

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 5 AZR 643/76
Urteil des BAG vom 22. Juni 1977

LAG Düsseldorf
(Köln)



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



5 AZR 643/76

3 Sa 222/76 Düsseldorf
(Köln)

Verkündet am
22. Juni 1977

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 1977 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Dr. Seidensticker sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gundelach und Werner für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 1976 - 3 Sa 222/76- in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, wie es über den zeitlichen Umfang des Arbeitsverhältnisses (2 b der Urteilsformel) entschieden hat.

- 2 -



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



- 2 -

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Im übrigen wird die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter ist, welchen Inhalt ein etwaiges Arbeitsverhältnis hat und ob eine vom Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung vom 26. August 1975 wirksam ist.

Der Kläger ist Student. Seit 1972 wurde er vom Beklagten zusammen mit drei anderen studentischen Hilfskräften ständig am gleichen Arbeitsplatz als Tonassistent eingesetzt, wo er Tonangel und Tongalgen bedienen mußte sowie im Verhinderungsfalle den Toningenieur zu vertreten hatte. Der Beklagte legte die Zeiten fest, zu denen ein Tonassistent aus Kreisen der studentischen Hilfskräfte Arbeit zu leisten hatte. Der Kläger und die drei weiteren studentischen Hilfskräfte kannten die vorgegebenen Zeiten. Sie teilten sich mit Billigung des Beklagten die Arbeit untereinander ein.

Auf diese Weise arbeitete der Kläger zunächst vom Beginn seiner Beschäftigung bis September 1974 etwa 32 bis 40 Stunden pro Woche für den Beklagten. Seit dem Wintersemester 1974/75 studierte der Kläger in Marburg, wo er sich auf seine ärztliche Vorprüfung vorbereitete. Deshalb arbeitete er ab Oktober 1974 mit Einverständnis des Beklagten nur



- 3 -

noch an den Wochenenden. Nach bestandener Prüfung studierte der Kläger wieder in Köln.

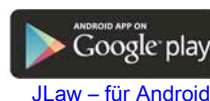
In einer Dienstanweisung vom 30. Juni 1975 ordnete der Intendant der Beklagten u.a. an, daß studentische Hilfskräfte während des Semesters bis zu 18 Stunden und während der Semesterferien bis zu 40 Stunden pro Woche beschäftigt werden dürften, ohne daß ein Beschäftigungsanspruch in diesem Umfang bestehen sollte. Mit allen studentischen Hilfskräften mußten schriftliche Vereinbarungen getroffen werden, die auf längstens ein Jahr zu befristen seien. Eine Weiterbeschäftigung nach Ablauf dieses Jahres sei nicht mehr möglich. Dies teilte der Beklagte den studentischen Hilfskräften in einem Rundschreiben vom 7. Juli 1975 mit. Gegenüber dem Kläger machte der Beklagte in einem an ihn gerichteten weiteren Schreiben vom 9. Juli 1975 die Weiterbeschäftigung über den 31. Juli 1975 hinaus davon abhängig, daß der Kläger die neue Beschäftigungsvereinbarung anerkannte und unterschrieb. Der Kläger und einige andere studentischen Hilfskräfte weigerten sich, auf diese Bedingungen einzugehen. Der Beklagte lehnte danach eine weitere Dienstleistung des Klägers ab und sprach mit Schreiben vom 26. August 1975 eine fristlose Kündigung für den Fall aus, daß zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen sein sollte.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er stehe nach wie vor zum Beklagten in einem bis zum Abschluß seines Studiums im Dezember 1978 befristeten Arbeitsverhältnis. Der Beklagte müsse ihn mindestens 130 Stunden im Monat beschäftigen. Die fristlose Kündigung sei unwirksam und habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Dazu hat der Kläger behauptet, der Beklagte stelle Dienstpläne auf, denen er sich unterwerfen müsse. Er hat zuletzt beantragt,

festzustellen, daß er sich bei dem Beklagten in einem ungekündigten Arbeits-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

verhältnis als Tonassistent mit Anspruch auf Beschäftigung von mindestens 130 Stunden monatlich befinde, das bis zum Abschluß des Studiums (Dezember 1978) fort dauere;

festzustellen, daß dieses Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die Schreiben des Beklagten vom 7. und 9. Juli 1975, dem Kläger zugegangen am 14. Juli 1975, noch durch die fristlose Kündigung vom 26. August 1975, dem Kläger zugegangen am 28. August 1975, aufgelöst worden sei.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, ein Arbeitsverhältnis sei nicht zustande gekommen. Die Beschäftigung des Klägers habe starken Schwankungen unterlegen. Der Kläger sei nur von Fall zu Fall beschäftigt worden, wie er gerade Zeit gehabt habe und die Produktionsverhältnisse es ergeben hätten. Daß der Kläger seine Arbeitsleistung ab Oktober 1974 erheblich reduziert habe, spreche ebenfalls gegen eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Dienstleistung. Keinesfalls bestehe nach der einverständlichen Reduzierung der Arbeitsleistung ein Beschäftigungsanspruch in dem vom Kläger gewollten Umfang.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß sich der Kläger ab 1. August 1975 in einem für die Dauer seines Medizinstudiums, längstens bis 31. 12. 1978 befristeten Arbeitsverhältnis als Werkstudent und Tontechniker befindet. Es hat weiter als Inhalt dieses Arbeitsverhältnisses festgestellt:

- a) Das befristete Arbeitsverhältnis der Parteien ist während seiner Dauer nach Ziffer 1 ordentlich nach § 622 BGB kündbar.
- b) Es hat folgenden zeitlichen Umfang:
 - aa) während des Semesters 18 Wochenstunden,
 - bb) während der Semesterferien 40 Wochenstunden.



- 5 -

Schließlich hat es die fristlose Kündigung des Beklagten vom 26. 8. 1975 für rechtsunwirksam erklärt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter und bekämpft hilfsweise den Umfang des Beschäftigungsanspruches.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat zu Recht festgestellt, daß der Kläger Arbeitnehmer des Beklagten ist. Wegen des weiter festgestellten Umfangs der Beschäftigungspflicht hält das angefochtene Urteil dagegen einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Zur Statusklage:

1. Zwischen den Parteien ist eine Dauerrechtsbeziehung entstanden, die als Arbeitsverhältnis zu beurteilen ist.

a) Die Rechtsbeziehung der Parteien war auf Dauer angelegt. Die einzelnen Arbeitsleistungen des Klägers als Tonassistent können – entgegen der Ansicht der Revision – nicht isoliert betrachtet werden.

Der Revision ist zwar zuzugeben, daß das Berufungsgericht diese Rechtsfrage nicht ausdrücklich erörtert hat. Dies hat aber auf den Bestand des Urteils keinen Einfluß. Der Senat kann diese Frage aufgrund des unstreitigen Tatbestandes abschließend zugunsten des Klägers beurteilen.

Danach haben die Parteien, als der Kläger im Jahre 1972 seine Beschäftigung aufnahm, an eine regelmäßige Mitarbeit gedacht. Der Kläger brauchte nach dem eigenen Vortrag des Beklagten nicht von Fall zu Fall für jeweils eine einzelne Dienstleistung verpflichtet zu werden. Es genügte, daß der Beklagte die Zeiten bekannt gab, zu denen er die Beschäftigung eines Tonassistenten aus Krei-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 6 -

sen der studentischen Hilfskräfte wünschte. Er war dann sicher, daß entweder der Kläger oder einer der drei übrigen studentischen Hilfskräfte zur Verfügung stand. Dabei kann in diesem Zusammenhang offenbleiben, ob die studentischen Hilfskräfte dem Beklagten vor der Planung die Zeiten bekannt gegeben hatten, in denen sie für Dienstleistungen zur Verfügung standen, oder ob sie nach erfolgter Einteilung durch den Beklagten mit dessen Zustimmung jeweils untereinander für den Einzelfall vereinbarten, wer die geforderten Dienste leisten sollte. Jedenfalls wurden der Kläger und die studentischen Hilfskräfte systematisch und fortlaufend eingesetzt. Das System hat über mehrere Jahre funktioniert. Ein Indiz für das Vorliegen einer Dauerbeschäftigung sieht der Senat auch darin, daß der Beklagte dem Kläger im Juli 1975 ausdrücklich eine Dauerbeschäftigung angeboten hat. Er hat darin zum Ausdruck gebracht, daß sich das Rechtsverhältnis nicht nur auf von Fall zu Fall vereinbarte einzelne Dienstleistungen beschränken sollte. Die bisherige Zusammenarbeit sollte fortgesetzt werden, wenn auch zu geänderten rechtlichen Bedingungen.

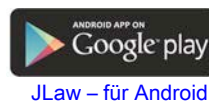
Dieser rechtlichen Würdigung steht nicht entgegen, daß der Kläger mit Billigung des Beklagten seit Oktober 1974 seine Tätigkeit vorübergehend stark reduziert hatte. Nach Bestehen seiner ärztlichen Vorprüfung wollte sich der Kläger wieder stärker an den vorgegebenen Arbeits-einsätzen beteiligen. Daß auch der Beklagte damit rechnete, zeigt wiederum sein Angebot vom Juli 1975.

b) Mit Recht hat das Berufungsgericht diese Dauerrechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis gewertet. Es ist schon zweifelhaft, ob die Arbeit eines Tonassistenten überhaupt in der Rechtsform eines freien Mitarbeiterverhältnisses geleistet werden kann. Während der einzelnen Produktionen jedenfalls war der Kläger von Weisungen in einem Umfang abhängig, wie er für ein Arbeitsverhältnis typisch ist.

- 7 -



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



- 7 -

Darüber hinaus hat der Beklagte auch dadurch über die Arbeitszeit des Klägers verfügt, daß er die Zeiten, zu denen er einen Tonassistenten aus Kreisen der studentischen Hilfskräfte benötigte, vorgab. Daß er es dann den Studenten überließ, untereinander die Termine abzusprechen, hebt diese persönliche Abhängigkeit des einzelnen nicht auf. Der Kläger war an die Arbeitseinteilung gebunden und mußte sich um eine Vertretung bemühen, wenn er der Einteilung nicht Folge leisten konnte oder wollte. Auf diese Weise konnte der Beklagte darauf verzichten, jeweils einzelne Mitarbeiter anzusprechen. Die mittelbare Verfügung über die Arbeitskraft des Klägers reicht jedenfalls im vorliegenden Fall zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses aus. Rechtliche Bedenken gegen eine solche Vertragsgestaltung bestehen nicht, § 613 BGB verlangt nur im Zweifel, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste in Person leistet, läßt also eine abweichende Vereinbarung zu.

Daß der Kläger ab Oktober 1974 nur noch in sehr geringem Umfang für den Beklagten tätig wurde, spricht nicht gegen die sich aus der Einteilung und Planung ergebende persönliche Abhängigkeit. Das hängt allein mit den Absprachemöglichkeiten zusammen, die der Beklagte den studentischen Hilfskräften einräumte. Auf diese Weise konnte der Kläger seine Tätigkeit einschränken, ohne daß er gegen arbeitsvertragliche Verpflichtungen verstieß. Die übrigen studentischen Hilfskräfte konnten und durften den Anteil des Klägers mit übernehmen.

2. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis besteht fort. Es ist zwischenzeitlich nicht beendet worden.

a) Die Schreiben des Beklagten vom 7. und 9. Juli 1975 enthalten keine Kündigung. Sie enthalten nur die Androhung, daß der Beklagte den Kläger nicht weiterbeschäftigen werde, wenn der Kläger sich weigere, die neue Verein-



- 8 -

barung mit den geänderten Beschäftigungsbedingungen zu unterschreiben. Es fehlt noch an der eindeutigen Erklärung, daß das Rechtsverhältnis als solches beendet werden solle. Allenfalls wird eine Kündigung angedroht, nicht ausgesprochen.

b) Die mit Schreiben vom 26. August 1975 ausgesprochene Kündigung ist unwirksam, da es an einem wichtigen Grund fehlt (§ 626 Abs. 1 BGB). Der Beklagte hat allein deshalb fristlos gekündigt, weil sich die Parteien nicht über die geänderten Arbeitsbedingungen verständigen konnten. Gegen den Kläger persönlich lag nichts vor. Auch dringende betriebliche Erfordernisse werden zur Begründung nicht angeführt.

In einem solchen Fall ist eine Kündigung, mit der das Arbeitsverhältnis endgültig beendet werden soll, nicht angebracht. Wenn der Beklagte glaubte, den Kläger nur zu geänderten Bedingungen weiterbeschäftigen zu können, stand ihm die Änderungskündigung zur Verfügung. Es war nicht unzumutbar, den Kläger bis zur Klärung der Frage, ob die geänderten Bedingungen sozial gerechtfertigt sind, weiterzubeschäftigen. Der Ausspruch einer Änderungskündigung hätte in gleicher Weise zu dem vom Beklagten gewünschten Ziel geführt. Deshalb ist der Ausspruch einer fristlosen Beendigungskündigung nicht zu rechtfertigen.

II. Zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses:

1. Daß das Arbeitsverhältnis befristet ist und bis zum Ablauf der Befristung auch gekündigt werden kann, steht rechtskräftig fest. Der Beklagte hat diesen Urteilsausspruch nicht angegriffen, auch nicht soweit es um den Termin geht, zu dem das Arbeitsverhältnis enden soll.

2. Der Beklagte wendet sich aber mit Recht gegen den vom Berufungsgericht angenommenen Umfang einer Beschäftigungspflicht.



- 9 -

a) Nach dem Urteil des Berufungsgerichts ist der Beklagte verpflichtet, den Kläger während des Semesters 18 Stunden pro Woche und während der Semesterferien 40 Stunden pro Woche zu beschäftigen. Daß das Landesarbeitsgericht eine Verpflichtung des Beklagten festgestellt hat, den Kläger in diesem Umfang zu beschäftigen, ergibt sich klar aus den Entscheidungsgründen, in denen ausdrücklich von einem Beschäftigungsanspruch gesprochen wird.

b) Das Berufungsgericht durfte bei seiner Entscheidung nicht allein darauf abstellen, was der Beklagte den übrigen Studenten und dem Kläger zuvor mit den Schreiben vom 7. und 9. Juli 1975 angeboten hatte. Das Berufungsgericht hat übersehen, daß der in diesen Schreiben genannte Umfang der Beschäftigung nur eine Obergrenze ist, bis zu der Studenten Arbeitsmöglichkeiten angeboten werden durften. Jeder Anspruch auf eine Beschäftigung in diesem Umfang war ausgeschlossen. Mit dieser Erwägung ist es deshalb nicht zu rechtfertigen, dem Kläger in dem genannten Umfang den Anspruch auf Beschäftigung zu geben, der anderen studentischen Hilfskräfte versagt wurde.

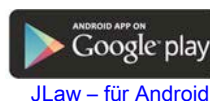
c) Der Inhalt des festgestellten Arbeitsverhältnisses läßt sich vielmehr nur dann zutreffend ermitteln, wenn festgestellt wird, in welchem Umfang der Kläger ab Juli 1975 gearbeitet hätte, wenn der Beklagte ihn weiterhin eingeteilt hätte. Dabei kann vor allem der Umfang der in der Vergangenheit geleisteten Arbeit von Bedeutung werden. Allerdings wird das Berufungsgericht Zeiten, in denen vereinbarungsgemäß die Tätigkeit vorübergehend eingeschränkt wurde, ebensowenig als repräsentativ ansehen dürfen wie Zeiten einer außergewöhnlich großen Inanspruchnahme. Schließlich kann der Umfang der Beschäftigung auch davon abhängen, wie die übrigen Studenten, die zur Gruppe des Klägers gehörten, eingesetzt wurden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

Da hierzu weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, mußte der Rechtsstreit insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

gez.: Dr. Hilger	Dr. Heither	Dr. Seidensticker
		ist im Urlaub
Werner	Dr. Gundelach	Dr. Hilger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)