

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 12. Juni 2024
- 7 AZR 188/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:120624.U.7AZR188.23.0

I. Arbeitsgericht Oldenburg

Urteil vom 23. November 2022
- 3 Ca 81/22 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 11. Mai 2023
- 5 Sa 27/23 -

Entscheidungsstichworte:

Befristung zur Vertretung - arbeitsunfähiger Vertreter

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 188/23
5 Sa 27/23
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Juni 2024

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2024 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Dr. Hamacher sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Merten und die ehrenamtliche Richterin Metschke für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 11. Mai 2023 - 5 Sa 27/23 - aufgehoben, soweit es auf die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 23. November 2022 - 3 Ca 81/22 - dieses abgeändert und dem Befristungskontrollantrag sowie dem Weiterbeschäftigungsantrag stattgegeben hat.

Insoweit wird die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 23. November 2022 - 3 Ca 81/22 - zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 28. Mai 2022 geendet hat. 1

Der Kläger war bei der Beklagten auf Grundlage eines zunächst bis zum 14. November 2020 befristeten und sodann dreimal - zuletzt bis zum 30. April 2022 - verlängerten Arbeitsvertrags als Paketzusteller beschäftigt. Am 23. April 2022 informierte er den für seine Vertragsangelegenheiten zuständigen Niederlassungsleiter per WhatsApp-Nachricht darüber, dass er „mit dem Körper abgestürzt“ sei, als er ein Paket aus der hinteren Beifahrertür geholt habe. Es habe dann am Bauch gezogen und dieser sei immer dicker geworden. Er sei jetzt im Krankenhaus. Ein Krankenwagen habe ihn abgeholt, weil ihm schwindelig gewesen sei. Er habe einen Nabelbruch erlitten und ihm sei gesagt worden, dass er vielleicht heute noch operiert werde. Ob und ggf. mit welchem Inhalt der Kläger den Niederlassungsleiter darüber hinaus telefonisch über seinen Gesundheitszustand, insbesondere die voraussichtliche Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit informierte, ist zwischen den Parteien streitig geblieben. 2

Dem Kläger wurde unter dem 25. April 2022 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Erstbescheinigung für den Zeitraum vom 23. April 2022 bis voraussichtlich 8. Mai 2022 ausgestellt. Diese übermittelte er nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dem stellvertretenden Niederlassungsleiter entweder am Montag, den 25. April 2022 oder am Dienstag, den 26. April 2022. Zwischen den Parteien ist ebenfalls streitig geblieben, ob bzw. welche Informationen der Kläger dem stellvertretenden Niederlassungsleiter am 25. April 2022 telefonisch über seinen Gesundheitszustand, insb. die voraussichtliche Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit, gegeben hatte. Der stellvertretende Niederlassungsleiter ließ dem Kläger sodann einen auf Seiten der Beklagten unter dem 27. April 2022 unterzeichneten Arbeitsvertrag zukommen, wonach das Arbeitsverhältnis vom 1. Mai 2022 bis zum 28. Mai 2022 befristet war. Als „Grund“ für die Befristung war im Vertrag die „Vertretung wegen vorübergehender Abwesenheit des Mitarbeiters S, L, M, H“ angegeben. Die genannten Mitarbeiter waren bei der Beklagten - ebenso wie der Kläger - als Paketzusteller beschäftigt und hatten im Befristungszeitraum nacheinander wochenweise Urlaub: Frau S vom 30. April 2022 bis zum 8. Mai 2022, Frau L vom 9. Mai 2022 bis zum 15. Mai 2022, Herr M vom 16. Mai 2022 bis zum 22. Mai 2022 und Herr H vom 23. Mai 2022 bis zum 28. Mai 2022. Der Kläger war während des gesamten Zeitraums des letzten befristeten Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig erkrankt, was er durch weitere, jeweils nach Vertragsabschluss ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen belegte.

3

Mit seiner beim Arbeitsgericht am 13. Juni 2022 eingegangenen und der Beklagten am 22. Juni 2022 zugestellten Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der im Arbeitsvertrag vom 27. April 2022 vereinbarten Befristung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, der Sachgrund der Vertretung sei lediglich vorgeschoben. Es habe von vornherein festgestanden, dass er krankheitsbedingt über die gesamte Dauer des Vertrags ausfallen werde und die genannten Mitarbeiter nicht werde vertreten können. Das diesbezügliche Wissen des Niederlassungsleiters und seines Stellvertreters müsse sich die Beklagte zurechnen lassen.

4

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - 5
zuletzt beantragt

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 27. April 2022 vereinbarten Befristung am 28. Mai 2022 beendet worden ist;
2. im Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Paketzusteller weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, bei 6
Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27. April 2022 habe nicht festgestanden, dass der Kläger über die gesamte Dauer des befristeten Arbeitsvertrags krankheitsbedingt ausfallen werde. Insbesondere hätten die den Vertrag in ihrem Namen unterzeichnenden Mitarbeiter keine Kenntnis von einer die gesamte Vertragsdauer umfassenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers gehabt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 7
hat ihr - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - stattgegeben. Einen zweitinstanzlich erstmals zur Entscheidung angefallenen allgemeinen Feststellungsantrag hat es als unzulässig abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt im Umfang 8
ihrer Einlegung zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Arbeitsgerichts.

I. Der zulässige Befristungskontrollantrag ist unbegründet. Das Arbeitsver- 9
hältnis der Parteien hat entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts aufgrund der vereinbarten Befristung am 28. Mai 2022 geendet.

1. Die Befristung zum 28. Mai 2022 gilt allerdings nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. Der Kläger hat rechtzeitig Befristungskontrollklage iSv. § 17 Satz 1 TzBfG erhoben. Er hat die Rechtsunwirksamkeit der Befristung mit seiner am 13. Juni 2022 beim Arbeitsgericht eingegangenen - und der Beklagten „demnächst“ iSv. §§ 167, 253 Abs. 1 ZPO zu-gestellten - Klage geltend gemacht. 10

2. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist zulässig. Sie ist durch den Sach-grund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt. 11
 - a) Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung ei-nes 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 Vertretungs-kraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis (*st. Rspr., zuletzt etwa BAG 15. Dezember 2021 - 7 AZR 422/20 - Rn. 13 mwN*). Der Sachgrund der Ver-tretung setzt ferner einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Aus-fall des Vertretenen und der Einstellung der Vertretungskraft voraus. Es muss sichergestellt sein, dass die Vertretungskraft gerade wegen des durch den zeit-weiligen Ausfall des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen vorübergehen- den 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 (*st. Rspr., etwa BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 765/16 - Rn. 16 mwN*). 12

 - b) Gemessen an diesen Grundsätzen liegt - anders als vom Landesarbeits-gericht angenommen - der Sachgrund der Vertretung vor. Der Kläger wurde zur Vertretung der im Arbeitsvertrag namentlich benannten Arbeitnehmer für die Dauer ihres jeweiligen Urlaubs als Paketzusteller eingestellt. Der Wirksamkeit der Befristung steht insb. nicht entgegen, dass der Kläger während der gesamten 13

Dauer des befristeten Arbeitsvertrags arbeitsunfähig erkrankt war und daher tatsächlich keine (Vertretungs-)Tätigkeiten erbringen konnte.

aa) Nach den nicht mit Verfahrens(gegen-)rügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sollte der Kläger die bei der Beklagten als Zusteller beschäftigten und im vereinbarten Befristungszeitraum aufeinanderfolgend urlaubsbedingt abwesenden Frau S, Frau L, Herrn M und Herrn H vertreten. Damit beruhte seine befristete Einstellung auf dem zeitweiligen Ausfall dieser vier (Stamm-)Arbeitnehmer, welche der Kläger entweder unmittelbar vertreten sollte oder denen jedenfalls die vom Kläger zu erledigenden Aufgaben durch die Festlegung im Arbeitsvertrag vom 27. April 2022 gedanklich zugeordnet worden sind (*ausf. zum Kausalzusammenhang und den Anforderungen an seine Darlegung je nach Form der Vertretung zB BAG 12. April 2017 - 7 AZR 436/15 - Rn. 20 mwN*). Wie der Kläger waren die vertretenen Mitarbeiter als Paketzusteller bei der Beklagten beschäftigt. Ihnen hätten daher die Aufgaben des Klägers zugewiesen werden können, wenn sie nicht urlaubsbedingt abwesend gewesen wären. Die Beklagte durfte ferner bei Abschluss des Vertrags vom 27. April 2022 davon ausgehen, dass die benannten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nach ihrem jeweiligen Urlaub wiederaufnehmen würden. Besondere Ausführungen der Beklagten hierzu waren ohnehin nicht veranlasst (*vgl. allg. BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 696/16 - Rn. 14 mwN*). Hierüber streiten die Parteien auch nicht. 14

bb) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ergibt sich aus den weiteren Umständen des Einzelfalls nicht, dass es am erforderlichen Kausalzusammenhang fehlt und die streitbefangene Befristung damit nicht auf dem von der Beklagten in Anspruch genommenen Sachgrund der Vertretung beruht und in diesem Sinn nur vorgeschoben ist. 15

(1) Allerdings hat das Landesarbeitsgericht im Ansatzpunkt zutreffend erkannt, dass es der Bejahung der Kausalität zwischen dem Ausfall der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft entgegenstehen kann, wenn bereits bei Vertragsabschluss feststeht, dass der Vertreter während des gesamten Vertretungszeitraums die von ihm geschuldete Arbeitsleistung wegen Arbeitsunfähig- 16

keit nicht wird erbringen können und dies dem Arbeitgeber bekannt ist. Die befristete Einstellung der Vertretungskraft vermag in solch einem Fall nicht auf dem vorübergehenden Ausfall einer Stammkraft zu beruhen; regelmäßig wird der vorübergehend eingestellte Arbeitnehmer dann - entgegen dem Wortlaut von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG - gerade nicht „zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt“. Insoweit ist auch - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht entscheidend, ob die Vertretungskraft (wie vorliegend) während der gesamten Befristungsdauer einen Entgeltfortzahlungsanspruch hat und daher der Vertragsabschluss als solcher für sie vorteilhaft ist. Dieser Aspekt spielt bei der Beurteilung der Frage, ob ein objektiver Bedarf an der befristeten Einstellung zur Vertretung eines zeitweilig ausgefallenen Arbeitnehmers besteht, keine Rolle. Jedenfalls aber bedarf es der Kenntnis des Arbeitgebers über den Umstand, dass die Vertretungskraft im gesamten Befristungszeitraum Vertretungstätigkeiten aufgrund einer Erkrankung nicht wird leisten können. Entsprechend der vom Arbeitgeber ebenfalls bei Vertragsabschluss vorzunehmenden „Rückkehrprognose“ bzgl. der ausfallenden und zu vertretenden Stammkraft (*vgl. hierzu etwa BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 765/16 - Rn. 14*) ist auch insoweit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich. Nur wenn sich der Arbeitgeber in diesem Zeitpunkt gewiss sein musste, dass der Vertreter für die gesamte befristete Vertragsdauer eine Vertretertätigkeit nicht auszuführen vermag, kann der Sachgrund der Vertretung vorgeschoben sein.

(2) Hingegen hält die konkrete Wertung des Landesarbeitsgerichts, dass vorliegend der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der vier im Vertrag benannten Stammkräfte und der Einstellung des Klägers nicht gegeben ist, auch unter Berücksichtigung eines eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs (*vgl. zu den Maßgaben zB BAG 7. Februar 2024 - 7 AZR 367/22 - Rn. 25 mwN*) der rechtlichen Überprüfung nicht stand. 17

(a) Revisionsrechtlich noch nicht zu beanstanden ist die Annahme, dass das Wissen des Niederlassungsleiters sowie das seines Stellvertreters der Beklagten in entsprechender Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist. Aus § 166 18

BGB ergibt sich der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass derjenige, der einen anderen mit der eigenverantwortlichen Erledigung bestimmter Angelegenheiten beauftragt, sich die Kenntnis dieser Wissensvertreter zurechnen lassen muss (*BAG 4. Mai 1994 - 4 AZR 418/93 - zu A I 2 a bb der Gründe*). Insoweit ist auch grundsätzlich weder die Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht noch eine Bestellung zum „Wissensvertreter“ erforderlich (*vgl. Grüneberg/Ellenberger BGB 83. Aufl. § 166 Rn. 6 mwN*). Hiernach verfängt zum einen der Einwand der Beklagten nicht, es komme ausschließlich auf die Kenntnis derjenigen Mitarbeiter an, die in ihrem Namen den Arbeitsvertrag abschließen, und zum anderen durfte das Landesarbeitsgericht aufgrund seiner mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und den Senat bindenden Feststellungen sowohl den Niederlassungsleiter als auch dessen Stellvertreter als Wissensvertreter der Beklagten ansehen. Der - von seinem Stellvertreter zeitweilig vertretene - Niederlassungsleiter war Ansprechpartner des Klägers in allen ihn betreffenden Vertragsangelegenheiten. Im Übrigen hatte der stellvertretende Niederlassungsleiter die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 25. April 2022 auch tatsächlich erhalten und dem Kläger den Arbeitsvertrag vom 27. April 2022 zur Unterschrift zugeleitet und diesen sodann wieder entgegengenommen. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang der Einwand der Beklagten, die Funktionen des (stellvertretenden) Niederlassungsleiters seien nicht korrekt dargestellt worden. Soweit sie sich damit gegen tatbestandliche Feststellungen des Berufungsgerichts wendet, könnten etwaige Unrichtigkeiten im Berufungsurteil im Übrigen nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO, nicht jedoch mit einer Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO behoben werden (*vgl. etwa BAG 15. Dezember 2022 - 2 AZR 162/22 - Rn. 30; vgl. ferner auch 26. Mai 2021 - 7 ABR 17/20 - Rn. 37, BAGE 175, 104*).

(b) Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht jedoch das der Beklagten zuzurechnende Wissen als deren Kenntnis von einer Erkrankung des Klägers während des gesamten Befristungszeitraums gewertet. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit den vom Kläger per WhatsApp vom 23. April 2022 mitgeteilten Umständen „bei lebensnaher Interpretation“ eine ausschlaggebende Bedeutung beigegeben, welche durch die „unstreitigen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen“

19

nicht relativiert würden. Damit hat es den Stellenwert der - zeitpunktbezogen einzig maßgeblichen - Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 25. April 2022 verkannt und die weiteren Umstände nicht widerspruchsfrei gewürdigt.

(aa) Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist 20 das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (*st. Rspr., zuletzt etwa BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 12*). Diese Wertung impliziert für Konstellationen wie die des Streitfalls, dass bei der Frage des arbeitgeberseitigen Kenntnisstands grundsätzlich auf den Inhalt ihm vor Abschluss des befristeten Vertrags zur Kenntnis gelangter Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen abzustellen ist. Aus anderweitigen Angaben des Arbeitnehmers, der idR medizinischer Laie ist, muss der Arbeitgeber demgegenüber grundsätzlich nicht den Schluss ziehen, es bestünde „gesichert“ eine die Dauer der gesamten befristeten Einstellung bestehende Arbeitsunfähigkeit.

(bb) Die der Beklagten im Zeitpunkt der Befristungsabrede bekannte Arbeits- 21 unfähigkeitsbescheinigung vom 25. April 2022 wies eine voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis zum 8. Mai 2022 aus; dieser Zeitraum umfasst lediglich ca. ein Viertel der streitgegenständlichen Befristungsdauer (1. bis 8. Mai 2022). Das spricht gerade gegen die Kenntnis der Beklagten hinsichtlich einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis (mindestens) zum 28. Mai 2022.

(cc) Aus der in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verwendeten Formulie- 22 rung „voraussichtlich“ kann entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Der Feststellung und Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit von Versicherten liegt die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V (AU-RL) zugrunde. Nach deren § 5 Abs. 4 Satz 1 soll regelmäßig (nur) eine „voraussichtliche Dauer“ der Arbeitsunfähigkeit bescheinigt werden, wobei es dem Arzt nach § 5 Abs. 4 Satz 2 AU-RL aber möglich ist, die Arbeitsunfähigkeit bis zur voraussichtlichen Dauer von einem Monat zu bescheinigen, wenn dies aufgrund der Erkrankung oder eines besonderen Krankheitsverlaufs sachgerecht ist. Hier-

bei handelt es sich um eine Ausnahme zu § 5 Abs. 4 Satz 1 AU-RL, wonach die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht für einen mehr als zwei Wochen im Voraus liegenden Zeitraum bescheinigt werden soll. Dies ist im Streitfall gerade nicht geschehen. In dem Nachweis vom 25. April 2022 wurde dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 8. Mai 2022 bescheinigt. Die weiteren, jeweils nach Abschluss der streitgegenständlichen Befristungsabrede ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen konnten schon aufgrund der zeitlichen Abläufe bei der Beurteilung des Kenntnisstandes der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Berücksichtigung finden.

(dd) Berücksichtigte man mit dem Landesarbeitsgericht darüber hinaus noch den Inhalt seiner WhatsApp vom 23. April 2022 - also die Mitteilung der Umstände Nabelbruch, Krankenhausaufenthalt sowie Aufschlagen eines Pakets auf den Bauch - bedingte dies keine Annahme, die Beklagte habe bei Vertragsabschluss gewusst, dass der Kläger den gesamten Zeitraum des befristeten Arbeitsvertrags arbeitsunfähig erkrankt ist. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene anderweitige Würdigung ist widersprüchlich. Ungeachtet dessen, dass es für die von ihm herangezogene „lebensnahe Interpretation“, wer eine derartige Nachricht erhalte, habe sicheres Wissen von einer mehrwöchigen Dauererkrankung des Arbeitnehmers, an der Offenlegung eines entsprechenden Erfahrungssatzes fehlt, war aus der der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorangegangenen Mitteilung nicht zwingend auf eine bis zum Ende der Vertragsdauer anhaltende Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu schließen. Die Beklagte muss sich insoweit auch nur die Angaben der zeitlich nachfolgenden und eine Arbeitsunfähigkeit (voraussichtlich) bis zum 8. Mai 2022 ausweisenden ärztlichen Bescheinigung entgegenhalten lassen. 23

(c) Der Rechtsfehler führt nicht zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, denn der Senat kann aus anderen Gründen eine abschließende Entscheidung treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO; vgl. zu solch einer Verfahrensweise auch BAG 25. April 2018 - 7 AZR 181/16 - Rn. 16). 24

(aa) Es kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass er - entsprechend seinem in den Instanzen gehaltenen Vortrag - dem (stellvertretenden) Niederlassungsleiter telefonisch eine mehrwöchig andauernde Arbeitsunfähigkeit bekannt gegeben hat. Nach der ärztlichen Bescheinigung vom 25. April 2022 hatte die Beklagte nicht davon auszugehen, dass der Kläger im gesamten Befristungszeitraum seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht wird erbringen können. Sie durfte vielmehr hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Rahmen der Prognose iSd. § 14 Abs. 1 TzBfG ausschließlich auf die (und sei es bis zu einem voraussichtlichen Zeitpunkt) ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeitsdauer vertrauen und musste sich nicht gewiss sein, den Kläger überhaupt nicht als Vertreter beschäftigen zu können. Das gilt auch im Hinblick auf die Behauptung des Klägers, dem Stellvertreter des Niederlassungsleiters am 25. April 2022 telefonisch mitgeteilt zu haben, der Hausarzt habe ihm die Information gegeben, dass er nach der Operation für mindestens sechs Wochen arbeitsunfähig sein werde, sowie seine Behauptung, der Arzt habe ihm gesagt, er (der Kläger) sei zunächst einmal sechs Wochen arbeitsunfähig und dürfe danach sechs Wochen nicht schwer heben und dies habe er dem Niederlassungsleiter mitgeteilt. Selbst wenn diese Angaben zutreffen, begründeten sie angesichts der unter dem 25. April 2022 ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung allenfalls eine Ungewissheit der Beklagten, den Kläger als Vertreter einsetzen zu können. Sie stützten aber keine der Beklagten bekannte Gewissheit der Unmöglichkeit eines Vertreterereinsatzes. 25

(bb) Der Beklagten ist es nicht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf den Sachgrund der Vertretung zu berufen. Der Kläger war seit dem 19. Oktober 2020 auf der Grundlage von fünf befristeten Verträgen weniger als zwei Jahre bei der Beklagten beschäftigt. Im Hinblick darauf besteht kein Anlass zu einer weitergehenden Missbrauchskontrolle, insb. nicht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (vgl. hierzu etwa BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 765/16 - Rn. 25 ff.). Auch die relativ kurze Dauer der streitgegenständlichen Befristung gebietet als solche keinen Anlass hierzu. 26

- II. Der Antrag zu 2. fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist als 27
uneigentliches Hilfsbegehren für den Fall des Obsiegens mit dem Befristungs-
kontrollantrag gestellt. Diese innerprozessuale Bedingung ist nicht eingetreten.
- III. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Beru- 28
fung und der Revision zu tragen.

Schmidt

Hamacher

Klose

Metschke

Merten