

Aktenzeichen: 1 ABR 57/95
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 25. Juni 1996
- 1 ABR 57/95 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Beschluß vom 30. August 1994
- 25 BV 4/94 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Beschluß vom 28. Juni 1995
- 5 TaBV 11/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Beschäftigung freier Mitarbeiter als Einstellung

Gesetz:

BetrVG §§ 99, 101; BGB § 611 Abhängigkeit

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Vergabe von Plakatklebearbeiten an freie Mitarbeiter; Voraussetzungen einer Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG (Bestätigung des Senatsbeschlusses vom 30. August 1994 - 1 ABR 3/94 - AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 ABR 57/95

5 TaBV 11/94 Hamburg

Verkündet am
25. Juni 1996

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

unter Beteiligung

Im Namen des Volkes!

B e s c h l u ß

In dem Beschlußverfahren

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 25. Juni 1996 durch den Präsidenten Professor



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dr. Dieterich, die Richter Dr. Rost und Dr. Wißmann sowie die ehrenamtliche Richterin Elias und den ehrenamtlichen Richter Dr. Münzer beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 28. Juni 1995 - 5 TaBV 11/94 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluß des Arbeitsgerichts Hamburg vom 30. August 1994 - 25 BV 4/94 - abgeändert.

Der Antrag wird abgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

I. Die Beteiligten streiten darüber, ob die teilweise Übertragung von bisher durch Arbeitnehmer ausgeführten Arbeiten (Plakatkleben) auf einen externen Auftragnehmer als mitbestimmungspflichtige Einstellung zu werten ist.

Die Arbeitgeberin betreibt sogenannte Verkehrsmittelwerbung im Bereich des Hamburger Verkehrsverbundes. Sie hat ein Werbeträgernetz aufgebaut und vermietet die Werbeflächen an interessierte Kunden. Zu ihrem Betriebszweck gehört auch das Kleben der Werbeplakate an die von ihr unterhaltenen allgemeinen Anschlagstellen und Großflächen.

Nach einer Organisations- und Arbeitsanweisung vom 13. November 1991 waren die Plakatflächen im U-Bahn-Bereich in acht Klebebezirke eingeteilt. Jeder Bezirk wurde in zwei Touren bedient in der Weise, daß jeweils montags und donnerstags bzw.



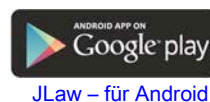
dienstags und freitags Klebarbeiten durchgeführt wurden, während mittwochs sonstige Arbeiten (Pflegearbeiten, Nachklebarbeiten) zu erledigen waren. Bis 1993 wurden diese Arbeiten von acht sogenannten Streckenklebern erbracht, die bei der Arbeitgeberin als Arbeitnehmer beschäftigt waren. Zwei Arbeitnehmer waren als Reißkolonne eingesetzt, um in regelmäßigen Abständen Plakatreste von den Anschlagflächen zu entfernen. In der Organisationsanweisung sind Arbeitszeiten der Streckenkleber festgelegt, jeweils beginnend um 6.00 Uhr (Sommerhalbjahr) bzw. 7.00 Uhr (Winterhalbjahr) mit der Bemerkung: "Die Arbeitszeit variiert um eine Stunde nach hinten". Als tägliche Arbeitszeit wird eine Zeit von 7,7 Stunden zugrunde gelegt. Die zu klebenden Plakate werden den Plakatklebern gefaltet und gewässert zur Verfügung gestellt. Diese Vorarbeiten werden von einem Mitarbeiter in der Plakatvorbereitung erledigt. Die notwendigen Materialien wie Kleister und Leiter werden über das jeweilige Plakatlager bzw. die Werkstattleitung angefordert. Die Plakate an den Großflächen werden in einem Zehn-Tage-Rhythmus geklebt, d.h. jedes Plakat hängt zehn Tage aus und wird dann überklebt bzw. entfernt.

Im Mai 1993 übertrug die Arbeitgeberin die Beklebung von 220 der 860 Großflächen auf eine "Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Plakatanschlag S A ". Der am 5. Mai 1993 abgeschlossene Vertrag hat folgenden Wortlaut:

1. Die Auftraggeberin beauftragt die Auftragnehmerin mit der laufenden Bearbeitung der in dem anliegenden Anschlagstellenverzeichnis aufgeführten Plakatanschlagstellen in Hamburg und Umgebung. Hierfür kann sie sich der Hilfe Dritter bedienen. Die Auftragnehmerin ist auch berechtigt, für andere Unternehmen - auch der gleichen Branche - tätig zu sein.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



...

2. Die Auftragnehmerin verpflichtet sich zur pünktlichen Anbringung der Plakate und Abdeckung abgelaufener Anschläge nach den Anschlagplänen der Auftraggeberin, zum Erneuern oder Abdecken beschädigter Plakate, zum Einkleben neuer oder versetzter Anschlagstellen, zum Schälen der Anschlagtafeln einschl. Papierabfahren und Neueinkleben, zum Sauberhalten der Bahnsteigbereiche, Durchgänge und Unterführungen etc. an den Anschlagstellen und zum Beseitigen von Fremdkörpern auf den Säulendeckeln.

Die zeitliche Gestaltung sowie die Art und Weise der Vertragserfüllung ist der Auftragnehmerin freigestellt.

Wird der Auftrag von der Auftragnehmerin mangelhaft, nur zum Teil oder überhaupt nicht erfüllt, so kann die Auftraggeberin, soweit noch möglich, Beseitigung des Mangels oder in den Fällen, in denen die Mängelbeseitigung nicht mehr möglich ist, Schadenersatz oder Minderung verlangen.

Das für die Anschlagarbeiten benötigte Kraftfahrzeug wird von der Auftragnehmerin gestellt. Das erforderliche Arbeitsmaterial kann von der Auftraggeberin zum Selbstkostenpreis bezogen werden.

3. Der Auftragnehmerin werden die für sie bestimmten Plakate und der Anschlagplan fristgerecht von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt. Fehlende Plakate sind bei der Auftraggeberin unverzüglich zu reklamieren.

Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, alle besonderen Vorkommnisse, die auf den Plakatanschlag an den von ihr betreuten Anschlagstellen Einfluß haben, der Auftraggeberin unverzüglich, in dringenden Fällen fernmündlich, zu melden. Dies gilt insbesondere, wenn die Auftragnehmerin feststellt, daß eine Anschlagstelle nicht mehr vorhanden oder beschädigt ist, oder wenn sie an der Durchführung des Plakatanschlags durch Straßenbauarbeiten gehindert wird.

4. Ist die Auftragnehmerin wegen Krankheit oder aus anderen Gründen verhindert, die ihr erteilten Aufträge auszuführen, so hat sie die Auftraggeberin hierüber unverzüglich zu verständigen und ihr gleichzeitig mitzuteilen, wer die Vertretung für sie übernimmt. Hiervon



unberührt bleiben etwaige Schadenersatzansprüche der Auftraggeberin, die daraus herrühren, daß die Auftragnehmerin Plakatanschläge nicht ausführt oder die Auftraggeberin sie selbst oder durch Dritte ausführen lassen muß.

5. Die Sicherheitsanforderungen der Verkehrsgesellschaften, in deren Betriebsbereichen Anschlagarbeiten durchgeführt werden, sind unbedingt zu beachten; ebenso ist den Anweisungen des Aufsichtspersonals der Verkehrsgesellschaften während der Durchführung von Arbeiten in deren Betriebsbereichen Folge zu leisten.
6. Für die Bearbeitung der Anschlagstellen einschl. der Nebenarbeiten gemäß Ziffer 2 Absatz 1 werden folgende Vergütungssätze zuzüglich etwa anfallender Umsatzsteuer gezahlt.
 - a) für eine allgemeine Anschlagstelle einschl. Ausbessern und Neutralisieren je Dekade DM -

bei einer Belegung bis zu zwei Dritteln je Dekade DM -

bei einer Belegung bis zu einem Drittel je Dekade DM -
 - b) für eine Ganzsäule je Klebung DM -
 - c) für eine Großfläche je Klebung DM 15,--

Diese Sätze werden nur für tatsächlich bearbeitete Anschlagstellen gezahlt. Für die Kontrolle und das Ausbessern von Anschlägen an Ganzsäulen und Großflächen, die die zweite Dekade ohne Neuklebung im Aushang bleiben, werden 25 % des entsprechenden Vergütungssatzes gezahlt. Muß eine Ganzsäule oder Großfläche total neu eingeklebt werden, wird der volle Vergütungssatz gezahlt.

7. Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, alle Steuern, Beiträge, etwaige Vorsorgeaufwendungen und dergleichen selbst zu tragen. Sie ist auch verpflichtet, ihr Gewerbe bei der zuständigen Behörde anzumelden.

Ein Anspruch auf Urlaub oder auf Fortzahlung der vereinbarten Vergütungen im Krankheitsfalle besteht nicht.

8. Der Vertrag beginnt am 10. 5. 1993 und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann jeweils mit einer Frist von drei Monaten zum



- 6 -

Monatsende, frühestens jedoch zum 31. 12. 1993 gekündigt werden.

Hält die Auftragnehmerin die von ihr übernommenen Verpflichtungen trotz Mahnung nicht ein, so berechtigt dies die Auftraggeberin, das Vertragsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen.

9. Eine etwaige Übertragung der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag durch die Auftragnehmerin auf einen Dritten bedarf der Zustimmung der Auftraggeberin.

10. Erfüllungsort ist Hamburg.

Gerichtsstand ist Hamburg.

Die Arbeiten werden von S A mit Hilfe von zwei oder drei weiteren Personen durchgeführt. Mit Wirkung vom 6. September 1993 hat die Arbeitgeberin S A unter Bezugnahme auf den Vertrag vom 5. Mai 1993 zusätzlich die Beklebung der Großflächen auf den Strecken der Eisenbahn Aktiengesellschaft Altona-Kaltenkirchen-Neumünster übertragen. Die Vergabe dieses Auftrages ist vom vorliegenden Streit nicht erfaßt.

Die für die Beklebung der mit Vertrag vom 5. Mai 1993 übertragenen 220 Großflächen vorgesehenen Plakate werden dem Auftragnehmer von der Arbeitgeberin gefaltet und mit Anschlagplan zur Verfügung gestellt. Für die Bewässerung der Plakate benutzt der Auftragnehmer die Anlagen der Arbeitgeberin. Kleister und Makulaturpapier kann zum Selbstkostenpreis von der Arbeitgeberin bezogen werden. Die Plakate sind gleichfalls im Dekadenrhythmus zu kleben. Die Ausführung der Arbeiten wird von den Kontrollpersonen überwacht, die auch die Arbeit der festangestellten Arbeitnehmer kontrollieren. Nach der Beauftragung der "Plakatanschlag S



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

A " hat die Arbeitgeberin nur noch sechs Streckenkleber eingesetzt.

Der Betriebsrat wurde bei der Vergabe des Auftrages nicht beteiligt. Er ist der Auffassung, in der Beschäftigung S A bzw. der von ihm hinzugezogenen Hilfskräfte liege eine mitbestimmungspflichtige Einstellung. A und die weiteren Personen seien in den Betrieb eingegliedert. Sie erfüllten in gleicher Weise wie die festangestellten Arbeitnehmer Streckenkleberaufgaben, die unmittelbar dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebes dienten und von der Arbeitgeberin organisiert werden müßten. Die Aufgaben seien nicht absonderbar. Die Gebietsaufteilung reiche nicht aus, um eine konkrete Zuordnung an den Subunternehmer anzunehmen.

Der Betriebsrat hat beantragt,

die Arbeitgeberin zu verpflichten, wegen der Eingliederung des Subunternehmers S A in den Betrieb der Arbeitgeberin das Beteiligungsverfahren nach § 99 BetrVG durchzuführen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, eine betriebliche Eingliederung im Sinne einer mitbestimmungspflichtigen Einstellung liege nicht vor. A bzw. die für ihn tätigen Personen seien selbständig tätig, nicht an Arbeitgeberweisungen gebunden und in der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zeitlichen Gestaltung der Arbeit frei. Die Einhaltung des Zehn-Tage-Rhythmus sei auftragsbedingt. Dies entspreche aber nicht einer Festlegung von Arbeitszeiten. Der von ihr verfolgte Betriebszweck sei allgemein die Vermarktung von Werbeflächen. Das Kleben der Plakate betreffe nur einen Teilbereich dieses Zwecks, der absonderbar sei. Durch die Herausnahme vertraglich genau festgelegter Großflächen sei eine eindeutige Absonderung erfolgt. Der Umstand, daß ein anderer Teil der Klebearbeiten nach wie vor von eigenen Arbeitnehmern erledigt werde, stehe dem nicht entgegen.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin weiterhin, den Antrag abzuweisen.

II. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet. Die Vergabe der Klebearbeiten an den Auftragnehmer S A stellt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine mitbestimmungspflichtige Einstellung dar. A und die von ihm eingesetzten Hilfskräfte sind nicht in den Betrieb der Arbeitgeberin eingegliedert.

1. Nach ständiger Senatsrechtsprechung liegt eine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG dann vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen



zum Arbeitgeber als Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht entscheidend an. Maßgebend ist vielmehr die Eingliederung, die Frage also, ob die zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine weisungsgebundene Tätigkeit ist, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes dient und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muß. Eine Eingliederung in den Betrieb und dessen Organisation ist allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn Personen im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und ihre Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk nach Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingeplant oder detailliert beschrieben ist. Entscheidend hinzukommen muß, daß die beschäftigten Personen selbst in die Arbeitsorganisation eingegliedert sind, so daß der Arbeitgeber die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über ihren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat und damit wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung auch für sie übernimmt (vgl. zuletzt etwa Senatsbeschlüsse vom 30. August 1994 - 1 ABR 3/94 - sowie vom 18. Oktober 1994 - 1 ABR 9/94 - AP Nr. 6 und Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, mit ausführlichen weiteren Nachweisen).

Diese Grundsätze gelten einerseits hinsichtlich des sogenannten Fremdpersonals, das von einem Drittunternehmen entsandt wird; insoweit kommt es zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberstellung. Im Sinne des § 99 BetrVG kann andererseits auch ein sogenannter freier Mitarbeiter, der selbst keinen Arbeitgeber hat, eingegliedert sein. Wie der Senat aber schon in seiner Entscheidung vom 30. August 1994 (aa0) klargestellt hat, unterscheidet sich der freie Mitarbeiter vom Arbeitnehmer gerade dadurch, daß



die durch Weisungsgebundenheit und Eingliederung bestimmte persönliche Abhängigkeit fehlt. Im Regelfall ist daher die Beschäftigung eines freien Mitarbeiters nicht als Einstellung zu werten. Dies kommt nur bei atypischen Fallgestaltungen in Betracht.

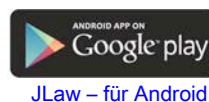
2. Das Landesarbeitsgericht ist von diesen Grundsätzen ausgegangen. Es hat angenommen, hier liege jedenfalls ein atypischer Sachverhalt vor, weil sich die Tätigkeit nicht nennenswert von der weisungsabhängigen Tätigkeit der vergleichbaren Arbeitnehmer des Betriebes unterscheide. Insoweit gehe es um einen Ausnahmefall im Sinne der Entscheidung des Senates vom 30. August 1994 (aaO).

Dem ist nicht zu folgen. Voraussetzung einer Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG ist die mindestens teilweise arbeitnehmer-typische Einbindung des freien Mitarbeiters oder Auftragnehmers in die betriebliche Organisation. Erst diese berührt die kollektiven Interessen der Belegschaft in gleicher Weise wie die Beschäftigung eines Arbeitnehmers. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts trägt die Annahme einer solchen Einbindung nicht.

a) Auch das Landesarbeitsgericht erkennt nicht, daß das Kleben der Plakate an sich ein absonderbarer Teil des von der Arbeitgeberin verfolgten Betriebszwecks ist, nämlich die unterhaltenen Werbeflächen zu vermieten und die Werbung durchzuführen. Diese Aufgabe ist daher grundsätzlich einer Fremdvergabe zugänglich. Eine Absonderung der vergebenen Plakatierungsarbeiten ist auch tatsächlich erfolgt, indem dem Auftragnehmer A ein genau bestimmter Klebebezirk zugewiesen wurde. In diesem Bereich werden



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



die Arbeiten eigenverantwortlich von A bzw. dessen Hilfskräften durchgeführt. Die Zuweisung eines anderen Bereichs ist nicht möglich. Es erfolgt auch nicht etwa eine ständig neue Einteilung im Sinne eines Tourenplans oder Dienstplans.

Das Landesarbeitsgericht hält dem entgegen, daß die Arbeitgeberin nicht die gesamten Klebarbeiten an eine oder mehrere Fremdfirmen vergeben habe. Das ist jedoch nicht entscheidend. Der Umstand allein, daß nur ein Teil der Klebarbeiten an dritte Personen vergeben wurde, spricht noch nicht für die Annahme einer ganz oder teilweisen arbeitnehmertypischen Einbindung des Auftragnehmers in die betriebliche Organisation. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht gehindert, nach dem Betriebszweck anfallende Arbeiten teilweise von eigenen (Stamm-) Arbeitnehmern, teilweise aber auch von freien Mitarbeitern oder Subunternehmern durchführen zu lassen. Gerade für Arbeiten im Außenbereich, die nicht an eine feste Betriebsstätte gebunden sind, kann die Vergabe fest abgegrenzter Bezirke an freie Mitarbeiter bei gleichzeitiger Betreuung anderer Bezirke durch eigene Arbeitnehmer weder als unsachlich noch als unüblich angesehen werden. Entscheidend für die Frage der Einstellung bleibt, ob die Arbeiten betriebsorganisatorisch zu trennen sind und diese Trennung tatsächlich durchgeführt wird oder ob auch die freien Mitarbeiter organisatorisch so in den Betrieb eingebunden sind, daß ihr Einsatz letztlich doch von Arbeitgeberweisungen abhängt. Nur dann ist die Annahme gerechtfertigt, daß sie zusammen mit den Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes verfolgen. Erst diese betriebsorganisatorisch notwendige Zusammenarbeit berührt die Interessen der



Belegschaft, die das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen schützen soll.

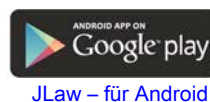
b) Eine für diese Annahme ausreichende Verzahnung der Betriebsorganisation ist nicht gegeben. Der Auftragnehmer wird nicht wie die angestellten Arbeitnehmer tätig und unterliegt keiner vergleichbaren Personalhoheit der Arbeitgeberin.

Die Art der zu erbringenden Dienstleistung liegt allerdings fest, daraus resultiert aber noch keine arbeitnehmertypische Weisungsbindung. In einem Dienst- oder Werkvertrag kann die zu erbringende Leistung detailliert vorgegeben werden, was in der Regel auch erforderlich ist. Diese Festlegung allein sichert dem Arbeitgeber noch keine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis im Sinne der Personalhoheit (vgl. etwa Senatsbeschuß vom 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 110, unter B II 2 a der Gründe, m.w.N.). Das Weisungsrecht ist personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Es beinhaltet das Recht, den Arbeitseinsatz nach Art, Zeit und Ort zu steuern. Einer solchen Bindung unterliegt der Auftragnehmer nicht. Seine Dienstleistung ist vertraglich fixiert. Sie bedarf keiner Konkretisierung durch Arbeitgeberweisungen und ist einer solchen auch nicht zugänglich. Soweit der Auftragnehmer örtlich gebunden ist, beruht das allein auf der Art der Dienstleistung - die Plakate können nur an die vorhandenen Anschlagflächen geklebt werden. Das ist keine arbeitnehmertypische Bindung.

A bzw. die von ihm hinzugezogenen Personen unterliegen auch hinsichtlich ihrer Arbeitszeit keiner Arbeitgeberweisung.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Soweit sie an den Dekadenrhythmus gebunden sind, folgt diese Bindung wiederum ausschließlich aus der Art der Dienstleistung. Die Arbeitgeberin kann A keine verbindlichen Vorgaben machen, wann er etwa - bezogen auf die Tageszeit - mit dem Kleben der Plakate zu beginnen hat und wie lange er jeweils arbeiten muß. Im Rahmen der durch den Dekadenrhythmus gesetzten Zwänge hat der Auftragnehmer auch durchaus Spielräume - mindestens hinsichtlich Beginn und Ende der Tagesarbeitszeit. Diese Spielräume erweitern sich durch die vertraglich eingeräumte und tatsächlich genutzte Möglichkeit, Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen. Wenn - wie der Betriebsrat vorträgt - auch den festangestellten Klebern insoweit gewisse Freiheiten eingeräumt sind, spricht das allenfalls für eine untypische Lockerung der Arbeitnehmerstellung, die durch Arbeitgeberweisung beendet werden könnte.

Gegen die Annahme einer freien Dienstleistung spricht auch nicht, daß es sich bei den übernommenen Klebarbeiten um einfache Tätigkeiten handelt, die keiner besonderen Ausführungsweisungen bedürfen. Auch gegenständlich eng beschränkte Aufgaben können zum Inhalt eines Dienst- oder Werkvertrages gemacht werden (Senatsbeschluß vom 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 110).

Eine betriebliche Eingliederung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, daß der Auftragnehmer die Plakate im Betrieb abholt und die Betriebsanlagen zur Wässerung benutzt. Bei jeder Vergabe von Dienstleistungen - entsprechendes gilt für Werkleistungen - an freie Mitarbeiter oder Drittunternehmer gibt es Berührungspunkte in der Weise, daß der Dienstgeber dem Dienstnehmer den Ge-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gegenstand der Dienstleistung zur Verfügung stellen muß. Die Nutzung der betrieblichen Anlagen zum Wässern der Plakate wird nicht in einem Umfang und in einer Form praktiziert, daß deshalb von einer arbeitnehmertypischen Zusammenarbeit des Auftragnehmers mit den Arbeitnehmern gesprochen werden könnte. Dies gilt umso mehr, als es allenfalls zu zeitlichen Überschneidungen kommen kann, das Wässern der Plakate selbst hingegen keiner arbeitstechnischen Zusammenarbeit bedarf. Es ist auch nicht unüblich, daß Betriebsanlagen von Dritten benutzt werden (Handwerkern, Monteuren, Lieferanten), ohne daß daraus bereits auf eine Eingliederung geschlossen werden könnte.

Daß die Arbeitgeberin die Arbeit A durch dieselben Mitarbeiter kontrollieren läßt, die auch die festangestellten Arbeitnehmer überwachen, belegt gleichfalls noch keine Eingliederung. Jeder Empfänger einer Dienstleistung hat ein begründetes Interesse, das Ergebnis der erbrachten Leistung zu überwachen. Für eine arbeitnehmertypische Eingliederung besagt das nichts. Eine Unterstellung unter die Personalhoheit käme erst in Betracht, wenn die Kontrollangestellten verbindliche Einzelanweisungen für Art und zeitlichen Ablauf der Arbeiten geben könnten. Dies ist aber nicht festgestellt.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist auch nicht entscheidend, daß bei der Herausnahme der an A vergebenen Flächen die Klebung der verbleibenden Flächen neu organisiert werden mußte. Die Fremdvergabe einer bisher im Betrieb selbst verrichteten Arbeit wird in der Regel zu Organisationsänderungen führen, sei es auch nur in der Weise, daß bei völliger Abgabe den



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitnehmern ggf. ganz neue Tätigkeiten zugewiesen werden müssen. Es ist nicht Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG, solche Änderungen oder ganz allgemein die "Flucht in den Dienst- oder Werkvertrag" zu verhindern. Dieses Mitbestimmungsrecht hat nicht die Organisation des Betriebes zum Gegenstand. Es läßt dem Betriebsrat nur die Alternative, der vom Arbeitgeber beabsichtigten Maßnahme zuzustimmen oder sie abzulehnen, eröffnet ihm also keine Möglichkeit, das Nebeneinander von Belegschaftsteilen mitzugestalten. Soweit das Betriebsverfassungsgesetz Beteiligungsrechte vorsieht, die dem Betriebsrat die Beeinflussung der wirtschaftlichen Entscheidungen des Arbeitgebers über die Fremdvergabe von Tätigkeiten ermöglichen, sind diese in anderen Normen enthalten, wie z.B. in den §§ 111 ff. BetrVG (vgl. zuletzt Senatsbeschuß vom 18. Oktober 1994 - 1 ABR 9/94 - AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, unter B I 2 der Gründe).

3. Der angefochtene Beschluß kann daher keinen Bestand haben. Der Antrag des Betriebsrats ist vielmehr unbegründet. Diese Entscheidung kann der Senat selbst treffen, da der maßgebliche Sachverhalt feststeht und weitergehender Vortrag nicht zu erwarten ist.

Das Landesarbeitsgericht hat zwar die Frage, ob es sich bei dem Auftragnehmer A um einen Arbeitnehmer handelt, offen gelassen und nur auf eine atypische Fallgestaltung abgestellt, welche die Annahme einer Eingliederung rechtfertigen soll. Dem ist jedoch - wie dargelegt - nicht zu folgen. Dies spricht zugleich gegen die Annahme, bei A handele es sich um einen Arbeitnehmer. Wie bereits im Senatsbeschuß vom 30. August 1994 (1 ABR



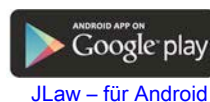
3/94 - AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung) ausgeführt, sind die für die Annahme einer Eingliederung im Sinne des § 99 BetrVG maßgeblichen Kriterien der Weisungsgebundenheit und durch persönliche Abhängigkeit bedingten Einbindung im wesentlichen mit den Kriterien für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses übereinstimmend.

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist weder erforderlich noch ausreichend. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Insoweit enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbständig, wer im wesentlich frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbständig und deshalb persönlich abhängig ist dagegen der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. Diese Regelung enthält über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus eine allgemeine gesetzliche Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist (vgl. zuletzt etwa BAG Urteil vom 30. November 1994 - 5 AZR 704/93 - und Urteil vom 26. Juli 1995 - 5 AZR 22/94 - AP Nr. 74 und Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit, mit ausführlichen weiteren Nachweisen).

Eine solche persönliche Abhängigkeit des Auftragnehmers A liegt nicht vor. Er unterliegt keinem persönlichen Weisungsrecht.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw für iOS](#)

Er kann im Rahmen der durch die Art der übernommenen Dienstleistung gegebenen Bindungen (insbesondere den Zehn-Tage-Rhythmus) die Arbeitszeit frei gestalten. Ihm steht das Recht zu, sich der Mithilfe dritter Personen zu bedienen. Er kann nicht zu anderen als den vertraglich festgelegten Dienstleistungen herangezogen werden und ist andererseits nicht gehindert, weitere Dienstleistungen gegenüber dritten Dienstgebern zu übernehmen. A unterliegt daher nicht der Personalhoheit der Arbeitgeberin im Sinne eines Weisungsrechts, das die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit rechtfertigt. Dies gilt in gleicher Weise für die von A eingesetzten Hilfspersonen. In welchem (Weisungs-) Verhältnis diese zu A stehen, ist für die hier zu treffende Entscheidung unerheblich.

Ob A als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist, weil er wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig ist (vgl. dazu etwa die Definition des § 12 a Tarifvertragsgesetz), kann dahingestellt bleiben. Das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung nicht maßgeblich für die Beurteilung der Frage der persönlichen Abhängigkeit im Sinne einer Unterstellung unter ein Arbeitgeberweisungsrecht.

Dieterich

Wißmann

Rost

Elias

Münzer



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)