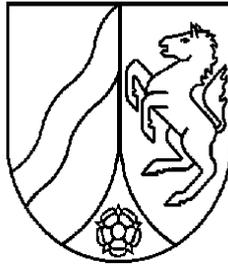


Geschäfts-Nr.:
2 Sa 1461/96
11 Ca 5465/94
ArbG Düsseldorf



Verkündet
am : 05.02.1997

gez. Klein
Regierungsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau Sylvia **W.**

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte R.

g e g e n

die R. **GmbH,**

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozeßbevollmächtigte: Assessor R. und
Assessorin C.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 05. Februar 1997
durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts Lemppenau-Krüger als Vorsit-
zende sowie den ehrenamtlichen Richter Ropertz und die ehrenamtliche Richterin
Wansleben

für R e c h t erkannt:

**Die Berufung der Beklagten gegen das am 30.05.1996 verkündete
Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf wird kostenpflichtig zurück-
gewiesen.**

Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten darum, ob die Klägerin Arbeitnehmerin der Beklagten ist und im weiteren um die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung.

Die Beklagte vertreibt Faxgeräte und Kopierer. Den Vertrieb von Schreibmaschinen hat sie zwischenzeitlich eingestellt. Die Klägerin ist seit Oktober 1989 als sogenannte Kundenschulungsbeauftragte bei ihr beschäftigt zu einem monatlichen Pauschalhonorar in Höhe von 1.500,- DM, das auch in Urlaubs- und Krankheitszeiten durchgängig gezahlt wurde, und einer variablen Vergütung, die abhängig ist von den bei der Beklagten getätigten Verkaufsabschlüssen. Im Honorarvertrag, der, wie in der letzten mündlichen Verhandlung unstreitig gestellt, nachdem die Klägerin ihr von der Beklagten unterschriebenes Vertragsexemplar vorgelegt hat, von den Parteien unterzeichnet wurde, sind die näheren Modalitäten dieser Vergütung geregelt. Auf Bl. 4 ff. d. A. wird insoweit verwiesen. Das durchschnittliche Einkommen der Klägerin belief sich auf etwa 4.500,- DM; zwischen August 1993 und Juli 1994 erzielte sie einen Durchschnittsverdienst von 3.452,38 DM. Die Einkünfte im Jahre 1994 waren wegen zurückgehender Umsätze der Beklagten rückläufig.

Die Klägerin war der Geschäftsstelle Köln zugeordnet und betreute Kunden vor allem aus dem Bereich dieser Geschäftsstelle, vertretungsweise auch aus anderen Bereichen, wobei sie für 30 Verkäufer zuständig war. Ihre Aufgabe bestand darin, im Vorfeld eines Verkaufs den Kunden bei sogenannten Demo-Terminen Geräte vorzuführen sowie nach Vertragsabschluß Schulungen/Einweisungen für die Geräte durchzuführen. Sie war berechtigt, neben den Basisschulungen weitergehende Schulungen mit den Kunden auf eigene Rechnung zu vereinbaren. Tatsächlich fanden solche Schulungen nicht statt. Lt. Vertrag war sie verpflichtet, an den erforderlichen, von der Beklagten durchgeführten Trainingsmaßnahmen teilzunehmen.

In der Geschäftsstelle stand ihr ein Schreibtisch und ein Telefonanschluß zur Verfügung. Die für sie bestimmte Post ging auf der Geschäftsstelle ein. Auf dem Schreibtisch lag ihr Kalender, in den sowohl von ihr als auch von Verkäufern Kundentermine eingetragen wurden.

Mit Schreiben vom 27.07. kündigte die Beklagte das Beschäftigungsverhältnis zum 31.10.1994, ohne den Betriebsrat der Geschäftsstelle Köln zu hören.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Sie sei Arbeitnehmerin, weil sie ihre Dienstleistung im Rahmen der von der Beklagten bestimmten Arbeitsorganisation erbringe. Sie könne weder ihre Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten noch ihre Arbeitszeit bestimmen. Sie arbeite regelmäßig acht Stunden täglich und sei persönlich abhängig. Die Schulungstermine, die sie habe wahrnehmen müssen, seien entweder von den Verkäufern festgelegt worden oder sie sei aufgefordert worden, den jeweiligen Termin unmittelbar mit dem Kunden abzustimmen.

Sie hat den Antrag gestellt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.07.1994 nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin als Beraterin weiterzubeschäftigen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 39.238,08 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit dem 01.07.1995 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei freie Dienstnehmerin. Sie habe die Aufträge völlig selbständig abarbeiten und ihre Arbeitszeit frei bestimmen können. Es habe ihr freigestanden, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen oder Terminvorstellungen zu akzeptieren. Weder habe sie regelmäßig acht Stunden arbeitstäglich noch vier bis fünf Tage in der Woche für sie - die Beklagte - gearbeitet. In die Arbeitsorganisation sei sie nicht eingegliedert und Weisungen nicht unterworfen gewesen. Schulungstermine seien ihr nicht zugewiesen worden. Ferien habe sie nach Gutdünken machen können und lediglich davon Mitteilung machen müssen. Eine etwaige Abstimmung mit Frau S. für Vertretungsfälle sei freiwillig geschehen. Die mit der gleichen Tätigkeit wie die Klägerin befaßte Frau S. habe weder einen Schreibtisch in der Geschäftsstelle gehabt noch sei sie, wie die Klägerin im Telefonverzeichnis der Geschäftsstelle geführt worden.

Möglicherweise habe die Klägerin insoweit alte Verbindungen aus der Zeit einer Angestelltentätigkeit in der Geschäftsstelle genutzt. Die Zentrale habe die Korrespondenz

direkt an die Privatadresse gerichtet. Die Teilnahme an Schulungen habe in ihrem eigenen Interesse gelegen.

Das Pauschalhonorar habe lediglich dazu gedient, der Klägerin gewisse Grundkosten zu erstatten, die im Rahmen einer solchen Vertragsbeziehung anfielen.

Auf die von der Beklagten erhobene Rüge der Rechtswegzuständigkeit hat das Arbeitsgericht Düsseldorf mit Beschluß vom 27.10.1994 den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für zulässig erklärt. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde wurde mit Beschluß des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 16.10.1995 zurückgewiesen.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme mit Urteil vom 30.05.1996, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe im übrigen verwiesen wird, der Klage stattgegeben. In den Gründen hat es ausgeführt, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien stelle sich als Arbeitsverhältnis dar. Hinsichtlich des Ortes der Arbeitsleistung sei die Klägerin dadurch festgelegt gewesen, daß diese im Regelfall bei den Kunden der Beklagten hätten erfolgen müssen. Die Art der Ausführung der Arbeitsleistung sei nach dem Vertrag mit dem Kunden im einzelnen festgelegt gewesen und habe sich im übrigen weitgehend aus der Natur der Sache ergeben, so daß ein Freiraum ohnehin nur in geringem Umfang gegeben gewesen sei. Aus der Aussage des Zeugen R. habe sich ergeben, daß bei entsprechendem Bedarf die Anwesenheit der Klägerin im Büro erwartet worden sei. Aufgrund ihrer Schulungsmaßnahmen habe die Beklagte wesentlichen Einfluß darauf gehabt, wie die Klägerin ihrerseits die Schulungen durchführte. Bei der Vereinbarung der Termine habe ihr auch dann, wenn sie sie selbst festgelegt habe, ein nennenswerter Freiraum aufgrund der Natur der Sache nicht zugestanden. Die Erfüllung der im betrieblichen Interesse liegenden Kundenwünsche sei von der Beklagten als selbstverständlich erwartet worden. Persönliche Belange habe die Klägerin außer Acht zu lassen und bei Terminkollisionen allein auf die betrieblichen Notwendigkeiten abzustellen gehabt. Die Organisation der Beklagten habe darauf gefußt, daß die Klägerin mit ihrer Arbeitsleistung sämtliche Kunden im Bereich der Geschäftsstelle abgedeckt habe. Daher hätten faktisch keine Verhandlungen darüber stattgefunden, ob die Klägerin einen Auftrag annehme.

Der Umstand, daß sie in der Geschäftsstelle einen von der Beklagten gestellten Schreibtisch sowie ein Telefon gehabt und dorthin ihre Post erhalten gehabt habe, spreche dafür, daß sie faktisch in die Organisation der Beklagten eingegliedert gewesen sei. Diese Eingliederung habe die Beklagte sich zurechnen zu lassen. Auch die

Handhabung der Trainings- bzw. Schulungsmaßnahmen spreche für die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin. Die Frage der Urlaubsgewährung sei von untergeordneter Bedeutung.

Das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden, da weder substantiiert Kündigungsgründe vorgetragen worden seien noch der Betriebsrat angehört worden sei. Der Zahlungsanspruch beruhe auf §§ 615, 611 BGB.

Gegen das ihr am 19.09.1996 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 16.10.1996, eingegangen beim Landesarbeitsgericht am gleichen Tage, Berufung eingelegt und sie mit Schriftsatz vom 18.11.1996, eingegangen am gleichen Tage, begründet.

Sie rügt, das Arbeitsgericht habe verkannt, daß zwar auch der Ort der Arbeitsleistung ein Indiz für die Leistung Abhängiger sein könne, es jedoch vor allem entscheidend sei, ob es der Dispositionsbefugnis des Dienstnehmers unterliege, wo er seine vertraglichen Leistungen erbringe. Es sei allein Sache der Klägerin gewesen, zu entscheiden, ob sie Schulungen bei Kunden oder an anderen Orten durchführe. Sie, die Beklagte, habe jedenfalls kein Recht zu entsprechenden Vorgaben gehabt. Auch sei die Art der Ausführung der Arbeitsleistung nicht nach dem Vertrag mit dem Kunden im einzelnen festgelegt gewesen, wie die Aussage der Zeugin S. erweise. Der Aussage des Zeugen R. sei nicht zu entnehmen, daß bei entsprechendem Bedarf die Anwesenheit der Klägerin im Büro erwartet worden sei. Vielmehr ergebe sich aus der Zeugenaussage, daß die Klägerin in der Einteilung ihrer Arbeitszeit frei gewesen sei. Auf die von der Klägerin durchgeführten Schulungen habe sie trotz der Schulungsveranstaltungen entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts keinen Einfluß gehabt. Im übrigen habe auch der Auftragnehmer eines Dienst- oder Werkvertrages sich im eigenen Interesse an Vorgaben des Auftraggebers auszurichten. Der Beweisaufnahme könne nicht entnommen werden, daß der Klägerin teilweise Termine vorgegeben worden seien. Die Auflösung von Terminskollisionen sei ebenfalls allein ihre Sache gewesen. Die Zurückstellung privater Belange stelle kein Unterscheidungskriterium dar, da auch ein selbständiger Unternehmer faktisch gehalten sei, private Belange hinter Geschäftsinteressen zu stellen. Ebenso wenig sei ein Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft, daß die Klägerin einen Schreibtisch zur Verfügung gehabt habe. Im Gegenteil spreche die Verfahrensweise der Klägerin gegen eine Arbeitnehmereigenschaft, da es für einen Arbeitnehmer selbstverständlich sei, daß ihm ein Schreibtisch zur Verfügung gestellt

werde, ohne daß er nachfragen müsse, ob ein - überdies nicht dafür zuständiger Mitarbeiter - einverstanden sei. Eindeutig gegen eine Arbeitnehmereigenschaft spreche die Handhabung bei Ferienabwesenheit. Eine Selbsteingliederung der Klägerin in den Betrieb müsse sie, die Beklagte sich entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht zurechnen lassen.

Sie stellt den Antrag,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 30.05.1996 (Aktenzeichen: 11 Ca 5465/94) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und führt unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen ergänzend aus, sie habe keinen Einfluß darauf gehabt, bei welchen Kunden sie Schulungsmaßnahmen durchgeführt habe. Ein Schulungsbedarf sei nicht von ihr, sondern von den Verkäufern abgesprochen worden. Damit habe die Beklagte bestimmt, welche Schulungstermine sie wahrzunehmen gehabt habe. Ihr einziger Freiraum habe darin bestanden, bei der Auflösung von Terminskollisionen mitzuwirken, wobei sie sich an den Interessen der Beklagten auszurichten gehabt habe. Schließlich sei sie auch bei der Urlaubsgestaltung nicht unabhängig gewesen, weil wegen der gegenseitigen Vertretung der Kundenschutzbeauftragten eine Abstimmung habe erfolgen müssen.

Auf den Akteninhalt im übrigen wird verwiesen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die Berufung ist statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG) und auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 2, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i. V. mit §§ 518 ff. ZPO), also zulässig.

II.

Sie ist jedoch nicht begründet.

Mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, daß die Klägerin Arbeitnehmerin der Beklagten ist.

1. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet, wobei eine wirtschaftliche Abhängigkeit weder erforderlich noch ausreichend ist. Arbeitnehmer ist unter Beachtung der allgemeinen gesetzlichen Wertung des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt (vgl. etwa BAG Urteil vom 30.11.1994 - 5 AZR 704/93 - AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, daß der Beschäftigte einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das Inhalt, Durchführung, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt von der Art der jeweiligen Tätigkeit ab; abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen, denn manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden (BAG Beschluß vom 30.10.1991 - 7 ABR 19/91 - AP Nr. 59 a. a. O. und Urteil vom 10.05.1990 - 2 AZR 607/89 - AP Nr. 51 a.a.O.). Für den Arbeitnehmer-Typus ist das Gesamtbild der Verhältnisse entscheidend (BVerfG Beschluß vom 20.05.1996 - 1 BvR 21/96). Damit kommt es maßgeblich auf die Art der verbindlichen Vorgaben an. Die Bewertung, ob eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit vorliegt, ist nach dem Vertrag und seiner praktischen Durchführung zu ermitteln. Wird der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen, ist die tatsächliche Durchführung entscheidend, weil in ihr der wirkliche Wille der Par-

teien deutlich wird (BAG Urteil vom 26.07.1995 - 5 AZR 22/94 - AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis bezeichnen und vergütungsmäßig abwickeln, sondern wie die Vertragsbeziehung nach dem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist. Daher steht dem Arbeitnehmer- Status nicht entgegen, daß der Mitarbeiter ein Gewerbe angemeldet hat oder über die erbrachten Leistungen Rechnungen erstellt (Allg. Meinung vgl. KR - Etzel 4. Aufl. § 1 KSchG Rz. 41; Erman/Hanau BGB 9. Auflage § 611 Rz 16 ; Richardi MHzArbR § 23 Rz. 53 ff.). Von Bedeutung kann darüber hinaus sein, ob innerhalb der internen Organisation und gegebenenfalls auch extern im Hinblick auf das Verhalten am Markt ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum gegeben ist. Daher ist für ein Arbeitsverhältnis unabdingbar erforderlich, daß der Vertragspartner sachlich und zeitlich eine fremdgeplante, fremdnützige und von fremder Risikobereitschaft getragene Arbeit nach Weisung des Dienstberechtigten erbringt (BAG Urteil vom 09.05.1996 - 2 AZR 438/95 - AP Nr. 79 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme davon auszugehen, daß die Klägerin den Status einer Arbeitnehmerin besitzt.

a) Die Klägerin hatte ihre Tätigkeit nicht innerhalb einer typischen, räumlich festen Organisation auszuüben, wie dies etwa bei Lehrkräften an allgemeinbildenden Schulen oder studentischen Hilfskräften im Krankenhaus der Fall ist (vgl. BAG Urteile vom 24.06.1992 - 5 AZR 384/1 - AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit und vom 13.02.1985 - AP 345/82 - n.v.). Vielmehr ergab sich aus der Natur der Sache, wie das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt hat, daß die durchgeführten Schulungen entweder beim Kunden selbst oder in den Geschäftsräumen der Beklagten - etwa bei den sogenannten Demo-Schulungen - stattzufinden hatten. Der Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe bestimmen können, wo sie die Schulungen abhielt, erweist sich als rein theoretisch. Hatte der Kunde einen Kaufvertrag abgeschlossen, fanden die Schulungen nach Installation der Geräte beim ihm statt; jede andere Handhabung wäre weder praktikabel noch auch dem Kunden vermittelbar gewesen, der als selbstverständlich voraussetzen konnte, daß die zu Schulenden an Ort und Stelle in die Bedienung der Geräte eingewiesen wurden. Damit war der - wechselnde - Ort der Arbeitsleistung festgelegt und unterlag nicht der Disposition der Klägerin. Einer ausdrücklichen Weisung der Beklagten insoweit bedurfte es nicht, weil aufgrund des zwischen den Partei-

en geschlossenen Vertrages die Klägerin sich verpflichtet hatte, die Schulungen durchzuführen.

b) Die Klägerin unterlag zeitlichen Vorgaben bei der Ausführung ihrer Tätigkeit. Zwar wurde sie von der Beklagten nicht angewiesen, innerhalb bestimmter, von vornherein festgelegter Arbeitszeiten ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Sie hatte sich jedoch, wie die Beweisaufnahme unzweideutig ergeben hat, im Interesse der Beklagten auch insoweit nach den Wünschen der Kunden zu richten, die im Regelfall eine Schulung im Anschluß an die Installation der Geräte forderten. Auch ein angestellter Außendienstmitarbeiter ist bei der Ausübung seiner Tätigkeit nicht an feste Arbeitszeiten gebunden. Er hat seine Termine in der Regel ebenfalls an den Wünschen der Kunden auszurichten, ohne daß es einer entsprechenden ausdrücklichen Weisung seines Arbeitgebers bedürfte.

Die tägliche Arbeitsdauer richtete sich nach der Anzahl der der Klägerin von der Beklagten zugewiesenen Aufträge, wobei sie in den letzten Jahren durch die im Auftrag der Beklagten durchgeführten Schulungen zeitlich ausgelastet war, wie sich aus den vorgelegten Unterlagen ergibt.

Daß ihr freigestellt war, die Verbindung zu den Verkäufern und der Geschäftsstelle auch von zu Hause aus wahrzunehmen, rechtfertigt nicht schon die Annahme, sie sei in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit völlig frei gewesen, weil sie den überwiegenden Teil ihrer Arbeitskraft auf die Schulungen und nicht auf Verwaltungstätigkeit verwandte und Gespräche mit Verkäufern und gegebenenfalls auch Kunden, wie letztlich auch die Zeugin H. mit ihrer Äußerung, es fördere schließlich die Kommunikation und die Geschäfte, wenn die Klägerin einen Schreibtisch in der Geschäftsstelle habe, bestätigt hat, vom Büro aus wegen der Sachnähe angezeigt erschien. Eine solche Gestaltung ist, worauf schon das Arbeitsgericht hingewiesen hat, auch bei angestellten Außendienstmitarbeitern nichts Ungewöhnliches. Richtig ist, daß es für sich genommen keine entscheidende Bedeutung hat, ob ein Mitarbeiter einen „eigenen“ Schreibtisch hat oder ein Arbeitszimmer (mit)benutzen kann und ob er in einem internen Telefonverzeichnis aufgeführt ist (BAG Urt. vom 20.07.1994 - 5 AZR 627/ 93 - AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Allerdings muß dann auch der von der Beklagten gezogene Umkehrschluß, wenn der Arbeitnehmer um einen Schreibtisch bitten müsse, spreche dies gegen die Arbeitnehmereigenschaft, nicht zutreffen.

Wie zwischen den Parteien unstreitig ist, stand die Klägerin der Beklagten nicht nur, wie im Honorarvertrag festgelegt, an acht Arbeitstagen im Monat zur Verfügung, sondern nahm alle Schulungstermine wahr, die ihr von den Verkäufern angezeigt wurden.

Wie das Arbeitsgericht ebenfalls zu Recht festgestellt hat, war die Organisation der Beklagten darauf abgestellt, daß die Klägerin den Schulungsbedarf der Kunden, die der Geschäftsstelle Köln zugeordnet waren, mit ihrer Arbeitsleistung abdeckte. Das bedeutete, daß die Beklagte über die Arbeitszeit der Klägerin in dem Umfang verfügen konnte, wie Schulungsaufträge zu erledigen waren, wie sich insbesondere aus der Verfahrensweise bezüglich der Verabredung der Termine und deren Wahrnehmung ergab.

Die Termine wurden, wie die vom Arbeitsgericht durchgeführte Beweisaufnahme ergeben hat, in der Regel von den Verkäufern der jeweiligen Geräte mit dem Kunden ebenso abgestimmt wie der Schulungsbedarf und sodann, wenn der vom Kunden gewünschte Termin mit einem anderen Kundentermin nicht kollidierte, vom Verkäufer in den Kalender der Klägerin eingetragen. Daß diese Verfahrensweise auf einem Wunsch der Klägerin beruhte, rechtfertigt nicht die Annahme, sie sei darin frei gewesen, ob sie die Termine akzeptierte oder nicht. Vielmehr handelte es sich insofern um eine Verfahrensvereinfachung, weil auch dann, wenn sie wegen der Durchführung von Schulungen nicht erreichbar war, Termine an freier Stelle eingetragen werden konnten. Die Behebung von Terminskollisionen wurde mit ihr besprochen, wobei Großkunden üblicherweise Vorrang hatten. Wie der Zeuge R. bekundet hat, konnten persönliche Belange der Klägerin keine Rolle spielen, weil das einem Kunden nicht zu vermitteln gewesen wäre. Auch die Zeugin S. hat bestätigt, daß die Klägerin Demo-Termine mit Kunden nur dann abgelehnt habe, wenn sie zum vorgesehenen Termin bereits anderweit belegt gewesen sei und daß sie, die Zeugin, häufiger die Termine bereits mit den Kunden vereinbart gehabt habe. Die Zeugin H. hat ebenfalls bekundet, das Ziel sei gewesen, daß in schnellstmöglichen Absprachen mit den Kunden Termine stattfanden. Es habe ein perfektes Räderwerk zwischen dem Kundenwunsch auf der einen Seite und dem Angebot auf der anderen Seite sein müssen. Ebenso hat die Zeugin S. bestätigt, daß die Terminabsprachen in der Regel durch die Verkäufer erfolgten und die Klägerin den Termin nur dann unmittelbar mit dem Kunden abstimmte, wenn eine solche Abstimmung zwischen Verkäufer und Kunde nicht möglich war. Damit wurden der Klägerin die Termine faktisch zugewiesen, auch wenn entsprechende ausdrückliche Weisungen der Beklagten nicht existierten, da anderenfalls, wie der Zeuge R. bekundet hat, „massive Probleme“ bestanden hätten. Aus den Zeugenaussagen kann nicht, anders als die Beklagte meint, geschlossen werden, die Klägerin sei berechtigt und in der Lage gewesen, Termine nach ihrem Dafürhalten zu ändern. Vielmehr erfolgte eine Änderung von Terminen nach den insoweit übereinstimmenden Zeugenaussagen nur dann, wenn Terminskollisionen bestanden, wobei

die Termine nach „Kundenpriorität“ festgelegt wurden, also wiederum danach, welchen Kunden im Interesse der Beklagten Vorrang einzuräumen war.

c) Nicht typisch für ein Arbeitsverhältnis ist, daß die Klägerin keinen Urlaubsantrag stellen mußte. Wie aber insbesondere die Zeugin H. erklärt hat, mußte eine Urlaubsabwesenheit wegen der notwendigen Abstimmung mitgeteilt werden. So sei es nicht möglich gewesen, daß die Kundenschulungsmitarbeiterinnen in den Bezirken Köln und Düsseldorf gleichzeitig in Urlaub führen, weil sie sich gegenseitig vertreten hätten. Im Normalfall hätten die beiden Vertreterinnen sich untereinander abgestimmt. In Krankheitsfällen habe sie, die Zeugin, für Vertretung gesorgt. Die Tatsache, daß in der Regel eine Abstimmung zwischen den beiden sich gegenseitig vertretenden Kundenschulungsbeauftragten erfolgte, jedenfalls aber die Mitteilung an die Beklagte erforderlich war, damit diese für eine Vertretung sorgen konnte, erweist wiederum, daß die Organisation der Beklagten vom jederzeit verfügbaren Einsatz der Kundenschulungsbeauftragten abhängig war und daher die Behauptung der Beklagten, es habe der Klägerin jederzeit freigestanden, einen Schulungsauftrag zu akzeptieren oder abzulehnen, jedenfalls nicht praktiziert wurde. Im übrigen besteht zwischen der Verpflichtung, einen Urlaubsantrag zu stellen, damit im Betrieb für eine Urlaubsvertretung gesorgt werden kann und der Mitteilung des Urlaubs, dessen zeitliche Lage zuvor mit der Vertretung abgestimmt wurde, kein gewichtiger Unterschied.

d) Demgegenüber erscheint die Verpflichtung der Klägerin, an von der Beklagten veranstalteten Schulungen teilzunehmen, von eher untergeordneter Bedeutung, weil es auch im Interesse der Klägerin lag, über die Geräte, in deren Handhabung sie schulen sollte, durch die Beklagte informiert zu werden und sich nicht etwa selbst die entsprechenden Kenntnisse verschaffen zu müssen. Im übrigen können auch im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen von einem Dienstberechtigten oder dem Besteller bestimmte Angaben für die Art und Weise der zu erbringenden Arbeit bzw. des zu erstellenden Werks gemacht werden.

e) Schließlich bestand für die Klägerin keinerlei unternehmerischer Entscheidungsspielraum. Sie hatte keinen Einfluß auf Art und Umfang des Kundenkreises, weil sie selbst insoweit nicht werbend tätig werden und Initiative entfalten konnte, die Schulungen vielmehr nur im Vorfeld oder nach Abschluß von Kaufverträgen durchgeführt wurden. Ebensowenig hatte sie - nicht einmal mittelbar - Einfluß auf ihre variable Vergütung, weil diese abhängig war von den Demo-Schulungen oder von der Zahl der von

den Verkäufern abgeschlossenen Verträgen. Sie konnte daher auch kein unternehmerisches Engagement entwickeln (vgl. BAG Urteil 09.05.1996 a.a.O). Durch die vertragliche Gestaltung hatte sie lediglich das Risiko zu tragen, daß die Umsätze bei der Beklagten zurückgingen und ihre variable Vergütung dadurch sank, wie auch tatsächlich geschehen.

3. Aus der Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin ergibt sich die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, wie die Beklagte nicht verkennt, weil der für die Geschäftsstelle Köln zuständige Betriebsrat nicht gehört wurde.

Die von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsansprüche hat die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht bestritten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

REVISION

eingelegt werden.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muß

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,
Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel,**

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung

schriftlich zu begründen.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez. Lemppenau-Krüger
(Lemppenau-Krüger)

gez. Ropertz
(Ropertz)

gez. Wansleben
(Wansleben)