

Aktenzeichen: 2 AZR 549/81

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 14. Juli 1983
- 2 AZR 549/81 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 19. Februar 1981
Frankfurt am Main - 2 Ca 437/80 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 17. Juli 1981
Frankfurt am Main - 13 Sa 487/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsatzichwort:

Arbeitnehmereigenschaft einer Sicherheitshilfskraft

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Streit über die Arbeitnehmereigenschaft eines bei einem ausländischen Luftverkehrsunternehmen als sog. Sicherheitshilfskraft beschäftigten Studenten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 549/81

13 Sa 487/81 Frankfurt am Main

Verkündet am
14. Juli 1983

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

In Sachen

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juli 1983 durch den Richter Professor Dr. Röhler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Sickert für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Frankfurt/Main vom
17. Juli 1981 - 13 Sa 487/81 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der im Jahre 1955 geborene Kläger, Student der Rechtswissenschaften, war seit März 1974 als sogenannte Sicherheitshilfskraft bei der beklagten Fluggesellschaft tätig. Die Beklagte unterhält einen Sicherheitsdienst, der aus ganztätig beschäftigten Sicherheitskräften und aus sogenannten Sicherheitshilfskräften, zum großen Teil Studenten, besteht. Der Kläger war auf dem Flughafengelände in Frankfurt am Main eingesetzt. Zu seinen Aufgaben gehörte unter anderem die Kontrolle von Gepäckstücken, die Begleitung der Passagiere oder die Bewachung der Maschinen auf dem Flugfeld.

Der schriftliche Vertrag, für den ein zur Einstellung der Sicherheitshilfskräfte bei der Beklagten übliches Formular verwendet wurde, enthält unter anderem folgende Bestimmungen:



"§ 2 Einsatz im Sicherheitsdienst

1. Der Einsatz erfolgt nach Bedarf. Er wird zwischen den Beteiligten zu Beginn eines jeden Monats im voraus im Rahmen eines Einsatzplans festgelegt.
2. Sofern dieser Einsatzplan nicht eingehalten werden kann, ist seine kurzfristige Änderung möglich. Der Sicherheits-Hilfskraft steht es frei, einen Einsatz für sie schadlos abzulehnen.
3. Die Art und der Ort des Einsatzes wird vom Vorgesetzten im Sicherheitsdienst bestimmt.

§ 3 Verhalten während des Einsatzes

...

2. Während des Einsatzes sind die Anordnungen der Vorgesetzten im Sicherheitsdienst strikt zu befolgen.

...

6. Jede beabsichtigte weitere Beschäftigung ist dem nächsten Vorgesetzten unverzüglich anzuzeigen. Dies gilt auch dann, wenn sie unentgeltlich ausgeübt wird."

Die Entlohnung erfolgte auf Studienlohnbasis. Die Beklagte führte Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuern ab. Sie gewährt für sechs Wochen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sowie jährlich 18 Werktage Erholungsurlaub. Der Vertrag sollte gemäß § 621 BGB spätestens am 15. eines Monats zum Monatsende kündbar sein.

Der Kläger war seit 1974 ohne größere Unterbrechungen eingesetzt. Im Juni 1980 hat er 48,7 Stunden, im Juli 68 Stunden, im August 61,75 Stunden, im September 52 Stunden und im Oktober 56,75 Stunden Dienst geleistet. Neben seinem Studium und der Tätigkeit bei der Beklagten war er noch in einer Diskothek beschäftigt.



Mit Schreiben vom 23. Oktober 1980, dem Kläger zugegangen am 28. Oktober 1980, kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum Ende des Monats November 1980 und gab hierfür innerbetriebliche Gründe an. Mit seiner am 17. November 1980 erhobenen Klage hat der Kläger die Sozialwidrigkeit dieser Kündigung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, er stehe bei der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis. Er sei weisungsgebunden und der Kontrolle der Beklagten unterworfen gewesen. Abweichend von dem schriftlichen Vertrag habe die Beklagte seine Arbeitszeit bestimmt. Die Sicherheitshilfskräfte seien gezwungen gewesen, ausschließlich in der Zeit von Mitte Januar bis Ende Februar, im Mai oder im November Urlaub zu nehmen, und bei voller Auslastung der Flüge an drei Tagen in der Woche Dienst zu tun. Die wiederholte Ablehnung eines Dienstes führe zur Entlassung. Er genieße daher Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 23. Oktober 1980 nicht aufgelöst ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, mit dem Kläger habe kein Arbeitsverhältnis bestanden. Der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, an drei Tagen in der Woche Dienst zu tun. Bis zum Tag vor dem Einsatz könne jede Sicherheitshilfskraft ohne Angabe von Gründen erklären, daß sie nicht zu arbeiten wünsche. Lediglich bei mehrfachem unentschuldigtem Ausbleiben werde nachgefragt, ob der Mitarbeiter überhaupt noch eingesetzt werden wolle. Es treffe auch nicht zu,



daß zu gewissen Zeiten kein Urlaub gewährt werde. Zu den Kündigungsgründen wolle sie aus Sicherheitsgründen keine Angaben machen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Der Kläger leiste weisungsgebundene Arbeit, unterstehe den von der Beklagten gestellten Vorgesetzten und könne weder den Arbeitsort noch die Arbeitszeit frei bestimmen. Er sei in den Betrieb der Beklagten eingegliedert und benutze für seine Tätigkeit Arbeitsgeräte, die ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellt würden. Das - vom Kläger bestrittene - vertragliche Recht, einen Einsatz schadlos abzulehnen, schließe die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht aus. Die tatsächliche Organisation des Sicherheitsdienstes führe zu einer zumindest faktischen Gebundenheit für die Sicherheits-
hilfskraft. Darüber hinaus handele es sich hierbei um ein Problem des Arbeitsumfangs innerhalb der unstreitig bestehenden Dauer-
rechtsbeziehung, die sich nach alledem als Teilzeitarbeitsver-
hältnis mit der Besonderheit eines schwankenden, vom Bedarf



der Beklagten und der der Hilfskraft zur Verfügung stehenden Zeit abhängigen Arbeitsumfanges darstelle. Der Kläger sei somit Arbeitnehmer im Sinne des § 1 KSchG. Da auch die übrigen Voraussetzungen für die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes vorlägen, und die Beklagte ausdrücklich erklärt habe, keine Kündigungsgründe vortragen zu wollen, müsse die Kündigung für sozial ungerechtfertigt angesehen werden.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

II. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß nur Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz des § 1 KSchG in Anspruch nehmen können. Da das Kündigungsschutzgesetz keine eigenständige Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs enthält, sind hierfür die allgemeinen Grundsätze heranzuziehen (vgl. Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 5; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 17; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG § 1 Anm. 8).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. dazu zuletzt Urteil vom 13. Januar 1983 - 5 AZR 149/82 - EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 26, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, zu B II 1 und 3 der Gründe, m. w. N.) unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet. Arbeitnehmer ist danach derjenige Mitarbeiter, der seine Dienst-



leistungen im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Insoweit enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Danach ist selbständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Diese unmittelbar nur für die Abgrenzung selbständiger Handelsvertreter von abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen geltende Bestimmung enthält über ihren Geltungsbereich hinaus eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist.

Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, daß ein Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Eine fachliche Weisungsbundenheit kommt häufig hinzu, ist aber, insbesondere für Dienste höherer Art, nicht immer typisch.

Für die Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, muß allerdings vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden. Entscheidend ist der Geschäftsinhalt, der sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen wie auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben kann. Widersprechen sich schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Durchführung des Vertrages, ist letztere maßgebend, weil sich aus der praktischen Durchführung Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien ausgegangen sind.



III. Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze jedoch nicht richtig auf den vorliegenden Fall angewendet.

1. Das Berufungsgericht ist aufgrund des unstreitigen Sachverhalts zutreffend davon ausgegangen, daß zwischen den Parteien ein auf die Leistung von Diensten gerichtetes Dauerrechtsverhältnis zustande gekommen ist. Dies ergibt sich insbesondere aus der in dem schriftlichen Vertrag enthaltenen Bezugnahme auf die Vorschrift des § 621 BGB über die Kündigung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstvertrages.

2. Nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei während des jeweiligen Einsatzes in der Durchführung seiner sicherheitsdienstlichen Tätigkeit an die fachlichen Weisungen seiner Vorgesetzten gebunden gewesen und habe seine Dienstleistung auch an dem von der Beklagten bestimmten Arbeitsort, dem Flughafen Frankfurt am Main, erbringen müssen. Das Berufungsgericht konnte dies ohne Rechtsfehler den vertraglichen Vereinbarungen über die Bestimmungen von Art und Ort des Einsatzes sowie über die Verbindlichkeit von Anordnungen der Vorgesetzten des Sicherheitsdienstes der Beklagten während des Einsatzes (§ 2 Ziff. 3, § 3 Ziff. 2 des Vertrages) entnehmen. Die Revision rügt insoweit ohne Erfolg als Verletzung des § 139 ZPO, das Berufungsgericht hätte die Feststellung, dem Kläger habe kein eigener Gestaltungsspielraum zugestanden, nicht allein auf diese Vertragsbestimmungen stützen dürfen, sondern "der Sache nachgehen müssen"; es wäre dann zu dem Ergebnis gelangt, daß der Kläger bei seiner normalen Tätigkeit, der Personen- und Gepäckkontrolle,



sehr viel eigene Gestaltungsmöglichkeiten gehabt und das Weisungsrecht der Vorgesetzten am Einsatzort sich nur auf bestimmte Krisensituationen beschränkt habe. Nach § 2 Ziff. 3 des Vertrages erstreckte sich das Weisungsrecht der Vorgesetzten auch auf Art und Ort des Einsatzes, so daß sich die von der Revision vorgetragenen Begrenzungen des Weisungsrechts dem Vertrag nicht entnehmen lassen. Da die Beklagte zu diesem Punkt in den Tatsacheninstanzen nichts weiteres vorgetragen hatte, bestand für das Berufungsgericht insoweit auch kein begründeter Anlaß zu weiterer Sachaufklärung. Es konnte somit ohne Rechtsfehler diese von ihm festgestellten Vertragsmodalitäten und die sich daraus ergebende Eingliederung in den Betrieb der Beklagten während des jeweiligen Einsatzes als Anzeichen für eine persönliche Abhängigkeit des Klägers werten.

3. Soweit das Berufungsgericht jedoch angenommen hat, der Kläger habe auch Zeit und Dauer seiner Arbeit nicht frei bestimmen können, hält sein Urteil den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Nach § 2 Ziff. 2 des Vertrages stand es dem Kläger frei, einen Einsatz, der in dem zu Beginn des Monats mit der Beklagten vereinbarten Plan festgelegt war, "schadlos" für sich abzulehnen. Die Beklagte hat vorgetragen, daß auch bei Durchführung des Vertrages tatsächlich nach dieser Bestimmung verfahren worden sei; entgegen der Behauptung des Klägers habe weder bei voller Auslastung der Flüge eine Dienstpflicht an drei Tagen in der Woche noch während bestimmter Zeiten eine Urlaubssperre bestanden. Das Berufungsgericht hat nähere Feststellungen hierzu aus zwei Grün-



den für entbehrlich erachtet:

Es hat in tatsächlicher Hinsicht eine zumindest faktische Gebundenheit der Sicherheitshilfskraft an den Einsatzplan angenommen. Dies hat es aus der organisatorischen Gestaltung des Sicherheitsdienstes gefolgert. Die Beklagte selbst lege mit den Beteiligten monatlich im voraus einen Einsatzplan fest. Demnach müsse ein entsprechender Bedarf an Sicherheitskräften bestehen. Die Beklagte erwarte somit auch eine entsprechende Dienstbereitschaft. Würde ein größerer Teil der Sicherheitskräfte von dem vertraglichen Absagerecht Gebrauch machen, ohne daß ein hinreichender Ersatz gefunden werden könne, so sei es kaum wahrscheinlich, daß die Beklagte dies hinnehmen könnte, weil dann ihr Sicherheitsdienst zusammenbrechen würde. Die Beklagte sehe dies letztlich auch nicht anders, da sie nach ihrem eigenen Vortrag bei wiederholtem unentschuldigtem Fernbleiben nachfrage, ob der Betreffende noch einen Einsatz wünsche. Es liege auf der Hand, daß eine Einsatzplanung auf Dauer nicht durchgeführt werden könne, wenn die Hilfskraft sich zwar regelmäßig einteilen lasse, ihren Dienst aber dann tatsächlich nicht leiste. Sie setze dann ihre Vertragsbeziehungen aufs Spiel.

Unabhängig hiervon sei aber die Frage der Ablehnung von einzelnen Einsätzen auch aus Rechtsgründen für die Statusbeurteilung des Klägers nicht entscheidend. Sie betreffe im Grunde nur die Frage des Arbeitsumfangs, der von dem zeitlich schwankenden Bedarf der Beklagten an Sicherheitskräften abhängt. Dies sei typisch für Aushilfsarbeitsverhältnisse, soweit der Dienst-



berechtigte die Hilfskraft je nach Bedarf einsetze. Fraglich könne bei einer solchen Gestaltung nur sein, ob eine Kette von jeweils für die Einsatzdauer befristeten Arbeitsverhältnissen oder ein unbefristetes Teilzeitarbeitsverhältnis mit zeitlich schwankendem Arbeitseinsatz vorliege. Im Entscheidungsfall bestehe jedoch unstreitig ein Dauerrechtsverhältnis. Gegen diese Würdigung wendet sich die Revision mit Recht.

b) Die Beklagte hatte unter Beweisantritt vorgetragen, daß ihre Sicherheitshilfskräfte entsprechend der vertraglichen Vereinbarung eine im Einsatzplan vereinbarte Dienstleistung jederzeit ohne Rechtsnachteile für sich ablehnen können. Im Gegensatz hierzu hat das Berufungsgericht ohne Erhebung dieser Beweise angenommen, die Hilfskraft setze ihre Vertragsbeziehungen aufs Spiel, wenn sie dieses vertragliche Ablehnungsrecht ausübe und nicht grundsätzlich zur Dienstleistung entsprechend dem Einsatzplan bereit sei. Da es nach § 286 ZPO verpflichtet ist, die angebotenen und, wie hier zunächst zu unterstellen ist, entscheidungserheblichen Beweise auszuschöpfen, war es zu einer solchen Verfahrensweise nur berechtigt, wenn die angebotenen Beweise ungeeignet wären. Das Berufungsgericht hat dies, wie seinen weiteren Ausführungen zu entnehmen ist, deshalb angenommen, weil die Beklagte nach seiner Ansicht aus einem Sachzwang heraus grundsätzlich auf der Einhaltung der Einsatzpläne durch ihre Hilfskräfte bestehen muß, wenn sie ihren Sicherheitsdienst auf Dauer aufrechterhalten will. Wie die Revision jedoch zu Recht beanstandet, kann eine solche Schlußfolgerung ohne nähere Feststellungen über die Organisation des Sicherheitsdienstes nicht



bereits mit den vom Berufungsgericht angestellten allgemeinen Erwägungen gezogen werden. Allgemeine Erfahrungssätze hierzu gibt es nicht. Das Berufungsgericht erachtet es für "kaum wahrscheinlich", daß die Beklagte die Wahrnehmung des vertraglichen Ablehnungsrechts durch einen größeren Teil der Hilfskräfte hinnehmen würde, ohne daß ein hinreichender Ersatz gefunden werden könnte, läßt jedoch ungeklärt, ob der Beklagten nicht tatsächlich ausreichende Ersatzkräfte zur Verfügung stehen. Seine Annahme, die Beklagte sei auf die grundsätzliche Einhaltung der Einsatzpläne angewiesen, und die hieraus gezogene, im Widerspruch zu dem Sachvortrag der Beklagten stehende Feststellung, die Hilfskraft setze andernfalls ihre Vertragsbeziehungen aufs Spiel, beruht deshalb in Wahrheit auf Unterstellungen, mit denen die gegenteilige Behauptung der Beklagten nicht widerlegt werden kann, zumal diese bereits in erster Instanz ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, sie sei nicht auf die Tätigkeit sämtlicher Mitarbeiter angewiesen, und es sei insbesondere unrichtig, daß sie nur die Abwesenheit von drei oder vier ihrer Sicherheitskräfte verkraften könne.

Richtig ist zwar der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß ein Mitarbeiter in einer für ein Arbeitsverhältnis typischen persönlichen Abhängigkeit steht, wenn der Dienstberechtigte aufgrund seiner eigenen organisatorischen Maßnahmen mit der ständigen Dienstbereitschaft des Mitarbeiters rechnen muß, um seinen Betrieb planmäßig gestalten zu können (BAG Urteil vom 9. März 1977 - 5 AZR 110/76 - AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 2 b und c der Gründe). Jedoch hatte in dem jener



Entscheidung zugrundeliegenden Fall einer für einen Sender tätigen Nachrichtenreporterin das Berufungsgericht festgestellt, daß der Sender auch tatsächlich über ihre Arbeitskraft in dieser Weise verfügt hatte: So hatte die zuständige Chefredaktion in einem Rundschreiben die Mitarbeiter an einer bestimmten, täglich ausgestrahlten Nachrichtensendung gebeten, zu Beginn eines jeden Monats in einer ausliegenden Liste die Tage einzutragen, an welchen sie für diese Sendung zur Verfügung stünden. In dieser Eintragung werde eine Verpflichtung gesehen, die bei Nichterfüllung zu einem Verzicht auf die regelmäßige Mitarbeit führen könne. Entsprechende, auf Tatsachen beruhende Feststellungen in bezug auf den Einsatz der Sicherheitshilfskräfte der Beklagten im vorliegenden Fall fehlen jedoch.

c) Auf diesem Verfahrensfehler des Berufungsgerichts beruht auch das angefochtene Urteil.

aa) Das Berufungsgericht führt zwar zunächst aus (unter 2 c, bb der Gründe), ihm erscheine der Gesichtspunkt des freien Ablehnungsrechts bei der Gesamtabwägung ohnehin nicht entscheidend, weil er im Grunde nur die Frage des Arbeitsumfangs betreffe. Dies spricht dafür, daß das Berufungsgericht jene zuvor erörterte Frage letztlich aus den anschließend dargelegten materiellrechtlichen Erwägungen für unerheblich gehalten hat. In seiner Zusammenfassung (unter 3 a der Gründe) stellt es jedoch zur Begründung seiner Ansicht, das vertragliche Ablehnungsrecht schließe die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht aus, "zum einen" auf die faktische Gebundenheit der Hilfskraft und die sich daraus erge-



bende Gefährdung ihrer Vertragsbeziehungen bei wiederholter Ablehnung eines Einsatzes, und "darüber hinaus" darauf ab, daß es sich hierbei in erster Linie um eine Frage des Arbeitsumfanges handele. Danach hat es seine Entscheidung letztlich doch kumulativ auf beide Gesichtspunkte gestützt.

bb) Auf diese methodische Frage kommt es jedoch nicht an, weil auch die zweite Begründung das angefochtene Urteil nicht zu tragen vermag.

Konnte der Kläger ohne Gefährdung für seine Vertragsbeziehungen das Ablehnungsrecht auch tatsächlich nach Belieben ausüben, so betrifft dies nicht nur die Frage des Arbeitsumfangs, sondern die Bestimmung von Zeit und Dauer der zu leistenden Arbeit innerhalb einer bestehenden Dauerrechtsbeziehung. Das Berufungsgericht berücksichtigt in diesem Zusammenhang nicht genügend, daß bereits der monatliche Einsatzplan nach § 2 Ziff. 1 des Vertrages nicht einseitig von der Beklagten, sondern im Einvernehmen mit der Sicherheitshilfskraft festgelegt wird, die somit bereits in diesem Stadium der Planung auch ihre Wünsche zur Geltung bringen kann. Kann die Hilfskraft jedoch selbst einen unter solchen Voraussetzungen vereinbarten Einsatz jederzeit ohne Rechtsnachteile ablehnen, so erwartet die Beklagte auch keine Dienstbereitschaft im Rahmen des Einsatzplans und kann deshalb nicht wie ein Arbeitgeber unmittelbar über Dauer und Lage der Arbeitszeit der Hilfskraft verfügen (vgl. dazu BAG Urteil vom 21. September 1977 - 5 AZR 373/76 - AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 3 b, aa der Gründe). Damit entfielen aber ein we-



sentliches Indiz für die persönliche Abhängigkeit und damit für die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers.

IV. Aus den vorstehend dargelegten Gründen muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht muß die von beiden Parteien zur praktischen Durchführung des vertraglich vereinbarten Ablehnungsrechts des Klägers angebotenen Beweise erheben. Trifft der Vortrag des Klägers zu, daß bei entsprechender Auslastung des Flugbetriebes an drei Tagen in der Woche Dienst geleistet werden mußte und bestand für bestimmte Zeiträume Urlaubssperre, so bestimmte die Beklagte in wesentlichem Umfang auch die Dauer und Lage der Arbeitszeit des Klägers. Dies spräche für seine Arbeitnehmereigenschaft, nachdem sein Arbeitsort feststand und er nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch bei der Ausübung des Sicherheitsdienstes fachlich den Weisungen von Vorgesetzten unterworfen war. Der Kläger könnte dann den allgemeinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen, und seine Kündigungsschutzklage wäre begründet, wenn die Beklagte weiterhin darauf beharrte, keine Kündigungsgründe vorzutragen. Konnte der Kläger dagegen, wie die Beklagte behauptet, das vertragliche Ablehnungsrecht auch tatsächlich sanktionslos ausüben, so fehlte ein wesentliches Kriterium für den Arbeitnehmerstatus. Das



-16-

Dienstverhältnis konnte in diesem Falle unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist beendet werden.

Dr. Rösler Triebfürst Dr. Weller

Dr. Hautmann Walter Sickert

