



Landesarbeitsgericht Bremen

2 Sa 40/17

1 Ca 1220/16

Verkündet am 14.12.2017

gez.
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Proz.-Bev.:

gegen

Beklagte und Berufungsklägerin,

Proz.-Bev.:

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2017

durch
den Richter am Arbeitsgericht,
den ehrenamtlichen Richter,
den ehrenamtlichen Richter

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven vom 09.02.2017 – 1 Ca 1220/16 – abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Die Revision wird zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Klägerin

Revision

eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb **einer Notfrist von einem Monat** schriftlich beim Bundesarbeitsgericht eingelegt werden. Sie ist gleichzeitig oder innerhalb **einer Frist von zwei Monaten** schriftlich zu begründen.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils,
spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgeberverbänden sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder als Bevollmächtigte vertretungsbefugt. Als Bevollmächtigte zugelassen sind auch juristische Personen, die die Voraussetzungen gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 5 ArbGG erfüllen. Die handelnden Personen müssen die Befähigung zum Richteramt haben.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Bundesarbeitsgericht,
99113 Erfurt

Per Telefax ist das Bundesarbeitsgericht unter der

Telefax-Nr. (0361) 26 36 - 20 00

zu erreichen.

Wegen der Revisionseinlegung mit elektronischem Dokument wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 9. März 2006 (Bundesgesetzblatt I 2006, Nr. 12, Seite 519 ff.) verwiesen.

Für die Beklagte ist gegen die Entscheidung kein Rechtsmittel gegeben.

Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung - für jeden weiteren Beteiligten eine Ausfertigung mehr - bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Befristung sowie um einen damit verbundenen Weiterbeschäftigungsanspruch.

Die Klägerin ist seit dem 10. März 2014 als Sortiererin bei der Beklagten zu einem monatlichen Bruttoentgelt von ca. 750,00 € brutto bei Eingruppierung in die Entgeltgruppe 2 des Entgelttarifvertrages für Arbeitnehmer der D. AG (ETV-DPAG) beschäftigt. Die Klägerin wird dabei regelmäßig an einer automatischen Sortiermaschine für Briefe eingesetzt. Die Beschäftigung erfolgte zunächst auf der Grundlage von vier sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen. Der letzte Arbeitsvertrag datiert auf den 15. Dezember 2015 und bezieht sich auf den Zeitraum vom 01. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2016. In diesem Arbeitsvertrag wurde einerseits eine Zweckbefristung wegen „Vertretung wegen vorübergehender Abwesenheit des Mitarbeiters E. , längstens bis 31.12.2016“ angeführt und andererseits noch einmal gesondert ausdrücklich das Beendigungsdatum mit längstens 31.12.2016 vermerkt (Bl. 5 d.A.). Herr E. wurde von der Beklagten ursprünglich in Vollzeit als Briefzusteller und später als Sortierer mit der Sortierung von Maxi-Briefen und Päckchen per Hand bei einer Eingruppierung in die Entgeltgruppe 2 ETV-DPAG beschäftigt. Mit Änderungsvertrag vom 16. November 2015 (Blatt 24 d. A.) reduzierten Herr E. und die Beklagte die zwischen ihnen vereinbarte regelmäßige durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit befristet für das Kalenderjahr 2016 auf 15 Stunden je Woche. Herr E. war spätestens am 15. Dezember 2015 und sodann durchgängig mindestens bis zum 31. Dezember 2016 arbeitsunfähig erkrankt. Für die von der E. zuletzt ausgeübte Tätigkeit des Sortierens von Hand ist eine Einarbeitungszeit von weniger als einem Arbeitstag vorgesehen. Für die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit an der Sortiermaschine ist eine Einarbeitungszeit von ca. ein bis zwei Wochen, in Ausnahmefällen etwas länger vorgesehen. Herr E. ist bisher nicht an der Sortiermaschine eingesetzt worden.

Bei der Beklagten besteht für das Briefzentrum Bremen (Abteilung 31), in welchem Herr E. und die Klägerin beschäftigt werden, eine Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen vom 01. September 1997 welche unter anderem regelt, dass nach verschiedenen Dienstplanmodellen gearbeitet wird, die Beschäftigten einem Dienstplan bzw. einer Dienstplangruppe namentlich zugeordnet werden und nach einer Dienstabwesenheit (zum Beispiel aufgrund einer Erkrankung) in dem für sie festgelegten Dienstplan verbleiben bzw. in ihren Dienstplan zurückkehren. § 4 Ziffer 2 der Betriebsvereinbarung regelt zudem folgendes:

„Dienstplanänderungen und der Wechsel in andere Dienstpläne, die kein Tausch nach Abs. 1 sind, unterliegen der Zustimmung des Betriebsrates.“

Wegen der weiteren Einzelheiten der Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen wird auf die Blätter 119 - 121 der Akte verwiesen. Herr E. arbeitete seit dem Beginn seiner Tätigkeit als Sortierer durchgängig in der Spätschicht. Die Klägerin war dagegen einer anderen Dienstplangruppe zugeordnet und erbrachte ihre Arbeitsleistung durchgängig in der Nachtschicht. Die Anlage 1 „Entgeltgruppenverzeichnis“ zu dem ETV-DPAG bestimmt hinsichtlich der Entgeltgruppe 2 folgendes:

„Tätigkeiten, die aufgabenbezogene Grundkenntnisse erfordern, die in einer kurzen Anlernzeit durch Einarbeitung erworben werden können.“

Richtbeispiele:[...] Sortierer/Codierer [...]“

In die Entgeltgruppe 1 sind Tätigkeiten eingruppiert, die ohne Vorkenntnisse nach Anweisung ausgeführt werden können. In den Richterbeispielen zu der Entgeltgruppe 1 ist der Sortierer nicht aufgeführt. In die Entgeltgruppe 3 sind Tätigkeiten eingruppiert, die Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern, die in der Regel durch eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung erworben werden.

Mit ihrer am 19. August 2016 beim Gericht eingereichten Klage hat die Klägerin die Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung vom 15. Dezember 2015 begehrt und einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht.

Die Klägerin hat vorgetragen, dass sie nicht als Vertreterin für Herr E. eingesetzt worden sei. Es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen den beiden Aufgaben. Ein Fall der Direktvertretung sei nicht gegeben. Auch eine mittelbare Vertretung sei nicht gegeben. Eine Vertretungskette habe die Beklagte nicht dargelegt. Der Klägerin seien Aufgaben zugewiesen worden, die der Vertretene gar nicht hätte ausführen können. Eine Versetzung des Mitarbeiters E. in die Nachtschicht sei der Beklagten nicht möglich. Gemäß der Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen würden jedem Dienstplan fest Regelbeschäftigte zugeordnet. Dienstplan bedeute insoweit die Einteilung in die Abteilungen sowie in die übliche Schicht. Wenn Mitarbeiter nicht freiwillig zu einem Wechsel der Schicht bereit seien, stimme der Betriebsrat nicht zu. Eine einseitige Versetzung per Direktionsrecht sei damit nicht möglich.

Die Klägerin hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 15.12.2015 vereinbarten Befristung am 31.12.2016 beendet werden wird.
2. Im Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. wird die Beklagte verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Verteilkraft weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe für die Personalplanung festgestanden, dass nur ein vorübergehender Vertretungsbedarf gegeben sei und die Klägerin hierfür benötigt werde. Die Klägerin habe ab dem 01. Januar 2016 zur Krankenvertretung für Herr E. eingesetzt werden sollen. Mit einer kurzfristigen Gesundung von Herr E. sei nicht zu rechnen gewesen. Die Beklagte halte grundsätzlich eine Personalreserve bereit, die vorliegend jedoch nicht ausgereicht habe. Sie habe, mangels abweichender Anhaltspunkte, davon ausgehen dürfen, dass Herr E. wieder kommen werde. Der Bedarf habe deshalb nur vorübergehend bestanden. Die Vertretung sei „direkt“ im Sinne gleicher Tätigkeit und mit gleicher Wochenarbeitszeit erfolgt. Die Kausalität sei damit unproblematisch. Zudem wäre die Beklagte rechtlich und tatsächlich in der Lage, Herr E. ebenfalls eine Tätigkeit in der Nachtschicht zuzuweisen. An dieser Kompetenz könne hier angesichts der vorgelegten Arbeitsverträge mit identischer Arbeitszeit und Entgeltgruppe ohne Beschränkung der geschuldeten Tätigkeiten kein Zweifel bestehen. Dem stehe nicht entgegen, dass der Betriebsrat einem Wechsel der Dienstplangruppe zustimmen müsse. Entscheidend sei lediglich die individualrechtliche Versetzbarkeit. Ohnehin sei nicht ersichtlich, dass der Betriebsrat sich einem Schichtwechsel verweigern würde. Der Betriebsrat votiere regelmäßig nicht gegen einen Schichtwechsel, wenn der Beschäftigte nicht gegen den Wechsel sei. Vorliegend bestünden keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass Herr E. sich einem Schichtwechsel verweigern würde. Damit läge aufgrund der Erwähnung der Vertretung von Herr E. im Arbeitsvertrag der Klägerin jedenfalls ein Fall der Vertretung im Wege der gedanklichen Zuordnung vor.

Das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven hat durch Urteil vom 09. Februar 2017 - 1 Ca 1220/16 - festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis

nicht aufgrund der Befristung vom 15. Dezember 2015 beendet worden ist und die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Klägerin verurteilt. Es läge weder ein Fall der unmittelbaren noch der mittelbaren Vertretung vor und auf eine Vertretung im Sinne einer gedanklichen Zuordnung könne sich die Beklagte nicht berufen, da es ihr aufgrund der Notwendigkeit einer Zustimmung des Betriebsrates zu einem Dienstplanwechsel an der rechtlichen Möglichkeit zur einseitigen Versetzbarkeit des vertretenen Herr E. auf den Arbeitsplatz (Nachtschicht) der Klägerin gefehlt habe. Zudem bestünden erhebliche Zweifel daran, dass es für eine Arbeitgeberin mit mehreren 100 Mitarbeiter/innen zulässig sein könne, sich zum Nachweis der Kausalität zwischen Ausfall des Vertretenen und Einsatz des Vertreters ausschließlich auf eine gedankliche Zuordnung in Form einer Dokumentation in einem Arbeitsvertrag zu berufen, ohne zumindest grob die Verschiebungen der Aufgaben des Vertretenen darzulegen.

Gegen dieses Urteil, dass der Beklagten am 09. März 2017 zugestellt wurde (Bl. 58 d. A.), hat sie mit Schriftsatz vom 24. März 2017, beim Landesarbeitsgericht am selben Tage eingegangen (Bl. 61 d. A.), Berufung eingelegt und diese, nachdem die Berufungsbegründungsfrist durch Beschluss des Landesarbeitsgerichts vom 05. Mai 2017 (Bl. 73 d. A.) bis zum 09. Juni 2017 verlängert worden war, mit Schriftsatz vom 02. Juni 2016, der am selben Tage beim Landesarbeitsgericht einging (Bl. 75 d. A.), begründet.

Die Beklagte hält das arbeitsgerichtliche Urteil für fehlerhaft. Es habe zumindest eine zulässige auf einer gedanklichen Zuordnung beruhende Vertretung vorgelegen. Das Zustimmungserfordernis in § 4 der Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen stehe dem nicht entgegen. Es sei schon kein qualitativer Unterschied zur Gesetzeslage zu erkennen. Auch nach dem Gesetz sei eine Versetzung ohne Zustimmung des Betriebsrates bzw. ohne Zustimmungsersetzung durch das Arbeitsgericht nicht einseitig durch den Arbeitgeber umsetzbar. Dennoch habe die bisherige Rechtsprechung stets ausschließlich auf die individualvertragliche Versetzungsmöglichkeit abgestellt. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei durch die gedankliche Zuordnung das ausgefallene Arbeitsvolumen zudem klar der Vertretungskraft zugeordnet, wodurch Doppelnutzung und Missbrauch ausgeschlossen seien. Daher sei eine Darlegung der Verschiebung der Aufgabenverteilung nicht erforderlich, insbesondere könne die Beklagte als größeres Unternehmen mit mehreren 100 Mitarbeiter/innen nicht gegenüber kleineren Unternehmen ungleich behandelt werden. Fachlich sei Herr E. ebenfalls auf den Arbeitsplatz der Klägerin versetzbar gewesen, da er innerhalb von ein bis ca. zwei Wochen an der Sortiermaschine hätte eingearbeitet werden können.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven, Az. 1 Ca 1220/16 vom 09.02.2017 wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Herr E. sei weder fachlich noch rechtlich auf den Arbeitsplatz der Klägerin versetzbar. Herr E. habe bisher weder an der von der Klägerin bedienten Sortiermaschine noch in der Nachtschicht gearbeitet. An der Sortiermaschine müsse er erst eingearbeitet werden und der Versetzung in die Nachtschicht stehe das Zustimmungserfordernis des Betriebsrates entgegen. Die Klägerin sei mithin nicht als Vertreterin für Herr E. eingesetzt worden.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien, ihrer Beweisantritte und der von ihnen überreichten Unterlagen sowie wegen ihrer Rechtsausführungen im Übrigen wird ergänzend auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Berufung ist zulässig und begründet.

A.

Die Berufung ist gem. § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthaft. Sie ist im Sinne der §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und damit zulässig.

B.

Die Berufung des Beklagten ist begründet. Die Klage ist unbegründet.

I.

Der Antrag der Klägerin, festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Befristung vom 15. Dezember 2015 nicht beendet wird, ist als Befristungskontrollantrag nach § 17 Satz 1 TzBfG zulässig. Er ist hinreichend bestimmt nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die angegriffene Befristung ist konkret bezeichnet. Eines

besonderen Feststellungsinteresses für den Befristungskontrollantrag bedarf es nicht. Dieses ergibt sich aus der Regelung in § 17 Satz 1 TzBfG, wonach die Unwirksamkeit der Befristung innerhalb einer dreiwöchigen Klagefrist durch Erhebung einer Feststellungsklage geltend zu machen ist.

II.

Die Befristungskontrollklage ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat aufgrund der im Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 2015 vereinbarten Befristung am 31. Dezember 2016 geendet.

1.

Die Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2016 erweist sich nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. Die Klägerin hat mit der beim Arbeitsgericht am 19. August 2016 eingegangenen und der Beklagten am 09. September 2016 zugestellten Klage die Rechtsunwirksamkeit der Befristung innerhalb der Frist des § 17 Satz 1 TzBfG geltend gemacht.

2.

Die im Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 2015 vereinbarte Befristung ist wirksam, da sie durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt und die Beklagte nicht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs gehindert ist, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu berufen.

a.

Die Befristung ist durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt.

aa.

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Grund für die Befristung liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Damit besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis. Teil des Sachgrunds ist eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs nach Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Entsteht der Vertretungsbedarf für den Arbeitgeber „fremdbestimmt“, weil

der Ausfall der Stammkraft – z.B. durch Krankheit, Urlaub oder Freistellung - nicht in erster Linie auf seiner Entscheidung beruht, kann der Arbeitgeber regelmäßig damit rechnen, dass der Vertretene seine arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen wird. Die Stammkraft hat einen arbeitsvertraglichen Anspruch darauf, nach Wegfall des Verhinderungsgrunds die vertraglich vereinbarte Tätigkeit wieder aufzunehmen. Der Arbeitgeber muss daher davon ausgehen, dass der Vertretene diesen Anspruch nach Beendigung der Krankheit, Beurlaubung oder Freistellung geltend machen wird. In diesen Fällen sind besondere Ausführungen dazu, dass mit der Rückkehr des Vertretenen zu rechnen ist, regelmäßig nicht veranlasst.

Der Sachgrund der Vertretung setzt des Weiteren einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft voraus. Es muss sichergestellt sein, dass die Vertretungskraft gerade wegen des durch den zeitweiligen Ausfall des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs eingestellt worden ist. Es ist deshalb aufgrund der Umstände bei Vertragsschluss zu beurteilen, ob der Bedarf für die Beschäftigung des Vertreters auf die Abwesenheit des zeitweilig ausgefallenen Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Die Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs durch den Arbeitgeber richten sich dabei nach der Form der Vertretung (*vgl. nur BAG 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 17; 6. November 2013 - 7 AZR 96/12 - Rn. 21; 10. Oktober 2012 - 7 AZR 462/11 - Rn. 16; 6. Oktober 2010 - 7 AZR 397/09 - Rn. 20 mwN*). Der Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt (unmittelbare Vertretung). Der Kausalzusammenhang kann auch gegeben sein, wenn der Vertreter nicht unmittelbar die Aufgaben des vertretenen Mitarbeiters übernimmt. Die befristete Beschäftigung zur Vertretung lässt die Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers unberührt. Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters nicht von dem Vertreter, sondern von einem anderen Arbeitnehmer oder von mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (mittelbare Vertretung) und deren Tätigkeit dem Vertreter übertragen, hat der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen.

Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter nie ausgeübt hat, besteht der erforderliche Kausalzusammenhang nicht nur, wenn eine mittelbare Vertretung erfolgt, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer im Falle seiner Anwesenheit die dem Vertreter zugewiesenen Aufgaben zu

übertragen. In diesem Fall ist zur Gewährleistung des Kausalzusammenhangs zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft erforderlich, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten nach außen erkennbar gedanklich zuordnet. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag geschehen. Nur dann ist gewährleistet, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers beruht (*BAG vom 15. Februar 2006 - 7 AZR 232/05- BAG vom 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 20 mwN, BAG vom 24. August 2016 – 7 ZR 41/15 – Rn. 21 mwN sowie BAG vom 12. April 2017 – 7 AZR 436/15 -*).

Bei einer auf gedanklicher Zuordnung beruhenden Vertretung spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber Aufgaben umverteilt, entsprechende Darlegungen der Arbeitgeberin zu einer tatsächlichen Verschiebung der Arbeitsaufgaben des Vertretenen sind daher, entgegen der Hilferwägung der Vorinstanz, nicht erforderlich. Diese Frage war in Literatur und in der Rechtsprechung zunächst umstritten. In der Literatur wurde als Kritik zu der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vertreten, dass Arbeitgeber bei Vertretungen im Wege der gedanklichen Zuordnung zumindest darlegen müssten, wer die am Stammarbeitsplatz des Vertretenen anfallenden Aufgaben in dessen Abwesenheit erledige und welche konkreten betrieblichen bzw. unternehmerischen Tatsachen ihn dazu bewegen haben, einen Mitarbeiter trotz seiner Abwesenheit gerade dem Arbeitsplatz des Vertreters virtuell zuzuordnen (*Eisemann, „Befristung und virtuelle Dauervertretung“ in NZA 2009, 1113, 1116*). Dieser Auffassung haben sich verschiedene Landesarbeitsgerichte jedenfalls zum Teil angeschlossen (*vgl. nur LAG Düsseldorf vom 03. Dezember 2012 - 9 Sa 719/12 - sowie LAG Sachsen Anhalt vom 07. August 2014 – 3 Sa 277/13 -*). Diese Kritik hat das Bundesarbeitsgericht jedoch nicht bewegt, seine bisherige Rechtsprechung zu ändern. Vielmehr hat das Bundesarbeitsgericht in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2015 und 2016 ausdrücklich bekräftigt, dass es bei einer auf gedanklicher Zuordnung beruhenden Vertretung keine Rolle spiele, ob der Arbeitgeber Aufgaben umverteile. Maßgeblich sei allein, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Vertreter eine nach außen erkennbare Zuordnung der Stammkraft zu dem Aufgabenbereich des Vertreters vornehme und rechtlich und tatsächlich in der Lage sei, auch den Vertretenen dort einzusetzen. Allein diese Festlegung führe dazu, dass der Arbeitgeber den Ausfall der Stammkraft nicht mehr zur Begründung einer weiteren Vertretung heranziehen könne (*(BAG 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 25 sowie BAG vom 24. August 2016 – 7 ZR 41/15 – Rn. 22*). Der Arbeitgeber sei damit bei der Vertretung im Wege der gedanklichen Zuordnung nicht gehindert, der Vertretungskraft einen anderen Arbeitsplatz und andere als von der

abwesenden Stammkraft verrichtete Arbeitsaufgaben zuzuweisen. Darauf, ob und ggf. wie die bisherigen Aufgaben der vorübergehend abwesenden Stammkraft wahrgenommen werden, komme es nicht an. Denn die befristete Beschäftigung eines Vertreters lasse das Direktionsrecht des Arbeitgebers und die Befugnisse des Arbeitgebers seinen Betrieb anders zu organisieren unberührt. Ein Missbrauch des Sachgrundes der Vertretung sei dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber sich durch die gedankliche Zuordnung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festlegen müsse und damit den Ausfall der Stammkraft nicht mehr zur Begründung einer unmittelbaren oder mittelbaren Vertretung durch einen anderen Arbeitnehmer heranziehen könne (*vgl. zuletzt: BAG 11. Februar 2015 - 7 AZR 113/13 - Rn. 20 mwN, BAG 24. August 2016 - 7 ZR 41/15 - Rn. 21 mwN sowie BAG vom 12. April 2017 - 7 AZR 436/15 - sowie LAG Schleswig-Holstein vom 22.08.2013 - 5 Sa 95/13 - Rn. 33ff.*). Die Berufungskammer schließt sich dieser aktuellen und zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an.

Im Falle einer Vertretung im Wege der gedanklichen Zuordnung ist auch bei größeren Betrieben/Unternehmen zudem nach der ebenfalls aktuellen und zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes nicht zu überprüfen, ob bezogen auf die Abwesenheitsquote der Stammkräfte, ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, den der Arbeitgeber ebenso durch eine Personalreserve aus unbefristet eingestellten Arbeitnehmern abdecken könnte. Es ist vielmehr nur zu überprüfen, ob ein durch die Abwesenheit einer bestimmten Stammkraft entstehender vorübergehender Beschäftigungsbedarf besteht. Denn, ob eine ausreichende Personalreserve vorgehalten wird oder ob die jeweils im Einzelfall entstehenden Vertretungsbedarfe ganz oder zum Teil durch die befristete Einstellung von Arbeitnehmern nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG abgedeckt werden, ist die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers; keine der beiden Alternativen ist gesetzlich verboten. Damit kann sich ein befristet zur Vertretung eingestellter Arbeitnehmer nicht mit Erfolg darauf berufen, dass auch nach dem Ende seines befristeten Vertrages vermutlich erneut ein Vertretungsbedarf entstehen werde, den er abdecken könnte und damit an sich ein dauerhafter betrieblicher Bedarf für seine Beschäftigung bestünde. (*vgl. BAG vom 24. August 2016 a.a.O. Rn. 26*). Diese Sichtweise verstößt nicht gegen europäisches Recht. Auch nach unionsrechtlichen Vorgaben ist es nicht erforderlich, im Einzelfall zu überprüfen, ob der Arbeitgeber seinen Arbeitskräftebedarf alternativ auch mit einer Personalreserve aus unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern abdecken könnte. Auf den Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichtes (*BAG vom 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) -*), hat der Europäische Gerichtshof unter anderem folgendes ausgeführt:

„Aus dem bloßen Umstand, dass ein Bedarf an Vertretungskräften durch den Abschluss unbefristeter Verträge gedeckt werden könnte, folgt nicht, dass ein Arbeitgeber, der beschließt, auf befristete Verträge zurückzugreifen, um auf einen vorübergehenden Mangel an Arbeitskräften, mag dieser auch wiederholt oder sogar dauerhaft auftreten, zu reagieren, missbräuchlich handelt und gegen § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge und die nationale Regelung zu ihrer Umsetzung verstößt“ (EuGH vom 26.01.2012 – C 586/10 – Küçük).

Ein Verstoß der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, welcher die Berufungskammer folgt, gegen europäisches Recht ist damit nicht festzustellen.

Auch der verschiedentlich geäußerten Kritik, dass das Anerkennen dieser Art der Zuordnungsvertretung, gerade für größere Unternehmen faktische grenzenlose Befristungsmöglichkeit im Wege der virtuellen Dauerververtretung ermögliche (so *unter anderem Eisemann „Befristung und virtuelle Dauerververtretung“ a.a.O.*) kann nicht gefolgt werden. Denn das Volumen der möglichen befristeten Beschäftigungsverhältnisse ist insbesondere durch das Erfordernis, der nach außen erkennbar vorzunehmenden Zuordnung streng auf das Volumen der durch Abwesenheit vorübergehend ausfallenden Stammarbeitskräfte begrenzt und eröffnet damit gerade keine grenzenlosen Befristungsmöglichkeiten. Zur Vermeidung des missbräuchlichen Einsatzes des Instrumentes der Zuordnungsvertretung, ist es nicht erforderlich, diese für generell unzulässig zu erklären. Vielmehr ist es ausreichend aber auch erforderlich, im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob ein institutioneller Rechtsmissbrauch im Sinne von § 242 BGB vorliegt. Hierfür kann bei der Vertretung von langfristig erkrankten Stammarbeitskräften insbesondere die Einstellung von Vertretungskräften für auffällig kurze Zeiträume als gewichtiges Indiz zu werten sein.

bb.

Unter Zugrundelegung der vorgenannten Grundsätze ist die im Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 2015 vereinbarte Befristung durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt.

Die Klägerin wurde ausweislich des befristeten Arbeitsvertrages vom 15. Dezember 2015 ausdrücklich zur Vertretung des vorübergehend abwesenden Mitarbeiters E. eingestellt. Wobei zum einen eine Zweckbefristung und zum anderen eine auf den 31. Dezember 2016 bezogene Zeitbefristung vereinbart wurde. Die Kombination der beiden Befristungsarten ist zulässig und führt nicht zu einer Unbestimmtheit bzw. fehlenden Transparenz der vertraglichen Vereinbarung (vgl. *nur BAG vom 16. Juli 2008- 7 AZR*

322/07 - Rn. 22). Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und mindestens bis zum 31. Dezember 2016 war Herr E. unstreitig arbeitsunfähig erkrankt. Mangels abweichender Anhaltspunkte durfte die Beklagte zu diesem Zeitpunkt davon ausgehen, dass Herr E. s Arbeitsunfähigkeit irgendwann enden und er seine Arbeit wieder aufnehmen werde. Die Klägerin hat zwar in der mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer am 14. Dezember 2017 erwähnt, dass Herr E. nun wohl in den „Vorruhestand“ gehen werde ohne zuvor seine Arbeit wieder aufgenommen zu haben. Anhaltspunkte dafür, dass dies bereits am 15. Dezember 2015 absehbar und der Beklagten bekannt gewesen sein könnte, sind jedoch nicht ersichtlich und durch die Klägerin auch nicht vorgetragen worden. Damit bestand der erforderliche Vertretungsbedarf. Unerheblich ist dabei der Einwand der Klägerin, dass die passgenaue befristete Arbeitszeitreduzierung des Herr E. auf 15 Stunden je Woche gerade für den Zeitraum des befristeten Arbeitsvertrages der Klägerin merkwürdig erscheine und unwirksam sein könne. Denn eine Unwirksamkeit der befristeten Arbeitszeitreduzierung, würde nicht zur Unwirksamkeit der vorliegend streitgegenständlichen Befristung führen. Auch wenn Herr E. vertraglich weiterhin zur Arbeitsleistung in Vollzeit verpflichtet wäre, stünde es der Beklagten frei, das durch die Abwesenheit von Herr E. frei werdende Arbeitsvolumen nur teilweise, aufgeteilt auf verschiedene Vertreter oder gar nicht vertreten zu lassen. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Befristung ist nur, ob der zeitliche Umfang der Arbeitszeit der vertretenen Stammkraft mindestens derjenigen der befristet eingestellten Vertretungskraft entspricht (*ErfK/Müller-Glöge 18. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 37d m.w.N.*). Daher ist es ebenfalls unerheblich, ob die Beklagte am 15. Dezember 2015 bereits abzusehen konnte, dass Herr E. erst nach dem 31. Dezember 2016 wieder seine Arbeit aufnehmen werde. Denn Arbeitgeber sind nicht nur frei darin, ob sie das durch die Abwesenheit einer Stammkraft freiwerdende Arbeitszeitvolumen vollständig, nur teilweise oder gar nicht vertreten lassen, sie sind ebenso frei darin, den Zeitraum der Abwesenheit einer Stammkraft nur zeitweise vertreten zu lassen.

Der für die Wirksamkeit der vorliegenden Befristung erforderliche Kausalzusammenhang ist ebenfalls gegeben. Angesichts der inhaltlich unterschiedlichen Tätigkeit und des Einsatzes in einer anderen Dienstplangruppe liegt zwar kein Fall der unmittelbaren Vertretung vor, die Beklagte hat die durch die Klägerin als Vertretungskraft tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben gedanklich jedoch dem wegen Krankheit abwesenden Herr E. zugeordnet und dies durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag der Klägerin ausdrücklich deutlich gemacht. Dies genügt zur Feststellung eines ursächlichen Zusammenhangs, da die Beklagte rechtlich und tatsächlich in der Lage gewesen wäre, auch Herr E. die der Klägerin zugewiesene Tätigkeit an der Sortiermaschine in der

Dienstplangruppe 311.48 in der Nachtschicht im Rahmen des ihr zustehenden Direktionsrechts einseitig zuzuweisen.

Hiergegen kann die Klägerin nicht mit Erfolg einwenden, dass Herr E. bisher lediglich größere Briefsendungen und Päckchen per Hand sortiert habe und für die Tätigkeit an der Sortiermaschine eine Einarbeitungszeit von ca. ein bis zwei Wochen und bei fehlendem Geschick des Anzulernenden eventuell etwas länger notwendig sei. Denn entscheidend für die fachliche Versetzbarkeit ist, dass die Stammkraft aufgrund ihrer beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse in der Lage ist, den fachlichen Anforderungen an die Tätigkeit des Vertreters zu genügen und dass es sich um fachlich gleichwertige Tätigkeiten handelt, die insbesondere der gleichen Wertigkeit, bei Bestehen eines Eingruppierungssystem, der gleichen Entgeltgruppe entsprechen. Die Notwendigkeit einer gewissen angemessenen Einarbeitungszeit ist dagegen unschädlich (*vgl. Meinel in Meinel/Heyn/Herms TzBfG 5. Aufl. § 14 Rn. 134 m.w.N.*). Vorliegend handelt es sich bei den Tätigkeiten von Herr E. und der Klägerin jeweils um Tätigkeiten, die als Sortieren zu bezeichnen sind, keiner vorherigen Berufsausbildung bedürfen und ausweislich der Richtbeispiele zur Entgeltgruppe 2 der Anlage 1 des ETV DPAG der Entgeltgruppe 2 zugeordnet sind. Damit handelt es sich um vergleichbare Tätigkeiten. Die Einarbeitungszeit von unstreitig höchstens etwas mehr als 2 Wochen steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen.

Die Beklagte ist auch rechtlich in der Lage, Herr E. die durch die Klägerin wahrgenommenen Arbeitsaufgaben in der Nachtschicht zuzuweisen. Hiergegen kann die Klägerin nicht mit Erfolg einwenden, dass eine Versetzung in eine andere Dienstplangruppe nach § 4 Ziffer 2 der Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen nur mit Zustimmung des Betriebsrates möglich und daher das Direktionsrecht der Arbeitgeberin eingeschränkt sei. Denn die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs einer Vertretungsbefristung mit der Abwesenheit des Vertretenen im Falle einer gedanklichen Zuordnung hängt nur von der individualarbeitsrechtlichen Versetzbarkeit des Vertretenen und davon ab, ob sonstige z.B. öffentlich-rechtliche Hindernisse die Wahrnehmung der Tätigkeiten des Vertreters durch den Vertretenen ausschließen würden. Betriebsverfassungsrechtliche Zustimmungserfordernisse im Hinblick auf die hypothetische Wahrnehmung der Tätigkeiten des Vertreters durch den Vertretenen sind dagegen unerheblich. Denn sowohl das vorliegend ausdrücklich geregelte Zustimmungserfordernis des Betriebsrates nach § 4 Nr. 2 der Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen wie auch das gesetzlich ohnehin bestehende Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrates zu Versetzungen nach § 99 BetrVG wie auch das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrates zu Veränderungen der täglichen Arbeitszeit nach § 87

Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, welches sich auch auf die Einteilung der Arbeitnehmer auf verschiedene Dienstpläne erstreckt (*vgl. nur BAG vom 29. September 2004 – 5 AZR 559/03 – Orientierungssatz 2*), schließt die Veränderung der Arbeitszeit des Herr E. bzw. der Versetzung des Herr E. in eine andere Dienstplangruppe nicht aus, sondern stellt sie lediglich unter den Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrates. Bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte hat der Betriebsrat dabei nicht vorrangig die Individualinteressen des betroffenen Arbeitnehmers, sondern die Kollektivinteressen sämtlicher Arbeitnehmer des Betriebes zu vertreten. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrates schränken daher das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht ein. Das Direktionsrecht kann durch den Arbeitgeber vielmehr nur gemeinsam mit dem Betriebsrat, nämlich unter Wahrung der dem Betriebsrat zustehenden Mitbestimmungsrechte ausgeübt werden. Es kann daher dahinstehen, ob § 4 Nr. 2 der Betriebsvereinbarung zu Dienstplänen vorliegend überhaupt zu einer Abweichung von der Gesetzeslage führt oder ob es sich lediglich um einen Verweis auf § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG handeln soll, wofür eine systematische Auslegung im Zusammenhang mit § 4 Nr. 1 der Betriebsvereinbarung sprechen könnte. Denn wie erläutert, wäre keines der möglichen betriebsverfassungsrechtlichen Zustimmungserfordernisse entscheidungserheblich.

b.

Die Beklagte ist auch nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs nicht gehindert, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu berufen.

aa.

Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreifen (*EuGH 26. November 2014 - C-22/13 - [Mascolo ua.] Rn. 102 ff.; 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40*). Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen (*vgl. BAG 7. Oktober 2015 - 7 AZR 944/13 - Rn. 14; 29. April 2015 - 7 AZR 310/13 - Rn. 24; 12. November 2014 - 7 AZR 891/12 - Rn. 27, BAGE 150, 8; grundlegend BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 38, BAGE 142, 308 und - 7 AZR 783/10 - Rn. 33*). Die Prüfung, ob der Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgegriffen hat, verlangt eine Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls (*vgl. EuGH 26. November 2014 - C-22/13 - [Mascolo ua.] Rn. 102; 26. Januar 2012 - C-586/10 - [Kücük] Rn. 40, 43, 51, 55; st. Rspr. seit BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 40,*

BAGE 142, 308). Von besonderer Bedeutung sind die Gesamtdauer der befristeten Verträge sowie die Anzahl der Vertragsverlängerungen. Ferner ist der Umstand zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wurde oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt. Bei zunehmender Anzahl befristeter Verträge und Dauer der befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann es eine missbräuchliche Ausnutzung der dem Arbeitgeber an sich rechtlich eröffneten Befristungsmöglichkeit darstellen, wenn er gegenüber einem bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmer trotz der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einer dauerhaften Einstellung immer wieder auf befristete Verträge zurückgreift (*BAG 19. Februar 2014 - 7 AZR 260/12 - Rn. 36 mwN*). Zu berücksichtigen ist außerdem, ob die Laufzeit der Verträge zeitlich hinter dem prognostizierten Beschäftigungsbedarf zurückbleibt (*BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 46, a.a.O.*). Bei der Gesamtwürdigung können daneben weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Zu denken ist dabei etwa an die Zahl und Dauer von Unterbrechungen zwischen den befristeten Verträgen (*BAG 10. Juli 2013 - 7 AZR 761/11 - Rn. 27*). Bei der Gesamtbeurteilung ist die Übereinstimmung von Vertragslaufzeit und prognostiziertem Beschäftigungsbedarf als Indiz gegen einen Gestaltungsmissbrauch zu berücksichtigen. Daneben können grundrechtlich gewährleistete Freiheiten von Bedeutung sein (*BAG 29. April 2015 - 7 AZR 310/13 - Rn. 25; 24. September 2014 - 7 AZR 987/12 - Rn. 38; 19. Februar 2014 - 7 AZR 260/12 - Rn. 36; 18. Juli 2012 - 7 AZR 443/09 - Rn. 47, a.a.O.*).

Zur Bestimmung der Schwelle einer rechtsmissbräuchlichen Nutzung von Sachgrundbefristungen kann an die gesetzlichen Wertungen in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG angeknüpft werden. Die Vorschrift macht eine Ausnahme von dem Erfordernis des Sachgrunds für die Befristung und erleichtert damit den Abschluss von befristeten Verträgen bis zu der festgelegten Höchstdauer von zwei Jahren bei maximal dreimaliger Verlängerungsmöglichkeit. Sie kennzeichnet den nach Auffassung des Gesetzgebers unter allen Umständen unproblematischen Bereich. Ist ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG gegeben, lässt erst das erhebliche Überschreiten dieser Grenzwerte den Schluss auf eine missbräuchliche Gestaltung zu. Zumindest regelmäßig besteht hiernach bei Vorliegen eines die Befristung an sich rechtfertigenden Sachgrunds kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle, wenn die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für die sachgrundlose Befristung bezeichneten Grenzen nicht um ein Mehrfaches überschritten sind. (*Vgl. insgesamt BAG vom 24. August 2016 – 7 AZR 41/15 – Rn. 27ff*)

bb.

Unter Zugrundelegung der vorgenannten Grundsätze können vorliegend keine Anhaltspunkte für das Vorliegen institutionellen Rechtsmissbrauchs festgestellt werden.

Die Beklagte hat mit der Klägerin zur Vertretung des Herrn E. einen zweckbefristeten Vertrag abgeschlossen, der zugleich auf höchstens ein Jahr befristet war. Damit liegt kein auffällig kurzer Zeitraum der Befristung vor, der einen Rechtsmissbrauch indiziert. Der Zeitraum der mit der Klägerin insgesamt abgeschlossenen Befristungen betrug weniger als drei Jahre und überschritt damit den Zeitrahmen des § 14 Abs. 2 TzBfG nicht einmal um das Doppelte. Bei der streitgegenständlichen Befristung handelte es sich um den fünften befristeten Arbeitsvertrag der Parteien, womit auch die nach § 14 Abs. 2 TzBfG möglichen sachgrundlos befristeten Verträge nicht einmal um das Doppelte überschritten wurden. Auch der Umstand, dass die Klägerin zunächst als sachgrundlos befristet Beschäftigte mit den gleichen Tätigkeiten an der Sortiermaschine beschäftigt wurde wie im Rahmen der Vertretung des Herrn E., welcher vorher die Tätigkeiten an der Sortiermaschine nicht ausgeübt hat, indiziert entgegen der durch die Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung vertretenen Auffassung keinen Rechtsmissbrauch. Es obliegt der unternehmerischen und rechtlich ausdrücklich eingeräumten Freiheit der Beklagten, zunächst für zwei Jahre in befristeten Arbeitsverträgen keinen Sachgrund anzugeben und erst danach einen Sachgrund zu benennen. Hierbei war die Beklagte berechtigt, die durch die Klägerin auch zuvor bereits ausgeübte Tätigkeit, zumindest ab dem 01. Januar 2016 gedanklich dem abwesenden Herrn E. zuzuordnen. Anhaltspunkte dafür, dass der vorübergehende Ausfall des Herrn E. zusätzlich zur Begründung einer weiteren befristeten Einstellung und somit in unzulässiger Weise doppelt genutzt wurde, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Ohne das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte kann einem Arbeitgeber jedoch nicht unterstellt werden, dass er eventuell eine solche, wohl auch strafrechtlich relevante, Doppelnutzung vornehme. Es kann dem Arbeitgeber daher, ohne konkrete von der Klägerin darzulegende Anhaltspunkte, nicht obliegen, diese negative Tatsache umfangreich darzulegen und zu beweisen.

III.

Mangels Eintritts der Bedingung des Obsiegens mit dem Antrag zu 1., ist der ausdrücklich als unechter Hilfsantrag gestellte Antrag zu 2. der Klägerin auf vorläufige Weiterbeschäftigung in dieser Instanz nicht mehr zur Entscheidung angefallen. Auf die Berufung der Beklagten war der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung folglich auch insoweit aufzuheben.

IV.

Nach allem war die Entscheidung des Arbeitsgerichtes abzuändern und die Klage abzuweisen.

V.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Die Revision war gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen, da die entscheidungserhebliche Rechtsfrage der Auswirkung eines betriebsverfassungsrechtlichen Zustimmungserfordernisses auf die für die gedankliche Zuordnung erforderliche rechtliche Versetzungsmöglichkeit des Vertretenen grundsätzliche Bedeutung hat und durch die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes noch nicht ausdrücklich beantwortet wurde.