



HVBG

HVBG-Info 12/2000 vom 20.04.2000, S. 1147 - 1156, DOK 511.1

**Zum Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses
("Scheinselbstständigkeit") - Urteil des LAG Hamm vom 20.10.1999
- 2 Sa 248/99**

Zum Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses
("Scheinselbstständigkeit");
hier: Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hamm vom 20.10.1999
- 2 Sa 248/99 -

Das LAG Hamm hat mit Urteil vom 20.10.1999 - 2 Sa 248/99 -
Folgendes entschieden:

Leitsätze:

1. Fehlt es bei der Tätigkeit einer Person an einem für die unternehmerische Freiheit wesentlichen Entscheidungsspielraum, so wird diese Tätigkeit in abhängiger Beschäftigung ausgeübt.
2. Dabei spielt es keine Rolle, dass diese Person wie ein Unternehmer auftritt und bis zu 100 Personen beschäftigt.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 15.12.1998 - 3 Ca 1817/98 - abgeändert: Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 12.08.1998 mit Ablauf des 31.08.1998 aufgelöst worden ist. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits. Die Revision für die Beklagte wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger wendet sich mit seiner am 01.09.1998 beim Arbeitsgericht Münster eingegangenen Klage gegen die Kündigung der Beklagten vom 12.08.1998 mit der Behauptung, zwischen den Parteien bestehe ein Arbeitsverhältnis. Die Kündigung sei gemäß § 102 BetrVG mangels vorheriger Anhörung des Betriebsrats unwirksam und gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial nicht gerechtfertigt.

Der heute 61-jährige Kläger, der verheiratet ist und drei erwachsene Kinder hat, war bei der Beklagten seit dem 01.04.1989 als Büfettier und Kellner tätig, nachdem er bereits zuvor seit 1981 in dem gastronomischen Betrieb der Beklagten für den Büfettier M. an verschiedenen Ständen und Theken als Teilzeitkraft gearbeitet hatte.

Mit Wirkung ab 01.01.1991 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag über die Tätigkeit des Klägers als Büfettier mit folgendem Aufgabenbereich:

... § 3

Die Betreuung sämtlicher Stände, Theken und Büfettis im Bereich Kongreßsaal, Kongreßsaal Foyer, oberes und unteres, Weißer Saal

und Kleiner Saal, insbesondere die Bierklause, die Englische Bar und alle im Kongreßsaal mobil aufzubauenden Theken und Stände und Halle II (Pommes-Wagen). Außerdem alle von der Halle M. GmbH betreuten sog. "Außer-Haus-Geschäfte", wie z.B. "Bühnen-Ball", "Schloßfest der Universität M." und ähnliches.

Bei derartigen Anlässen werden die dort erforderlichen Thekenstände und Kellnerausgaben durch ihn und entsprechende mit dem Geschäftsführer Gastronomie abzusprechende Aushilfskräfte besetzt.

§ 4 des Arbeitsvertrages lautet:

Herr B. rechnet verantwortlich mit den von ihm betreuten einzelnen Ständen ab und übernimmt gegenüber der Halle M. GmbH die volle Verantwortung für die ihm übergebenen Waren bzw. die Bargeldeinnahmen. Er verpflichtet sich, für eine ordnungsgemäße Führung sämtlicher Büfets zu sorgen. Er übernimmt die Verantwortung, daß die Eich- und Schankmaße an allen Ständen eingehalten werden. Für gezapfte Getränke wie Zapfpilz und Container-Cola wird ein Schankverlust von 0,5 % eingeräumt. Bei Spirituosen werden für 0,7-l-Flaschen 32 Glas a 2 cl, bei 1-l-Flaschen 45 Glas a 2 cl zugrunde gelegt. Bei Ausschank von offenen Weinen erhält Herr B. einen Schankverlust von 5 %.

Gemäß § 2 des Arbeitsvertrages hat der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die von ihm betreuten Stände die erforderlichen Aushilfskräfte und Teilzeitbeschäftigten jeweils in Absprache mit dem Abteilungsleiter Gastronomie zu besorgen. Der Abteilungsleiter Gastronomie legte auch die Öffnungszeiten, die personelle Besetzung und die Anzahl der Stände fest. Weiterhin heißt es in § 2:

Alle an den Ständen beschäftigten Mitarbeiter müssen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit die erforderlichen Arbeitspapiere (Lohnsteuerkarte und - soweit erforderlich - Sozialversicherungsnachweis) vorlegen und einen entsprechenden Vertrag für kurzfristig Beschäftigte unterschreiben. Die Abrechnung der Aushilfskräfte und Teilzeitbeschäftigten erfolgt ausschließlich unbar über die Halle M. GmbH, Abrechnungsgrundlage sind die von Herrn B. ausgefüllten Stundenzettel, die vom Abteilungsleiter Gastronomie sachlich richtig gegengezeichnet werden müssen.

Die Parteien vereinbarten ein Festgehalt von 3.800,00 DM brutto zuzüglich einer Umsatzprovision in Höhe von 1,5 % vom Nettoumsatz aller vom Kläger betreuten Stände und Büfets. Blieben die Lohnkosten unter 12 % des Nettoumsatzes, erhielt der Kläger einen weiteren Bonus von bis zu 1 % des Nettoumsatzes.

Am 27.08.1996 vereinbarten die Parteien in einem schriftlichen Vertrag die Beendigung des bestehenden Arbeitsvertrages in beiderseitigem Einvernehmen zum 31.08.1996. Der Kläger übernahm ab 01.09.1996 die gesamte Stand-/Pausenbewirtung in der Halle M. mit Ausnahme des Restaurantgeschäftes. Die Parteien vereinbarten in § 2 Abs. 2 ausdrücklich, daß der Kläger ab 01.09.1996 nicht mehr Arbeitnehmer sei und auch nicht in einem arbeitsähnlichen Verhältnis zur Halle M. stehe. Die weiteren wesentlichen Bestimmungen des Vertrages lauten wie folgt:

§ 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 Halle M. vorgenommen.

§ 4

Rein vorsorglich wird auf Wunsch von Herrn B. verabredet, daß, für den Fall, daß die Gastronomie der Halle M. innerhalb der nächsten zwei Jahre nach Vertragsschluß nicht mehr durch die Halle M. betrieben wird und ein denkbarer potentieller Übernehmer Herrn B. keinen dem Inhalt nach ähnlichen Vertrag als Pächter der Pausenbewirtung gibt, erhält Herr B. eine Ausgleichszahlung in Höhe von DM 10.000,00.

§ 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 sach- und fachgerechte Reinigung der Theken ein.

§ 6

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

§ 7

Die Herrn B. übergebene Ware bleibt Eigentum der Halle M. 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 den Betrag von DM 200,00 übersteigen, sind zum Zeitpunkt der Errechnung an die Kasse der Halle M. zu zahlen.

§ 8

Herr B. hat an dem nächsten Werktag, der dem Veranstaltungstage folgt, eine a-cto-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 zugrunde gelegt. Es wird ein Schankverlust für alle aus Fässern ausgeschenkten Waren (Faßbier, Containerware, Coca-Cola, Fanta etc.) von 2 % abgerechnet.

In § 10 des Vertrages vereinbarten die Parteien als Vergütung eine gestaffelte Provision zwischen 20 und 30 %, die sich nach der Nettoeinnahme aus dem Verkauf aller betreuten Stände errechnet. In § 11 des Vertrages verpflichtete sich der Kläger, für die von ihm beschäftigten Teilzeitbeschäftigten und Aushilfen, soweit erforderlich, die Beiträge zur Sozialversicherung abzuführen und eine entsprechende Versteuerung vorzunehmen. Gemäß § 12 mußte der Kläger im Falle seiner Abwesenheit einen Vertreter benennen, der für ihn die Geschäfte im Sinne des geschlossenen Vertrages führte. In der Anlage zu dem Vertrag vom 27.08.1996 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 Halle M.
3. § 12 dieses Vertrages 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 an 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.

Der Kläger meldete ein Gewerbe "Organisation und Serviceleistungen" an und rechnete seine Vergütungsansprüche unter Zugrundelegung der getroffenen Provisionsvereinbarung ab. Das zu versteuernde Einkommen des Klägers belief sich im Jahre 1997 nach seinen Angaben auf 97.000,00 DM. Nach dem vom Kläger eingereichten Jahresabschluß zum 31.12.1998 erzielte er aus Umsatzerlösen 210.703,96 DM. Der Personalaufwand für die Löhne und Gehälter der von ihm eingesetzten Aushilfs- und Thekenkräfte betrug 155.371,72 DM.

Der Kläger traf die Entscheidung über die Anzahl und die Auswahl der einzustellenden Arbeitnehmer und die Höhe ihrer Vergütung. Bei großen Veranstaltungen waren bis zu 100 Beschäftigte für den Kläger tätig.

Vor den einzelnen Veranstaltungen erhielt der Kläger von der Beklagten schriftliche Regieanweisungen über die Öffnungszeiten, die anzubietenden Getränke, die Preise, Anzahl und Aufstellungsort der Theken und Stände, die Bekleidung der Thekenkräfte und das anzubietende Speisenangebot. Nach den vom Kläger eingereichten Stundenzetteln lag der zeitliche Aufwand seines Einsatzes in den Monaten Januar 1998 bis Mai 1998 zwischen 187 und 355 Stunden.

Ende 1997 führte die Beklagte ein neues Kassensystem mit Warenwirtschaft ein und forderte den Kläger gegen seinen Widerstand auf, an den Theken- und Imbißständen die neuen Registriertassen einzusetzen.

Der Kläger hat vorgetragen, seine Tätigkeit sei vor und nach der Vertragsumstellung unverändert geblieben. Bereits vor der Vertragsumstellung sei es seine Aufgabe gewesen, die benötigten Theken- und Aushilfskräfte einzustellen, einzuweisen und zu überwachen. Im Unterschied zu vorher habe er die von ihm eingesetzten Kräfte ab 01.09.1996 aus seinen Provisionserlösen bezahlen müssen. Auch nach der Vertragsänderung habe er

ausschließlich mit Waren und Betriebsmitteln der Beklagten gearbeitet und sei für den Zustand der Betriebsmittel verantwortlich gewesen. Bei den Aktenvermerken der Abteilung Gastronomie habe es sich nicht um Absprachen, sondern um bindende Weisungen der Beklagten gehandelt. Die Anweisungen hätten sich umfassend und detailliert auf die von ihm zu erbringenden Arbeiten und Dienste erstreckt. Weder der Vertrag vom 27.08.1996 noch seine tatsächliche Durchführung hätten ihm unternehmerische Freiheiten und Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Bei dem größten Veranstaltungsereignis im Geschäftsjahr 1997 habe die Beklagte ihm sogar die Einführung eines Becherpfandsystems vorgeschrieben. Er habe bei der Beklagten bzw. bei einer von ihr beauftragten Drittfirma sämtliche Waren beziehen, quittieren und nach Lieferschein abrechnen müssen. Seine Abhängigkeit finde darin ihren Ausdruck, daß ihm die Beklagte beispielsweise die Schlüssel für alle Kühllhäuser und Lagerräume entzogen habe. Er sei vollständig in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen, denn er habe zu keiner Zeit über Art und Größe von Veranstaltungen, Thekenöffnen, Getränke- und Speisenangebote usw. entscheiden dürfen. Die ausschließlich bei der Beklagten bezogenen Waren hätten zu den von ihr vorgegebenen Konditionen veräußert werden müssen. Nennenswerte sachliche Betriebsmittel habe er nicht gehabt, denn die Beklagte habe für die notwendige Ausstattung gesorgt. Die Beklagte habe von ihm seine persönliche Anwesenheit bei allen Veranstaltungen erwartet. Es sei auch nicht richtig, daß er die Anzahl der einzusetzenden Mitarbeiter selbst bestimmt habe. Die Beklagte habe ihm nämlich die Anzahl und die personelle Besetzung der einzelnen Stände vorgegeben. Aus alledem ergebe sich, daß er ab 01.09.1996 keine unternehmerischen Freiheiten gehabt habe, sondern unverändert als Arbeitnehmer für die Beklagte tätig geworden sei. Die Kündigung vom 12.08.1998 sei unwirksam, denn der bei der Beklagten bestehende Betriebsrat sei nicht angehört, sondern davon am 17.08.1998 lediglich in Kenntnis gesetzt worden. Die Kündigung sei gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial nicht gerechtfertigt, denn es lägen weder betriebsbedingte, personenbedingte noch verhaltensbedingte Gründe vor. Die Beklagte habe ab 01.09.1998 einen neuen Arbeitnehmer mit einer entsprechenden Vertragsgestaltung für die gesamte Stand- und Pausenbewirtung eingestellt.

Der Kläger hat beantragt,
festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 12.08.1998 mit Ablauf des 31.08.1998 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte vertritt den Standpunkt, der Kläger sei ab 01.09.1996 für sie als selbständiger Unternehmer tätig geworden, denn er habe von diesem Zeitpunkt an die Teilzeit- und Aushilfskräfte selbst eingestellt, sie aus seinen Provisionserlösen bezahlt und versteuert. Die Beklagte hat vorgetragen, eine höchstpersönliche Anwesenheitspflicht des Klägers habe aufgrund der vertraglichen Vereinbarung nicht bestanden, denn er sei berechtigt gewesen, eine Vertretung zu benennen. Bei den Aktenvermerken handele es sich um organisatorische Ablaufpläne, um die reibungslose Durchführung von Veranstaltungen in der Halle M. sicherzustellen. Bezüglich des Getränke- und Speisenangebots habe sie dem Kläger keine Weisungen erteilt, sondern nur die Vorgaben des jeweiligen Veranstalters weitergegeben. Der Kläger habe über die Anzahl und die Auswahl der

einzustellenden Aushilfskräfte, die Höhe ihrer Vergütung und ihren Einsatz selbst entscheiden können.

Das Arbeitsgericht hat durch rechtskräftigen Beschluß den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig erklärt und die Klage durch Urteil vom 15.12.1998 abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, der Kläger sei ab 01.09.1996 nicht mehr als Arbeitnehmer tätig geworden, so daß weder das Kündigungsschutzgesetz noch das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung fänden. Gegen den Arbeitnehmerstatus spreche, daß der Kläger nach dem Vertrag vom 27.08.1996 nicht mehr zur höchstpersönlichen Dienstleistung verpflichtet sei. Er habe für alle Verpflichtungen einen Vertreter bzw. eine Vertrauensperson benennen können. Gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers spreche ferner, daß er je nach Größe der Veranstaltung bis zu 100 Arbeitskräfte für sich habe arbeiten lassen, die er in eigener Verantwortung eingestellt, vergütet und eingesetzt habe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

Mit der dagegen eingelegten Berufung rügt der Kläger, das Arbeitsgericht habe den Sachverhalt nicht richtig gewertet und hinsichtlich der Durchführung des Vertrages die angebotenen Beweismittel nicht genutzt. Tatsächlich habe sich seine Tätigkeit nach der Vertragsumstellung nicht geändert. Die Beklagte sei lediglich daran interessiert gewesen, die Vertragsgrundlage zu verändern. Vor und nach der Vertragsumstellung habe er seine gesamte Arbeitskraft dem Betrieb der Beklagten gewidmet. Die Aktennotizen bzw. Anweisungsblätter der Beklagten seien identisch geblieben. Lediglich der formale Rahmen seiner Tätigkeit habe sich geändert, nicht jedoch der tägliche Vollzug und schon gar nicht die Anforderungen, welche die Beklagte an seine Tätigkeit gestellt habe. Sie habe ihn gleichbleibend vorher und nachher als weisungsabhängigen Arbeitnehmer behandelt. Allein die Befugnis, die benötigten Mitarbeiter im eigenen Namen einzustellen, mache ihn nicht zum freien Unternehmer. Schon vorher sei es ausschließlich seine Aufgabe gewesen, die erforderlichen Kräfte auszusuchen, einzuweisen und zu überwachen. Anders als vom Arbeitsgericht angenommen, sei er tatsächlich zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet gewesen und habe faktisch keine Möglichkeit gehabt, einem anderweitigen Erwerb nachzugehen. Bei den Weisungen der Beklagten handele es sich nicht um die Weitergabe von Wünschen der Auftraggeber, denn bei den größten und wesentlichsten Veranstaltungen sei die Beklagte selbst als Veranstalterin aufgetreten. Die Anzahl der Speisen- und Getränkestände sei mit ihm nicht abgestimmt, sondern von der Beklagten vorgegeben worden, ebenso Art und Preise der Speisen und Getränke, Ort und Aufbauart der Ausgabestellen, Zahl und Standort von Stehtischen, Art der Zapfanlagen, die Biergläser und die Anzahl der Thekenkräfte.

Der Kläger beantragt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 15.12.1998 wird abgeändert. Es wird nach den Schlußanträgen der ersten Instanz erkannt.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und tritt dem Vorbringen des Klägers entgegen. Sie vertritt den Standpunkt, einer Beweiserhebung habe es nicht bedurft, weil der unstreitige

Sachverhalt eine Fülle von Indizien dafür liefere, daß der Kläger selbständiger Unternehmer gewesen sei. Sie bekräftigt ihre Auffassung, daß aufgrund der eindeutigen schriftlichen Vereinbarungen der Kläger nicht als Arbeitnehmer angesehen werden könne. Der Kläger sei als Unternehmer tätig geworden, denn er habe teilweise mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt, die er allein ausgewählt und vergütet habe. Die Anzahl der Aushilfskräfte habe der Kläger selbst bestimmt und dadurch Einfluß auf den Erfolg seines Unternehmens genommen. Der Kläger habe die ihm eingeräumte unternehmerische Freiheit genutzt und seine Personalkosten durch eine verringerte Anzahl von Aushilfskräften beispielsweise für die Veranstaltung "Züchterball" gesenkt. Entgegen der Behauptung des Klägers habe sie nur einen geringen Teil der stattgefundenen Veranstaltungen in eigener Regie durchgeführt. Sie habe dem Kläger keine Weisungen erteilt, sondern sie habe über ihren zuständigen Mitarbeiter die Zusammenarbeit mit dem Kläger abgestimmt. Die Ähnlichkeit der entsprechenden Aktenvermerke vor und nach der Vertragsumstellung liege daran, daß sich an den Inhalten der Veranstaltungen in den letzten Jahren nichts geändert hätte. Der vom Kläger immer wieder angestellte Vergleich mit den Verhältnissen vor der Vertragsumstellung sei untauglich, weil ihm im Rahmen des früher bestandenen Arbeitsverhältnisses für einen Arbeitnehmer an sich untypische Freiheiten eingeräumt worden seien. Sie habe den Kläger bei Großveranstaltungen mehrfach darum gebeten, die eingenommenen Barbeträge nicht erst nach Abschluß der Veranstaltung, sondern laufend und zwar mehrfach an einem Tag abzuliefern. Sie lege nämlich Wert auf den Schankgewinn, den der Kläger pflichtwidrig nicht an sie weitergeleitet habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. Die Formalien ergeben sich aus dem Protokoll der Berufungsverhandlung vom 21.09.1999.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Zwischen den Parteien bestand ein Arbeitsverhältnis. Die Kündigung der Beklagten vom 12.08.1998 ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam und gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial nicht gerechtfertigt.

I.

Die Zulässigkeit des Feststellungsantrages folgt aus § 4 KSchG. Das KSchG findet streitlos Anwendung. Die Parteien können im Rahmen einer Kündigungsschutzklage auch darüber streiten, ob zwischen ihnen überhaupt ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die vom Kläger beantragte Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die angegriffene Kündigung nicht aufgelöst ist, setzt nämlich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Kündigung voraus (BAG vom 12.01.1977 - 5 AZR 593/75 - und vom 12.06.1986, AP-Nrn. 3 und 17 zu § 4 KSchG 1969 sowie BAG vom 15.01.1991 - 1 AZR 94/90 - AP Nr. 21 zu § 113 BetrVG 1972 sowie BAG vom 28.10.1993 - 2 AZB 12/93 - EzA § 2 ArbGG 1979 Nr. 26). Der vom Kläger gewählte Feststellungsantrag ist daher geeignet, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung darüber herbeizuführen, ob die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung als Arbeitsverhältnis einzuordnen sind.

Die Klage ist begründet, denn zwischen den Parteien bestand ein Arbeitsverhältnis, welches durch die Kündigung der Beklagten vom 12.08.1998 nicht aufgelöst worden ist. Anders als vom Arbeitsgericht angenommen, spricht die dem Kläger ab 01.09.1996 eingeräumte Befugnis, Mitarbeiter im eigenen Namen einzustellen und zu vergüten, nicht entscheidend gegen seine Arbeitnehmereigenschaft. Der Grad seiner persönlichen Abhängigkeit hat sich auch nach der Vertragsumstellung nicht wesentlich geändert. Er war in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert und hatte bezüglich der Erbringung der vertraglich vereinbarten Dienstleistungen nur einen geringen Entscheidungsspielraum. Nach den tatsächlichen Verhältnissen war der Kläger zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet.

1. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von anderen Rechtsbeziehungen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Auf die wirtschaftliche Abhängigkeit kommt es zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nicht entscheidend an (BAG vom 16.03.1994 - 5 AZR 447/92 - AP Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit manifestiert sich an der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Arbeitnehmer ist derjenige, der bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort seiner Tätigkeit einem Weisungsrecht unterliegt. Aufschluß für die Unterscheidung zum freien Dienstverhältnis liefert das in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB enthaltene Abgrenzungsmerkmal: Nach dieser Bestimmung ist selbständig, wer seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen kann. Unselbständig und deshalb persönlich abhängig ist dagegen derjenige Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. In einer sich rasch verändernden Arbeitswelt muß anhand der jeweiligen Umstände und bezogen auf die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ermittelt werden, ob ein freies Dienstverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der Einordnung eines Vertrages als Arbeitsverhältnis steht nicht entgegen, daß die Parteien ihre Rechtsbeziehungen wie im vorliegenden Fall nicht mehr als Arbeitsverhältnis bezeichnet, sondern den ursprünglich bestandenen Arbeitsvertrag ausdrücklich aufgehoben haben. Durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden. Maßgeblich sind der objektive Geschäftsinhalt und die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertrages (BAG vom 15.04.1993 - 2 AZB 32/92 - und vom 21.02.1990 - 5 AZR 162/89 - AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit sowie BAG vom 06.05.1998 - 5 AZR 347/97 - AP Nr. 94 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Bestimmte Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch auf der Grundlage anders gelagerter Rechtsbeziehungen erbracht werden. Bei untergeordneten und einfachen Tätigkeiten ist eher eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten. Bei Diensten höherer Art und bei Leitungsfunktionen, wie im vorliegenden Fall, können ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit charakteristisch sein. Die Tätigkeit eines Büfettiers kann - wie der vorliegende Fall zeigt - sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstvertrages erbracht werden. Der auf eigene Rechnung handelnde Büfettier wird im einschlägigen Entgelttarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe NRW ausdrücklich genannt. Dies schließt aber eine unternehmerische

Betätigung mit ähnlicher Aufgabenstellung nicht aus.

Der Kläger hatte als Büfettier Leitungsfunktionen wahrzunehmen, denn ihm oblag die gesamte Stand-/Pausenbewirtung in der Halle M. mit Ausnahme des Restaurantgeschäftes. Die Gesamtbetrachtung und -bewertung aller Umstände führt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß der Kläger wie ein Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert war und ihm ein eigener für einen freien Unternehmer typischer Entscheidungsspielraum nicht verblieb.

2. Der Kläger war persönlich abhängig, denn er war weitgehend in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingebunden. Die von ihm vertraglich übernommenen Bewirtungsaufgaben erbrachte er in den Räumen und mit den Betriebsmitteln der Beklagten. Die Veranstaltungen selbst und deren Öffnungszeiten wurden ihm von der Beklagten vorgegeben. Die Art und Weise der gastronomischen Betreuung legte die Beklagte fest, die das Getränke- und Speisenangebot, die Anzahl und den Ort der Stände, Theken, Biertische und dergleichen bestimmte. So heißt es beispielsweise in dem Aktenvermerk vom 04.08.1998 zu der Baptistenveranstaltung, daß im Nordfoyer ein Imbiß mit ganz bestimmten Speisen angeboten und draußen ein Pizza- und Eisstand eingerichtet wird. Ein Alkoholausschank finde nicht statt. Je nach Witterung seien Stehtische und Biertische draußen einzurichten. Der Aktenvermerk für die Gastronomie vom 05.08.1998 zur gleichen Veranstaltung enthält die genauen Öffnungszeiten, das Speisenangebot sowie die Standorte des Pizza-Wagens und der 20 Stehtische. In den gastronomischen Aktenvermerken vom 18.08.1998 und 20.08.1998 werden ebenfalls die genauen Öffnungszeiten, das Getränkeangebot und die Bestuhlung genannt. Für die Gastronomie enthält der Aktenvermerk den Hinweis, bei schönem Wetter einen Bierpavillon einzurichten sowie Bierbänke/Tische und Stehtische draußen vor dem Nordfoyer ab 15.30 Uhr aufzustellen und bei schlechtem Wetter "Theke Mitteltor ab 16.00 Uhr". Der Aktenvermerk vom 20.08.1998 enthält für die Gastronomie folgende Hinweise: "5 Bankettische in U-Form ausrichten, eine Theke zwischen den Spiegelsäulen und locker verteilt: 20 Stehtische, Ledercouches, Sessel, Beistelltische, 4 Bistrotische und entsprechende Stühle von der Cafeteria. Für das kleine Imbißangebot sind Frikadellen, Sandwiches, belegte Baguettes, Bockwurst, laut RHO vorgesehen. Das Getränkeangebot lautet: AFG, Bier vom Faß, Wein, Kaffee sowie zusätzlich Getränkeverkauf vom Wagen im Congress-Saal (2 Mitarbeiter)." Teilweise wurden in den Aktenvermerken sogar die Preise genannt, zumindest der Preisrahmen angegeben. Der Kläger hatte bestimmte Pfandrückgabe- und Kassiersysteme zu benutzen. Die Beklagte legte sogar die Zeiten für die Warenübernahme und die Warenausgabe fest (siehe Aktenvermerk vom 21.11.1997, Bl. 67 d.A.). Von einer echten Abstimmung mit dem Kläger kann keine Rede sein, denn dieser hatte weder bei dem Pfandrücknahmesystem noch bei dem Einsatz der Kassierkassen ein Mitspracherecht. Bei den Aktenvermerken handelte es sich nicht lediglich um die Weitergabe von Veranstalterwünschen. Ein Unterschied zwischen den arbeitsorganisatorischen Anweisungen bei eigenen und fremden Veranstaltungen ist nicht zu erkennen. In dem protokollierten Gespräch mit dem Kläger vom 22.01.1998 (Bl. 79 und 80 d.A.) werden dem Kläger bezüglich des Auftretens und des Erscheinungsbildes seiner Mitarbeiter konkrete Weisungen erteilt. Von ihm selbst wird ständige Erreichbarkeit verlangt.

3. Dem Kläger fehlte ein typischer unternehmerischer

Entscheidungsspielraum. Die Tätigkeit des Klägers und seiner Einsatzzeit waren veranstaltungsabhängig. Gemäß § 3 des Vertrages vom 27.08.1996 richteten sich die Öffnungszeiten und die Besetzung der Stände nach den Wünschen und Vorstellungen der Gäste und wurden von der Beklagten in den Aktenvermerken festgelegt. Dadurch waren die Arbeitszeiten des Klägers vorgegeben. Insoweit läßt sich kein Unterschied zu dem vorher bestandenen Arbeitsverhältnis feststellen, denn in § 5 des ab 01.01.1991 geltenden Arbeitsvertrages heißt es, daß die Tätigkeit des Klägers veranstaltungsabhängig sei und ein Zeitausgleich in der veranstaltungsarmen Zeit erfolge. Gemäß § 6 des Vertrages vom 27.08.1996 mußte der Kläger seine Waren ausschließlich bei der Beklagten einkaufen. Bei der Warenannahme war seine Anwesenheit zwingend erforderlich. Bei der Gestaltung der Verkaufspreise hatte er in Wirklichkeit keinen eigenen Spielraum, denn sie wurden veranstaltungsbezogen zwischen der Beklagten und dem Kläger "abgestimmt". Die Beklagte hat keinen Fall genannt, in dem es dem Kläger möglich gewesen wäre, von den Preisvorstellungen der Beklagten abzuweichen.

Besondere Bedeutung gewinnt der Umstand, daß bei der Abrechnung gemäß § 9 des Vertrages vom 27.08.1996 ein bestimmtes Schankmaß zugrunde gelegt wurde. Bei aus Fässern ausgeschenkten Getränken wurde ein Schankverlust von 2 % zugestanden. Den für einen unternehmerisch selbständig handelnden Bewirtungsservice typischen Schankgewinn wollte die Beklagte dem Kläger nicht zugestehen. Sie legte vielmehr Wert darauf, den Schankgewinn selbst zu vereinnahmen. Dies ist in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der Beklagten noch einmal unterstrichen worden. Damit beschränkte sich der Gestaltungsspielraum des Klägers weitgehend auf den Betreuungsablauf. Insoweit unterschied sich die Tätigkeit des Klägers nicht von der eines angestellten Büfettiers, dem im größeren Umfang die Betreuung von Ständen und Theken in einem Hallenbetrieb oblag.

4. Ein wichtiges Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers ist seine persönliche Arbeitsleistung. Die Parteien haben zwar in der Anlage zum Vertrag vom 27.08.1996 unter Ziffer 3 festgehalten, daß der Kläger in der Frage der persönlichen Anwesenheit frei, jedoch verpflichtet sei, einen geeigneten Vertreter zu benennen. Es muß aber richtig gesehen werden, daß es dem Kläger in Wirklichkeit gar nicht möglich war, seine Bewirtungsaufgaben einem Dritten zu übertragen. Bezeichnend heißt es in § 2 des Vertrages vom 27.08.1996, daß der Kläger ab 01.09.1996 die gesamte Stand-/Pausenbewirtung in der Halle M. übernimmt. Der Vertrag vom 27.08.1996 war nur möglich, weil der Kläger aufgrund des vorher bestandenen Arbeitsverhältnisses mit den Veranstaltungsabläufen und allen damit zusammenhängenden organisatorischen Fragen bestens vertraut war. Der Kläger mußte sich persönlich einbringen, um den ab 01.09.1996 geltenden Vertrag erfüllen zu können. Ziffer 3 der Anlage zum Vertrag vom 27.08.1996 hat nur formale Bedeutung. Tatsächlich erwartete die Beklagte den persönlichen Einsatz des Klägers. Nur bei Urlaub und anderen Verhinderungsfällen konnte er gemäß § 12 einen Vertreter benennen. Es ging der Beklagten bei der Vertragsumstellung um die Fortsetzung der Zusammenarbeit des Klägers, wie sie bis dahin auf der Grundlage des geschlossenen Arbeitsvertrages stattgefunden hatte. Die Beklagte hat der Behauptung des Klägers, seine Tätigkeit sei auch nach Abschluß des neuen Vertrages unverändert geblieben, nicht qualifiziert widersprochen. Deshalb muß davon ausgegangen werden, daß nicht nur die Aktenvermerke, sondern auch

die sonstigen mit der Bewirtung durch den Kläger verbundenen Umstände gleich geblieben sind. Die Beklagte kann dem nicht entgegenhalten, der Kläger habe auch schon im Rahmen des Arbeitsvertrages untypische Freiheiten genossen. Sie will damit geltend machen, es hätte auch schon vorher die Möglichkeit bestanden, bezüglich der Tätigkeit des Klägers ein freies Dienstverhältnis zu vereinbaren. In diesem Zusammenhang muß aber das persönliche Tätigwerden des Klägers richtig eingeordnet werden. Vor dem 01.09.1996 bestand ein Arbeitsverhältnis mit persönlicher Dienstleistungsverpflichtung des Klägers gemäß § 613 BGB. Die Beklagte hat den Kläger ab 01.09.1996 nicht als neuen Unternehmer engagiert und die Dienstleistung "Bewirtung und Service" nicht etwa anderweitig vergeben, sondern die Zusammenarbeit mit dem Kläger unverändert fortgesetzt. In den Aktenvermerken und den vom Kläger eingereichten Korrespondenzen wird deutlich, daß die Beklagte in Wirklichkeit vom Kläger ein persönliches Tätigwerden erwartete und voraussetzte.

Trotz der Regelung in Ziffer 1 der Anlage zum Vertrag vom 27.08.1996 hatte der Kläger tatsächlich nicht die Möglichkeit, anderweitig unternehmerisch tätig zu werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Umfang seiner zeitlichen Inanspruchnahme. Nach den von ihm eingereichten Stundenzetteln leistete er im Januar 1998 355 Stunden, im Februar 233,5, im März 305, im April 187 und im Mai 229 Stunden für die Beklagte. Dies spricht für die Richtigkeit seiner Behauptung, daß die Beklagte von ihm persönlich den Einsatz seiner gesamten Arbeitskraft erwartete und er nur auf diese Weise seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllen konnte.

5. Die Befugnis des Klägers, eigene Mitarbeiter einzustellen, auszuwählen, zu überwachen und zu vergüten, steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht entgegen. Allerdings spricht es in der Regel für eine selbständige unternehmerische Tätigkeit, wenn der Auftragnehmer die Abwicklung des von ihm übernommenen Auftrages durch die Einstellung von Hilfskräften organisieren muß. Hier sind die Verhältnisse besonders gelagert: Der Kläger hatte auch schon nach dem ab 01.01.1991 gültigen Arbeitsvertrag die Aufgabe, die erforderlichen Aushilfskräfte und Teilzeitbeschäftigten für die von ihm betreuten Stände zu besorgen und einzustellen. Der einzige Unterschied der ab 01.09.1996 bestehenden Vertragslage lag darin, daß der Kläger die benötigten Mitarbeiter nicht mehr für die Beklagte, sondern im eigenen Namen einstellte, bezahlte und die Arbeitgeberpflichten in vollem Umfang übernahm. Dadurch änderte sich nicht die persönliche Abhängigkeit des Klägers. Er war weiterhin in die Organisation der Beklagten eingegliedert und nicht von der Notwendigkeit zur persönlichen Dienstleistung befreit. Anders als in der Entscheidung des BAG vom 16.07.1997 (5 AZR 312/96, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Zeitungsausträger) resultierte der Einsatz weiterer Mitarbeiter nicht aus dem Umfang des übernommenen Arbeitsvolumens. Vielmehr gehörte es zu der vertraglich geschuldeten Bewirtungsaufgabe des Klägers, die Theken und Stände mit geeignetem Personal zu besetzen. Die Befugnis, eigene Mitarbeiter einzustellen, eröffnete ihm keinen entscheidenden Einfluß auf die Höhe der Personalkosten und damit auf die von ihm zu erzielenden Einkünfte. Richtig ist allerdings, daß der Kläger über die Auswahl der einzustellenden Mitarbeiter selbst entscheiden konnte und die Höhe der Vergütung aushandelte. Insoweit bestehen aber keine signifikanten Unterschiede zu den Verhältnissen während der Geltung des Arbeitsvertrages. Im Rahmen der schriftlichen Aktenvermerke konnte

der Kläger letztlich auch über die Anzahl der eingesetzten Mitarbeiter selbst bestimmen. Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß der Kläger insoweit einen Spielraum hatte. Soweit die Beklagte ihm bestimmte Personalbesetzungen vorgab, hatte er diese zu beachten. Soweit solche Angaben fehlten oder nur rahmenmäßig beschrieben waren, konnte er selbst über die Anzahl der benötigten Mitarbeiter entscheiden. Damit konnte er die Höhe der ihm entstehenden Personalkosten und damit seinen Gewinn beeinflussen. Dieser Anreiz war aber schon in § 7 des ab 01.01.1991 gültigen Arbeitsvertrages enthalten. Der Kläger erhielt nämlich neben seinem Festgehalt und der Umsatzprovision einen weiteren Bonus, welcher von der Höhe der Lohnkosten der im Büfettbereich beschäftigten Aushilfen und Teilzeitkräften unter Einbeziehung seines eigenen Festgehalts abhing. Der ab 01.09.1996 geltende Vertrag veränderte nur die finanziellen Bedingungen, ohne das bis dahin praktizierte Konzept zu verändern.

6. Die Eingliederung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten, die aus der Kontinuität der Zusammenarbeit abzuleitende Notwendigkeit zur persönlichen Dienstleistung und das Fehlen einer substantiellen unternehmerischen Gestaltungsfreiheit rechtfertigen es in einer Gesamtbetrachtung, die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien als Arbeitsverhältnis einzuordnen. Damit ist nicht generell die Frage beantwortet, ob der Vertrag vom 27.08.1996 eine geeignete Grundlage für das Konzept der Beklagten darstellt, die Betreuung von Getränkeverkaufsständen bei Veranstaltungen einem selbständigen Unternehmer zu überlassen, der mit eigenem Personal, eigenen unternehmerischen Chancen und Risiko tätig wird.

III.

Da zwischen den Parteien bei Ausspruch der Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestand, finden das KSchG und das BetrVG Anwendung. Die Kündigung ist unwirksam, denn die Beklagte hat es gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG versäumt, den bei ihr gebildeten Betriebsrat anzuhören. Die Kündigung ist außerdem gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial nicht gerechtfertigt, denn die Beklagte hat keine Kündigungsgründe vorgetragen.

IV.

Die Beklagte hat gemäß § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Kammer hat die Revision für die Beklagte zugelassen, weil der Rechtssache gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist für die klagende Partei ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei Revision eingelegt werden. Die Revision muß innerhalb einer Notfrist von 1 Monat nach Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils schriftlich beim Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt, eingelegt werden. Die Revisionschrift muß von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

