

Entscheidungen



Siehe auch: [Pressemitteilung Nr. 22/08 vom 13.3.2008](#)

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 13.3.2008, 2 AZR 1037/06

Betriebsbedingte Kündigung - Arbeitnehmerbegriff

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 20. Oktober 2006 - 11 Sa 979/05 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer auf betriebliche Gründe gestützten ordentlichen Kündigung.
- 2 Der 1950 geborene Kläger war bei der Beklagten seit 1997 zunächst als "Subunternehmer", seit 1. Januar 2001 als Arbeitnehmer in der Funktion eines so genannten "Moskito-Anschlägers" tätig. Die Aufgabe eines "Moskito-Anschlägers" besteht im Anbringen von Werbeplakaten an Schaltschränken. Die Plakate werden dabei in Wechselrahmen eingespannt.
- 3 Im Juni 2004 schloss die Beklagte mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat einen Interessenausgleich. Darin ist die Einstellung sämtlicher gewerblicher Tätigkeiten, insbesondere der Plakatierung, vorgesehen. In § 2 des Interessenausgleichs heißt es ua.:

§ 2

Durchführung

1. Gewerbliche Mitarbeiter/Plakatierung
 - a) Die Einstellung der Bereiche Plakatierung und Service erfolgt zum 31. August 2004, für die Plakatlogistik und -distribution zum 31. Dezember 2004. Die bestehenden Arbeitsverhältnisse der in dem Bereich tätigen gewerblichen Mitarbeiter werden aus betriebsbedingten Gründen unter Einhaltung der jeweils gültigen Kündigungsfrist gekündigt. ...
 - b) Den gewerblichen Mitarbeitern im Bereich der Plakatierung wird angeboten, zukünftig für den Konzern als selbständige Unternehmer die Plakatierungstätigkeit auszuüben."
- 4 Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 29. Juli 2004 ordentlich zum 31. August 2004.
- 5 Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat im Wesentlichen die Auffassung vertreten, die Vergabe der Plakatierungsarbeiten an Subunternehmer habe nicht zum Wegfall seines Arbeitsplatzes geführt. Die so genannten Subunternehmer seien nach wie vor als Arbeitnehmer einzustufen, da sie weisungsgebunden tätig seien und keinerlei eigene unternehmerische Freiheit hätten. Die Plakatierung erfolge unverändert nach den vorgegebenen Listen, die von den Anschlägern ohne Spielraum abzuarbeiten seien. In Wahrheit handele es sich um eine unzulässige Austausch Kündigung. Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - zuletzt beantragt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29. Juli 2004 nicht aufgelöst wird.

- 6 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Der Arbeitsplatz des Klägers sei entfallen. Bei der Vergabe der Plakatierungsarbeiten an Subunternehmer handele es sich um eine nur auf Willkür zu überprüfende unternehmerische Entscheidung. Die künftig als Subunternehmer tätigen Anschläger seien nicht in arbeitnertypischer Weise abhängig. Die Bindung an Routen und Termine ergebe sich aus der Natur der Sache.
- 7 Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Kündigungsschutzantrag weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision ist unbegründet.
- 9 A. Das Landesarbeitsgericht hat die Klageabweisung im Wesentlichen damit begründet, die Entscheidung der Beklagten, "Moskito-Anschläger" künftig nur noch in freier Mitarbeit zu beschäftigen, sei weder willkürlich noch offensichtlich unsachlich. Die Beschäftigungsverhältnisse der Subunternehmer seien nicht als Arbeitsverhältnisse, sondern als freie Mitarbeiterverhältnisse zu bewerten. Die Subunternehmer unterlägen keinen arbeitnertypischen Weisungen.
- 10 B. Dem stimmt der Senat zu.
- 11 I. Die streitgegenständliche Kündigung ist aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG.
- 12 1. Eine Kündigung ist aus dringenden betrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (vgl. *Senat 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, zu B II 1 der Gründe; neuerlich Senat 1. Februar 2007 - 2 AZR 710/05 - AP BGB § 162 Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 153, zu B I 1 a der Gründe*). Vom Gericht nachzuprüfen ist, ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die Unternehmerentscheidung selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (*Senat 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157, zu II 1 b der Gründe; 9. Mai 1996 - 2 AZR 438/95 - BAGE 83, 127, zu B I 2 a der Gründe*).
- 13 2. Die danach maßgeblichen Voraussetzungen liegen vor.
- 14 a) Durch die im Interessenausgleich vom 29. Juni 2004 umschriebenen Maßnahmen sind zum 31. August 2004 sämtliche gewerblichen Arbeitsplätze im Bereich Plakatieren entfallen. Davon ist auch der Arbeitsplatz des Klägers erfasst. Künftig sollen die Plakatierungsarbeiten ausschließlich von selbständig unternehmerisch tätigen Personen durchgeführt werden. Die entsprechenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sind von der Revision nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen (§ 551 Abs. 3 Nr. 2b ZPO) angegriffen worden und damit für den Senat bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO).
- 15 b) Der Wegfall des Bedürfnisses an der Weiterbeschäftigung des Klägers als Arbeitnehmer kann nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil durch die von der Beklagten nach dem Interessenausgleich angebotenen "Subunternehmerverträge" lediglich "verschleierte" Arbeitsverhältnisse entstünden und das vorgegebene unternehmerische Konzept aus Rechtsgründen in Wahrheit nicht durchgeführt werde, wie die Revision dies geltend macht. Die von der Beklagten angestrebte Umgestaltung der Vertragsbeziehung würde vielmehr das Rechtsverhältnis des Klägers von einem Arbeitsverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis überführen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.
- 16 aa) Das Berufungsgericht hat den von der Beklagten vorgelegten Subunternehmervertrag zu Recht dahingehend ausgelegt, dass "Moskito-Anschläger" als freie Mitarbeiter/Subunternehmer und nicht als Arbeitnehmer tätig werden sollen.
- 17 (1) Das Landesarbeitsgericht ist bei seiner Auslegung von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters ausgegangen. Beide Vertragsverhältnisse unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet, wobei eine wirtschaftliche

Abhängigkeit weder erforderlich noch ausreichend ist. Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*BAG 16. Februar 2000 - 5 AZB 71/99 - BAGE 93, 310, zu II 2 b aa der Gründe; 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - BAGE 103, 20, zu B II 1 der Gründe*).

- 18 (a) Die vertraglich geschuldete Leistung ist im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (*BAG 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263, zu I 1 der Gründe mwN; 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - BAGE 93, 218, zu B III 1 a der Gründe*). Selbständig ist dagegen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB.
- 19 (b) Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist das Letztere maßgebend. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls an (*BAG 6. Mai 1998 - 5 AZR 347/97 - BAGE 88, 327, zu I 1 der Gründe; 20. September 2000 - 5 AZR 271/99 - BAGE 95, 324, zu I 1 der Gründe; 9. März 2005 - 5 AZR 493/04 - AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 167 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 3, zu II 1 a der Gründe*).
- 20 (2) Die vertraglich vorgesehene Art der Tätigkeit - Plakatanschlag - spricht nicht schon für sich für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Nach dem Vertragsgegenstand soll der Betreffende mit der laufenden Bearbeitung der in den Tourenlisten aufgeführten Schaltschrankrahmen in München befasst werden und insbesondere Plakate anbringen, Wechsel unbrauchbarer Motivträger durchführen und Fremdkörper auf den Schaltschränken beseitigen. Diese Tätigkeit, die außerhalb einer vorgeprägten, räumlich festgelegten betrieblichen Organisation erfolgt, erfordert nicht von vornherein eine Einbindung in ein konkretes, mit anderen Personen abzustimmendes Ordnungsgefüge und lässt sich in der auch räumlich weitläufigen Art sowohl - wie bisher - im Arbeitsverhältnis, als auch in freier Mitarbeit praktizieren (*vgl. zu Plakatklebearbeiten: BAG 25. Juni 1996 - 1 ABR 6/96 -*).
- 21 (3) Mit den Regelungen des von der Beklagten vorgelegten Vertragsmusters ist kein Arbeitsverhältnis, sondern dasjenige eines Unternehmers beschrieben.
- 22 (a) Nach Nr. 2 des Vertrags verpflichtet sich der Auftragnehmer zur pünktlichen Anbringung der Plakate nach Vorgabe der Auftraggeberin so, wie es die so genannten Tourenlisten (Tourenpläne) vorsehen. Der Revision ist zuzugeben, dass der Tourenplan den Tag der Plakatierung und die jeweiligen Orte vorgibt. Indes bringt jede vertragliche Bindung - auch die des freien Unternehmers - eine gewisse Einschränkung der Freiheit mit sich. Diese mit jeglicher Vertragsbindung einhergehende Freiheitseinbuße führt aber nicht stets dazu, dass ein Arbeitsverhältnis entstünde. Das ist erst dann der Fall, wenn die Begrenzung der persönlichen Freiheit, insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht, eine Dichte erreicht, die sich nicht allein aus der Natur der zu leistenden Tätigkeit, sondern gerade aus der vertraglich dem Arbeitgeber zugestandenen Verfügungsmacht über die Arbeitsleistung ergibt. Der hier in Rede stehende vertragliche Rahmen für den "Moskito-Anschläger" folgt jedoch zwingend aus dem Umstand, dass die mit Plakaten zu bestückenden Schaltschränke fest installiert sind und damit ein bestimmter Ablauf der Tätigkeit von vornherein zumindest nahe liegt. Innerhalb dieser Grenzen ist der Auftragnehmer aber im Wesentlichen frei seine Tätigkeit zu gestalten. Weder dem Vertrag noch dem Tourenplan ist eine genaue zeitliche Vorgabe zu entnehmen, bis zu welchem Zeitpunkt der Auftrag ausgeführt sein muss. Es wird nur der Wochentag vorgegeben und damit ein 24 Stunden umfassender Zeitkorridor. Eine engere Vorgabe lässt sich auch nicht aus dem - von der Beklagten ausdrücklich bestrittenen - Vortrag des Klägers entnehmen, die Plakatierung solle "möglichst frühzeitig" am jeweiligen Tag erfolgen. Darin liegt keine zeitliche Weisung.
- 23 (b) Auch aus der so genannten "Frachtführer"-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19. November 1997 (- 5 AZR 653/96 - BAGE 87, 129) ergibt sich, entgegen der Auffassung der Revision, nichts anderes. Im dort entschiedenen Fall war der Frachtführer verpflichtet, sich spätestens um 6.00 Uhr am Depot der Auftraggeberin einzufinden, um die zuzustellenden Waren zu übernehmen. Bis spätestens 8.00 Uhr musste das Depot wieder verlassen werden. Die zugewiesenen Frachtaufträge waren in engen, vom Auftraggeber vorgegebenen Zeitfenstern (bis 9.00 Uhr, bis 10.00 Uhr, bis 12.00 Uhr) abzuwickeln und ab 11.00 Uhr musste sich der Frachtführer stündlich mit der Disposition in Verbindung setzen. Bei derart strengen zeitlichen Vorgaben war die Zeitsouveränität der Mitarbeiter der Sache nach aufgehoben. Solche eingehenden Vorgaben des Auftraggebers fehlen hier. Es wird lediglich der Zeitpunkt der

Auftragsausführung auf einen bestimmten Wochentag eingeschränkt. Darin liegt eine bei vielen "freien" Vertragsverhältnissen anzutreffende Verabredung über den zeitlichen Rahmen (vgl. BAG 25. Juni 1996 - 1 ABR 6/96 -).

- 24 (c) Soweit die Revision in diesem Zusammenhang auf die so genannte "Zeitungszusteller"-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (16. Juli 1997 - 5 AZR 312/96 - BAGE 86, 170) hinweist, führt auch dies nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Anders als bei den Zeitungszustellern, die ihre Arbeitsleistung werktäglich innerhalb eines engen, nur wenige Stunden in der Frühe umfassenden Zeitfensters verrichten müssen, steht es dem "Moskito-Anschläger" frei, seine Arbeitszeit innerhalb von 24 Stunden an einem vorgegebenen Wochentag zu erbringen. Damit ist - bei nur sporadischen Kontrollen - keine den Zeitungszustellern ähnliche Einbindung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers verbunden.
- 25 (d) Außerdem ist der Auftragnehmer nach Nr. 1 Satz 2 des Vertrags ausdrücklich berechtigt, sich der Hilfe Dritter zu bedienen. Damit regeln die Parteien - in bewusster Abweichung von § 613 BGB - die Möglichkeit für den Auftragnehmer, die Dienstleistung nicht in Person zu erbringen, sondern Dritte einzusetzen. Typisch für ein Arbeitsverhältnis ist aber die persönliche Verpflichtung zur Dienstleistung, die grundsätzlich einer Übertragung der Dienstverpflichtung an einen Dritten entgegensteht (ErfK/Preis 8. Aufl. § 613 BGB Rn. 2 f.).
- 26 (e) Gegen ein Arbeitsverhältnis spricht auch die Regelung in Nr. 1 Satz 3 des Vertrags, durch die dem Auftragnehmer auch ausdrücklich die Berechtigung zugestanden wird, für andere Unternehmen ggf. der gleichen Branche tätig zu werden. Eine solche Regelung, die letztlich ausdrücklich eine Konkurrenztaetigkeit zulässt, ist für ein Arbeitsverhältnis untypisch (vgl. § 60 HGB).
- 27 (f) Die in Nr. 3 Absatz 2 des Vertrags vorgesehenen Berichtspflichten sprechen nicht für ein Arbeitsverhältnis. Diese Berichtspflichten beziehen sich nicht auf die Art und Weise der Durchführung des Auftrags und damit die Gestaltung der Tätigkeit des freien Mitarbeiters bzw. Subunternehmers, sondern betreffen den Zustand der vom Auftraggeber bewirtschafteten Aushangstellen. Ein Einfluss des Auftraggebers auf die Ausführung des Auftrags im Sinne der Ausübung des Direktionsrechts kann daraus nicht abgeleitet werden.
- 28 bb) Die Umstellung des Konzepts, das zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers geführt hat, ist als freie Unternehmerentscheidung entgegen der Auffassung der Revision nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich. Das hat das Landesarbeitsgericht ebenfalls zutreffend erkannt.
- 29 (1) Eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte Unternehmerentscheidung hat die Vermutung für sich, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt ist (vgl. Senat 30. April 1987 - 2 AZR 184/86 - BAGE 55, 262, zu III 2 c der Gründe; 24. Oktober 1979 - 2 AZR 940/77 - BAGE 32, 150, zu II 2 a der Gründe). Rechtsmissbrauch ist die Ausnahme (vgl. Senat 21. Februar 2002 - 2 AZR 556/00 - EzA KSchG § 2 Nr. 45, zu II 2 der Gründe). Im Kündigungsschutzprozess hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und im Streitfall zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffene innerbetriebliche Strukturmaßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (Senat 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - Rn. 31, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 130 = EzA KSchG § 2 Nr. 62 mwN; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61, zu II 1 c der Gründe). Diese Auffassung erfährt in der Literatur weitgehend Zustimmung (vgl. mit Unterschieden im Einzelnen: APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 463 ff.; ErfK/Oetker 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 263; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 705 ff.; HWK/Quecke 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 267; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 521 ff.; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1035).
- 30 (2) Die Revision ist der Auffassung, die Entscheidung sei deshalb offensichtlich unsachlich und willkürlich, weil sie einzig dazu diene dem Kläger den Status eines kündigungsgeschützten Arbeitnehmers zu entziehen. Indes hat die Beklagte ihre Unternehmerentscheidung im Zusammenhang mit einer tiefgreifenden Neuordnung beschlossen. Dass auch künftig die Plakate an den Schaltschränken anzubringen sind, steht hierbei außer Zweifel. Es ist aber von der Unternehmerfreiheit gedeckt, wenn die Beklagte sich entschließt, diese Bestückung nicht mehr selbst unter Einsatz eigener Arbeitnehmer vorzunehmen, sondern durch Dritte vornehmen zu lassen. Das Gesetz zwingt den Marktteilnehmer nicht, den Bedarf an Leistungen ausschließlich durch Arbeitsverträge zu decken. Er kann vielmehr auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen, muss aber dann auch die jeweiligen - auch nachteiligen - rechtlichen Folgen in Kauf nehmen. So verzichtet er, wenn er keine Arbeitsverträge schließt, auf das Direktionsrecht. Die Beklagte begibt sich in Umsetzung ihrer unternehmerischen Entscheidung ihres gerade durch das persönliche Weisungsrecht geprägten Einflusses auf ihre vormaligen Arbeitnehmer. Von einem schlichten Abstreifen des Bestandsschutzes unter Beibehaltung des Weisungsrechts kann im Streitfall keine Rede sein.

- 31 II. Die Kündigung ist nicht aus anderen Gründen unwirksam. Dass die Beklagte ihre im Interessenausgleich festgelegten Verpflichtungen nicht eingehalten hat, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
- 32 III. Die Kosten der erfolglosen Revision fallen dem Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Rost

Eylert

Schmitz-Scholemann

K. Roeckl

Jan Eulen