

G 6053 F

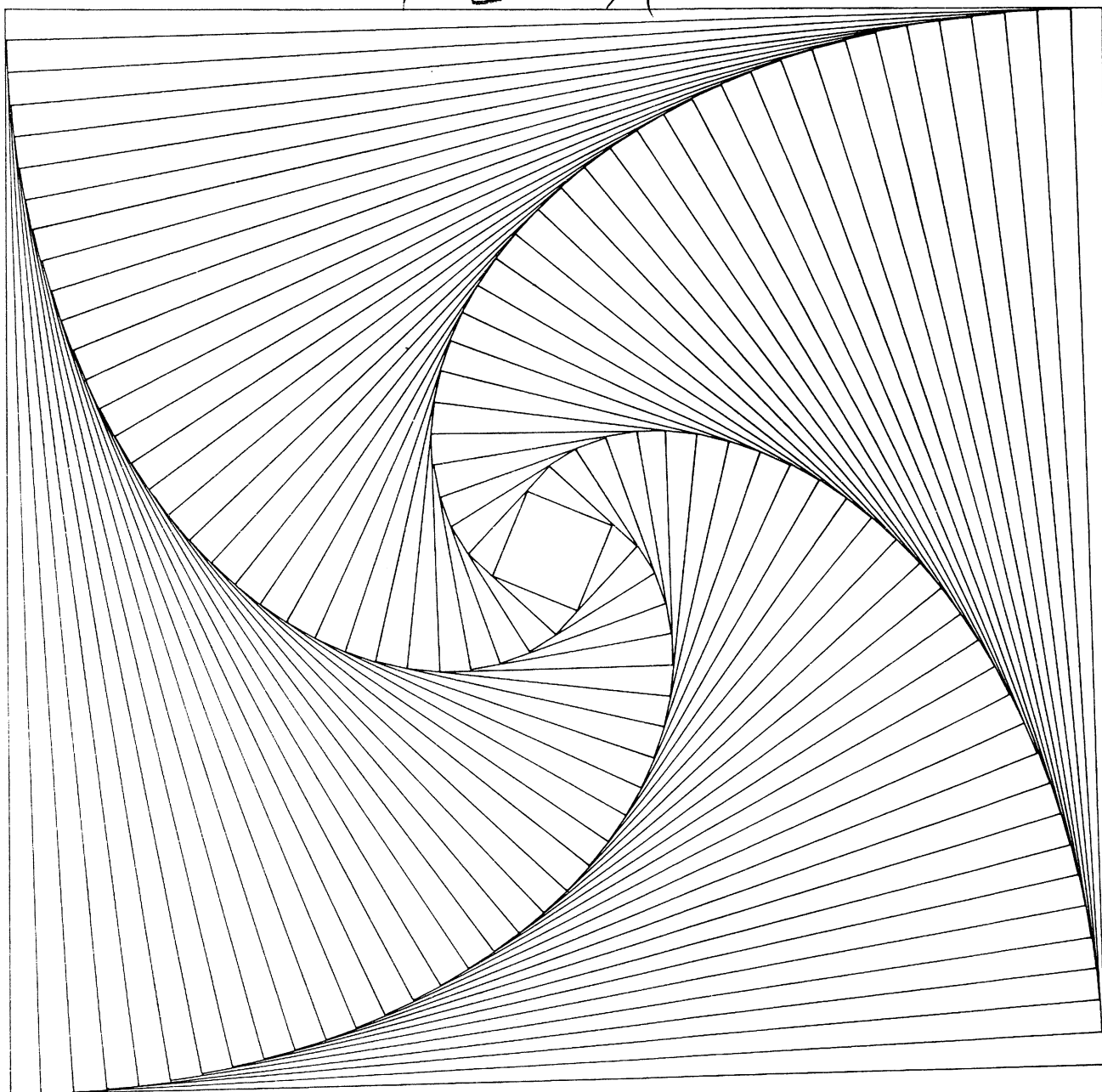
# SAE

Sammlung  
Arbeitsrechtlicher  
Entscheidungen

# 5

46. Jahrgang  
Juli/August  
1992

412-1



Verantwortlich Dr. F.-H. Himmelreich  
und RA E.-G. Mager, Köln

Wirtschaftsverlag Bachem

# Sammlung

# Arbeitsrechtlicher

# Entscheidungen

# 5

46. Jahrgang  
Juli/Aug. 1992

## Inhalt

### Bundesarbeitsgericht:

#### Umfang des Tarifvorbehaltes – Betriebsvereinbarung über Verfall von „gehörteten“ Akkordlohnsprüchen

Urteil vom 9. 4. 1991 – 1 AZR 406/90  
Anmerkung Prof. Dr. Günther Hönn,  
Saarbrücken 193

---

#### Betriebsvereinbarung über Vertragsstrafen

Urteil vom 6. 8. 1991 – 1 AZR 3/90  
Anmerkung Wiss. Ass. Dr. Volker Rieble,  
Freiburg i. Br. 197

---

#### Unwirksamkeit von Einigungsstellenregelungen bei Vermischen von Sozialplan und Interessenausgleich – Stimmhaltung in der Einigungsstelle – Zuständig- keitsabgrenzung zwischen Konzern- und Gesamt- betriebsrat

Beschluß vom 17. 9. 1991 – 1 ABR 23/91  
Anmerkung Dr. Eberhard Koffka, Erlangen 202

---

#### Arbeitnehmerüberlassung – Dienst- oder Werkvertrag

Urteil vom 30. 1. 1991 – 7 AZR 497/89  
Anmerkung Rechtsanwältin Dr. Barbara Dauner-Lieb,  
Köln 209

---

#### Zum Begriff der Einstellung – Dienst- oder Werkvertrag

Beschluß vom 5. 3. 1991 – 1 ABR 39/90  
Anmerkung Prof. Dr. Johannes Hager,  
Eichstätt/Ingolstadt 226

---

#### Gratifikation – Gleichbehandlung

Urteil vom 25. 4. 1991 – 6 AZR 532/89  
Anmerkung Prof. Dr. Karlheinz Misera, Heidelberg 234

---

#### Gratifikation – Stichtagsregelung – Betriebsbedingte Kündigung

Urteil vom 25. 4. 1991 – 6 AZR 183/90  
Anmerkung Prof. Dr. Karlheinz Misera, Heidelberg 237

---

**BAG-Entscheidungen in Leitsätzen** 246

---

Literaturhinweise zum Arbeitsrecht  
auf der 3. Umschlagseite

---

## Herausgeber:

## Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

### Verantwortlich

Dr. Fritz-Heinz Himmelreich  
Rechtsanwalt Ernst-Günther Mager, Köln

### Redaktion

RA Ernst-Günther Mager  
Christel Finke-Hollweg  
Gustav-Heinemann-Ufer 72, Postfach 51 05 08  
5000 Köln 51, Tel. (02 21) 37 95-125

### Verlag und Druck

Wirtschaftsverlag Bachem GmbH  
Ursulaplatz 1, Postfach 10 80 02  
5000 Köln 1, Tel. (02 21) 16 19-0  
Kölner Bank von 1867  
(BLZ 371 600 87) 410 219 000  
Deutsche Bank Köln (BLZ 370 700 60) 1358 555  
Postscheckkonto Köln  
(BLZ 370 100 50) 34 5551-502

Erscheinungsweise: achtmal jährlich

### Bezugsbedingungen

Bestellungen können beim Verlag und beim  
Buchhandel erfolgen. – Bezugspreis: jährlich  
DM 98,- zuzügl. Porto, Versandkosten und 7%  
Mehrwertsteuer. Einzelheft DM 13,-. – Lieferung  
erfolgt bis auf ausdrückliche Abbestellung, die  
6 Wochen vor Jahresende erfolgen muß.

ISSN 0048-9069

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzel-  
nen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom  
Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der  
vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt ins-  
besondere für Vervielfältigungen, Bearbeitun-  
gen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und  
die Einspeicherung und Verarbeitung in elektro-  
nischen Systemen.

Die Anmerkungen zu den abgedruckten Ent-  
scheidungen stellen nicht die Meinung des  
Herausgebers dar.

## Gründe:

A. Der ArbGeb betreibt in B ein Stahl- und Walzwerk. Der zur Weiterverarbeitung im Walzwerk bestimmte Stahl verläßt das Stahlwerk in Form sog. Brammen. Diese Brammen müssen vor ihrer Weiterverarbeitung im Walzwerk zum Teil einer weiteren Vorbearbeitung, dem Flämmen, unterzogen werden. Etwa 1/3 der Brammen wird dabei vom Flämmautomaten ganz geflämmt, ein weiteres Drittel wird in unterschiedlichem Umfang maschinell oder von Hand von Flämmern geflämmt, während ein weiteres Drittel als heiße Bramme ungeflämmt in die Weiterverarbeitung geht. Das Flämmen der Brammen durch Flämmer hat der ArbGeb zum Teil der Firma F GmbH (im folgenden nur Fa. F) übertragen. Das Verhältnis des ArbGeb zur Fa. F wurde zunächst durch einen Vertrag vom 20. 10. 1986 geregelt und durch einen Vertrag vom 30. 12. 1988 neu gestaltet. Aufgrund dieser Verträge arbeiten ArbN der Fa. F in der Flämmerei, und zwar zuletzt zwölf ArbN als Flämmer, acht als Kranführer und einer als Betriebsleiter. In dem Vertrag vom 30. 12. 1988 heißt es auszugsweise wie folgt, wobei die Fa. F als „Partner“ bezeichnet wird:

### § 1

1. Partner verpflichtet sich ... in den überlassenen Teilen der Hallen ... das gesamte zu flämmende Material ... (Vorbrammen) mit eigenem Personal und eigenem Gerät zu bearbeiten; ausgenommen ist das „heiß“ zu flämmende Material, das von K auf der vorhandenen Flämmmaschine bearbeitet wird. ...
2. Als Betriebszeit gilt die gesamte Woche einschließlich der Sonntage, jedoch ausschließlich der Feiertage im Rahmen der Stahlnovelle ...
3. Partner verpflichtet sich, die anfallenden Flämmarbeiten ohne Behinderung des Produktionsablaufs ... auszuführen ...
4. Vorbrammen sind stranggeegogene (oder auch gewalzte) Vorprodukte für die Bandwulzung; ...
5. Die Vorbrammen werden ... im Warmwalzwerk per Eisenbahnwaggon ... angeliefert. Partner hat auch die ... über den BWG-Rollgang heiß angelieferten Vorbrammen abzunehmen und zum Zwecke des Abkühlens zwischenzulagern. Danach sind diese Vorbrammen ... an K zurückzugeben. Partner wird die geflämmten Vorbrammen ... an dafür bestimmten Übergabestellen übergeben bzw. auf dem Lagerplatz ... zwischenlagern.

### § 2

1. K stellt Partner ... den in dem anliegenden Plan rot gekennzeichneten Teil des Warmwalzwerkes I mit bereits eingerichteten Handflämmplätzen, 3 Hochkränen ... einem Halbportalkran ... den Übergabewagen A1 sowie den als Abschwitzraum dienenden Container kostenlos zur Verfügung. ... Der Übergabewagen B wird zur Mitbenutzung zur Verfügung gestellt. ...

### § 3

1. Partner errichtet und betreibt in der ihm überlassenen Halle eine maschinelle Einrichtung zum Flämmen ... Die erforderlichen Anschlußleitungen ... bis zu der angewiesenen Zapfstelle ... stellt Partner selbst ... her. ...
2. K wird die für die Aufstellung der Maschine erforderlichen Fundamente ... auf eigene Kosten errichten ...
4. Partner wird Handflämmgeräte betreiben bzw. beschaffen, die ...

### § 6

1. Die Vorbrammen sind nach dem von K auf der Bramme angegebenen Flämmschüssel und den angezeichneten Fehlern zu behandeln, wobei der Flämmumfang von der Beseitigung angezeigter Fehlerstellen auf der Oberfläche bis zum Ganzabziehen reichen kann ... Partner wird ... die ... gemeinsam festgelegten Leistungs- und Qualitätsanforderungen ... erfüllen. ... Partner verpflichtet sich, während der Betriebszeiten seines Unternehmens ständig einen namentlich benannten Betriebsleiter/Schichtführer vor Ort zu halten, der verantwortlich für den Kontakt zu K ist. ...
3. K wird nach dem Flämmen unverzüglich eine Abnahme des fertiggestellten Materials durchführen. Unzureichend oder fehlerhaft bearbeitetes Material wird zur Nachbearbeitung zurückgewiesen. ...

### § 7

1. K verpflichtet sich, Partner die ... erforderlichen Mengen an Strom, Sauerstoff, Erdgas, Rein- und Rohwasser sowie Preßluft ... kostenlos zu liefern. ...

### § 8

1. Partner erhält für die zu erbringenden Leistungen eine monatliche Pauschale, die in Anlage 2 definiert ist.
2. Darüber hinaus erhält Partner eine leistungsabhängige Vergütung für die einzelnen Flämmkategorien gemäß den in der Anlage 2 festgelegten Preisen. ...

## Zum Begriff der Einstellung – Dienst- oder Werkvertrag

Personen, die als Dienst- oder Werknehmer oder deren Erfüllungsgehilfen die in einem Dienst- oder Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, sind nicht schon deswegen in den Betrieb des Auftraggebers und dessen Organisation im Sinne von § 99 BetrVG eingegliedert, weil sie im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und weil die von ihnen zu erbringende Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingeplant ist. Hinzukommen muß, daß diese Personen selbst in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert werden, so daß dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat. Darauf, inwieweit äußere Umstände eine Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Betriebes notwendig machen, kommt es nicht an.

Bundesarbeitsgericht

Beschluß vom 5. 3. 1991 – 1 ABR 39/90 (LAG Bremen – 3 TaBV 22/89)

## § 13

I. Die Vertragsparteien werden durch Ereignisse höherer Gewalt insoweit und solange von ihren Vertragspflichten entbunden, als ihnen durch solche Ereignisse die Erfüllung ihrer Verpflichtungen unmöglich wird. Als höhere Gewalt gelten in diesem Sinne auch Arbeitskonflikte, Aussperrungen sowie außergewöhnliche Transport- und Betriebsstörungen. . . .

Die aus dem Stahlwerk kommenden Vorbrammen werden von „Revisoren“ des ArbGeb noch außerhalb des Bereichs der Fa. F mit einer Flämmkarte versehen, die u. a. den Flämm Schlüssel enthält, der Auskunft über Art und Umfang der an dieser Bramme vorzunehmenden Flämmarbeiten gibt. Zu flämmende Stellen werden dabei auch mit Kreidestrichen markiert. Die von ArbN der Fa. F geflämten Brammen werden zur Zeit noch an den einzelnen Flämmplätzen von den Revisoren abgenommen. Entsprechen die Flämmarbeiten nicht den Anforderungen, haben die Flämmer die Brammen nachzuarbeiten. Dabei ist jeweils ein Revisor für zwei Flämmer zuständig. Geplant ist, diese Abnahme der geflämten Brammen künftig außerhalb des Bereichs der Fa. F vorzunehmen.

Die Fa. F ist eine Tochtergesellschaft der Fa. S S. A. in Frankreich, die wiederum zum Konzern I. U., Philadelphia, USA, gehört. Der Konzern beschäftigt ca. 6000 Mitarbeiter in Dienstleistungen für die Industrie, wobei der Schwerpunkt in Stahlwerken liegt, u. a. in der Schlackenaufbereitung, im Kübeltransport, im Flämmen usw. Die beim ArbGeb beschäftigten ArbN der Fa. F haben keinen eigenen BR gewählt. Nach der Behauptung des ArbGeb besteht am Sitz der Fa. F in R ein BR, der von allen ArbN der Fa. F gewählt worden sei.

Der BR hat vorgetragen, die Bearbeitung der Brammen durch die Flämmer der Fa. F und die Kontrolle durch die Revisoren erfolge im unmittelbaren Wechselspiel. Die Tätigkeit dieser ArbN unterscheide sich in keiner Weise von der Tätigkeit der Flämmer, die der ArbGeb beschäftige. Die Arbeitsvorgänge in der Flämmerei – auch der Fa. F – würden durch die Arbeitsvorbereitung des ArbGeb gesteuert. Die ArbN der Fa. F seien in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert, sie arbeiteten mit den anderen ArbN des ArbGeb zur Erfüllung des Betriebszweckes zusammen und müßten sich der organisatorischen Einrichtung einfügen. In der Beschäftigung der ArbN der Fa. F im Betrieb läge daher eine Einstellung, die seiner Zustimmung bedürfe. Der BR hat daher das vorliegende Verfahren anhängig gemacht und beantragt festzustellen, daß der ArbGeb nicht berechtigt ist, ohne vorherige Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens nach den §§ 99, 100 BetrVG ArbN der Fa. F auf Arbeitsplätzen in der Flämmerei zu beschäftigen.

Der ArbGeb hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Nach seiner Ansicht sind die ArbN der Fa. F nicht in die betriebliche Organisation eingegliedert und nicht dem Weisungsrecht des ArbGeb unterworfen. Sie würden als ArbN der Fa. F in Erfüllung derjenigen Vertragspflichten tätig, die diese ihm gegenüber übernommen habe. Danach schulde die Fa. F die Ablieferung eines fertigen Werkes, nämlich der geflämten Brammen gemäß den vertraglich festgelegten Vorgaben. Der Einsatz der ArbN obliege allein der Fa. F.

Das ArbG hat eine Ortsbesichtigung vorgenommen und dem Antrag des BR stattgegeben. Das LAG hat die Beschwerde des ArbGeb zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt dieser seinen Abweisungsantrag weiter, während der BR um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bittet.

B. Die Rechtsbeschwerde des ArbGeb ist begründet. Die zum Flämmen der Brammen von der Fa. F beschäftigten ArbN werden nicht vom ArbGeb im Sinne von § 99 BetrVG eingestellt. Ihre Beschäftigung bedarf daher nicht der Zustimmung des BR.

I. Das LAG ist von der ständigen Rechtsprechung des Senats ausgegangen, wonach eine nach § 99 BetrVG zustimmungspflichtige Einstellung dann vorliegt, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten ArbN den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum ArbGeb als Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht an. Maßgebend ist, ob die von diesen Personen zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine weisungsgebundene Tätigkeit ist, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zweckes des Betriebes zu dienen bestimmt ist und daher vom ArbGeb organisiert werden muß. Darauf, ob und gegebenenfalls von wem diesen Personen tatsächlich Weisungen hinsichtlich dieser Tätigkeit gegeben werden, kommt es nicht an (Beschuß vom 15. 4. 1986, BAGE 51, 337 = AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972 [SAE 1987, 298 mit Anm. Schreiber – d. Red.]; Beschuß vom 16. 12. 1986 – 1 ABR 52/85 – AP Nr. 40 zu § 99 BetrVG 1972; Beschuß vom 18. 4. 1989, BAGE 61, 283 = AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972; Beschuß vom 1. 8. 1989, BAGE 62, 271 = AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG 1972 [SAE 1990, 356 mit Anm. Reuter – d. Red.]).

Das LAG meint, eine Eingliederung von Personen in den Betrieb des ArbGeb im Sinne der Rechtsprechung des Senats liege stets dann vor, wenn diese Personen aufgrund eines Werkvertrages, den der ArbGeb mit einem Dritten abgeschlossen hat, im Betrieb tätig werden. Darin kann dem LAG nicht gefolgt werden. Das LAG hat dabei verkannt, daß es auch in einem solchen Falle darauf ankommt, ob die aufgrund eines Werkvertrages im Betrieb tätig werdenden Personen so in die Arbeitsorganisation des ArbGeb eingegliedert werden, daß dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Einsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat.

II. 1. Der Senat hat in den bislang von ihm entschiedenen Fällen stets darauf hingewiesen, daß die entschiedenen Fallgestaltungen, bei denen ArbN in die Organisation des Betriebes eingegliedert wurden und hier ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeit verrichten, zu unterscheiden sind von denjenigen Fällen, in denen „bestimmte absonderbare Arbeiten auf Fremdfirmen übertragen wurden“ (so im Beschuß vom 15. 4. 1986, aaO [SAE 1987, 298 mit Anm. Schreiber – d. Red.]) oder bei denen der ArbGeb „eine Werk- oder Dienstleistung für sich einkauft“ (so im Beschuß vom 1. 8. 1989, aaO [SAE 1990, 356 mit Anm. Reuter – d. Red.]). Er hat in der Entscheidung vom 18. 4. 1989 darauf hingewiesen, daß die von Prof. Dr. M. im Dialysezentrum eingesetzten Ärzte „Unternehmerarbeiter“ wären, wenn diese jeweils im Einzelfall zu einer notwendig werdenden ärztlichen Betreuung oder Behandlung eines bestimmten Patienten im Dialysezentrum tätig würden. An dieser Unterscheidung der möglichen Fallgestaltungen ist festzuhalten.

Die möglichen Fallgestaltungen unterscheiden sich jedoch

nicht allein danach, daß Personen im Betrieb aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages tätig werden. Leistungen aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages können in unterschiedlichster Weise erbracht werden. Entscheidend für die Frage, ob solche aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages im Betrieb tätig werdenden Personen im Betrieb im Sinne von § 99 BetrVG eingestellt werden, ist die tatsächliche Ausgestaltung ihrer Tätigkeit und deren Einbindung in die betriebliche Organisation. Auf das Rechtsverhältnis, das diesem Tätigwerden zugrunde liegt, kommt es nach der Rechtsprechung des Senats nicht an.

2. a) Es ist eine im arbeitsteiligen Wirtschaftsleben übliche Praxis, daß ein ArbGeb nicht alle zur Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses erforderlichen Arbeiten durch eigene ArbN ausführen läßt, sondern Teilleistungen von Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages erbringen läßt. Dabei werden nicht nur Dienstleistungen aufgrund eines Dienstleistungsvertrages vielfach im Betrieb des ArbGeb zu erbringen sein. Auch das aufgrund eines Werkvertrages geschuldete Werk kann häufig nur im Betrieb des ArbGeb erstellt werden. Diejenigen Personen, deren sich der Dienst- oder Werkunternehmer zur Erbringung der Dienstleistung oder zur Herstellung des Werkes als Erfüllungsgehilfe bedient und die regelmäßig in einem Arbeitsverhältnis zum Dienst- oder Werkunternehmer stehen werden, werden dabei im Betrieb des ArbGeb tätig. Allein in diesem Tätigwerden als Erfüllungsgehilfe des Dienst- oder Werkunternehmers liegt – jedenfalls in den Normalfällen – noch keine „Einstellung“ im Sinne von § 99 BetrVG, die der Zustimmung des BR bedarf. So wird auch im Schrifttum regelmäßig ohne nähere Begründung davon ausgegangen, daß die ArbN solcher Dienst- oder Werkunternehmer als „Fremdfirmenarbeiter“ oder „Unternehmerarbeiter“ in dem Betrieb, in dem sie tätig werden, nicht auch „eingestellt“ werden (Kraft, GK-BetrVG, 4. Bearbeitung, § 99 Rz. 25; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl., § 99 Rz. 19; Heinze, Personalplanung, Einstellung und Kündigung, Rz. 203; Hunold, Zur Entwicklung des Einstellungsbegriffs in der Rechtsprechung, NZA 1990, 461, 464 und Betriebsberater 1990, 1345, 1346; ähnlich Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 99 Rz. 34, wonach nur solche Personen „eingestellt“ werden, die zum Betriebsinhaber selbst in rechtliche Beziehungen treten).

b) Problematisch sind diejenigen Fälle, in denen die zu erbringende Dienstleistung oder das zu erstellende Werk so in den betrieblichen Arbeitsprozeß integriert ist, daß die Dienstleistung oder das Werk zu einem genau festgelegten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort und von bestimmter Art und Güte erbracht werden muß. Äußeres Anzeichen für eine solche Fallgestaltung ist vielfach, daß eben diese Dienstleistung oder dieses Werk früher von ArbN des Betriebsinhabers selbst nach dessen Anweisung und Organisation erbracht oder erstellt worden ist. Kommt dann noch hinzu, daß der Dienst- oder Werkunternehmer bzw. seine Erfüllungsgehilfen aufgrund der Natur der zu erbringenden Dienstleistung oder des zu erstellenden Werkes keinen oder jedenfalls keinen beachtlichen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Arbeitsführung haben, so unterscheidet sich äußerlich die Tätigkeit der Erfüllungsgehilfen des Dienst-

oder Werkunternehmers in keiner Weise mehr von der Tätigkeit, die früher ArbN des Betriebes erbracht haben oder auch jetzt noch gleichzeitig erbringen. Die Tätigkeit der Erfüllungsgehilfen der Dienst- oder Werkunternehmer erscheint dann in die betriebliche Organisation eingebunden und vom ArbGeb als Auftraggeber geplant und organisiert.

3. Von diesem äußeren Erscheinungsbild geht das LAG im vorliegenden Fall aus. Die ArbN der Fa. F. arbeiten im Betrieb des ArbGeb, wenn auch in einem der Fa. F. allein zugewiesenen Teil der Halle. Die von ihnen zu verrichtenden Flämmarbeiten sind nach Umfang und Güte durch den auf jeder Bramme befindlichen Flämm Schlüssel und durch die Zurückweisung nicht ordnungsgemäß geflämmtter Brammen durch den Revisor genau festgelegt. Die Flämmarbeiten sind innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens zu erbringen, und zwar auch während der Arbeitszeiten im Betrieb des ArbGeb, also auch an Sonntagen. Die Vorbrammen sind kontinuierlich abzunehmen, sofern auf den Flämmplätzen und im Zwischenlager überhaupt nur Platz ist. Vorgegeben ist – wie der ArbGeb selbst vorträgt – eine „ungefähre Wiederanlieferung“, sie sollen „innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens zur Weiterverarbeitung zur Verfügung stehen“. Flämmarbeiten werden in einem anderen Teil der Halle auch von ArbN des ArbGeb durchgeführt. Ein Flämmen der Brammen durch die Fa. F. an einem anderen Ort wäre schon mit Rücksicht auf die Transportkosten wirtschaftlich unvertretbar. Berücksichtigt man noch weitere Äußerlichkeiten wie die Mitbenutzung der Kantine und die Beachtung der Vorschriften für das Betreten des Werksgeländes und den Aufenthalt auf dem Gelände, so erscheinen die ArbN der Fa. F. dem LAG als Personen, die in den Betrieb des ArbGeb eingegliedert sind, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten ArbN des ArbGeb den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen.

4. Allein diese äußeren Umstände, wann, wo und wie Arbeiten aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages im Betrieb des Bestellers zu erbringen sind, reichen nicht aus, um die nach § 99 BetrVG erforderliche Eingliederung der tätig werdenden Person in den Betrieb und die Organisation des Betriebes zu begründen.

Die Vorschriften über den Dienst- oder Werkvertrag schließen nicht aus, daß die zu erbringende Dienstleistung oder das zu erstellende Werk vertraglich hinsichtlich aller Einzelheiten bezüglich Ausführung, Umfang, Güte, Zeit und Ort der Erbringung bzw. Erstellung so detailliert und bestimmt vereinbart werden, daß dem Dienst- oder Werkunternehmer hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung oder der Erstellung des Werkes kein eigener Entscheidungsspielraum mehr verbleibt. Er ist vertraglich verpflichtet, die Dienstleistung oder das Werk hinsichtlich aller Einzelheiten vereinbarungsgemäß zu erbringen. Davon, daß er die vertraglich geschuldete Leistung erbringt, geht der Besteller aus. Die vertragsgemäß erbrachte Dienstleistung oder das vertragsgemäß erstellte Werk plant er in seine Arbeitsorganisation ein, ebenso wie er die rechtzeitige und vertragsgemäße Zulieferung von Material oder angekauften Vorprodukten einplant.

Damit wird jedoch zunächst nur die vertragsgemäße Dienstleistung oder das vertragsgemäß erstellte Werk als solches in die Planung des Arbeitsablaufes und der Produktion einbezogen. Es kann gleichwohl Aufgabe des Dienst- oder Werkunternehmers bleiben, dafür zu sorgen, daß er – in Zusammenarbeit mit seinen Erfüllungsgehilfen – die Leistung oder das Werk vertragsgemäß erbringen kann. Daß er dafür notwendige Einzelanweisungen an seine ArbN nicht selbst erbringt, sondern dem Auftraggeber gestattet, diese unmittelbar seinen Erfüllungsgehilfen zu erteilen, begründet keinen rechtlichen Unterschied, sondern ist nur eine Frage der praktikablen Vertragsdurchführung. Die Erfüllungsgehilfen des Dienst- oder Werkunternehmers haben dann diese Weisungen des Auftraggebers nicht deswegen zu erfüllen, weil sie zu diesem in einem Rechtsverhältnis stehen und in dessen Arbeits- und Produktionsprozeß eingegliedert sind, sondern weil sie aus dem zwischen ihnen und dem Dienst- bzw. Werkunternehmer bestehenden Rechtsverhältnis die Beachtung dieser Anweisungen schulden.

5. Daraus folgt, daß Personen, die als Dienst- oder Werkunternehmer oder deren Erfüllungsgehilfen die in einem Dienst- oder Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, nicht schon deswegen in den Betrieb des Auftraggebers und dessen Organisation im Sinne von § 99 BetrVG eingegliedert sind, weil sie im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und die von ihnen zu erbringende Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingeplant ist. Darauf, inwieweit äußere Umstände dabei eine Zusammenarbeit mit den ArbN des Betriebes notwendig machen, kommt es nicht an. Hinzukommen muß, daß diese Personen selbst in die Arbeitsorganisation des ArbGeb eingegliedert werden, so daß auch dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitsplatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat, er die Personalhoheit über diese Personen hat.

a) Sinn und Zweck des dem BR in § 99 BetrVG gewährten Mitbestimmungsrechts bei einer Einstellung gebieten nicht, jedes Tätigwerden in Ausführung eines Dienst- oder Werkvertrages, sofern es im Betrieb erfolgt, als zustimmungspflichtige Einstellung anzusehen.

Der Senat hat seine bisherige Rechtsprechung zum Einstellungsbegriff mit dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts des BR begründet. Nach dessen Sinn und Zweck sollen damit die Interessen der im Betrieb schon beschäftigten ArbN gewahrt werden. Sie sollen vor möglichen Nachteilen in Form von Kündigungen oder Versetzungen geschützt werden, die Einhaltung von Vergabekriterien bei der Besetzung von Arbeitsplätzen soll überwacht und der Betriebsfrieden gewährleistet werden. Das folgt aus den möglichen Zustimmungsverweigerungsgründen in § 99 Abs. 2 Nr. 2, 3, 5 und 6 BetrVG. Diese Interessen werden nicht schon dadurch berührt, daß Personen als Erfüllungsgehilfen eines Dienst- oder Werkunternehmers bei der Erbringung der Dienstleistung oder der Erstellung eines Werkes im Betrieb tätig werden, von der in diesem Zusammenhang zu vernachlässigenden Möglichkeit einer Störung des Betriebsfriedens einmal abgesehen. Deren bloße Beschäftigung hat auf die Arbeits-

plätze und die Arbeitsverhältnisse der im Betrieb beschäftigten ArbN des Auftraggebers keine Auswirkungen (s. auch Kraft, Anm. zu AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972, unter II 1 b).

b) Durch die Vergabe von Arbeiten, die bislang von ArbN des Betriebes durchgeführt wurden oder die auch von ArbN des Betriebes durchgeführt werden könnten, an Dienst- oder Werkunternehmer können allerdings bestehende Arbeitsplätze in Wegfall kommen oder kann die Schaffung neuer Arbeitsplätze entbehrlich werden. Ursache dieser Gefahr und der damit verbundenen Beeinträchtigung von Interessen der im Betrieb bestehenden Belegschaft ist die Entscheidung des ArbGeb, Arbeiten nicht durch eigene ArbN ausführen zu lassen, sondern an Dritte zu vergeben. Einer solchen Gefahr zu begegnen, ist jedoch nicht Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechtes des BR nach § 99 BetrVG. Dieses Mitbestimmungsrecht kommt erst zum Tragen, wenn der ArbGeb sich für eine Einstellung entschieden hat. Es dient nicht dazu, den ArbGeb zur Schaffung von Arbeitsplätzen zu veranlassen oder ihn davon abzuhalten, Arbeitsplätze abzubauen oder frei gewordene Arbeitsplätze nicht mehr zu besetzen.

Die Entscheidung des ArbGeb, Arbeiten aufgrund von Dienst- oder Werkverträgen durch andere verrichten zu lassen, unterliegt als solche nicht der Mitbestimmung des BR. Die Einstellung von Arbeiten, die bislang im Betrieb verrichtet wurden, und deren Übertragung auf Dritte kann eine Betriebsänderung sein, an der der BR nach näherer Maßgabe der §§ 111 f. BetrVG zu beteiligen ist. Auch diese Vorschriften gewähren dem BR kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Entscheidung, bestimmte Arbeiten nicht mehr selbst zu verrichten, sondern von Dritten verrichten zu lassen. Diese Entscheidung ist, wenn sie eine Betriebsänderung zum Inhalt hat, mit dem BR lediglich zu beraten. Der BR kann für die von dieser Entscheidung betroffenen ArbN einen Sozialplan erzwingen, um die wirtschaftlichen Nachteile einer solchen Entscheidung auszugleichen oder zu mildern. Ist die Entscheidung gefallen und sind bisher im Betrieb verrichtete Arbeiten auf Dritte übertragen worden, werden Interessen der ArbN nicht erneut dadurch berührt, daß in Erfüllung eines geschlossenen Dienst- oder Werkvertrages der Dienst- oder Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen im Betrieb tätig werden.

III. Im vorliegenden Falle fehlt es an der erforderlichen Eingliederung des ArbN der Fa. F in den Betrieb des ArbGeb.

Die Fa. F schuldet nach den getroffenen Vereinbarungen das Flämmen von Brammen im vertraglich festgelegten Umfang. Daß dieser Umfang und damit der Umfang der Vertragspflicht der Fa. F hinsichtlich jeder einzelnen Bramme durch den angebrachten Flämmschlüssel und die Zurückweisung ungenügend geflämmer Brammen durch den Revisor bestimmt wird, steht dem nicht entgegen. Unschädlich ist auch, daß die Brammen in einem gewissen zeitlichen Rahmen geflämmt und zur Weiterverarbeitung übergeben werden müssen, ebenso wie es unschädlich ist, daß das Flämmen aufgrund technischer und wirtschaftlicher Notwendigkeiten sinnvollerweise nur auf dem Werksgelände des ArbGeb oder in dessen Nähe verrichtet werden kann. Das Flämmen der Brammen durch die Fa. F ist auf Dauer angelegt. Ihr allein bleibt es überlassen, die zur Erfüllung der übernommenen

Verpflichtung erforderlichen ArbN in ausreichender Menge und zu den vereinbarten Zeiten zu beschaffen und dabei Ausfälle durch Krankheit, Urlaub und ähnliches einzuplanen. Wie viele ArbN sie zu welchen Bedingungen beschäftigt, obliegt allein ihrer Entscheidung. Sie stellt teilweise die zum Flämmen erforderlichen Geräte, insbesondere die Handflämmaschinen. Sie ist nach dem Vertrag vom 30. 12. 1988 berechtigt, auf dem Gelände des ArbGeb eine neuartige Flämmaschine zu installieren. Sie haftet nach dem Vertrag dafür, daß diese Flämmaschine die Brammen in vereinbartem Umfang und in der vereinbarten Güte flämmt und kein höherer Flämmverlust entsteht als bisher. Daß der ArbGeb benötigte Energie, Wasser und Preßluft sowie überhaupt den Arbeitsplatz einschließlich der zugehörigen Krane, Lager und Transporteinrichtungen unentgeltlich zur Verfügung stellt, ist unerheblich.

Schafft damit die vertragliche Vereinbarung zwischen dem ArbGeb und der Fa. F alle Voraussetzungen dafür, daß der Fa. F die Organisation der für die Erbringung des vereinbarten Werkes erforderlichen Arbeiten obliegt und verbleibt, so sind aus dem festgestellten Sachverhalt auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses sich in einer bloßen Zurverfügungstellung von Arbeitskräften erschöpft. Daß die örtlichen und zeitlichen Umstände, unter denen die ArbN der Fa. F die Brammen zu flämmen haben, eine solche Würdigung nicht bedingen oder nahelegen, ist dargelegt worden. Auch der Umstand, daß die Revisoren des ArbGeb jedenfalls bislang Bestimmungen hinsichtlich des Flämmens und Nachflämmens der einzelnen Brammen auch im Hallenbereich der Fa. F an den einzelnen Flämmplätzen getroffen haben, besagt nicht, daß die Fa. F nur Arbeitskräfte gestellt hat, die vom ArbGeb eingesetzt und von den Revisoren angewiesen worden sind.

Bei der Prüfung der Frage, ob sich das Flämmen der Brammen durch ArbN der Fa. F als bloße Arbeitnehmerüberlassung darstellt, kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß es sich bei der Fa. F um ein großes Unternehmen handelt, dessen Unternehmenszweck gerade Dienstleistungen in der Industrie und vornehmlich in der Stahlindustrie sind. Dieser Umstand macht zumindest deutlich, daß gerade auch in der Stahlindustrie Arbeitsvorgänge anfallen, deren Übertragung zur eigenverantwortlichen Erledigung auf darauf spezialisierte Unternehmen üblich ist.

Damit erweist sich die Rechtsbeschwerde des ArbGeb als begründet, so daß der Antrag des BR abzuweisen war.

## Anmerkung:

Der Entscheidung ist nicht zu folgen. So plausibel der Beschluß nämlich auf den ersten Blick wirken mag, so läßt er zum einen eine Reihe von Fragen offen, entfernt sich zum anderen von der bisherigen Rechtsprechung des BAG, ohne dies deutlich zu machen oder gar einleuchtend zu begründen. Die Probleme beginnen mit der stiefmütterlichen Behandlung des Zusammenhangs zwischen der Einstellung

nach § 99 BetrVG und der (unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung (dazu I). Doch auch die Auslegung des § 99 BetrVG vermag letztendlich nicht zu überzeugen, da sie die Beteiligungsrechte des BR weitgehend aushöhlt (dazu II).

I. Das erste Manko des Beschlusses ist das fast vollständige Fehlen einer Auseinandersetzung mit dem AÜG. Dazu hätte indes durchaus Anlaß bestanden. Läge nämlich eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor – und es spricht nichts dafür, daß die Firma F die nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG notwendige Erlaubnis besaß –, so müßte der BR schon deswegen gemäß § 99 BetrVG beteiligt werden. Das BAG untermauert dieses Ergebnis in ständiger Rechtsprechung durch eine Analogie zu Art. 1 § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG<sup>1</sup>. Einige Stimmen in der Literatur folgen dem Gericht jedenfalls für den Zeitraum, in dem das nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingierte Arbeitsverhältnis noch nicht tatsächlich durchgeführt ist<sup>2</sup>. Exakter dürfte es freilich sein, aus Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, der bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem ArbN begründet, auch die betriebsverfassungsrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Da der Leiharbeiter ArbN des Entleiherbetriebs wird, hat dessen BR die Rechte gemäß § 99 BetrVG<sup>3</sup>.

1. Die einzige ausdrückliche Stellungnahme zur Arbeitnehmerüberlassung findet sich am Ende des Beschlusses. Es könne, so meint das BAG, nicht unberücksichtigt bleiben, daß es sich bei der Firma F um ein großes Unternehmen handle, dessen Unternehmenszweck gerade Dienstleistungen in der Industrie und vornehmlich in der Stahlindustrie seien. Das verdeutliche, daß gerade in der Stahlindustrie Arbeitsvorgänge anfielen, deren Übertragung zur eigenverantwortlichen Erledigung auf darauf spezialisierte Unternehmen üblich sei<sup>4</sup>. Doch waren in der bisherigen Rechtsprechung weder die Größe des Unternehmens noch der übliche Einsatz in anderen Betrieben Argumente dafür, eine Arbeitnehmerüberlassung zu verneinen, im Gegenteil: Das BAG hatte es stets abgelehnt, die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung zu negieren, wenn der Betrieb des Verleihers auch andere Zwecke verfolgt, und auf diese Weise große Betriebe zu privilegieren<sup>5</sup>. Daraus ist erst recht zu schließen, daß die Arbeitnehmerüberlassung als einziger Betriebszweck unter das AÜG fällt. Aber auch sachlich kann das Kriterium der Größe nicht überzeugen. Denn der Zweck

<sup>1</sup> BAGE 59, 380, 383; 61, 283, 292; BAG, NZA 1989, 932; 1990, 364; ferner z. B. Koffka, SAE 1990, 71 f.; für nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung z. B. auch BAGE 60, 368, 382 f.; 61, 283, 292.

<sup>2</sup> Becker/Wulfgramm, Komm. zum AÜG, 3. Aufl. 1985, Art. 1 § 14, 125; Becker, AuR 1982, 377

<sup>3</sup> Sandmann/Marschall, AÜG, Stand Juli 1990, Art. 1 § 14, 7; Fitting/Aufarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 16. Aufl. 1990, § 99, 11; Schaub, ArbR-Handb., 7. Aufl. 1992, § 120 VI 3; Heinze, Personalplanung, Einstellung und Kündigung, 1982, Rdnr. 411; für den Fall, daß das nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingierte Arbeitsverhältnis tatsächlich durchgeführt wird, auch Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 14, 126.

<sup>4</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B III am Ende.

<sup>5</sup> BAGE 29, 7, 10 = SAE 1978, 171 mit Anm. Schnorr von Carolsfeld; 31, 135, 144 = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG unter II 2 a mit zust. Anm. von Weber unter IV 1, 2; 43, 102, 107; BAG, NZA 1991, 269, 271; ebenso BGH, EzAÜG Nr. 48; BayObLG, EzAÜG Nr. 63; BT-Drucks. 8/4479, S. 25; Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1, 26 a m. w. N.; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1, 31–34, Schaub, § 120 I 2 a.



des AÜG, den Schutz der ArbN in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht zu verbessern<sup>6</sup>, entfällt nicht dadurch, daß der Betrieb eine gewisse Größe erreicht. Auch der der Argumentation des BAG möglicherweise zugrunde liegende Gedanke, angesichts der Größe der Fa. F bedürfe der ArbN keines Schutzes, weil zu erwarten sei, der Vertragsarbeitgeber werde die übernommenen Pflichten korrekt erfüllen, ändert daran nichts. Wenn nach dem Text des Vertrages oder nach seiner praktischen Durchführung Arbeitnehmerüberlassung vorliegt – so hat das BAG erst jüngst wiederum entschieden –, dann entfällt die Notwendigkeit der Erlaubnis auch nicht dadurch, daß der Verleiher den Pflichten eines ArbGeb in untadeliger Weise nachkommt<sup>7</sup>.

2. Die weiteren Gründe, die das BAG zu seiner Ansicht bewegt haben mögen, lassen sich nur implizit aus der Abgrenzung des Gerichts zwischen dem mitwirkungsfreien Werkvertrag und der Einstellung ablesen, die gemäß § 99 BetrVG der Mitwirkung des BR bedarf.

a) Entscheidendes Kriterium ist nach Auffassung des Gerichts die Personalhoheit, die sich insbesondere in der Entscheidung über den Arbeitseinsatz auch nach Ort und Zeit äußert<sup>8</sup>. So sei es namentlich in die Entscheidung der Fa. F gestellt, wie viele ArbN sie zu welchen Bedingungen beschäftige; Ausfälle durch Krankheit oder Urlaub habe sie einzuplanen. Dies spreche dafür, einen Werkvertrag anzunehmen, auch wenn die zu erbringende Leistung bzw. das zu erbringende Werk hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingeplant sei. Dagegen spiele es keine Rolle, ob die Arbeiten im Betrieb des Bestellers auszuführen seien und das zu erstellende Werk vertraglich so detailliert festgelegt werde, daß dem Unternehmer kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibe<sup>9</sup>.

b) Doch kann diese These nicht überzeugen. Denn durch eine hinreichende detaillierte Beschreibung eines Werks, gar gekoppelt mit einer Aufspaltung der Gesamtfertigung in einzelne – letztendlich atomisierte – Arbeitsvorgänge ließe sich das AÜG recht einfach umgehen. Die Arbeitnehmerüberlassung ist, gerade auch wenn sie erlaubt ist, dadurch gekennzeichnet, daß den Verleiher als ArbGeb die üblichen Pflichten treffen, daß er umgekehrt die Rechte des ArbGeb hat – mit Ausnahme des Weisungsrechts, das auf den Entleiher übergeht<sup>10</sup>. Dem Verleiher und dem Entleiher ist dabei eine weite Gestaltungsfreiheit eingeräumt, die es etwa erlaubt, zugunsten des Verleihers jederzeit ein Rückrufrecht der über-

lassenen ArbN vorzusehen<sup>11</sup> oder ihm obendrein das Urlaubs- bzw. Krankheitsrisiko aufzuerlegen<sup>12</sup>, ihn mit anderen Worten also zu verpflichten, für Ersatz zu sorgen<sup>13</sup>. Unterschiede zu einem Werkvertrag, in dem der zu erbringende Erfolg hinreichend präzise niedergelegt ist, die Festlegung von Art und Güte der zu erbringenden Leistung auf den Partner übergeht und dem Werkunternehmer im Sinne der vom BAG angesprochenen Personalhoheit nur mehr die Möglichkeit verbleibt, ArbN abzuziehen und durch andere zu ersetzen, sind dann praktisch nicht mehr auszumachen. Das AÜG und die mit ihm verfolgten Zwecke hätten so einer geschickten Vertragsgestaltung zu weichen.

Vor allem aber muß sich die Lösung des BAG der Frage stellen, ob denn die Personalhoheit als Kriterium unter teleologischen Aspekten hinreichend trägt – und das ist zu verneinen: Das Schutzbedürfnis des ArbN entfällt nicht dadurch, daß er aus dem Betrieb jederzeit abgezogen werden kann und daß sein Vertragspartner im Falle von Krankheit oder Urlaub einen Ersatz zu stellen hat.

c) Ähnliche Bedenken gelten, wenn man das Ergebnis des BAG auf einem anderen Weg absichern wollte. So hat man versucht, die Unterscheidung zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Werkvertrag durch die Pflicht des ArbN zu begründen, den Anordnungen des Dritten Folge zu leisten. Beim Werkvertrag sei der ArbN nur dem Werkunternehmer gegenüber zur Befolgung gehalten, bei der Arbeitnehmerüberlassung auch dem Entleiher gegenüber<sup>14</sup>. Doch auch diese Differenzierung hilft nicht weiter. Der Arbeitsvertrag besteht auch bei der Arbeitnehmerüberlassung nur zwischen dem Verleiher und dem ArbN – mit der Folge, daß die Pflicht zur Befolgung von Weisungen nur in diesem Rechtsverhältnis wurzelt und auch nur der Verleiher auf die Pflichtverletzung dem ArbN gegenüber reagieren kann.

3. Die Personalhoheit und die darin eingeschlossene Befugnis, Zeit und Ort des Arbeitseinsatzes zu bestimmen, ist also ungeeignet, den Werkvertrag mit hinreichender Aussagekraft von der Arbeitnehmerüberlassung abzugrenzen. Was bleibt, sind die gängigen Kriterien, namentlich die Organisation der zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen, die Verantwortlichkeit für die Herstellung des geschuldeten Werks sowie die Weisungsbefugnis des Unternehmers gegenüber den eingesetzten ArbN als Indizien für den Werkvertrag, der Einsatz der ArbN nach den Vorstellungen des Entleihers, die Eingliederung in seinen Betrieb sowie die Beschränkung der Pflicht des Verleihers auf Auswahl und Überlassung der ArbN als Anhaltspunkte für eine Arbeitnehmerüberlassung<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. Becker/Wulfgramm, Einleitung Rdnr. 6–9; Sandmann/Marschall, Einleitung Rdnr. 21 f.; Begründung BT-Drucks. VI/2303, S. 9; Begründung BT-Drucks. 9/847, S. 8; Begründung BT-Drucks. 11/2639, S. 31 f.; vgl. ferner BVerfGE 77, 84, 107 zum Zweck von § 12 a AFG.

<sup>7</sup> BAG, NZA 1992, 19, 21.

<sup>8</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B II 5 vor a; auf diese Ausführungen bezieht sich das Gericht wohl unter B III.

<sup>9</sup> BAGE, 5. 3. 1991, unter B II 4; bestätigt durch BAG, NZA 1992, 275, 276 f.

<sup>10</sup> BAGE 26, 149, 153 = SAE 1975, 145 mit Anm. G. Hueck; 29, 7, 10 = SAE 1978, 171 mit Anm. Schnorr von Carolsfeld; Schaub, § 120 IV 1; Zöllner, ArbR, 3. Aufl. 1983, § 27 III; Dütz, ArbR, 1990, Rdnr. 129; Löwisch, ArbR, 3. Aufl. 1991, Rdnr. 1475; Gick, Gewerksmäßige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verbot und Neugestaltung, 1984, S. 96 f., 106; Rütters/Bakker, ZfA 1990, 276; auf die sektorale Aufspaltung stellen ab Staudinger/Richardi, Komm. zum BGB, 12. Aufl. 1978 ff., vor § 611, 501; Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1, 58; doch ist davon jedenfalls das Weisungsrecht hinsichtlich der zu erbringenden Arbeit umfaßt.

<sup>11</sup> Birk, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, 1973, S. 185 f.; Konzen, ZfA 1982, 280; im Ergebnis auch Schaub, § 120 V 2; Gick, S. 167.

<sup>12</sup> Konzen, ZfA 1982, 280.

<sup>13</sup> Was er normalerweise nicht zu tun braucht; vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 12, 49.

<sup>14</sup> Gick, S. 167.

<sup>15</sup> Vgl. nur BAGE 60, 368, 382; 61, 7, 21; BAG, NZA 1990, 364; 1992, 19, 21 jeweils m. w. N., v. Hoyningen-Huene, BB 1985, 1672 ff.; Becker, DB 1988, 2565; in früheren Entscheidungen hatte das BAG noch stärker die Weisungsbefugnis als primär maßgebliches Kriterium akzentuiert; vgl. z. B. BAGE 31, 135, 142 = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG mit zust. Anm. von Weber unter II; 45, 316, 322.



a) Unter diesen Aspekten spricht hier alles für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung: Die Flämmer haben sich in allen Details nach den Anweisungen der „Revisoren“ zu richten, sowohl was die eigentliche Flämmerarbeit angeht als auch im Hinblick auf die Beseitigung von Mängeln. Namentlich gibt es damit keine Unterschiede mehr zu den ArbN des ArbGeb, die ihrerseits mit Flämmerarbeiten beschäftigt sind. So sind beide Gruppen in gleicher Weise gehalten, die von den „Revisoren“ ausgegebenen Flämmschlüssel ihrer Tätigkeit zugrunde zu legen.

b) Freilich sieht das BAG in der hier besprochenen Entscheidung – allerdings explizit ausgeführt wiederum nur im Rahmen des Begriffs der Einstellung nach § 99 BetrVG – keinen für die Einordnung als Werkvertrag relevanten rechtlichen Unterschied darin, daß der Unternehmer seine ArbN nicht selbst anweise, sondern dies dem Auftraggeber übertrage; insoweit gehe es nur um die Frage der praktikablen Vertragsdurchführung<sup>16</sup>. Dasselbe Merkmal muß wohl auch für die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung gelten. Damit liegt das BAG auf der Linie neuerer Entscheidungen, die sich mit der Abgrenzung des Werkvertrags von der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigen. Das Gericht will etwa den Werkvertrag nicht deswegen verneinen, weil der Besteller dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen könne; diese Möglichkeit sehe schon § 645 Abs. 1 BGB vor<sup>17</sup>.

Doch vermag das nicht zu überzeugen. Zum einen setzt diese Ansicht voraus, daß das Weisungsrecht des Bestellers eines Werks im Sinn des § 645 Abs. 1 BGB tatsächlich alle Details umfassen kann – und das ist keineswegs unproblematisch. So wird der Begriff der Weisung im Sinn des § 645 Abs. 1 BGB von der ganz h. M. eingeschränkt; der Besteller darf nicht etwa die Leitung der Arbeit selbst übernehmen oder gar den Mitarbeitern des Unternehmens unmittelbare Anweisungen geben<sup>18</sup>. Zum anderen ist die Arbeit der Flämmer des Betriebsinhabers mit der Beschäftigung der von der Fa. F entsandten ArbN identisch; dies ist ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung<sup>19</sup>. Und schließlich kommt auch hier das Argument zum Tragen, das schon bei der Frage der Personalhoheit den Ausschlag gab. Selbst wenn man die Weisungsbefugnis im Sinn des § 645 Abs. 1 BGB mit dem BAG weit fassen wollte, selbst wenn man das zu erbringende Werk durch einzelne Arbeitsvorgänge zu definieren versuchte, darf damit das AÜG nicht umgangen werden. Liegt die Weisungsbefugnis des Betriebsinhabers vor, wie sie nun einmal die Arbeitnehmerüberlassung charakterisiert, so darf das Gesetz nicht dadurch zur Makulatur werden, daß sich die zu erbringende Leistung

auch als werkvertragliche begreifen ließe. Die Erweiterung des Begriffs der Weisung im Sinn des § 645 Abs. 1 BGB darf nicht dazu führen, daß der Anwendungsbereich des AÜG abgebaut wird; im Bereich der Überschneidung haben seine Regeln vielmehr den Vorrang<sup>20</sup>.

II. Damit sind die Würfel auch für die Beteiligungsrechte des BR nach § 99 BetrVG gefallen. Doch selbst wenn man davon absieht, daß angesichts der (unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung der BR auf jeden Fall hätte beteiligt werden müssen, und sich nur auf § 99 BetrVG konzentriert, vermag die Entscheidung des BAG nicht zu überzeugen.

1. Üblicherweise wird der Begriff der Einstellung im Sinn des § 99 BetrVG definiert als Eingliederung von Personen in den Betrieb, um zusammen mit den dort bereits beschäftigten ArbN den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen<sup>21</sup>. Dabei ist das BAG noch vor kurzem sehr weit gegangen. Maßgeblich sei in diesem Zusammenhang, ob die zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine weisungsgebundene Tätigkeit sei, die dazu bestimmt sei, dem arbeitstechnischen Zweck zu dienen, und daher vom ArbGeb organisiert werden müsse. Dagegen komme es nicht darauf an, ob und von wem diesen Personen tatsächlich Weisungen hinsichtlich ihrer Tätigkeit gegeben würden<sup>22</sup>. Auch die hier besprochene Entscheidung wiederholt diese Grundsätze<sup>23</sup>.

2. Doch setzt sich das Gericht in den dann folgenden Ausführungen nicht mehr mit diesem Kriterium auseinander, macht insbesondere nicht deutlich, wie sich die von ihm in den Vordergrund gerückte Personalhoheit mit der gängigen Definition verträgt. Das ist mehr als ein Schönheitsfehler; zeigt sich doch bei näherem Zusehen, daß die Personalhoheit als Differenzierungsmerkmal dem Zweck des § 99 BetrVG nicht gerecht zu werden vermag.

a) Es bleibt schon unklar, warum die Flämmer nicht in den Betrieb des ArbGeb eingegliedert sein sollen. So hatte auch schon vor Inkrafttreten des Art. 1 § 14 Abs. 3 AÜG am 1. 1. 1982 das BAG etwa die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers als eine nach § 99 BetrVG mitbestimmungsbedürftige Maßnahme angesehen<sup>24</sup> und dabei auf Überlegungen

<sup>20</sup> Vgl. die Parallelproblematik beim Begriff der Einstellung und dazu unten II 2 c mit Fn. 31.

<sup>21</sup> BAGE 51, 337, 342 (= SAE 1987, 298 mit abl. Anm. von Schreiber, SAE 1987, 300); 61, 283, 288; 62, 271, 277; BAG AP Nr. 40 zu § 99 BetrVG 1972 unter B II 1 a; Nr. 54 zu § 99 BetrVG 1972 unter I 3; Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972 unter B I 2 a aa; NZA 1990, 364, 365; 1990, 903, 904; Kittner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider (Hrsg.), BetrVG, 3. Aufl. 1992, § 99, 58 m. w. N.; Mayer, AuR 1990, 216; Kreßel, SAE 1991, 194.

<sup>22</sup> BAGE 62, 271, 279 (auf dieses Urteil bezieht sich das LAG Bremen, EzAÜG Nr. 369 unter 1 als Vorinstanz der hier besprochenen Entscheidung); BAG, NZA 1990, 364, 365; 1990, 903, 904; Leisten, BB 1992, 266; im Ergebnis zust. Reuter, SAE 1990, 361; skeptisch Kreßel, SAE 1991, 195, der den Begriff der Einstellung auf ArbN beschränken will; vgl. ferner BAG AP Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972 unter B I 2 a aa. – Umgekehrt will Ulber, AuR 1982, 64 f. unter bestimmten Voraussetzungen auch Werkverträge in den Anwendungsbereich des § 99 BetrVG einbeziehen.

<sup>23</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B I; bestätigt durch BAG, NZA 1992, 275, 276.

<sup>24</sup> BAGE 26, 149, 154 ff.; BAG AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 unter II 1 a; zust. weite Teile der Literatur; vgl. z. B. Etzel, Betriebsverfassungsrecht, 4. Aufl. 1990, Rdnr. 656, Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, § 99, 11; Galperin/Löwisch, Komm. zum BetrVG, 6. Aufl. 1982, § 99, 15; GK/Kraft, BetrVG, Bd. II, 4. Aufl. 1990, § 99, 25; ders., Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 99

<sup>16</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B II 4.

<sup>17</sup> BAGE 61, 7, 22 f.; BAG, NZA 1991, 19, 21; vgl. schon BAGE 29, 7, 11 = SAE 1978, 171 mit Anm. Schnorr von Carolsfeld; a. A. Becker, ZIP 1981, 705; v. Hoyningen-Huene, BB 1985, 1672, die fordern, daß die Weisungen ausschließlich von Repräsentanten des Werkunternehmers erteilt werden.

<sup>18</sup> Staudinger/Peters, § 633, 12, 87, 95; Becker, DB 1988, 2565 (nur projektbezogene Anweisungen, dagegen keine Anweisungen bezüglich einzelner Arbeitsverrichtungen); Ulber, AuR 1982, 57; vgl. etwa auch § 4 Nr. 1 Abs. 3 Satz 2 VOB/B und dazu Nicklisch/Weick, VOB/B, 2. Aufl. 1991, § 4, 33; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 5. Aufl. 1991, Rdnr. 142.

<sup>19</sup> Becker, ZfA 1978, 150; v. Hoyningen-Huene, BB 1985, 1672.

zurückgegriffen, die der jetzt verfochtenen These diametral widersprechen. Den Ausschlag gebe, daß der ArbN den Weisungen des Betriebsinhabers zu folgen habe – darin liege denn auch der wesentliche Unterschied zu Montagearbeiten und freiberuflich tätigen Handwerkern<sup>25</sup>. Dagegen spiele es keine Rolle, wer die Person des zu entsendenden ArbN bestimme<sup>26</sup>. Diese Kriterien sind hier erfüllt; das dürfte angesichts der ins einzelne gehenden Weisungsbefugnis des ArbGeb hinsichtlich der vorzunehmenden Arbeiten kaum zweifelhaft sein, zumal sich diese Weisungsbefugnis nicht von derjenigen gegenüber den eigenen ArbN unterscheidet. Daß alle Flämmer in den Betrieb eingegliedert sind, gilt erst recht, wenn man auf die Notwendigkeit der Organisation durch den ArbGeb abstellt. Die Personalhoheit der Fa. F ändert daran nichts.

b) Das Ergebnis wird durch teleologische Überlegungen untermauert. § 99 BetrVG hat die Interessen der im Betrieb bereits beschäftigten ArbN im Auge. Sie sollen vor möglichen Nachteilen in Form von Kündigungen oder Versetzungen geschützt werden, die Einhaltung der Vergabekriterien bei der Besetzung von Arbeitsplätzen soll überwacht und der Betriebsfriede gewährleistet werden<sup>27</sup>. Natürlich bedeutet dies nicht, daß der ArbGeb die im Betrieb anfallenden, bislang von seinen ArbN ausgeführten Tätigkeiten nicht durch Dritte auf der Basis von Werkverträgen erledigen lassen könnte<sup>28</sup>. Doch darf das andererseits auch nicht dazu führen, dem ArbGeb zu einer wohlfeilen Möglichkeit zu verhelfen, durch die bloße Bezeichnung als Werkvertrag die Rechte des BR auszuschalten. Die umfangreiche Diskussion über die Abgrenzung zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Werkvertrag hat den Blick dafür geschärft, daß nicht der gewählte Terminus den Ausschlag geben darf, sondern daß materielle Kriterien entscheiden. Die Notwendigkeit der Organisation der zu erbringenden Arbeit erweist sich dabei gegenüber der Personalhoheit als überlegen. Denn die von § 99 BetrVG intendierten Zwecke entfallen nicht deshalb, weil der ArbGeb seine arbeitstechnischen Zwecke mit Leuten verfolgt, die ihm Dritte zur Verfügung stellen. Namentlich ist die Gefahr für die Arbeitsplätze der Belegschaft nicht dadurch gebannt, daß der ArbGeb die Auswahl der ArbN seinem Vertragspartner überträgt<sup>29</sup>. Will er einen Werkvertrag schließen, so muß er auch die Organisation der zu erbringenden Leistung in die Hände des Werkunternehmers legen. Das zeigt sich gerade in einem Fall wie diesem, in dem die Tätigkeit derselben Art auch von ArbN des Betriebsinhabers erledigt wird. Er kann die Beteiligungsrechte des BR nicht dadurch ausschalten, daß er zwar weiterhin die Arbeitsleistung dirigiert, aber die Auswahl der ArbN anderen überläßt.

BetrVG 1972 (= BAGE 26, 149 ff.) unter II 2; Hueck, SAE 1975, 149; ebenso von seinem anderslautenden dogmatischen Ausgangspunkt aus (Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem ArbN) Heinze, RdNr. 411; a. A. Dietz/Richardi BetrVG, Bd. 2, 6. Aufl. 1982, § 99, 35 mit umfangreichen Nachw.

<sup>25</sup> BAGE 26, 149, 154 f. unter II 3, 155 unter II 4.

<sup>26</sup> BAGE 26, 149, 155 f. unter II 4. Im dort entschiedenen Fall konnte der Entleiher zwar den jeweils zur Verfügung gestellten ArbN zurückweisen; doch hat das BAG diesen Punkt nicht für entscheidend erachtet.

<sup>27</sup> BAGE 26, 149, 156; 51, 337, 342; BAG AP Nr. 40 zu § 99 BetrVG 1972 unter B II 1 a; Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972 unter B I 2 a cc; BAG, 5. 3. 1991, unter B II 5 a; Mayer, AuR 1990, 217; Kreßel, SAE 1991, 194.

<sup>28</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B II 5 b.

<sup>29</sup> BAGE 61, 283, 290 f.; vgl. auch Leisten, BB 1992, 267.

c) Daran ändern auch die weiteren Argumente des BAG nichts: Natürlich kann ein Werkvertrag vorliegen, auch wenn das zu erstellende Werk in den weiteren Ablauf der Produktion eingeplant ist<sup>30</sup>. Doch ist ein solcher Werkvertrag entgegen der Ansicht des BAG zu verneinen, wenn auch das Werk selbst unter Regie und nach Einzelanweisungen des ArbGeb erstellt wird. Der Begriff der Weisung im Sinn des § 645 Abs. 1 BGB umfaßt – wie gezeigt – nicht die Details. Davon abgesehen hat § 99 BetrVG wegen seiner Zielsetzung im Bereich einer eventuellen Überschneidung mit dem Werkvertrag den Vorrang. Bei der Arbeitsleistung von ArbN im Rahmen eines mit einem Dritten abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags – so hat es das BAG formuliert – wird regelmäßig geprüft, ob nicht trotz dieser Vertragsgestaltung eine Eingliederung in den Betrieb und eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Betriebsinhaber gegeben ist, die die gewählte Vertragsgestaltung als Umgehung des Mitbestimmungsrechts des BR erscheinen läßt<sup>31</sup>.

d) Auch ist dem BAG zu konzidieren, daß die §§ 111 f. BetrVG dem BR kein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung des ArbGeb gewähren, bestimmte Arbeiten aufgrund von Werkverträgen durch Dritte verrichten zu lassen<sup>32</sup>. Doch ist damit nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen die bisher selbst ausgeführten Arbeiten tatsächlich durch Dritte ausgeführt werden. Spielte nur die Übertragung auf die ArbN Dritter eine Rolle, käme es dagegen auf die Notwendigkeit der arbeitstechnischen Organisation sowie auf die Erteilung konkreter Weisungen nicht an, wäre erneut das AÜG samt seinen betriebsverfassungsrechtlichen Implikationen sowie die Beteiligung des BR gemäß § 99 BetrVG Makulatur. Im Extremfall stünde jedem ArbGeb die Möglichkeit offen, die im Fertigungsprozeß anfallenden Schritte je separat durch Dritte – aber streng nach Organisation und Weisung des ArbGeb – ausführen zu lassen und so die Schutzmechanismen zugunsten des ArbN auf individual- wie kollektivrechtlicher Ebene auszuhöhlen.

3. Allerdings bedarf der Begriff des arbeitstechnischen Zwecks der Präzisierung. So hat man dem BAG den auf den ersten Blick durchaus nicht von der Hand zu weisenden Vorwurf gemacht, letztendlich diene alles dem arbeitstechnischen Zweck eines Unternehmens, so daß konsequenterweise kein Werkvertrag mit Dritten geschlossen werden könnte<sup>33</sup>. Doch kann man dieser Gefahr begegnen, indem man es dem ArbGeb überläßt, den arbeitstechnischen Zweck festzulegen und auf bestimmte Ziele zu beschränken. Damit kann die Tätigkeit von Zulieferfirmen ebenso konsequent aus dem Begriff der Einstellung herausgehalten werden wie die Übertragung einzelner Funktionen auf Dritte, etwa der Bewachung<sup>34</sup>. Desgleichen ist es dem ArbGeb unbenommen, die Fertigungstiefe zu reduzieren und – verglichen mit der

<sup>30</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B II 4; bestätigt durch BAG, NZA 1992, 275, 277.

<sup>31</sup> BAGE 51, 337, 342.

<sup>32</sup> BAG, 5. 3. 1991, unter B II 5 b.

<sup>33</sup> Hunold, NZA 1990, 465 unter Hinweis auf LAG München, LAGE § 99 BetrVG 1972 Nr. 22 unter II 2.

<sup>34</sup> Vgl. z. B. BAG, NZA 1990, 364, 365; der Entscheidung ist in concreto deswegen nicht zu folgen, weil der ArbGeb den arbeitstechnischen Zweck nicht aufgegeben hatte, vielmehr auch eigenes Personal zur Bewachung einsetzte; vgl. dazu sogleich im Text.

bisherigen Tätigkeit – sich auf eine geringere Zahl von Fabrikationsstufen zu beschränken. Die Grenze ist jedoch erreicht, wenn die Verlagerung auf Dritte nicht wirklich vollzogen wird, etwa weil der ArbGeb zwar Dritten die Auswahl der ArbN überläßt, das zu erstellende Werk aber weiter unter seiner Regie behält. Das gilt erst recht – und dafür ist der hier vorliegende Fall ein Musterbeispiel –, wenn der ArbGeb den arbeitstechnischen Zweck weiterverfolgt und nur teilweise durch Dritte nach seinen Weisungen erledigen läßt. Entscheidend ist dabei, daß diese Personen wie die ArbN im Betrieb und eingegliedert in die betriebliche Organisation arbeiten<sup>35</sup>. Von abtrennbaren Arbeiten, die nichts mit dem vom ArbGeb festgelegten arbeitstechnischen Zweck zu tun hätten, kann dann keine Rede sein.

III. Arbeitnehmerüberlassung und Einstellung im Sinn des § 99 BetrVG auf der einen und Werkvertrag auf der anderen Seite sind somit nach Kriterien abzugrenzen, die miteinander eng verwandt sind. Die Personalhoheit des die ArbN zur Verfügung stellenden Vertragspartners ist dazu ungeeignet; entscheidend ist vielmehr die konkrete Weisungsbefugnis bzw. die Frage, wer die Tätigkeit zu organisieren hat. Selbst wenn man den Begriff der Weisung im Sinn des § 645 Abs. 1 BGB extensiv fassen und dadurch die Reichweite des Werkvertrags ausdehnen wollte, so darf damit der Anwendungsbereich des AÜG nicht beschränkt, der Begriff der Einstellung im Sinn des § 99 BetrVG nicht verengt werden. Soweit sich vielmehr die Arbeitnehmerüberlassung bzw. die Einstellung einerseits und der Werkvertrag andererseits überschneiden sollten, sind die Regeln des AÜG sowie des § 99 BetrVG vorrangig, damit der dadurch intendierte Schutz des ArbN nicht unterlaufen wird.

Prof. Dr. *Johannes Hager*, Eichstätt/Ingolstadt

---

<sup>35</sup> BAGE 51, 337, 342 f.