

**Arbeitnehmerbegriff (§ 611 BGB);
hier: Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 12.12.2001
- 5 AZR 253/00 -**

Ist der zur Dienstleistung Verpflichtete nach den tatsächlichen Umständen nicht in der Lage, seine vertraglichen Leistungspflichten alleine zu erfüllen, sondern auf Hilfskräfte angewiesen und vertraglich berechtigt, seine Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, liegt regelmäßig kein Arbeitsverhältnis vor.

BAG, Urt. v. 12. 12. 2001 - 5 AZR 253/00 (Hamm)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und hierbei über die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der 1938 geborene Kl. war bei der Bekl. seit 1. 4. 1989 zunächst als angestellter Büfettier und Kellner beschäftigt. Mit Vertrag vom 27. 8. 1996 vereinbarten die Parteien die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. 8. 1996 sowie zum 1. 9. 1996 die Übernahme der gesamten Stand-/Pausenbewirtung in der H mit Ausnahme des Restaurantgeschäfts durch den Kl. In dem Vertrag ist unter anderem Folgendes vereinbart: ...

§ 2. ... Es gilt zwischen den Parteien ausdrücklich als vereinbart, dass Herr B ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Arbeitnehmer ist und auch nicht in einem arbeitsähnlichen Verhältnis zur H steht.

§ 3. Die Öffnungszeiten und die Besetzung der Stände richten sich nach den Wünschen und Vorstellungen unserer Gäste und werden deshalb in enger Abstimmung mit der Abteilung Gastronomie der H vorgenommen. ...

§ 5. Herr B verpflichtet sich, die Stände in einwandfreier Weise zu führen. Er hat auf eine vorschriftsmäßige Temperierung der angebotenen Getränke zu achten und die ihm anvertrauten betriebseigenen Geräte und sonstigen Gegenstände pfleglich zu behandeln. Das schließt die ihm übergebenen Kühl- und Trockenlagerräume sowie die fach- und sachgerechte Reinigung der Theken ein.

§ 6. Der Einkauf von Waren erfolgt ausschließlich durch die H, Abteilung Gastronomie. Die Anwesenheit des Herrn B bei der Warenannahme ist zwingend erforderlich. Die Verkaufspreise werden veranstaltungsbezogen zwischen der H und Herrn B abgestimmt.

§ 7. Die Herrn B übergebene Ware bleibt Eigentum der H. An jedem Monatsende erfolgt eine körperliche Bestandsaufnahme unter Beteiligung eines Mitarbeiters der Abteilung Gastronomie. Auf der Grundlage dieser Bestandsaufnahme wird eine Monatsabrechnung erstellt. Bestandsdifferenzen, die dem Betrag von 200 DM übersteigen, sind zum Zeitpunkt der Errechnung an die Kasse der H zu zahlen.

§ 8. Herr B hat an dem nächsten Werktag, der dem Veranstaltungstage folgt, eine á-cro.-Zahlung bei der Stadtparkasse M zu leisten und den Einzahlungsbeleg beim Leiter der Gastronomie oder seinem Vertreter abzugeben. Auf Anforderung sind die Einzahlungsbelege bei der monatlichen Abrechnung gesammelt vorzulegen.

§ 9. Bei der Berechnung des Schankmaßes ist davon auszugehen, dass bei Brandwein und Spirituosen aus einer 0,7-l-Flasche 32 Glas und aus einer 1-l-Flasche 45 Glas ausgeschenkt werden können. Für alle Fassbiere wird die Literzahl voll zu Grunde gelegt. Es wird ein Schankverlust für alle aus Fässern ausgeschenkten Waren (Fassbier, Containerware, Coca-Cola, Fanta etc.) von 2% abgerechnet.

§ 10. Herr B erhält für seine Tätigkeit eine Vergütung (Provision) in Höhe von ...

§ 12. Im Fall von Abwesenheit, sei es durch Urlaub, Krankheit oder andere Umstände, benennt Herr B einen Vertreter, der für ihn die Geschäfte in der H im Sinne dieses Vertrags fortführt. Der Vertreter ist namentlich mit Anschrift und Telefonnummer der H zu benennen.

In einer Anlage zum Vertrag vom 1. 9. 1996 heißt es:

1. Dieser Vertrag stellt es Herrn B frei, jederzeit auch außerhalb unserer Räume unternehmerisch tätig zu sein.

2. Herr B unterliegt ausdrücklich keinem Weisungsrecht durch die H.

3. § 12 dieses Vertrags ist so zu verstehen, dass Herr B in der Frage der persönlichen Anwesenheit frei ist. Er ist jedoch verpflichtet einen geeigneten Vertreter zu benennen.

4. Abweichend von § 6 ist Herr B auch berechtigt, eine Person seines Vertrauens zur Warenannahme zu ermächtigen.

5. Die Vertragsparteien sind sich einig, dass Herr B im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit durchaus an der Auswahl und dem Umfang des Warensortiments gestalterisch Einfluss nehmen soll.

Das schließt werbliche Maßnahmen ebenso ein, wie die aktive Form der Darbietung, kurz, dass Herr B alle unternehmerischen Maßnahmen ergreift, die seine Verkaufserlöse beeinflussen.

Mit Wirkung vom 1. 9. 1996 meldete der Kl. bei der zuständigen

Behörde ein Gewerbe „Organisation und Serviceleistungen“ an. Die Bekl. übermittelte dem Kl. vor den einzelnen Veranstaltungen schriftliche Anweisungen über die Öffnungszeiten, die anzubietenden Getränke, Preise, Anzahl und Aufstellung der Theken und Stände. Sie bestimmte, welche Speisen anzubieten waren. Gegen den Widerstand des Kl. führte sie 1997 ein neues Kassensystem ein. Bei großen Veranstaltungen beschäftigte der Kl. bis zu 100 Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer wählte er selbst aus und stellte sie als eigene Arbeitnehmer ein. Nach Angaben des Kl. belief sich sein zu versteuerndes Einkommen im Jahre 1997 auf 97000 DM und sein Umsatz in 1998 auf 210703,96 DM. Die Personalkosten betragen in dieser Zeit 155371,72 DM. Die Bekl. kündigte mit Schreiben vom 12. 8. 1998 das Vertragsverhältnis zum 31. 8. 1998. Mit seiner am 1. 9. 1998 beim ArbG eingegangenen Klage wendet sich der Kl. gegen diese Kündigung. Der Kl. hat die Auffassung vertreten, seine Tätigkeit sei vor und nach der Vertragsumstellung vom August 1996 unverändert geblieben. Ungeachtet der vertraglichen Vereinbarungen vom 27. 8. 1996 habe er auch ab September 1996 in einem Arbeitsverhältnis zur Bekl. gestanden. Die Bekl. habe ihn genau angewiesen, wie die von ihm zu erbringenden Arbeiten durchzuführen gewesen seien. Eine freie unternehmerische Tätigkeit sei nicht möglich gewesen. Allein in der Zeit von Januar bis Mai 1998 habe er monatlich zwischen 187 und 355 Stunden für die Bekl. gearbeitet. Die Bekl. habe die persönliche Anwesenheit bei allen Veranstaltungen erwartet. Die Kündigung vom 12. 8. 1998 sei unwirksam, weil der bei der Bekl. bestehende Betriebsrat nicht angehört worden sei. Im Übrigen sei die Kündigung auch nicht sozial gerechtfertigt.

Das ArbG hat mit Beschluss vom 15. 12. 1998 den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig erklärt und mit Urteil vom selben Tage die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das LAG der Klage stattgegeben und die Revision zugelassen. Mit ihrer Revision beantragt die Bekl. die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Das LAG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Die Kündigung ist wirksam.

1. Der Kl. stand zum Zeitpunkt der Kündigung nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Bekl. Die Bekl. musste deshalb den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht anhören. Die Kündigung ist nicht auf ihre soziale Rechtfertigung i. S. von § 1 KSchG zu überprüfen.

1. Das LAG ist zunächst zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von anderen Rechtsverhältnissen aufgestellt hat. Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (BAGE 93, 310 [314 f.] = NJW 2000, 1438 = NZA 2000, 385 m. w. Nachw.). Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist namentlich der Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Für die Abgrenzung von Bedeutung sind die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist und nicht die Modalitäten der Zahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder die Überbürdung vertraglicher Risiken. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, so ist Letztere maßgebend (vgl. BAGE 90, 36 = NZA 1999, 374 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 103; BAGE 86, 170 = NZA 1998, 368; BGH, NJW 1999, 648 = NZA 1999, 110 = LM H. 6/1999 § 13 VG Nr. 215).

2. Der Kl. stand seit 1. 9. 1996 nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis zur Bekl. Durch den Vertrag vom 27. 8. 1996 mit der Anlage vom 1. 9. 1996 ist zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis begründet worden. Der Kl. betrieb die Stand- und Pausenbewirtung in der H als Selbstständiger.

a) Der Kl. hatte seine vertraglich geschuldete Leistung nicht in Person zu erbringen, sondern konnte und musste Vertreter sowie Hilfskräfte einsetzen.

aa) Auf Grund des Umfangs der zu erbringenden Leistungen war der Einsatz von Hilfskräften - teilweise bis zu

100 Aushilfen – erforderlich. Der Kl. konnte das Personal, das er einstellte, frei auswählen. Er konnte die Arbeitsbedingungen selbstständig mit den Aushilfen aushandeln. Im Verhältnis zu diesen Aushilfskräften war er Arbeitgeber. Es war seine Aufgabe, das Personal einzuweisen, zu kontrollieren und zu motivieren. Dies sind wesentliche Merkmale selbstständigen Tätigwerdens (so bereits *Senat*, BAGE 86, 170 = NZA 1999, 374 = AP BGB § 611 Anhängigkeit Nr. 103; ebenso *BGH*, NJW 1999, 648 = NZA 1999, 110 = LM H. 6/1999 § 13 GVG Nr. 215; i. E. auch BAGE 34, 111 [120]; zust. *Boemke*, ZfA 1998, 285 [313]).

bb) Der Kl. begründete keine mittelbaren Arbeitsverhältnisse. Ein mittelbares Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn ein Mittelsmann, der selbst Arbeitnehmer eines Dritten ist, im eigenen Namen Hilfskräfte einstellt, die mit Wissen des Dritten unmittelbar für diese Arbeitsleistungen erbringen (BAGE 6, 232 [241]; vgl. auch BAGE 39, 200 = NJW 1983, 645). Im vorliegenden Fall hat die Bekl. keine konkreten Weisungen zur Einstellung der Arbeitnehmer erteilt. Die Bekl. hat auch kein Weisungsrecht gegenüber den vom Kl. eingestellten Beschäftigten ausgeübt. Vielmehr konnte der Kl. die geschuldeten Dienstleistungen nicht allein erbringen. Deshalb stellte er im eigenen Namen und für eigene Rechnung von ihm frei ausgewählte Arbeitskräfte ein, denen er allein weisungsberechtigt war (dazu bereits BAGE 86, 170 = NZA 1998, 368, sowie BAGE 34, 111). Rechtsbeziehungen der von ihm beschäftigten Aushilfen zur Bekl. entstanden nicht.

b) Für die Selbstständigkeit des Kl. spricht weiterhin seine Berechtigung, andere berufliche und gewerbliche Aktivitäten zu entfalten. Soweit der Kl. hiergegen geltend macht, auf Grund der zeitlichen Inanspruchnahme durch die Bekl. sei dies faktisch ausgeschlossen gewesen, kann dem nicht gefolgt werden. Mit dem Hinweis des Kl. auf 187 bis 355 Arbeitsstunden monatlich ist nicht aufgezeigt, dass der Kl. in diesem Umfang auch persönlich tätig werden musste. Die behaupteten Arbeitsstunden lassen nicht den Schluss zu, nur er und keiner seiner Angestellten habe diese Aufgaben – gegebenenfalls teilweise – wahrnehmen können. Deshalb folgt auch unter Berücksichtigung der weiteren Behauptung des Kl., er habe in dem genannten Umfang selbst mitarbeiten müssen, weil er sich finanziell eine entsprechende Arbeitskraft nicht leisten können, weder eine rechtliche noch eine faktische Verpflichtung zur Mitarbeit. Vielmehr beruhte der Entschluss des Kl. zur persönlichen Mitarbeit offenbar auf wirtschaftlichen Überlegungen, deren zwingende Erforderlichkeit der Kl. nicht schlüssig dargelegt hat (vgl. hierzu auch BAGE 34, 110).

c) Entgegen der Auffassung des LAG begründen die Organisationsanweisungen der Bekl. nicht die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Hierbei handelte es sich um allgemeine, zum Teil von dritter Seite stammende Vorgaben für den Ablauf der einzelnen Veranstaltungen und nicht um arbeitsvertragliche Weisungen, durch die die Leistung des Kl. im Einzelnen geregelt wurde. Mit der vertraglich vereinbarten Übernahme der gesamten Stand- und Pausenbewirtung in der H ab 1. 9. 1996 war der Kl. zugleich verpflichtet, seine Dienstleistungen bei den von der Bekl. akquirierten Veranstaltungen zu den mit dem jeweiligen Veranstalter vereinbarten Öffnungszeiten zu erbringen. Die Durchführung der einzelnen Veranstaltung hing erkennbar von deren Größe sowie den Wünschen des jeweiligen Veranstalters ab. Darüber wurde der Kl. in Ablaufplänen und Organisationsanweisungen unterrichtet. Das Speisen- und Getränkeangebot richtete sich nach den Vorstellungen der verschiedenen Veranstalter und dem Veranstaltungsscharakter. So ist offensichtlich, dass bei einer Veranstaltung der Evangeliums-Christen-Baptisten mit 5000 Teilnehmern andere Speisen und Getränke angeboten sowie Tische und Theken anders aufgestellt wurden als bei einer SPD-Wahlkampfveranstaltung mit 3000 Teilnehmern, einer Veranstaltung der ÖTV-Kreisverwaltung mit 200 Teilnehmern, einer Verdi-Puccini-Rossini-Gala oder der größten

Kegelparty Europas, um bei den Beispielen des Kl. zu bleiben.

d) Dem selbstständigen Tätigwerden des Kl. steht weiterhin nicht entgegen, dass die Ein- und Verkaufspreise für die vom Kl. bei den Veranstaltungen angebotenen Speisen und Getränke von der Bekl. vorgegeben waren. Hiermit hat die Bekl. keine arbeitsvertraglichen Weisungen erteilt, sondern wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit des Kl. geschaffen. Innerhalb dieser Vorgaben wurde der Kl. selbstständig tätig, indem er mit dem von ihm ausgewählten und eingesetzten Personal die Stände bewirtschaftete. Auf die Verkaufstätigkeit selbst hat die Bekl. nicht durch arbeitsvertragliche Weisungen Einfluss genommen, sondern nur den äußeren Rahmen vorgegeben.

e) Mit der Anweisung, für eine ausreichende Besetzung sowie hinreichende Sauberkeit und Ordnung an den einzelnen Ständen zu sorgen, hat die Bekl. kein arbeitsvertragliches Weisungsrecht ausgeübt. Denn die Bekl. hat es dem Kl. überlassen, wie er im Einzelnen dafür sorgt, dass das von ihm angestellte Personal seine Aufgaben erfüllt. Dem Kl. blieb die Personalhoheit.

f) Aus der in § 9 des Vertrags vom 27. 8. 1996 getroffenen Vereinbarung über die Berechnung des Schankmaßes können keine Schlüsse gegen die Selbstständigkeit des Kl. gezogen werden. Die Bekl. hat hierdurch zwar vertraglich sichergestellt, dass ihr ein beträchtlicher Teil des Schankgewinns zufließt. Dies besagt aber wenig über eine persönliche Abhängigkeit des Kl. Die Regelung bezieht sich allein auf die Berechnungsgrundlagen für die Ermittlung des Verdienstes des Kl. Soweit das LAG hieraus weiter gehend folgert, der Gestaltungsspielraum des Kl. habe sich durch diese Vereinbarung weit gehend auf den Betreuungsablauf beschränkt, kann dem nicht gefolgt werden. Das LAG berücksichtigt nicht genügend, dass der vom Kl. erzielbare Gewinn insbesondere von der Art und Weise der Betreuung der einzelnen Stände abhängig war. Gutes, schnell und geschickt arbeitendes Personal konnte den Umsatz steigern, während langsam arbeitende Aushilfen weniger Speisen und Getränke verkauften. Hierauf hatte der Kl. durch die ihm allein obliegende Personalauswahl und Personalführung entscheidenden Einfluss.

g) Die von der Bekl. vorgenommene Einführung von Registrierkassen hat für die Arbeitnehmereigenschaft des Kl. keine Bedeutung. Die Registrierkassen waren zur Umsetzung des vereinbarten Provisionsystems erforderlich. Nur hierdurch konnte die Bekl. die tatsächlichen Einnahmen des Kl., die Grundlage der Provisionsberechnung waren, sicher feststellen. Das selbstständige Tätigwerden des Kl. ist hierdurch nicht in Frage gestellt worden.

h) Gegen die Selbstständigkeit des Kl. spricht auch nicht die Verpflichtung, die Speisen und Getränke über die Bekl. zu beziehen. Gleiches gilt für die Anordnung der Bekl., ein bestimmtes Pfandrücknahmesystem zu benutzen, sowie die weitere Anweisung, eine bestimmte Sektbar auf jeden Fall zu betreiben. Alle diese Vorgaben der Bekl. sind nicht Ausdruck eines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts, sondern stellen sich bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung der vertraglichen Beziehung der Parteien als organisatorische Rahmenbedingungen dar, innerhalb deren der Kl. mit einer Vielzahl von Arbeitskräften selbstständig tätig wurde.

i) Entgegen der Auffassung des LAG ist schließlich unerheblich, dass der Kl. zuvor bis zum 31. 8. 1996 in einem Arbeitsverhältnis stand. Denn mit dem Vertrag vom 27. 8. 1996 haben die Parteien ihre rechtlichen Beziehungen auf eine neue Grundlage gestellt, inhaltlich verändert und das Rechtsverhältnis nicht nur anders bezeichnet (vgl. hierzu BAGE 84, 108 = NZA 1997, 194; BAGE 86, 170 = NZA 1998, 368). Der Kl. war nach dem Vertrag vom 27. 8. 1996 nebst Nachtrag vom 1. 9. 1996 in Abweichung von der früheren Vereinbarung nicht mehr verpflichtet, seine Arbeitsleistung in Person zu erbringen, sondern konnte Dritte einsetzen. Er wählte sein Personal eigenständig und eigenverantwortlich aus und hatte gegenüber den von ihm eingestellten Beschäftigten uneingeschränkt alle Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers. Diese dem Kl. eingeräumten unternehmeri-

schen Freiheiten hat das BerGer. im Ergebnis nicht hinreichend beachtet. Das Urteil des LAG ist daher aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Anm. d. Schrifttg.: Den Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft beschreibt *Reinecke*, NZA 1999, 729. Grundlegend zum Arbeitnehmerbegriff *Hromadka*, NZA 1996, 569. Vgl. zu den „Eismannfällen“ BGHZ 140, 11 = NJW 1999, 218; s. dazu *Wank*, RdA 1999, 268. Zur Statusrechtsprechung des S. Senats s. *Hochrathner*, NZA-RR 2001, 561.

Fundstelle

EzA-SD 2002, Nr 12, 9-10

NJW 2002, 2411-2413

NZA 2002, 787-789