolgen hat, Bedeutung, sondern auch für die Verteilung der prozessualen Darlegungslast. Je nachdem, welche der drei Stufen bezüglich § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG erreicht ist, obliegt es dem Arbeitnehmer, Umstände für, oder dem Arbeitgeber, Umstände gegen einen Rechtsmissbrauch vorzutragen. Das BAG führt aus, die Bejahung eines missbräuchlichen Rückgriffs auf die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG auf Stufe zwei – der mehrfachen Überschreitung der Grenzen aus § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG – hänge vom Vortrag des Arbeitnehmers ab, in dem er weitere für einen Missbrauch sprechende Umstände vorzutragen habe.⁴⁸ Hingegen sei im Falle der dritten Stufe – einer Grenzüberschreitung in besonders gravierendem Ausmaß – dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, durch seinen Sachvortrag die Indizwirkung zugunsten eines Verstoßes gegen § 242 BGB zu entkräften.⁴⁹ Im Ergebnis wird durch diese Vorgaben den drei Kategorien etwas die Substanz entzogen, als sie nicht mehr nur zu einer bloßen Leitlinie, sondern gewissermaßen zu einer zur Disposition der Parteien stehenden juristischen „Spielwiese“ degradiert werden.

Keiner völlig eindeutigen Antwort zugänglich ist hingegen die Frage, ob diesen Grundsätzen zur Darlegungslast auch zwingend die Beweislastverteilung folgt, da sich das BAG hierzu

bislang nicht dezidiert geäußert hat und in der Vergangenheit in einem anderen Kontext sogar eine getrennte Verteilung von Darlegungs- und Beweislast propagierte.⁵⁰ Selbstredend wäre eine Koppelung der Beweis- an die Darlegungslast in dieser Konstellation naheliegend und folgerichtig, weswegen sich hierzu auch starke Tendenzen in der Literatur finden.⁵¹ Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass es aus unionsrechtlichen Gründen – da das europäische Arbeitsrecht ebenso wie das deutsche vom Regelfall des unbefristeten Arbeitsvertrages ausgeht und somit der Arbeitgeber für das Vorliegen eines sachlichen Grundes beweisbelastet ist – geboten wäre, Umstände, die gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen, gleichfalls der Beweissphäre des Arbeitgebers zuzuordnen.⁵²

4. Die Rolle der „weiteren Umstände“

Ein bedeutend weiteres Feld eröffnet sich, wenn man einen Blick darauf wirft, welche Umstände im Rahmen der – jedenfalls ab Stufe zwei – vorzunehmenden umfassenden Missbrauchskontrolle abgesehen von Gesamtdauer und Anzahl der befristeten Arbeitsverträge noch zu berücksichtigen sind. Im Allgemeinen ist dieser Bereich von einer großen Kasuistik geprägt, die sehr häufig – wegen der Vielzahl der Fälle auf diesem Gebiet – auf den Sachgrund der Vertretung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG Bezug nehmen.⁵³ So kann beispielsweise ein bestehender ständiger Vertretungsbedarf, wenngleich er nach unionsrechtlichen Maßgaben nicht per se zur Unwirksamkeit der Befristung führt,⁵⁴ im

⁴⁸ BAG v. 26.10.2016 – Az. 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382, Rn. 27; Müller-Glöge (Fn. 3), in: EK-ArbeitsR, § 14 TzBfG, Rn. 10b; Schmalenberg/Sasse, in: Tschöpe-ArbR-Hdb. (Fn. 22), Teil 1, E, Rn. 113a.

⁴⁹ BAG v. 07.10.2015 – Az. 7 AZR 944/13, NZA 2016, 354; v. 29.04.2015 – Az. 7 AZR 310/13, NZA 2015, 928; vgl. auch Müller-Glöge (Fn. 4), in: EK-ArbR, § 17 TzBfG, Rn. 10; Schmalenberg/Sasse, in: Tschöpe-ArbR-Hdb. (Fn. 22), Teil 1, E, Rn. 113a.

⁵⁰ Vgl. Backhaus, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 103; insbesondere zur Modifikation der Darlegungslast: BAG, v. 20.01.2003 – Az. 8 AZR 580/02, NZA 2004, 489.

⁵¹ Ohne weitere Differenzierung als selbstverständlich vorausgesetzt beispielsweise Mestwerdt, in: NK-KSchR (Fn. 20), § 14 TzBfG, Rn. 64a.

⁵² Vgl. Backhaus, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 103.

⁵³ Für eine ausführliche Aufzählung möglicherweise relevanter Umstände ohne nähere Erläuterungen (und damit zur Erstreckung der Missbrauchskontrolle auf alle Sachgründe) schon BAG v. 18.07.2012 – Az. 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99, Rn. 45 ff.; erläuternd ebenfalls Mestwerdt, in: NK-KSchR (Fn. 20), § 14 TzBfG, Rn. 61.

⁵⁴ Vgl. EuGH v. 26.01.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135 – Kükük.

Rahmen der Gesamtabwägung ebenso von Bedeutung sein wie branchen-spezifische Besonderheiten oder auch die Berührung grundrechtlich gewährleisteter Freiheitsphären.⁵⁵

Unter all diesen verschiedenen Kriterien entfaltet eines jedenfalls wegen seiner hohen praktischen Relevanz eine besondere Strahlkraft, nämlich das der zeitlichen Unterbrechungen zwischen den einzelnen Arbeitsverträgen einer Kettenbefristung. Die Wurzel dieser Überlegung ist abermals im europäischen Arbeitsrecht zu suchen: Im Jahre 2014 entschied der EuGH, dass das Tatbestandsmerkmal „aufeinanderfolgend“ in § 5 der Rahmenvereinbarung – unter dem Vorbehalt der Prüfung aller Umstände des Einzelfalls – nicht mehr erfüllt ist, wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen oder -verträgen mehr als 60 Tage liegen.⁵⁶ Fortan judizierte das BAG, erhebliche Unterbrechungszeiten, die eine Qualifizierung von Arbeitsverträgen als „aufeinanderfolgend“ nicht mehr gestatten, führen dazu, dass im Rahmen der Missbrauchskontrolle nur die Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Anzahl an Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen sind, die der Unterbrechung nachfolgen.⁵⁷ Davon geht das BAG allerdings nicht wie der EuGH nach 60 Tagen aus. Vielmehr – so stellte es jüngst in einer Entscheidung klar – führen erst Unterbrechungszeiten von regelmäßig zwei Jahren zu einem Ausschluss voriger Arbeitsverhältnisse aus dem Prüfungsumfang der Missbrauchs-kontrolle.⁵⁸ Vor dem Hintergrund, dass aber auch diese Zwei-Jahres-Grenze keine absolute ist und je nach Fallkonstellation heruntergeschraubt werden kann, verbleibt auch hier ein nicht

unerheblicher Spielraum, der Gefahr läuft, einen Graubereich zu provozieren.

Aus einem generalisierenden Blickwinkel betrachtet, erlaubt der Hebel der weiteren Umstände trotz aller Unschärfen, flexibel auf mitunter ungewöhnliche Einzelfall-gestaltungen zu reagieren und Fein-steuerungen vorzunehmen, die es insbesondere gestatten, situationsbezogen den Einfluss der Hauptkriterien Gesamtdauer und Anzahl zu relativieren.

C. Defizite der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Anknüpfend an die eingehende Betrachtung der Wirkungsweise der Rechtsmissbrauchskontrolle in der aktuellen Rechtsprechung des BAG und deren Entwicklung aus der Judikatur des EuGH heraus gilt es nun, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit sie Angriffsflächen bietet, die mitunter sogar Zweifel an deren Unionsrechtskonformität aufkommen lassen könnten.

I. Zweigliedrigkeit der Prüfungssystematik

Zunächst bedarf die Methodik, die das BAG der Missbrauchskontrolle zugrunde legt, einer kritischen Würdigung. Wie dargestellt, brachte die Entscheidung im Fall *Kücüik* die Neuerung hervor, dass § 242 BGB zur Feststellung eines Rechtsmissbrauchs nach der Prüfung, ob ein sachlicher Grund i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gegeben ist, in einem separaten Schritt angewandt wird. Mit dieser Vorgehensweise unterlässt es das BAG indes, die einzelnen Sachgründe zu konkretisieren und deren Rahmen präziser abzustecken.⁵⁹ Die Problematik

⁵⁵ BAG v. 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, NJW 2016, 185; v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99; dazu *Backhaus*, GK-KündigungsR, § 14 TzBfG (Fn. 4), Rn. 86 ff.; *Preis/Temming* (Fn. 5), ArbeitsR, Rn. 3284.

⁵⁶ Vgl. *EuGH* v. 03.07.2014 – C-362/13, ZESAR 2015, 236 – *Fiamingo*; zur ursprünglichen Forderung einer Dreimonatsgrenze noch *EuGH* v. 12.06.2008 – C-364/07, Slg. I 2008, 90 (Ls.) – *Vassilakis*; überblicksartig zur gesamten Entwicklung auf diesem Gebiet *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms-TzBfG*, 5. Auflage, 2015 § 14, Rn. 30.

⁵⁷ BAG v. 21.03.2017 – 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706; v. 14.01.2015 – 7 AZR 2/14, NZA 2016, 39.

⁵⁸ BAG v. 21.02.2018 – 7 AZR 765/16, BeckRS 2018, 9728, Rn. 30.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Busemann, Andreas*, Die Darlegungs- und Beweislast zur Befristungskontrolle bei Sachgrundbefristung, MDR 2015, 314 (316); *Greiner, Stefan*, Das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse im Umbruch, ZESAR 2014, 357 (357); *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms-TzBfG* (Fn. 52), § 14, Rn. 21.

der Missbrauchskontrolle hat sich gewissermaßen – behält man die Anfänge der Rechtsprechung des BAG aus den siebziger Jahren im Hinterkopf – von der Ebene der reinen Subsumtion unter den Wortlaut des § 14 Abs. 1 TzBfG losgelöst. Die fehlende Einschlägigkeit des § 242 BGB tritt vielmehr als ergänzendes „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ einer zulässigen Sachgrundbefristung hinzu. Dadurch kann es zu der Situation kommen, dass zwar die Voraussetzungen eines der Sachgründe aus § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gegeben sind, aber der Rückgriff auf diesen trotzdem als rechtsmissbräuchlich eingestuft wird. Ein solcher Zustand erscheint allerdings vor dem Hintergrund des § 5 der Rahmenvereinbarung problematisch, da dort das Einführen von sachlichen Gründen gerade als ein Weg, um Missbrauch zu vermeiden, vorgeschlagen wird, was bedeutet, dass die Annahme eines solchen Sachgrundes notwendig einen Rechtsmissbrauch ausschließt.⁶⁰ Darüber hinaus ist anzuführen, dass das derzeitige Vorgehen des BAG die Gefahr begründet, dass die in § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG genannten sachlichen Gründe den Charakter von Regelbeispielen mit bloßer Indizwirkung annehmen und somit signifikant an Aussagekraft einbüßen.⁶¹ Letztlich sorgt eben jener zweistufige Prüfungsmodus dafür, dass der Grundgedanke des Gesetzgebers bei Schaffung des § 14 Abs. 1 TzBfG verwässert wird.

II. Praktische Rechtsunsicherheit

Abgesehen davon birgt die im Detail vorhandene Konturlosigkeit der Missbrauchskontrolle einige Schwierigkeiten. Zwar gibt das Konzept

der *Rechtsmissbrauchsampel* gewisse Leitlinien vor, die das BAG mittlerweile sogar mit konkreten Zahlen versehen hat.⁶² Dies ändert jedoch nichts daran, dass stets die Möglichkeit besteht, den anzulegenden Prüfungsmaßstab im Einzelfall zu modifizieren und verschiedene Umstände frei nach richterlichem Ermessen zu gewichten. Freilich ist dies einerseits erforderlich, um überhaupt effektiv auf alle erdenklichen neuen Fallvarianten flexibel reagieren zu können. Andererseits verbleibt damit insbesondere für die betroffenen Prozessparteien eine nicht unerhebliche juristische Ungewissheit, die dazu führt, dass es oftmals nicht möglich sein wird, auch nur grob den Ausgang des Verfahrens zu prognostizieren.⁶³ Einen Schritt weiter gedacht, ergibt sich zudem das Problem, dass ein maßgeblich durch die Missbrauchskontrolle determiniertes Urteil kaum einer Revision zugänglich ist, als Rechtsfehler im Rahmen eines schon höchstrichterlich vorgegebenen, nur grob definierten Abwägungsprozesses diesseits der Evidenzschwelle kaum auszumachen sind.⁶⁴ Die Tendenz des BAG, entsprechende Klagen an die Vorinstanz zurückzuverweisen, führt überdies zu einer starken Divergenz in der Rechtsprechung selbst bei an sich vergleichbaren Sachverhalten.⁶⁵ Um diesem Phänomen entgegenzuwirken, bestünde jedenfalls dem Grunde nach die Möglichkeit, klare Grenzen zum Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs bei Kettenbefristungen festzusetzen, die auch für den durchschnittlichen Rechtsanwender subsumtionssicher wären.⁶⁶ Eine abwägungsresistente Zementierung der fallgruppenbezogenen Zahlengrenzen, die das BAG über die Jahre

⁶⁰ Vgl. *Bayreuther, Frank*, Kettenbefristung zur Vertretung von Arbeitnehmern, NZA 2013, 23 (24f.); *Greiner, Stefan*, Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung als komplementäre Schutzkonzepte mit Annäherungstendenz, ZESAR 2013, 305 (309).

⁶¹ Vgl. *Schwarze Roland*, Der Missbrauchstatbestand bei der befristungsrechtlichen Missbrauchskontrolle, RdA 2017, 302 (304).

⁶² Seit *BAG v. 26.10.2016 – 7 AZR 135/15*, NZA 2017, 382, Rn. 26; in analytischer Auseinandersetzung *Mestwerdt*, in: NK-KSchR (Fn. 20), § 14 TzBfG, Rn. 61a.

⁶³ Vgl. im Grundsatz *Bruns* (Fn. 15), NZA 2013, 769 (771); *Studt*, in: NK-GesArbR (Fn. 5), § 14 TzBfG, Rn. 9; andeutungsweise: *von Stein, Jürgen*, Missbrauchskontrolle bei befristeten Arbeitsverträgen, NJW 2015, 369 (374).

⁶⁴ Vgl. für einen äußerst kritischen Standpunkt *Bruns* (Fn. 15), NZA 2013, 769 (771).

⁶⁵ Vgl. etwa anreißend *Greiner, Stefan*, Befristungskontrolle im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen – die „Jobcenter“-Fälle, DB 2014, 1987 (1990).

⁶⁶ Vgl. *Bayreuther* (Fn. 56), NZA 2013, 23 (25); *Brose/Sagan* (Fn. 29), NZA 2012, 310.

entwickelt hat, könnte dieses Ziel wohl ohne revolutionäre Umgestaltungen bereits verwirklichen.

D. Unionsrechtskonformität der Missbrauchskontrolle

Eingedenk der vorgebrachten Schwächen, die der Rechtsprechung des BAG zur Missbrauchskontrolle befristeter Arbeitsverträge zu eigen sind, ist es notwendig, zu erörtern, ob damit überhaupt den Anforderungen des EuGH Genüge getan und den Vorgaben des europäischen Arbeitsrechts aus § 5 der Rahmenvereinbarung hinreichende Geltung verschafft wurde.

I. Verortung der Missbrauchskontrolle – eine Frage des Tatbestands?

Zuallererst ist in Erwägung zu ziehen, ob nicht gerade die Entkoppelung der Missbrauchskontrolle vom Tatbestand der Sachgründe in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG eine fehlerhafte Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben im Fall *Kücük* darstellt. Der EuGH führt wörtlich aus, dass bei der Prüfung, ob die Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen oder -verhältnissen durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, alle Umstände des Falles zu berücksichtigen sind.⁶⁷ Die im Rahmen der Missbrauchskontrolle vorzunehmende Gesamtabwägung wird in dieser Passage des Urteilstenors bei der Prüfung des sachlichen Grundes verortet – dies entspräche einer einstufigen Prüfung, die das BAG gerade nicht vornimmt. Allerdings scheint es so, als hätte das BAG dieses grundsätzliche Problem erkannt: In seinem eigenen Urteil zum Fall *Kücük* legt es seiner Missbrauchskontrolle gerade nicht die erwähnte, sondern eine andere Passage aus der Rechtsprechung des EuGH zugrunde.⁶⁸ Dort findet sich nämlich ebenfalls die Aussage, es sei notwendig, dass die zuständigen

Stellen auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes, der grundsätzlich den Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse rechtfertigt, erforderlichenfalls alle mit der Verlängerung verbundenen Umstände berücksichtigen, da sie Hinweise auf einen Missbrauch geben können.⁶⁹ Geradezu völlig diametral zu der bereits erwähnten Urteilsstelle, die sich sogar in den Leitsätzen der *Kücük*-Entscheidung findet, geht der EuGH hier von einer separaten Missbrauchskontrolle aus, die unabhängig von der Tatbestandsmäßigkeit einzelner Sachgründe stattzufinden hat. Konsequenterweise muss daher festgehalten werden, dass die Methodik des BAG mitsamt ihrer Zweistufigkeit den Anforderungen des EuGH genügt.⁷⁰ Einzelnen Aussagen innerhalb eines Urteils im Wege des Erkennens einer „Binnenhierarchie“ einen Geltungsvorrang einzuräumen, findet methodisch keinerlei Fundierung. Auch über den Hebel eines eventuellen *obiter dictum* kommt man hier nicht zu einem klaren Ergebnis. Der EuGH gestattet daher – ob gewollt oder unbeabsichtigt – zwei Wege, die Missbrauchskontrolle national zu etablieren. Das BAG hat sich begründet für einen davon entschieden. Damit besteht in puncto Zweistufigkeit zumindest kein Konflikt mit der EuGH-Judikatur.

Allerdings ist zu fragen, ob unter Umständen bereits das Sekundärrecht – losgelöst von der Argumentationslinie des EuGH im Fall *Kücük* anno 2012 – in Gestalt des § 5 der Rahmenvereinbarung eine klare Methodik vorgibt und wo ggf. deren Grenzen zu suchen sind. Obgleich vor allem aus Wertungsgesichtspunkten kein großer Zweifel daran bestehen kann, dass § 5 der Rahmenvereinbarung von der Vorstellung geprägt ist, das Vorliegen eines sachlichen

⁶⁷ *EuGH* v. 26.01.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135 (139 Rn. 56) – *Kücük*.

⁶⁸ Vgl. *BAG* v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP TzBfG § 14 Nr. 99.

⁶⁹ *EuGH* v. 26.01.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135 (138 Rn. 43) – *Kücük*.

⁷⁰ Vgl. auch *Backhaus*, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 79f.; eine Zweistufigkeit für selbstverständlich erachtend *Brose*, in: *Preis/Sagan-EurArbR*, 2. Auflage, 2019, § 8, Rn. 13.159; vgl. *Joussen Jacob*, Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Arbeitsrecht – Diskriminierungsrecht, Befristungsrecht, Urlaubsrecht, RdA 2015, 305 (315).

Grundes (Nr. 1 lit. a) schließe einen Rechtsmissbrauch aus,⁷¹ ist zu akzentuieren, dass der EuGH bereits im Jahre 2011 eine tendenzielle Offenheit des europäischen Arbeitsrechts für verschiedenste Varianten der Missbrauchsprävention festgestellt hat. Im Urteil zum Fall *Deutsche Lufthansa* heißt es unter Bekräftigung des Wortlautes der Vorschrift, dass § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge den Mitgliedsstaaten ein Ermessen einräume, ob sie zur Missbrauchsprävention auf die in Nr. 1 lit. a bis c genannten oder – nota bene – gleichwertige bestehende gesetzliche Maßnahmen zurückgreifen.⁷² Unabhängig von der Frage etwaiger Spielräume des § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung kann die Methodik des BAG zur Rechtsmissbrauchskontrolle unter Rekurs auf diese EuGH-Entscheidung nicht unionsrechtswidrig sein, da jene als eine solche gleichwertige Maßnahme anzusehen ist. Zwar ließe sich einwenden, die Rechtsprechung des BAG habe keinen Gesetzescharakter und existierte darüber hinaus zur Zeit der *Kück*-Entscheidung noch nicht.⁷³ Bei einer wertenden Betrachtung jedoch besteht nunmehr – eben seit der Rechtsprechungsnovelle im Jahre 2012 – eine richterrechtlich entwickelte Missbrauchskontrolle, die ihre Wurzel im allgemeinen Zivilrecht, nämlich § 242 BGB, findet.⁷⁴ Selbstredend ist diese fast etwas umständliche Begründung dogmatisch nicht einwandfrei. Festzuhalten bleibt jedoch, dass dem Grundgedanken des § 5 der Rahmenvereinbarung auch durch eine separate Prüfung der Miss-

bräuchlichkeit hinreichend Ausdruck verliehen wird und das Vorgehen des BAG in dieser Hinsicht zumindest nicht zu beanstanden ist.

II. Das Erfordernis absoluter Grenzen

Insbesondere vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes aus Art. 4 Abs. 3 EUV ist des Weiteren fraglich, ob es nicht absoluter Höchstgrenzen für Gesamtdauer und Anzahl an Befristungen bedarf, um Rechtsmissbrauch wirkungsvoll einzudämmen.⁷⁵ Der Vorteil eines solchen Schrittes läge auf der Hand: Für den Rechtsanwender wäre ohne Probleme ersichtlich, ab wann eine erneute Befristung dem Arbeitsrecht nicht mehr standhält, und jede Befristungskette, die sich jenseits der festgelegten Grenzwerte bewegt, würde kurzerhand abgeschnitten. Allerdings lohnt es sich, an dieser Stelle etwas genauer hinzusehen. Tatsächlich wäre diese ad hoc geschaffene Rechtssicherheit trotz aller Vorteile nur eine Seite der Medaille. Aus einem rein praktischen Blickwinkel betrachtet, wären solch feste Grenzen nämlich geradezu kontraproduktiv, da Arbeitgeber, die sich sukzessive der maximal zulässigen Gesamtdauer oder Anzahl an befristeten Arbeitsverträgen nähern, nun zu entscheiden haben, ob sie entweder den Arbeitnehmer unbefristet beschäftigen oder das Vertragsverhältnis gar nicht mehr aufrechterhalten.⁷⁶ Kommt es dem Arbeitgeber dabei – wovon in solchen Konstellationen gerade wegen des häufigen Rückgriffs auf Befristungen regelmäßig auszugehen ist – auf Flexibilität bei der Beschäftigung seiner

⁷¹ Vgl. *Bayreuther* (Fn. 56), NZA 2013, 23 (25f.); *Busemann* (Fn. 55), MDR 2015, 314 (317).

⁷² *EuGH v. 10.03.2011 – C-109/09*, AP Richtlinie 99/70/EG Nr 8 – *Deutsche Lufthansa*; später aufgreifend: *EuGH v. 13.03.2014 – C-190/13*, NZA 2014, 475 (478 Rn. 43) – *Márquez Samohano*; auch *Brose*, in: *Preis/Sagan-EurArbR* (Fn. 66), § 9, Rn. 13.133f.; *Krebber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker-EurArbR*, 3. Auflage, 2020, RL 1999/70/EG § 5, Rn. 10.

⁷³ Zur abstrakten Ausdifferenzierung der Merkmale: *Krebber*, in: *Franzen/Galler/Oetker-EurArbR* (Fn. 68), RL 1999/70/EG § 5, Rn. 10 ff.

⁷⁴ Vgl. zu diesem Gedanken: *Backhaus*, in: *GK-KündigungsR* (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 61k; vgl. zur entscheidenden Rolle des Gesamtbilds des

mitgliedstaatlichen Befristungsschutzes: *Krebber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker-EurArbR* (Fn. 68), RL 1999/70/EG § 5, Rn. 11 ff., 34 ff.

⁷⁵ Vgl. zur Idee absoluter Grenzen: *Bayreuther* (Fn. 56), NZA 2013, 23 (25); *Persch, Sven*, Bestandsaufnahme zur Vertretungsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG, BB 2013, 629 (633); *Drosdeck, Thomas/Bitsch, Christian*, Die rechtsmissbräuchliche Vertretungsbefristung, NJW 2013, 1345 (1347); vgl. zum Einfluss des Effektivitätsgrundsatzes: *Krebber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker-EurArbR* (Fn. 68), RL 1999/70/EG Art. 4, Rn. 19.

⁷⁶ Im Ansatz bereits *LAG Köln v. 05.05.2009 – 4 Sa 877/08*, BeckRS 2009, 68637, welches in diesem Zusammenhang von einem „zweischneidigen Schwert“ spricht.

Arbeitnehmer an, ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass er sich gegen eine Vertragsverlängerung auf unbefristeter Grundlage entscheiden wird. So verlockend die Effekte fester Höchstgrenzen kurz- und eventuell auch mittelfristig sein mögen, so verheerend stellen sie sich langfristig dar. Zu Ende gedacht, würde damit das Ziel des europäischen Arbeitsrechts, eine Prekarisierung der Beschäftigungslage zu verhindern,⁷⁷ gerade vereitelt. Stellt man darüber hinaus in Rechnung, dass die Vorgaben des EuGH in seiner *Kücük*-Entscheidung mit der Anweisung zur Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls selbst sehr vage und unpräzise gehalten sind, kann sich – zumindest aus Sicht des europäischen Arbeitsrechts – keine Notwendigkeit starrer Grenzen für Gesamtdauer und Anzahl an Befristungen ergeben. Vielmehr ist genau das Gegenteil der Fall: Missbrauchsprävention wird paradoxerweise durch Rechtsunsicherheit effektiver geleistet als durch fixe Kategorien von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, weil Arbeitgeber selbst bei kurzen Befristungsketten mit dem ständigen Risiko leben müssen, gegen § 242 BGB verstoßen zu haben und einen etwaigen gerichtlichen Prozess zu verlieren.⁷⁸ Diese Abschreckungswirkung ist – unabhängig von ihrer mitunter kurz- und mittelfristigen Bedeutungslosigkeit – langfristig ein ideales Mittel, die Ziele des § 5 der Rahmenvereinbarung zu verwirklichen.

III. Darlegungs- und Beweislast als Antagonisten der Gleichwertigkeit

Überdies stellt sich die Frage, ob die Regeln, die das BAG zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Verbindung mit der *Rechtsmissbrauchsampel* aufgestellt hat, den Vorgaben des europäischen Arbeitsrechts genügen. Im Kern

enthält die Rechtsprechung hier eine Regel-Ausnahme-Beziehung: Im Grundsatz – bis einschließlich Fallgruppe zwei – obliegt dem Arbeitnehmer maßgeblich das Vorbringen von Umständen, die einen Missbrauch begründen könnten, während ausnahmsweise – in Fallgruppe drei – der Arbeitgeber einen Verstoß gegen § 242 BGB entkräftende Umstände vorbringen muss, um das Damoklesschwert des Rechtsmissbrauchs abzuwenden.⁷⁹ Mit diesem Prinzip vollführt das BAG eine Gratwanderung zwischen Unionsrechts-konformität und Unionsrechtswidrigkeit. Wie dargelegt, kann die zweistufige Prüfungssystematik des BAG als gleichwertige gesetzliche Maßnahme i.S.d. § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung angesehen werden. Um den Anforderungen der Gleichwertigkeit zu genügen, müssen Darlegungs- und Beweislast allerdings so modifiziert werden, dass sie im Ergebnis der Rechtslage der regulär im europäischen Arbeitsrecht vorgesehenen Maßnahmen entsprechen. Nach allgemeinen Grundsätzen des deutschen Prozessrechts hat eine Partei all diejenigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die für sie günstig sind.⁸⁰ Bei Zugrundelegung einer einstufigen Prüfung, wie sie in § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung eigentlich enthalten ist,⁸¹ wäre die gesamte Rechtsmissbrauchskontrolle ein Teil der Sachgrundprüfung. Der Arbeitgeber, der sich auf das Vorliegen eines solchen sachlichen Grundes beruft, müsste daher auch grundsätzlich beweisen, dass er nicht missbräuchlich auf diesen zurückgegriffen hat.⁸² Im Ergebnis wäre also der Arbeitgeber darlegungs- und beweis-belastet. Gliedert man nun allerdings – wie das BAG – die Missbrauchskontrolle aus dem Tatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG aus und führt stattdessen eine darüber hinausgehende Prüfung des § 242 BGB

⁷⁷ Vgl. *EuGH* v. 04.07.2006 – C-212/04, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 1 – Adeneler; *Hantel* (Fn. 19), S. 171.

⁷⁸ Vgl. *Backhaus*, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 81f.

⁷⁹ Vgl. Ausführungen unter B.III.3; prägnant: *Mestwerdt*, in: NK-KSchR (Fn. 20), § 14 TzBfG, Rn. 64a.

⁸⁰ Vgl. *BGH* v. 15.11.1990 – I ZR 22/89, NJW 1991, 1054; *BAG* v. 12.10.1994 – 745/93, MDR 1995, 504.

⁸¹ Vgl. *Bayreuther* (Fn. 56), NZA 2013, 23 (24f.); *Busemann* (Fn. 55), MDR 2015, 314 (317); *Greiner* (Fn. 56), ZESAR 2013, 305 (309); *Meinel*, in: Meinel/Heyn/Herms-TzBfG (Fn. 52), § 14, Rn. 21.

⁸² Vgl. *Busemann* (Fn. 55), MDR 2015, 314 (314); *Meinel*, in: Meinel/Heyn/Herms-TzBfG (Fn. 52), § 14, Rn. 22.

durch, so ergibt sich im Ausgangspunkt ein anderes Bild: Der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verlangt, dass derjenige, der von dessen Rechtsfolgen profitiert, Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat, die einen solchen begründen können⁸³ – und das wäre der Arbeitnehmer. Die Ergebnisse könnten konträrer nicht sein: Entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer hat alle missbrauchsrelevanten Umstände darzulegen und zu beweisen. Ausgehend von den allgemeinen Beweisgrundsätzen mutiert die Frage nach der Prüfungssystematik also zu einer Weichenstellung der Kategorie „alles oder nichts“ – ein hochsensibles Spannungsfeld.

Diesem Konflikt versuchte das BAG mit seiner Dogmatik zur *Rechtsmissbrauchs-ampel* den Wind aus den Segeln zu nehmen, was indes nur bedingt gelungen ist. Wie die ersten beiden Fallgruppen zeigen, bei denen der Arbeitnehmer die Obliegenheit hat, auf eigene Faust missbrauchsrelevante Umstände vorzutragen, erlegt das BAG diesem im Grundsatz die Darlegungs- und Beweislast auf.⁸⁴ Damit steht es mit einem Fuß in der Unionsrechtswidrigkeit.⁸⁵ Als Ausgleichsmechanismus macht es die Rechtsprechung in der dritten Fallgruppe vom Tätigwerden des Arbeitgebers abhängig, ob ein Verstoß gegen § 242 BGB quasi in letzter Sekunde noch abgewendet werden kann.⁸⁶ Angesichts der extrem hohen Hürden, die zu nehmen sind, ehe eine Überschreitung der Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG in besonders gravierendem Ausmaß gegeben ist, erscheint es jedoch fraglich, ob damit noch von Gleichwertigkeit i.S.d. § 5 der Rahmenvereinbarung gesprochen werden kann. Die praktisch wohl häufigsten

Fälle werden sich im grünen und gelben Bereich der *Rechtsmissbrauchsampel* abspielen, bei denen eben der Arbeitnehmer für sein Schicksal selbst verantwortlich ist. Aus diesem Grund liegt es nahe, die Unionsrechtskonformität der Missbrauchs-kontrolle, soweit die Verteilung von Darlegungs- und Beweislast betroffen ist, an dieser Stelle deutlichen Zweifeln zu unterwerfen, wenn nicht gar in Abrede zu stellen.

IV. Rechtsschutzlücke im Ampelmodell?

Schließlich gilt es, sich einer letzten Problematik zuzuwenden, namentlich derjenigen, ob dem Modell der *Rechtsmissbrauchsampel* nicht eine in der Natur der Sache liegende Rechtsschutzlücke immanent ist, woraus sich ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergeben könnte. Das Konzept bestimmter Schwellenwerte, die die Kontrolldichte der Missbrauchsprüfung determinieren, besitzt gerade die Eigenheit, dass unterhalb einer gewissen Grenze gerade keine Kontrolle stattfindet. So formuliert auch das BAG, dass – sofern die Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG nicht um ein Mehrfaches überschritten sind – kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle besteht.⁸⁷ Somit kommt die Frage auf, was geschieht, wenn Gesamtdauer und Anzahl der Befristungen zwar über die Werte aus § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG hinausgehen, aber nicht dergestalt, dass von einer mehrfachen Überschreitung die Rede sein kann.⁸⁸ Dem Postulat des EuGH, bei Sachgrundbefristungen *stets* alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, um einen Rechtsmissbrauch zu verhindern,⁸⁹ wäre jedenfalls nicht entsprochen, wenn das Gericht in

⁸³ Vgl. BAG v. 04.12.2013 – 7 AZR 290/12, MDR 2014, 598 Rn. 26.

⁸⁴ Vgl. Bayreuther (Fn. 56), NZA 2013, 23 (25); Busemann (Fn. 55), MDR 2015, 314 (315).

⁸⁵ Vgl. in diese Richtungweisend Backhaus, in: GK-Kündigungsr (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 103.

⁸⁶ Vgl. BAG v. 07.10.2015 – 7 AZR 944/13, NZA 2016, 354; v. 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, NZA 2015, 928; Schmalenberg/Sasse, in: Tschöpe-ArbR-Hdb. (Fn. 22), Teil 1, E, Rn. 113a.

⁸⁷ Zum Beispiel: BAG v. 21.03.2017 – Az. 7 AZR 369/15, NZA 2017, 706 Rn. 25; v. 24.08.2016 – 7 AZR 41/15, NZA 2017, 307 Rn. 31f.; v. 10.07.2013 – 7 AZR 833/11, NZA 2013, 1292; nähere Ausführungen unter B.III.2.

⁸⁸ Zur Unvollständigkeit des Ampelmodells auch Greiner (Fn. 56), ZESAR 2013, 305 (308).

⁸⁹ EuGH v. 26.01.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135 – Kücük.

einem solchen Fall einen Verstoß gegen § 242 BGB nicht einmal erwägt. Aus dem Blickwinkel des Effektivitätsgrundsatzes dürfen nationale Allüren im Umgang mit rechtlichen Problemen die „Durchschlagskraft“ des vorrangig anzuwendenden Unionsrechts nicht vereiteln,⁹⁰ was bei einer völligen Ausblendung der Möglichkeit eines Missbrauchs unterhalb der Schwelle der vom BAG entwickelten zweiten Fallgruppe der *Rechtsmissbrauchsampel* der Fall wäre. Denn es sind durchaus Situationen denkbar, die – etwa infolge treuwidrigen Verhaltens des Arbeitgebers in der Vergangenheit – die Einschlägigkeit von § 242 BGB begründen können, auch wenn die Befristungskette noch keine unverhältnismäßigen Ausmaße angenommen hat. Obwohl die Rechtsprechung hier abermals zur Unionsrechtswidrigkeit tendiert, verbleibt doch zu sagen, dass die Formulierung „kein gesteigerter Anlass“ nicht eindeutig genug ist, um festzustellen, das BAG schreibe zwingend die Ausklammerung besagter Fallgruppen vor.⁹¹ Was allerdings als logische Konsequenz gefolgert werden muss, ist, dass aus Sicht des Gerichts auch in diesem Grenzbereich die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer liegt.⁹² Unter Berücksichtigung der vorigen Ausführungen zur Beweislastverteilung ergibt sich damit ein extrem weiter Bereich, in dem der Arbeitnehmer gehalten ist, missbrauchsrelevante Umstände vorzutragen, um sich gegen eine Befristung zur Wehr zu setzen. Durch die Lückenhaftigkeit des Ampelmodells ist die Grenze zur Unionsrechtswidrigkeit damit zumindest teilweise überschritten.

V. Resümee

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Rechtsmissbrauchskontrolle den An-

forderungen des Unionsrechts weitestgehend genügt. Die grundlegende Prüfungssystematik des BAG lässt sich vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH und § 5 der Rahmenvereinbarung absegnen. Indes bildet die Verteilung von Darlegungs- und Beweislast die größte Schwachstelle: Sollte die schwerpunktmäßige Beweisbelastung des Arbeitnehmers auch in Zukunft in weiten Bereichen die Regel bleiben, entzieht das unionsrechtliche Effektivitätsgebot der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsmissbrauchskontrolle womöglich schneller die Substanz, als man auf den ersten Blick denken könnte. Dieser Entwicklung sollte mit einem wachsamem wie kritischen Blick begegnet werden.

E. Missbrauchskontrolle – Quo vadis?

Welche Evolutionsschritte die Missbrauchskontrolle in Zukunft prägen werden, lässt sich nur schwer zufriedenstellend beantworten. Die aktuelle Tendenz des BAG geht sicher dahin, die seit der *Kücük*-Entscheidung des EuGH entwickelten Grundsätze in kasuistischer Manier weiter zu konkretisieren.⁹³ Um einer erneuten Intervention des EuGH wie im Jahre 2012 zu entgehen, erscheint es allerdings unausweichlich, den Grundgedanken des Arbeitnehmerschutzes vor allem beim Thema der Beweislast wieder mehr ins Zentrum zu rücken und den teils nicht völlig unbegründeten Eindruck der willkürlichen Handhabung gerichtlicher Prüfungsinstrumente aus der Rechtsprechung zu verdrängen.⁹⁴ Indes erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der gesamte Komplex der Kontrolle von Kettenbefristungen in einem neuen Licht erstrahlen wird, sofern sich die Pläne der Bundesregierung realisieren. Diese sehen es nämlich vor, weitere Sachgrundbe-

⁹⁰ Vgl. etwa *EuGH v. 15.09.1998 – C-231/96*, NJW 1999, 129 – Edis.

⁹¹ Vgl. *Bayreuther* (Fn. 56), NZA 2013, 23 (25); *Busemann* (Fn. 55), MDR 2015, 314 (316).

⁹² Vgl. *Busemann* (Fn. 55), MDR 2015, 314 (316).

⁹³ Beispielsweise die Erarbeitung klarer missbrauchsrelevanter Unterbrechungszeiten in *BAG v. 21.02.2018 – 7*

AZR 765/16, BeckRS 2018, 9728 oder die zahlenmäßige Konturierung der Fallgruppen im Ampelmodell in *BAG v. 26.10.2016 – Az. 7 AZR 135/15*, NZA 2017, 382.

⁹⁴ Vgl. für einen Überblick über verschiedene, teils stark abweichende Ergebnisse aus der Rechtsprechung des BAG vor allem *Backhaus*, in: GK-KündigungsR (Fn. 4), § 14 TzBfG, Rn. 86 ff.

fristungen ab einer Beschäftigungsdauer von fünf Jahren im Grundsatz für unzulässig zu erklären und dem Arbeitgeber diese Option erst wieder nach einer Karenzzeit von drei Jahren zu gewähren.⁹⁵ Freilich kann eine dahingehende Gesetzesnovelle nicht als Universallösung für alle dogmatischen Probleme des Befristungsrechts gesehen werden, zumal der Wortlaut bereits die Einführung bestimmter Ausnahmen impliziert. Dennoch würde trotz aller Unwägbarkeiten einer neuen Rechtslage vor allem eines erreicht: Rechtssicherheit durch subsumtionssichere Vorgaben für die arbeitsrechtliche Praxis, die Arbeitnehmern wie Arbeitgebern mehr Stabilität zu bieten imstande sind, als es eine richterrechtlich entwickelte Missbrauchskontrolle je könnte. Sehen wir, was die Zukunft bringt.

⁹⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (19. Legislaturperiode), S. 52; analytische Betrachtung bei *Hohendanner Christian*, Reform der befristeten Beschäftigung im Koalitionsvertrag – Reichweite, Risiken und

Alternativen, IAB-Kurzbericht 16/2018, S. 9f.; aufgreifend: *Müller-Glöge* (Fn. 3), in: EK-ArbeitsR, § 14 TzBfG, Rn. 3.