

**Arbeitgeber i. S. des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG ist der Vertragsarbeitgeber. Vertragsarbeitgeber ist die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den befristeten Arbeitsvertrag geschlossen hat.**

*Bundesarbeitsgericht, 7. Senat*

*Urteil vom 25. 4. 2001 – 7 AZR 376/00*

*2. Instanz: Landesarbeitsgericht Berlin*

**Orientierungssätze der Richter und Richterinnen des BAG:**

1. Mehrere Vertragsarbeitgeber, die gemeinsam einen Betrieb führen, sind nicht derselbe Arbeitgeber i. S. des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG. Die Bestimmung findet bei einem innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs vorgenommenen Wechsel des Vertragsarbeitgebers grundsätzlich weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung.

2. Eine rechtsmissbräuchliche, dem Zweck des Beschäftigungsförderungsgesetzes widersprechende Vertragsgestaltung kann vorliegen, wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken abwechselnd mit einem Arbeitnehmer befristete Arbeitsverträge schließen, eine Befristung der Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz ohne Auswechslung des Arbeitgebers nicht mehr möglich wäre und der Wechsel deshalb erfolgt, um auf diese Weise über die nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können.

**Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:**

Anschluss an BAG vom 8. 12. 1988 – 2 AZR 308/88 – AP Nr. 6 zu § 1 BeschFG 1985 = BAG 60, 282 ff.

**Sachverhalt:** Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 31. 10. 1999 geendet hat.

Die Bekl. und das Ingenieurbüro K. befassen sich in einer gemeinsamen Betriebsstätte mit der elektromagnetischen Abschirmung von Handys. Der Geschäftsführer der Bekl., K., ist zugleich Inhaber des Ingenieurbüros. Dieses nimmt die Personalsachbearbeitung auch für die Bekl. wahr.

In der Zeit vom 24. 10. 1994 bis 31. 10. 1996 war die Kl. aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags für die Bekl. tätig. Vom 1. 11. 1996 bis 30. 10. 1997 befand sie sich in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit dem Inhaber des Ingenieurbüros, K. Am 1. 11. 1997 schloss die Bekl. erneut einen Arbeitsvertrag mit der Kl. Dieser war befristet bis zum 30. 4. 1999 und wurde am 22. 4. 1999 bis zum 31. 10. 1999 verlängert. Die Kl. war die gesamte Zeit vom 24. 10. 1994 bis zum 31. 10. 1999 durchgängig als Produktionshelferin auf demselben Arbeitsplatz tätig und denselben Vorgesetzten unterstellt.

Mit der am 4. 6. 1999 beim ArbG eingegangenen Klage hat die Kl. geltend gemacht, die letzte Befristung des Arbeitsvertrags zum 31. 10.

\* Für die Amtl. Samml. bestimmt.

1999 sei unwirksam. Sie habe gegen das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 BeschFG verstößen. Seit 1994 bestehe ein einheitliches Arbeitsverhältnis. Die Kl. habe während der ganzen Zeit Gummitteile nach dem Stanzprozess entgraten und einpassen müssen. Zwar habe je nach Auftragslage die Art der Teile gewechselt, die Arbeiten seien jedoch im wesentlichen gleich geblieben. Die Vertragsgestaltung und die rein formale Arbeitgeberaufspaltung habe einzig die Umgehung des Beschäftigungsförderungsgesetzes zum Ziel gehabt. Es handele sich um eine bei der Bekl. offensichtlich gängige Praxis, mit der die Begründung unbefristeter Arbeitsverträge vermieden werden solle. Ähnlich sei auch bei den Arbeitnehmerinnen O., S., und Se. verfahren worden.

Die Kl. hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund des befristeten Arbeitsvertrags zum 31. 10. 1999 beendet ist;

2. die Bekl. zu verurteilen, sie über den 31. 10. 1999 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Produktionshelferin weiterzubeschäftigen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Befristung sei nach § 1 BeschFG gerechtfertigt. Die Bekl. und das Ingenieurbüro nähmen getrennte Geschäftsbereiche wahr. Während das Entschichten und die Rückgewinnung des Abschirmmaterials zum Geschäftsfeld des Ingenieurbüros K. zähle, gehöre das Aufbringen des Abschirmmaterials und das Kontrollieren der Abschirmbahnen zum Geschäftsbereich der Beklagten. Die Kl. sei mit den zum jeweiligen Geschäftsfeld des Vertragsarbeitgebers gehörenden Arbeiten beschäftigt worden. Von Oktober 1994 bis Oktober 1996 habe sie Kontroll- und Trimmarbeiten durchgeführt, ab November 1996 Arbeiten zum Entschichten von Teilen für Abschirmmaterial sowie ab November 1997 erneut Kontrollarbeiten.

ArbG und LAG haben der Klage entsprochen. Die Revision der Bekl. ist begründet.

**Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung. Mit der Begründung des LAG kann der Klage nicht entsprochen werden. Das LAG muss noch aufklären, ob die Bekl. und der Inhaber des Ingenieurbüros, K., den Arbeitgeberwechsel nur deshalb vorgenommen haben, um auf diese Weise über die nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können.

I. Das LAG hat der Feststellungsklage nach § 1 Abs. 5 Satz 1 BeschFG – in der vom 1. 10. 1996 bis 31. 12. 2000 geltenden Fassung – mit der Begründung entsprochen, die Bekl. könne die Befristung nicht auf § 1 Abs. 1 BeschFG stützen, denn das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 BeschFG sei verletzt. Zum einen liege ein Anschlussarbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber auch dann vor, wenn ein Arbeitnehmer nach Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit einem Unternehmensträger eines einheitlichen Betriebs unter Fortführung seiner Tätigkeit im Betrieb ein weiteres (befristetes) Arbeitsverhältnis mit einem anderen Unternehmensträger des gleichen einheitlichen Betriebs eingehe. Dies sei vorliegend

der Fall gewesen. Zum anderen habe der Arbeitsvertrag vom 1. 11. 1997 auch in einem engen sachlichen Zusammenhang zu dem zwischen der Kl. und der Bekl. für die Zeit vom 24. 10. 1994 bis 31. 10. 1996 geschlossenen Arbeitsvertrag gestanden. Es komme daher nicht darauf an, ob sich die hier gewählte Koppelung mehrerer Arbeitsverträge in einem Betrieb als Umgehung von gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften darstelle.

II. Diese Begründung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BeschFG ist die Befristung nach den Abs. 1 und 2 nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden befristeten Arbeitsvertrag nach Abs. 1 mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht.

a) Entgegen der Auffassung des LAG sind mehrere Vertragsarbeitgeber, die gemeinsam einen Betrieb führen, nicht derselbe Arbeitgeber i. S. dieser Bestimmung. § 1 Abs. 3 BeschFG findet bei einem innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs vorgenommenen Wechsel des Vertragsarbeitgebers grundsätzlich weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung.

aa) „Arbeitgeber“ i. S. des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG ist der Vertragsarbeitgeber, also die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat (so auch APS/*Backhaus* § 1 BeschFG Rn. 45 ff.; KR-*Lipke* 5. Aufl. § 1 BeschFG 1996 Rn. 105, 106; ErfK/*Müller-Glöge* 2. Aufl. § 1 BeschFG Rn. 42 – 44; a. A. wohl *Däubler* in *Kittner/Däubler/Zwanziger* KSChR 4. Aufl. § 1 BeschFG Rn. 31). Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut der Bestimmung und der Gesetzessystematik, ist mit Sinn und Zweck der Regelung vereinbar und wird durch die Gesetzesgeschichte bestätigt. Bereits der Gesetzeswortlaut ist eindeutig. Zwar könnte der Begriff des Arbeitgebers isoliert auch anders als im arbeitsvertraglichen Sinne verstanden werden (vgl. etwa zum Arbeitgeber als Organ der Betriebsverfassung *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* BetrVG 20. Aufl. § 1 Rn. 204 ff. m. w. N.). § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG spricht aber vom „Arbeitsvertrag“ mit demselben Arbeitgeber. Damit wird deutlich, dass der Arbeitgeber im arbeitsvertraglichen Sinn gemeint ist. Hierfür sprechen auch gesetzsystematische Erwägungen. Der Gesetzgeber hätte beim Anschlussverbot auch an den Betrieb, die Betriebszugehörigkeit und den Betriebsinhaber (vgl. etwa § 613a Abs. 1 BGB) oder alternativ sowohl an die Betriebszugehörigkeit als auch an die Unternehmenszugehörigkeit (vgl. etwa § 1 Abs. 1 KSChG) anknüpfen können. Dies hat er nicht getan, sondern statt dessen auf den Arbeitsvertrag und den Arbeitgeber abgestellt. Maßgeblich für das Anschlussverbot soll also erkennbar nicht die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb, sondern die individualvertragliche Bindung sein. Sinn und Zweck des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG stehen dem

nicht entgegen. Die Regelung dient dazu, sozialpolitisch unerwünschte, sachgrundlose Kettenarbeitsverträge zu verhindern (BT-Drucks. 13/4612 S. 17). Hierzu hätte der Gesetzgeber beim Anschlussverbot auch auf die vorangegangene Beschäftigung in demselben Betrieb abstellen können. Zwingend geboten war dies jedoch nicht. Vielmehr erscheint es in gleichem Maße sinnvoll, auf den Vertragsarbeitgeber abzustellen und damit auch die Fälle zu erfassen, in denen der Vertragsarbeitgeber mit dem Arbeitnehmer einen Anschlussvertrag für einen anderen Betrieb abschließt. Für die auf den Vertragsarbeitgeber abstellende Auslegung des § 1 Abs. 3 BeschFG spricht ferner die Gesetzesgeschichte. Bereits zu § 1 Abs. 1 BeschFG 1985 hatte der Zweite Senat des BAG entschieden, eine „Neueinstellung“ i.S. dieser Vorschrift werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer unmittelbar zuvor als Leiharbeiter im selben Betrieb tätig gewesen sei, denn das vorhergehende Arbeitsverhältnis habe nicht mit demselben Arbeitgeber bestanden (BAG vom 8. 12. 1988 – 2 AZR 308/88 – AP Nr. 6 zu § 1 BeschFG 1985 = BAG 69, 282 ff. [3b der Gründe]). Gleichwohl hat der Gesetzgeber die zum 1. 10. 1996 vorgenommene Änderung des § 1 BeschFG nicht zum Anlass genommen, nunmehr auf den Betriebsinhaber oder die Betriebszugehörigkeit abzustellen, sondern das Anschlussverbot erneut an den Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber geknüpft.

bb) Auch zu einer analogen Anwendung des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG auf die mehreren einen Gemeinschaftsbetrieb führenden Vertragsarbeitgeber besteht keine Veranlassung. Eine ausfüllungsbedürftige planwidrige Gesetzeslücke liegt nicht vor. Die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der in § 1 Abs. 1 BeschFG eröffneten Befristungsmöglichkeiten durch einen lediglich zu diesem Zweck vorgenommenen Austausch der Vertragsarbeitgeber in einem Gemeinschaftsbetrieb kann im Einzelfall über die Anwendung des § 242 BGB verhindert werden.

b) Hiernach war der dem Vertrag vom 1. 11. 1997 vorhergehende, zwischen der Kl. und K. für die Zeit vom 1. 11. 1996 bis 30. 10. 1997 geschlossene Arbeitsvertrag kein vorhergehender Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber i.S. von § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BeschFG. Es kommt daher in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, ob dieser Vertrag ein nach § 1 Abs. 1 BeschFG befristeter Arbeitsvertrag war.

2. Auch die zweite Begründung des LAG ist rechtsfehlerhaft. Das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BeschFG ist nicht durch einen engen sachlichen Zusammenhang zwischen dem Vertrag vom 1. 11. 1997 und dem ersten, für die Zeit vom 24. 10. 1994 bis 31. 10. 1996 geschlossenen Vertrag verletzt.

a) Allerdings liegt ein i.S. des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG vorhergehender befristeter Arbeitsvertrag nach Abs. 1 auch dann vor, wenn zwischen dem letzten und einem früheren nach Abs. 1 ge-

schlossenen Vertrag ein weiterer oder gar mehrere nicht nach Abs. 1 geschlossene Arbeitsverträge liegen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich bei den dazwischen liegenden Verträgen um ein Arbeitsverhältnis mit einem Dritten oder um ein mit Sachgrund befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber handelt (BAG vom 28. 6. 2000 – 7 AZR 920/98 – AP Nr. 2 zu § 1 BeschFG 1996 = EzA BeschFG 1985 § 1 Nr. 15 [B V 3b der Gründe]).

aa) Notwendige Voraussetzung des Anschlussverbots ist aber zum einen, dass es sich bei dem früheren Arbeitsvertrag überhaupt um einen nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz – in der jeweils geltenden Fassung – befristeten Arbeitsvertrag handelte. Ein Vertrag ist dann nach § 1 Abs. 1 BeschFG befristet, wenn die Parteien die Befristung hierauf stützen wollen. Dies muss nicht ausdrücklich geschehen. Nachdem § 1 BeschFG kein Zitiergebot enthält, kann sich der Parteiwille, eine Befristung nach dieser Vorschrift zu vereinbaren, auch aus den Umständen ergeben. Hieran ist vor allem dann zu denken, wenn die Befristung einer Rechtfertigung bedurfte, bei Vertragsschluss über andere gesetzliche Befristungsstatbestände oder Sachgründe nicht gesprochen wurde und zur Rechtfertigung der Befristungsabrede lediglich das Beschäftigungsförderungsgesetz in Betracht kommt. Wurden dagegen der Befristungsabrede andere gesetzliche Befristungsstatbestände oder Sachgründe zugrunde gelegt, oder lagen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BeschFG ersichtlich nicht vor, so kann der Vertrag regelmäßig nicht als ein nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz befristeter Vertrag angesehen werden (BAG vom 25. 10. 2000 – 7 AZR 537/99 – AP Nr. 7 zu § 1 BeschFG 1985 [B IV 2a der Gründe] m. w. N.).

bb) Weitere Voraussetzung des Anschlussverbots ist, dass zu dem vorhergehenden, nach Abs. 1 befristeten Arbeitsvertrag ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Dieser ist nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BeschFG stets anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten liegt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein enger sachlicher Zusammenhang auch trotz Überschreitung dieser Frist angenommen werden. Maßgeblich ist eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Dauer der Unterbrechung, aber auch die Beibehaltung oder Änderung der Tätigkeit und der materiellen Arbeitsbedingungen sowie die für den erneuten Vertragsschluss maßgeblichen Beweggründe. Beträgt die zeitliche Unterbrechung mehr als das Doppelte des gesetzlichen Mindestzeitraums von weniger als vier Monaten, kann allenfalls noch unter ganz besonderen Umständen ein enger sachlicher Zusammenhang bejaht werden (BAG vom 25. 10. 2000 – AP Nr. 7 zu § 1 BeschFG 1985 [B IV 3a der Gründe] m. w. N.).

b) Hiernach konnte der für die Zeit vom 24. 10. 1994 bis 31. 10. 1996 zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag für den am 1. 11. 1997 geschlossenen Arbeitsvertrag nicht das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BeschFG auslösen.

aa) Zum einen handelte es sich bei dem für die Zeit vom 24. 10. 1994 bis 31. 10. 1996 geschlossenen Arbeitsvertrag nicht um einen nach § 1 Abs. 1 BeschFG befristeten Arbeitsvertrag. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BeschFG 1985 – in der am 24. 10. 1994 geltenden Fassung – waren bei Vertragsschluss offensichtlich nicht gegeben. § 1 Abs. 1 BeschFG 1985 sah damals die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags nur für die Dauer von 18 Monaten vor. Daher kann nicht angenommen werden, die Arbeitsvertragsparteien hätten diese mehr als 2-jährige Befristung auf das Beschäftigungsförderungsgesetz stützen wollen.

bb) Zum anderen standen der erste Arbeitsvertrag und der Arbeitsvertrag vom 1. 11. 1997 auch nicht in dem von § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG geforderten engen sachlichen Zusammenhang. Die zeitliche Unterbrechung betrug zwölf Monate und damit das 3-fache des gesetzlich normierten Mindestzeitraums. Ganz besondere Umstände, die gleichwohl den engen sachlichen Zusammenhang begründen würden, liegen nicht vor. Der Umstand, dass die Kl. zu denselben Arbeitsbedingungen gleiche oder gleichartige Arbeiten auf demselben Arbeitsplatz verrichtete, genügt nicht. Vielmehr müssten weitere Umstände, wie etwa eine von der Bekl. bereits im Oktober 1996 gegebene Wiedereinstellungszusage hinzukommen.

III. Die Entscheidung des LAG stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Die am 22. 4. 1999 bis zum 31. 10. 1999 vereinbarte Befristung war eine nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BeschFG grundsätzlich zulässige erste Verlängerung des am 1. 11. 1997 geschlossenen, gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 BeschFG bis zum 30. 4. 1999 befristeten Arbeitsvertrags. Sie wurde vor Ablauf des zu verlängernden Vertrags vereinbart und ließ dessen Bedingungen unverändert. Die Höchstgrenze von zwei Jahren wurde nicht überschritten.

IV. Die Sache ist nach den getroffenen Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Es ist noch zu prüfen, ob der Bekl. die Berufung auf § 1 Abs. 1 BeschFG nach § 242 BGB verwehrt ist. Dies wäre der Fall, wenn sich die von der Bekl. und K. gewählte Vertragsgestaltung als rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der durch § 1 BeschFG eröffneten Befristungsmöglichkeiten darstellen würde. Das LAG hat diese Frage dahinstehen lassen. Es hat insoweit auch keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen für eine Sachentscheidung durch den Senat getroffen.

1. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung be-

schränkt sowohl subjektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen. Die sich aus einem Rechtsinstitut oder einer Rechtsnorm an sich ergebenden Rechtsfolgen müssen zurücktreten, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren Ergebnis führen (*Palandt/Heinrichs* BGB 60. Aufl. § 242 Rn. 40; *MünchKommRoth* BGB 3. Aufl. § 242 Rn. 255). Dies ist u. a. der Fall, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Dementsprechend hat das BAG wiederholt entschieden, der Arbeitgeber dürfe von verschiedenen arbeitsvertraglichen Gestaltungsformen, die für den Arbeitnehmer zu einem unterschiedlichen Schutz führen, nicht willkürlich die dem Arbeitgeber günstige wählen (BAG vom 20. 7. 1982 – 3 AZR 446/80 – AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis = BAG 39, 200 ff. [3b der Gründe] m. w. N.).

a) Auch die Ausnutzung der durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein (vgl. BAG vom 8. 12. 1988 – 2 AZR 308/88 – AP Nr. 6 zu § 1 BeschFG 1985 = BAG 60, 282 ff. [3b cc der Gründe]). Von einer missbräuchlichen dem Zweck des Beschäftigungsförderungsgesetzes widersprechenden Gestaltung kann insbesondere dann gesprochen werden, wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken abwechselnd mit einem Arbeitnehmer befristete Arbeitsverträge schließen, eine Befristung der Arbeitsverträge nach dem BeschFG ohne Auswechslung des Arbeitgebers nicht mehr möglich wäre und der Wechsel ausschließlich deshalb erfolgt, um auf diese Weise über die nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können. In einem solchen Fall ist das Verhalten der Vertragsarbeitgeber darauf angelegt, durch die Vertragsgestaltung zum Nachteil des Arbeitnehmers eine Rechtsposition zu erlangen, die nach dem Zweck des Beschäftigungsförderungsgesetzes nicht vorgesehen ist. Ein Rechtsmissbrauch liegt allerdings dann nicht vor, wenn für den Austausch des Vertragsarbeitgebers andere, rechtlich nicht zu missbilligende Gründe maßgeblich waren. Dabei können bei der Prüfung der Frage, ob sich die Berufung des Arbeitgebers auf § 1 BeschFG ausnahmsweise als Rechtsmissbrauch darstellt, auch noch weitere Umstände des Einzelfalls von Bedeutung sein. Die Darlegungs- und Beweislast für den Rechtsmissbrauch trägt derjenige, der sich darauf beruft, hier der Arbeitnehmer. Allerdings muss sich der Arbeitgeber konkret zu der Behauptung des Arbeitnehmers einlassen, die Auswechslungen des

Vertragsarbeitgebers hätten nur der Umgehung des Beschäftigungsförderungsgesetzes gedient. Er muss daher in einem solchen Fall die Gründe für den Arbeitgeberwechsel vortragen. Der Arbeitnehmer muss dann vortragen und ggf. beweisen, dass die vom Arbeitgeber behaupteten Gründe für den Arbeitgeberwechsel keine Rolle spielten. Aufgabe des Tatrichters ist es, sich gemäß § 286 Abs. 1 ZPO eine Überzeugung darüber zu bilden, ob die Umgehung des Beschäftigungsförderungsgesetzes ausschlaggebender Grund für den Arbeitgeberwechsel war. Bei dieser Überzeugungsbildung hat der Tatrichter alle Umstände des Einzelfalles zu würdigen. Das Risiko der Unbeweisbarkeit (*non liquet*) trägt derjenige, der sich auf den Rechtsmissbrauch beruft.

b) Vorliegend hätte die im Vertrag vom 1. 11. 1997 vereinbarte Befristung ohne Auswechslung des Vertragsarbeitgebers nicht auf das Beschäftigungsförderungsgesetz gestützt werden können. Vielmehr hätte dies gegen das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. BeschFG verstoßen. Denn der vorhergehende, für die Zeit vom 1. 11. 1996 bis zum 31. 10. 1997 geschlossene Vertrag war ersichtlich nach § 1 Abs. 1 BeschFG befristet. Zur Rechtfertigung dieser Befristung kam erkennbar nur das Beschäftigungsförderungsgesetz in Betracht. Jedenfalls haben die Parteien nicht vorgetragen, dass die Befristung auf einen Sachgrund gestützt worden wäre. Es kommt daher darauf an, ob der Geschäftsführer der Bekl. und gleichzeitige Inhaber des Ingenieurbüros, K. die Auswechslung des Vertragsarbeitgebers zum 1. 11. 1997 nur vorgenommen hat, um auf diese Weise das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 BeschFG zu umgehen. Die hierzu erforderliche Gesamtwürdigung kann der Senat nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht selbst vornehmen. Die Bekl. hat bisher keine Gründe für die Auswechslung des Vertragsarbeitgebers genannt. Auch änderten sich bei den zum 1. 11. 1996 und zum 1. 11. 1997 vorgenommenen Auswechslungen des Arbeitgebers weder die Bedingungen des Arbeitsvertrags noch der Arbeitsplatz noch die Vorgesetzten der Kl. Ebenso blieben die für die Kl. zuständige Personalverwaltung und mit K. auch die natürliche Person auf Arbeitgeberseite gleich. Andererseits hat die Bekl. aber vorgetragen, trotz identischem Arbeitsplatz seien die Arbeiten der Kl. in der Zeit von November 1996 bis Oktober 1997 andere gewesen als zuvor und danach. Dies könnte möglicherweise ein Grund für den Arbeitgeberwechsel gewesen sein. Allerdings bedarf in diesem Zusammenhang der Einwand der Kl., es sei völlig unerfindlich, wie die Bekl. Tätigkeiten, die allein in dem Produktionsbetrieb anfallen, dem Ingenieurbüro zuordnen wolle, der Berücksichtigung und Prüfung. Hierbei erscheint auch die Zuordnung der Geschäftsfelder der Bekl. und des Ingenieurbüros noch klärungsbedürftig. Von indizieller Bedeutung und bei der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen kann schließlich auch das Vorbringen der Kl. sein, die Auswechslung des Arbeitgebers sei bei der Bekl. offensichtlich gängige Praxis, um die Begründung unbefristeter Ar-

beitsverhältnisse zu vermeiden, und bei den Arbeitnehmerinnen O., S. und Se. sei in ähnlicher Weise wie bei der Kl. verfahren worden. Zu diesem Vorbringen hat sich die Bekl. bisher nicht eingelassen. Das LAG muss daher den Parteien noch Gelegenheit zu abschließendem Vortrag insbesondere zu diesen Gesichtspunkten geben, erforderlichenfalls über streitige Tatsachen Beweis erheben und sodann unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände die bisher unterlassene Würdigung vornehmen, ob es der Bekl. nach § 242 BGB verwehrt ist, sich zur Rechtfertigung der Befristung auf § 1 Abs. 1 BeschFG zu berufen.

**Anmerkung:** 1. Die vorliegende Entscheidung fügt dem noch immer fragmentarischen „Recht des gemeinsamen Betriebs“ einen Mosaikstein hinzu. Inhaltlich geht es um das sog. Anschlussverbot nach § 1 Abs. 3 BeschFG 1996, das bis 31. 12. 2000 galt. Danach war eine Befristung ohne Sachgrund ausgeschlossen, wenn sie in „engem sachlichen Zusammenhang“ zu

- einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag oder
- einem anderen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber

stand. Ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag konnte allerdings bis zu drei Mal (nahtlos) verlängert werden, sofern die Höchstfrist von zwei Jahren dadurch nicht überschritten wurde. Rechtlich unbedenklich war auch ein enger sachlicher Zusammenhang zu einem mit Sachgrund befristeten Arbeitsvertrag.

Nach dem heute geltenden § 14 TzBfG hat die Problematik des „früheren Arbeitsvertrags“ erheblich an Bedeutung gewonnen. Die Kategorie des engen sachlichen Zusammenhang spielt zwar nur noch im Rahmen der sog. Altersbefristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG eine Rolle. Im Übrigen steht jedoch jedes frühere Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber einer sachgrundlosen Befristung entgegen.

Das BAG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob von einem Arbeitsvertrag mit „demselben Arbeitgeber“ auch dann gesprochen werden kann, wenn der Arbeitnehmer in einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen tätig war und lediglich der „Vertragsarbeitgeber“ vereinbarungsgemäß wechselte.

2. Das BAG prüfte unter II 1 a aa der Gründe zunächst, ob es bei dem Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 auf die Arbeit im Betrieb oder auf die vertragliche Beziehung zu einem bestimmten Arbeitgeber ankomme. Im Ergebnis entschied es sich zu Recht für die zweite Lösung, für die in der Tat der Gesetzeswortlaut spricht. Eine andere Lösung habe dem Gesetzgeber offengestanden, doch könne er sein Ziel, „sozialpolitisch unerwünschte, sachgrundlose Kettenarbeitsverträge zu verhindern“, auch auf diesem Wege erreichen. Die Gesetzgebungsgeschichte bestätige eine solche Aus-

legung. Das BAG habe es in seiner Entscheidung vom 8. 12. 1988 (AP Nr. 6 zu § 1 BeschFG 1985) für unbedenklich erklärt, wenn die in Frage stehende Person zuvor bereits als Leiharbeiter in Betrieb tätig gewesen wäre – bei der Novellierung 1996 habe man dies nicht zum Anlass für eine Korrektur genommen. Hier melden sich leichte Bedenken: Die mit der Gesetzesformulierung befassten Ministerialbeamten haben nicht notwendigerweise die gesamte BAG-Rechtsprechung im Hinterkopf, und dasselbe gilt für die Mitglieder des einschlägigen Parlamentsausschusses. Der Schluss, man habe bestimmte Dinge bewusst nicht ändern wollen, bedarf daher noch weiterer Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass der Verleiher und der Inhaber des Arbeitsbetriebs deutlich geschiedene Einheiten sind, während beim gemeinsamen Betrieb ein stärkeres Maß an „Nähe“ besteht. Dies wird im konkreten Fall besonders deutlich, wo K. Inhaber des Ingenieurbüros (Unternehmen 1) und zugleich Geschäftsführer der GmbH (Unternehmen 2) war. Dennoch wird man dem BAG im Ergebnis zustimmen müssen; der Gesetzeswortlaut stellt nun mal nicht auf die Betriebszugehörigkeit, sondern auf den Arbeitsvertrag ab.

3. Das eigentliche Problem liegt in der Frage, ob man das Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 entsprechend anwenden konnte. Das BAG hat dieses Problem gesehen, jedoch unter II 1 a bb nur kurz abgehandelt. Es fehle an einer ausfüllungsbedürftigen planwidrigen Gesetzeslücke; außerdem könne die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Befristungsmöglichkeiten durch einen nur zu diesem Zweck vorgenommenen Austausch der Vertragsarbeitgeber durch einen Rückgriff auf § 242 BGB verhindert werden. Beide Argumente erscheinen nicht zwingend.

Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen besitzt allenfalls auf betriebsverfassungsrechtlichem Gebiet einigermaßen klare Konturen. Der im Jahre 2001 neu gefasste § 1 BetrVG anerkennt in Abs. 1 Satz 2 dessen Existenz und spricht in Abs. 2 dessen Voraussetzungen an. Die Rechtsfolgen sind im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelt worden, die beispielsweise die Wahl eines eigenen Wirtschaftsausschusses verlangt, wenn der gemeinsame Betrieb mehr als 100 Beschäftigte hat (BAG, AP Nr. 8 zu § 106 BetrVG 1972). Der Gesetzgeber hat lediglich durch den neuen § 47 Abs. 9 die Repräsentanz in den Gesamtbetriebsräten der Trägerunternehmen geregelt, worauf § 55 Abs. 4 Satz 2 n.F. für den Konzernbetriebsrat verweist. Im Tarifvertrags- wie im Arbeitsvertragsrecht fehlen demgegenüber vergleichbare Vorgaben, so dass die offenen Probleme überwiegen. Kann beispielsweise die Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz im gemeinsamen Betrieb auch dann verlangt werden, wenn dieser bisher von einem anderen Trägerunternehmen aus besetzt wurde? Kann sich ein gekündigter Arbeitnehmer darauf berufen, in einem anderen Betrieb seines Vertragsarbeitgebers sei ein Arbeitsplatz frei? Kann er ggf. auch einen freien Arbeitsplatz in einem sonstigen Betrieb eines nicht mit

ihm vertraglich verbundenen Trägerunternehmens für sich ins Feld führen? Der Gesetzgeber hat dies alles nicht geregelt, weil er stillschweigend von der traditionellen Auffassung ausgeht, der Betrieb sei die (oder: eine) arbeitsorganisatorische Untereinheit eines einzigen Unternehmens. Die Rechtsprechung hat dies in durchaus mutiger Weise im Bereich der Betriebsverfassung korrigiert; es auch auf anderen Gebieten zu tun, ist eine noch nicht voll bewältigte Aufgabe. Außerhalb der Betriebsverfassung hat sich der arbeitsrechtliche Gesetzgeber bisher durch Untätigkeit ausgezeichnet, obwohl das Vorliegen spezifischer Probleme keinem Zweifel unterliegt. Insoweit kann auch der Sicht des Rechts der Befristung sehr wohl von einer „planwidrigen Lücke“ die Rede sein.

Ob man die an einem gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen als einheitlichen Arbeitgeber i. S. des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 ansieht, hängt letztlich davon ab, ob das Anschlussverbot seinem Sinn nach eine entsprechende Erstreckung verlangt. Dabei ist von der Zwecksetzung des § 1 BeschFG insgesamt bzw. (heute) des § 14 TzBfG auszugehen. Danach wird die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung eröffnet, um einen Anreiz für Neueinstellungen zu schaffen: Nach dem Kalkül des Gesetzgebers soll die Bereitschaft zu Einstellungen größer sein, wenn sich der Arbeitgeber ohne die Lästigkeiten einer Kündigung und eines evtl. gerichtlichen Verfahrens wieder von dem Arbeitnehmer trennen kann. Ob diese Überlegung zutrifft, soll uns hier nicht weiter interessieren. Entscheidend ist, dass das der Arbeitgeberseite 1996 gemachte „Angebot“ seine Grenzen hat: Die sachgrundlose Befristung besitzt eine Obergrenze von zwei Jahren, kürzere Arbeitsverhältnisse dürfen nur bis zu drei Mal verlängert werden, das Anschlussverbot ist zu beachten, um nicht die Verwandlung unbefristeter in befristete Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen und um die zeitlichen Obergrenzen abzusichern. Dem Anschlussverbot kommt von daher flankierende Bedeutung zu.

Legt man dies zugrunde, so ist es konsequent, auf den einzelnen Arbeitgeber abzustellen, der im Normalfall über die Einstellung entscheidet. Liegt jedoch der atypische Fall eines gemeinsamen Betriebes vor, bei dem die Personalentscheidungen durch den „einheitlichen Leitungsapparat“ getroffen werden, so kommt es allein auf diesen an. Wäre es anders, hätte ein und dieselbe Einstellungsinstanz plötzlich das Mehrfache an Befristungsmöglichkeiten: Je nach frei ausgesuchtem Arbeitgeber könnte man viele Male von den Möglichkeiten des § 1 Abs. 1 BeschFG 1996 bzw. des § 14 Abs. 2 TzBfG Gebrauch machen. Hierfür fehlt jeder innere Grund; der gewährte Anreiz soll für alle Entscheidungsinstanzen derselbe sein. Die Trägerunternehmen sollten deshalb im Befristungsrecht wie ein einheitlicher Arbeitgeber behandelt werden. Nur so wird ein vom Gesetz nicht gewollter Effekt vermieden.

Für diese Lösung spricht weiter, dass sie Wertungswidersprüche vermeidet, die sich bei einer isolierenden Betrachtung der beteiligten Unternehmen ergeben könnten. Träger des gemeinsamen Betriebes ist häufig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Soweit diese eine Außengesellschaft ist, kommt ihr nach der neuesten Rechtsprechung des BGH Rechtsfähigkeit zu (BGH, NJW 2001, 1056). Wann die Voraussetzungen hierfür vorliegen, kann durchaus zweifelhaft sein. Sicherlich sind sie nicht gegeben, wenn sich der Leitungsapparat auf die Organisation der Arbeitsprozesse beschränkt und deshalb selbstredend auch nicht über ein eigenes Vermögen verfügt. Die Antwort wird bereits dann sehr viel zweifelhafter, wenn es zu Einstellungen kommt, bei denen die Leitung des gemeinsamen Betriebs als solche nach außen hin in Erscheinung tritt. Eine rechtsfähige Außengesellschaft liegt mit Sicherheit dann vor, wenn Verträge mit Dritten geschlossen werden. Nimmt nun eine rechtsfähige Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Einstellungen vor, so wird sie selbst zum Arbeitgeber (wobei die Trägerunternehmen nach BGH in entsprechender Anwendung des § 128 HGB haften). In diesem Fall würde bei mehrmaliger Befristung selbstredend das Anschlussverbot alter wie neuer Fassung gelten. Es wäre nun wenig einleuchtend, würde der „Zufall“, ob der gemeinsame Betrieb von einer rechtsfähigen Außen- oder einer nicht rechtsfähigen Innengesellschaft gesteuert wird, darüber entscheiden, in welchem Umfang Befristungen möglich sind.

Die hier befürwortete „Zusammenfassung“ der Arbeitgeberunternehmen ist der Spezifik der Entscheidungsstruktur geschuldet. Der gemeinsame Betrieb zeichnet sich ja in der Tat dadurch aus, dass der Leitungsapparat die „wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten“ erfüllt (BAG, AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb). Ein entsprechendes Phänomen ist im Bereich konzern einheitlicher Personalpolitik möglich (nur darauf bezieht sich die Aussage in *Kittner/Däubler/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 1999 § 1 BeschFG Rn. 32; ebenso 5. Aufl. 2001, § 14 TzBfG Rn. 162). Im Normalfall der Leiharbeit ist die Situation eine andere, da die Willensbildung der beteiligten Arbeitgeber völlig unabhängig voneinander erfolgt. Allerdings könnte man sich hier die Frage stellen, ob Abweichendes dann gilt, wenn die Einsatzzeit dem neuen § 14 Abs. 5 AÜG entsprechend auf zwei Jahre ausgedehnt wird und im zweiten Jahr eine Gleichbehandlung mit den übrigen im Arbeitsbetrieb Beschäftigten praktiziert werden muss. Zwar besteht formal weiterhin kein Arbeitsvertrag zum Entleiher, doch sind die Rechtsbeziehungen einem solchen stark angenähert: Dies folgt nicht nur aus der Gleichbehandlung, sondern auch aus dem durch § 7 Satz 2 BetrVG n.F. geschaffenen Wahlrecht zum Betriebsrat. Dieses impliziert im Übrigen auch die Anwendung betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen auf die Rechtsbeziehung zum Entleiher, wenn von den Möglichkeiten des § 3 Abs. 1 BetrVG n.F. Gebrauch ge-

macht wird. Betrachtet man die weiteren in § 14 Abs. 2 AÜG vorgesehenen Befugnisse des Leiharbeitnehmers sowie die durch § 11 Abs. 6 und 7 AÜG angeordnete Einbeziehung in das Arbeitsschutz- und das Arbeitnehmererfinderrecht, so lässt sich von einem „fragmentarischen“ Arbeitsverhältnis sprechen, dessen Gleichstellung mit einem vollständigen bei einem Langfristensatz zumindest erwägenswert ist. Wer als Arbeitgeber bis zu zwei Jahren eine Leiharbeitskraft in Anspruch nimmt, sollte nicht unbedingt einen erneuten „Anreiz“ durch Eröffnung einer sachgrundlosen Befristung erhalten.

4. Zurück zum BAG-Fall. Geht man von einer Trennung der Trägerunternehmen im Befristungsrecht aus, so stellt sich in der Tat als nächstes die Frage, ob ein „enger sachlicher Zusammenhang“ mit dem ein Jahr zurückliegenden ersten befristeten Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten bestand. Die unter II 2 der Gründe gemachten Ausführungen sind konsequent und beifalls wert, wenn man die zwischen den beiden befristeten Verträgen liegende Zeit gewissermaßen „herausschneidet“ und wie eine Abwesenheit behandelt. Stattdessen könnte man für die Frage des „engen sachlichen Zusammenhangs“ auch darauf abstellen, ob in der Zwischenzeit gar nicht oder bei einem Dritten gearbeitet wurde oder ob ein befristeter Arbeitsvertrag mit Sachgrund beim selben Arbeitgeber bestand. Das BAG hat Letzterem schon in früheren Entscheidungen (BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BeschFG 1996 = NZA 2000, 1110, 1112; BAG, AP Nr. 7 zu § 1 BeschFG 1996 = NZA 2001, 609, 611) allerdings keine Bedeutung beigemessen, was damit zusammenhängen dürfte, dass der Gesetzgeber im Jahre 1996 durchaus bewusst einen Wechsel zwischen Befristung mit Sachgrund und anschließender Befristung ohne Sachgrund ermöglichen wollte. Ob dies allerdings auch den Fall erfassen sollte, dass zunächst ohne, dann mit, dann wieder ohne Sachgrund befristet wurde, hätte man möglicherweise anders beurteilen können.

5. Nimmt man mit dem BAG des großen zeitlichen Abstands wegen keinen engen sachlichen Zusammenhang mit dem ersten befristeten Arbeitsvertrag im Verhältnis zum Beklagten an, so stellt sich in der Tat die Frage des Rechtsmissbrauchs. Das BAG nimmt hier eine sinnvolle Differenzierung vor. Letztlich läuft seine Position darauf hinaus, den Wechsel vom einen zum anderen Vertragsgeber dann auszuschließen, wenn es an einem sachlichen Grund fehlt. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn – wie vorliegend von der Klägerin behauptet – während der Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverträge immer dieselbe Tätigkeit ausgeübt wurde. Der Rückgriff auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs ist sicherlich berechtigt; die als Parallele herangezogene Entscheidung vom 20. 7. 1982 (AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis) betraf den Fall, dass die Einstellung von Reinemachefrauen auf den

Hausmeister delegiert wurde, der dies im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung vornehmen sollte.

Nach der seit 1. 1. 2002 bestehenden Rechtslage käme eine Inhaltskontrolle des zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrags nach AGB-rechtlichen Grundsätzen in Betracht. § 310 Abs. 4 BGB n.F. hat die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle auf Arbeitsverträge erstreckt, so dass nach § 307 Abs. 1 BGB n.F. zu prüfen wäre, ob der Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt worden ist. Es handelt sich dabei gewissermaßen um einen Spezialfall des vom BAG herangezogenen institutionellen Rechtsmissbrauchs (ebenso Palandt/*Heinrichs*, 61. Aufl. 2002, § 242 BGB Rn. 40). Letztlich geht es darum, dass vom Institut der Vertragsfreiheit kein zweckwidriger, die Selbstbestimmung des schwächeren Teils beseitigender Gebrauch gemacht wird. Das Ergebnis ist mit dem vom BAG gefundenen identisch.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen