

10 Sa 690/15
41 Ca 2619/14
(ArbG München)

Verkündet am: 09.05.2016

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt B.
B-Straße, A-Stadt

gegen

C.
C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt D.
D-Straße, A-Stadt

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Dick und die ehrenamtlichen Richter Fell und Krostewitz

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 19.06.2015, 41 Ca 2619/14, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses, daran anknüpfend um Zahlungsansprüche sowie um einen Antrag auf schriftliche Niederlegung der wesentlichen Vertragsbedingungen und ein Zwischenzeugnis.

Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung „C. Bauelemente“ eine Firma, die sich mit der Beschaffung und dem Vertrieb von Bauelementen beschäftigt. Dabei vertreibt sie Solartechnik im Rahmen von Kundenbesuchen. Die Beklagte akquiriert die Kunden u. a. in einem von ihr betriebenen Call Center. Das Ergebnis dieser Telefonakquise wird bei Erfolg auf einem Formblatt „Bedarfsanalyse“ festgehalten. Darin befinden sich u. a. der Name und die Adresse des potentiellen Kunden sowie ein vereinbarter Besuchstermin. Diese Bedarfsanalysen werden an die Außendienstmitarbeiter weitergereicht, u. a. auch den Kläger.

Der Kläger hat für die Beklagte ab Juli 2013 solche Kundenbesuche übernommen und der Beklagten vom Ergebnis der Kundenbesuche berichtet. Während des Oktoberfestes im

Jahr 2013 hat der Kläger die Tätigkeit für die Beklagten unterbrochen, um auf dem Oktoberfest zu bedienen. Diese Unterbrechung war zwischen den Parteien abgesprochen.

Der Kläger trägt vor, dass die Parteien Mitte Juni mündlich vereinbart hätten, dass er ab dem 01.07.2013 im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entgelt in Höhe von € 2.200,-- brutto eingestellt werde. Aufgabe des Klägers sei die Kundenakquise, Kundenbetreuung, Terminverwaltung, Unterstützung des Vertriebs und die Archivierung persönlicher Kundendaten gewesen. Der Kläger habe seine Tätigkeit am 01.07.2013 aufgenommen. Er habe seine Tätigkeit von den Büroräumen der Beklagten aus organisiert und durchgeführt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde zwar nicht abgeschlossen, allerdings sei ihm zugesagt worden, dass ihm ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt werde. Ihm sei auch ein solcher Entwurf (zum Wortlaut siehe Anl. K1, Bl. 8 ff d. A.), übermittelt worden, diesen Entwurf habe er aber nicht unterzeichnet, da wesentliche Angaben darin unzutreffend gewesen seien. Ihm seien am 09.08.2013 ein Abschlag auf den Arbeitslohn Juli und August 2013 in Höhe von 2.800,-- € gezahlt worden sowie eine weitere Abschlagszahlung vom 03.09.2013 in Höhe von 700,-- €.

Er sei durch mündliche Weisung nachhaltig auf seine Verpflichtung hingewiesen worden, Arbeitszeiten im Büro der Beklagten einzuhalten, alle Arbeiten vom Büro aus der Beklagten auszuführen (mit Ausnahme des Besuchs von Kunden), dass er verpflichtet gewesen sei, eine Abwesenheiten von den Büroräumen zu den arbeitstäglich üblichen Bürozeiten vorher anzumelden und zu begründen, dass er verpflichtet gewesen sei, über den Besuch eines potentiellen Kunden schriftlichen Bericht zu erstatten, und dass er auch den weiteren Weisungen von Herrn C. unterlegen sei. Zuspätkommen sei gerügt worden, ebenso wie unberechtigte Abwesenheitszeiten.

Erst Mitte September sei plötzlich bestritten worden, dass überhaupt irgendwelche Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien bestünden. Dem Kläger sei nach dem Oktoberfest der Zugang zu den Büroräumen verwehrt worden.

Ihm sei ein Pkw von der Beklagten zur Nutzung überlassen worden. Als der Kläger im September 2013 im Krankenstand gewesen sei, habe er auf Bitten der Beklagten den Pkw zurückgegeben. Nach dem Oktoberfest habe er von der Beklagten nichts mehr ge-

hört und deswegen um ein Gespräch gebeten. Dieses habe rund ein bis zwei Wochen nach Abschluss des Oktoberfestes stattgefunden. Bei diesem Gespräch habe er zum Ausdruck gebracht, weiterarbeiten zu wollen. Die Beklagte habe für eine freie Mitarbeiter-tätigkeit geworben, womit er aber nicht einverstanden gewesen sei, weil er an einer Fest-anstellung interessiert gewesen sei.

Der Kläger habe auch einen Googlekalender eingerichtet und ausgefüllt. Ein Angebot an die Beklagte, einen solchen Kalender generell einzuführen, habe die Beklagte nicht auf-gegriffen. Dem Kläger seien die Formblätter „Bedarfsanalyse“ übergeben worden mit der Weisung, innerhalb des auf dem Formblatt bereits eingetragenen Termins, den potenti-ellen Kunden aufzusuchen und nach Möglichkeit einen Auftrag zu erzielen.

Der Kläger habe keine Möglichkeit gehabt, den Termin abzusagen oder vorzutragen, der potentielle Kunde passe ihm nicht. Wenn ein Außendienstmitarbeiter nicht alle Termine schaffe, sei dieser Termin dann an einen anderen Außendienstmitarbeiter weitergereicht worden. Deswegen würden die dem Gericht übergebenen Formblätter „Bedarfsanalyse“ nicht durchgehend den Namen des Klägers aufweisen. In den Googlekalender seien die Termine von ihm eingetragen worden, die er verbindlich zu absolvieren gehabt habe.

Jeden Morgen um 9.00 Uhr habe ein Meeting stattgefunden. Es sei in allgemeiner Form darauf hingewiesen worden, dass die Mitarbeiter pünktlich zu erscheinen hätten. Nament-lich und persönlich sei der Kläger allerdings nicht in diesem Zusammenhang gerügt wor-den. Ihm sei ein eigener Schreibtisch nebst Telefon zur Verfügung gestellt worden. Ihm seien Vorschriften über die Eintragung von Terminen in den Bürocomputer gemacht wor-den und über die Archivierung persönlicher Kundendaten.

Der Kläger beantragte erstinstanzlich:

- 1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.07.2013 ein Arbeitsverhältnis besteht.**

2. **Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 17.600,-- brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus € 17.600,-- zu bezahlen.**
3. **Der Beklagte wird verurteilt, in Bezug auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und an den Kläger herauszugeben.**
4. **Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes schriftliches Zwischenzeugnis auszustellen, das sich auf Art und Dauer der Tätigkeit und auf Leistung und Verhältnis im Arbeitsverhältnis erstreckt und dieses qualifizierte schriftliche Zwischenzeugnis an den Kläger herauszugeben.**

Die Beklagte beantragte,

die Klageabweisung.

Die Beklagte trägt vor, dass der Kläger für ihn im Sommer 2013 für eine Dauer von ca. sechs bis sieben Wochen auf selbstständiger Basis für ihn gearbeitet habe. Ein Arbeitsvertrag sei zwischen den Parteien nicht abgeschlossen worden. In den ersten beiden Wochen des Julis 2013 habe es sich um einen Informationsaufenthalt bei der Beklagten ohne Arbeitsleistung gehandelt. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses sei von der Beklagten ausdrücklich abgelehnt worden. Die Parteien hätten vereinbart, dass der Kläger den Vertrieb der Beklagten unterstütze, indem er in eigener Regie und bei freier Wahl von Ort und Zeit seiner Tätigkeit Aufträge über die Lieferung und Montage von Solaranlagen mit potentiellen Auftraggebern vermittelt und möglichst auch Neukunden akquiriere. Der Kläger sei keinen Weisungen oder einem Wettbewerbsverbot unterlegen. Die Tätigkeit des Klägers sei mit einer Erfolgsprovision bezogen auf den Nettowert des jeweils vermittelten Auftrags vergütet worden.

Der Kläger habe sich ab Mitte Juli bei der Beklagten in unregelmäßigen Abständen Termin- und Adressdaten potentieller Kunden geben lassen, die er ohne zeitliche, organisatorische oder inhaltliche Vorgaben der Beklagten mit dem Ziel einer Auftragsvermittlung aufsuchte, wozu er im Übrigen seinen eigenen Pkw genutzt habe. Der Kläger sei in die Arbeitsorganisation der Beklagten in keinsten Weise eingebunden gewesen. Weder habe er seine Tätigkeit von den Büroräumen der Beklagten aus organisiert noch habe er sich dort jemals acht Stunden aufgehalten. Ihm sei auch kein Schreibtisch nebst Telefon zur Verfügung gestellt worden. Er habe keine Termine oder Kundendaten im Bürocomputer der Beklagten zu erfassen gehabt, da dies ausschließlich dem Innendienstpersonal der Beklagten obliegen sei.

Ihm seien auch keinerlei Weisungen hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer oder Ort seiner Tätigkeit gemacht worden. Es sei lediglich ein Bericht über den Verlauf seiner Kundengespräche von ihm erwartet worden. Der Kläger sei nicht angewiesen worden, alle Arbeiten vom Büro aus vorzunehmen, Büroarbeitszeiten einzuhalten und Abwesenheiten begründet anzumelden. Wegen Zuspätkommens oder unentschuldigter Abwesenheit sei der Kläger nicht gerügt worden. Ihm sei auch nicht der Zugang zu den Büroräumen verweigert worden. Der Kläger habe seine Tätigkeit für die Beklagte am 20.09.2013 beendet und anschließend auf dem Oktoberfest als Bedienung gearbeitet. Bis dahin habe der Kläger zwei Aufträge vermittelt, für die ihm insgesamt € 3.500,-- Provision ausbezahlt worden seien. Insgesamt habe es sich daher um ein freies Mitarbeiterverhältnis gehandelt.

Bezüglich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 03.03.2014, 15.03.2014, 19.06.2014, 02.01.2015, 02.06.2015 sowie auf die Niederschriften der mündlichen Verhandlungen vom 29.04.2014 und 19.05.2015 verwiesen.

Das Arbeitsgericht München hat mit dem Kläger am 02.07.2015 zugestellten Urteil vom 19.06.2015 die Klage abgewiesen. Zur Begründung führte es aus, dass der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast nicht genüge getan habe. Eine schriftliche Vereinbarung sei zwischen den Parteien nicht abgeschlossen worden, insbesondere sei der vorbereitete Entwurf von keiner der beiden Parteien unterzeichnet worden. Es sei nicht ersichtlich, dass der Kläger während der Dauer seiner Tätigkeit für die Beklagte regelmäßig deren Weisungen unterlegen gewesen sei, insbesondere nicht in welchem zeitlichen Umfang,

wo oder zu welchen Zeiten er welche Tätigkeit verrichten musste. Der Vortrag zur Weisungsgebundenheit würde eine pauschale Rechtsbehauptung darstellen. Konkrete Weisungen seien vom Kläger nicht vorgetragen worden.

Dass die Beklagte dem Kläger Namen von Kunden zur Verfügung gestellt habe führe nicht zu einer Weisungsgebundenheit. Das stünde der Arbeitszeithoheit nicht entgegen. Die Koordinierung von zu besuchenden Kunden oder abzuarbeitenden Adressen durch die Beklagte setze zwar der persönlichen Freiheit des Klägers gewisse Grenzen, das führe aber noch nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Der Vortrag des Klägers lasse auch nicht auf eine organisatorische oder zeitliche Einbindung bei der Beklagten schließen. Hinzu käme, dass der Kläger nicht ausschließlich für die Beklagte tätig geworden sei.

Auf eine Beweisaufnahme käme es mangels hinreichend substantiierten Vortrags nicht an. Etwaige Entgeltansprüche seien durch Zahlung der Provisionen erfüllt. Weitergehende Zahlungsansprüche bestünden nicht. Ein Anspruch nach dem Nachweisgesetz setze voraus, dass der Kläger als Arbeitnehmer einzuordnen sei, was nicht der Fall sei. Auch § 109 GewO sehe nur für Arbeitnehmer einen Anspruch auf Erteilung eines schriftlichen Zeugnisses vor.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner am 03.08.2015 eingegangenen Berufung und begründet diese mit am 02.09.2014 eingegangenem Schriftsatz wie folgt:

Der Sachvortrag des Klägers hätte das Erstgericht zu einer Beweisaufnahme veranlassen müssen. Hinzu käme, dass das Arbeitsgericht die Beweislastverteilung unzutreffend eingeschätzt habe. Entgegen der im Urteil geäußerten Auffassung des Arbeitsgerichts würde die Beklagte die Beweislast dafür tragen, dass kein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Das ergebe sich aus dem widersprüchlichen Sachvortrag der Beklagten zum Probearbeitsverhältnis. Zwar sei ein Einfühlungsverhältnis grundsätzlich zulässig, der Kläger sei aber deutlich darüber hinausgehend eingesetzt worden. Durch die Vereinbarung eines Schnupperarbeitsverhältnisses sei eine Beweislastumkehr eingetreten. Darüber hinaus hätte das Erstgericht darauf hinweisen müssen, dass es den Sachvortrag als nicht hinreichend substantiiert ansehe.

Der Kläger beantragt in der Berufungsinstanz:

1. **Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 19.06.2015, 41 Ca 2619/14 wird aufgehoben.**
2. **Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.07.2013 ein Arbeitsverhältnis besteht.**
3. **Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 50.600,-- brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus € 50.600,-- zu bezahlen.**
4. **Der Beklagte wird verurteilt, in Bezug auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und an den Kläger herauszugeben.**
5. **Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes schriftliches Zwischenzeugnis auszustellen, das sich auf Art und Dauer der Tätigkeit und auf Leistung und Verhältnis im Arbeitsverhältnis erstreckt und dieses qualifizierte schriftliche Zwischenzeugnis an den Kläger herauszugeben.**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte erwidert auf die ihr am 07.09.2015 zugestellte Berufungsbegründung nach am 07.10.2015 eingegangenem Fristverlängerungsantrag und nach mit Beschluss vom 07.10.2015 bis 21.10.2015 verlängerter Berufungsbeantwortungsfrist mit am 21.10.2015 eingegangenem Schriftsatz wie folgt:

Die zehntägige Einfühlungszeit führe mangels Arbeitsleistung nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses und auch nicht zu einer Beweislastumkehr. Dadurch, dass der Kläger seine Tätigkeit bei der Beklagten zum 20.09.2013 eingestellt habe, habe sich eine Kündigung erübrigt.

Bezüglich des weiteren Vortrags in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 02.09.2014, 10.09.2014, 20.10.2015, 29.01.2016 sowie auf die Niederschriften über die mündlichen Verhandlungen vom 11.11.2015, 13.01.2016 und 25.04.2016 verwiesen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Einvernahme der benannten Zeugen G., H., C. und J.. Bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 13.01.2016 verwiesen.

Auf die Einvernahme der ursprünglich ebenfalls benannten Zeugin F. hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2016 verzichtet.

Die vom Kläger weiterhin benannte Zeugin Frau E., nach Angaben des Klägers zu laden „c/o Fa. C. Bauelemente“ ist zu den mündlichen Verhandlungen vom 13.01.2016 und 25.04.2016 nicht erschienen. Die ebenfalls am 13.01.2016 nicht erschienene Zeugin F., nach Angaben des Klägers ebenfalls zu laden „c/o Fa. C. Bauelemente“, teilte dem Landesarbeitsgericht München mit, dass sie eine Ladung nicht erreicht habe. Dem Kläger wurde mit Beschluss vom 13.01.2016 aufgegeben, bis zum 29.01.2016 eine ladungsfähige Anschrift der benannten Zeugin E. mitzuteilen. Der Kläger wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es zu seinen Lasten gehen könne, wenn die Zeugin nicht geladen werden könne. Sie könne dann vom Gericht nicht vernommen werden. Eine Mitteilung einer anderen ladungsfähigen Anschrift, z.B. einer Wohnadresse, erfolgte seitens des Klägers nicht. Die erneute Ladung der Zeugin zum Termin am 25.04.2015 „c/o Fa. C. Bauelemente“ mit Postzustellungsurkunde und nach Ordnungsgeldbeschluss wurde ausweislich der Postzustellungsurkunde zwar in den Räumen der Beklagten übergeben, allerdings nicht an die Zeugin. Der ungeöffnete Briefumschlag wurde an das Landesarbeitsgericht München zurückübermittelt.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

Die Klageerweiterung in der Berufung ist sachdienlich. Die Entscheidung kann auch insoweit auf die Tatsachen gestützt werden, die der Berufung ohnehin zugrunde zu legen sind.

Die Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht wurde von diesem als eigenes Verfahren unter dem Aktenzeichen 41 Ca 6876/15 neu eingetragen. Mit Schriftsatz vom 28.10.2015 hat der Kläger diese Klage zurückgenommen. Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgerichts bestand daher keine doppelte Rechtshängigkeit.

II.

Das Rechtsmittel der Berufung hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Denn das Arbeitsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. Aus diesem Grund besteht auch kein Anspruch auf Entgelt bzw. den geltend gemachten Annahmeverzug, auf einen Nachweis nach dem Nachweisgesetz und auf ein Zeugnis.

1. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsvertrag zustande gekommen. Der dementsprechende Feststellungsantrag ist unbegründet.

1.1 Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Arbeitsverhältnis ist ein auf den Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung gerichtetes Dauerschuldverhältnis. Die vertraglich geschuldete Leistung ist im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Selbständig ist dagegen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB). Alle Umstände des Einzelfalles sind in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist das letztere maßgebend. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles an (BAG v. 20.08.2003, 5 AZR 610/02, BAG v. 12.12.2001, 5 AZR 253/00).

Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (BAG v. 09.06.2010, 5 AZR 332/09).

1.2 Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Arbeitnehmereigenschaft ergibt, liegt nach allgemeinen Grundsätzen beim klagenden Mitarbeiter (BAG v. 29.11.1995, 5 AZR 422/94), wie das Erstgericht zutreffend festgestellt hat.

Entgegen der Auffassung des Klägers tritt durch das vom Beklagten behauptete Einführungsverhältnis Anfang Juli 2013 vorliegend keine Beweislastumkehr ein.

Anerkannt ist, dass die Vereinbarung eines so genannten Einfühlungsverhältnisses ohne Vergütungsanspruch und ohne Arbeitspflicht des potentiellen Arbeitnehmers kraft der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig ist. Dabei ist unter einem Einfühlungsverhältnis ein loses Rechtsverhältnis eigener Art zu verstehen, welches sich von einem Arbeitsverhältnis - insbesondere auch von dem Probearbeitsverhältnis - dadurch unterscheidet, dass der in den Betrieb aufgenommene potentielle Arbeitnehmer während der Einfühlungsphase keine Pflichten übernimmt, insbesondere keine Arbeitspflicht hat, da er nicht dem Direktions- oder Weisungsrecht des potentiellen Arbeitgebers unterliegt, sondern lediglich dem Hausrecht des Betriebsinhabers untersteht. Zweck eines so genannten Einfühlungsverhältnisses ist es im Allgemeinen, die Voraussetzungen der Zusammenarbeit für das potentielle spätere Arbeitsverhältnis zu klären, also insbesondere dem künftigen Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, die betrieblichen Gegebenheiten kennen zu lernen. Für den - lediglich in besonders gelagerten Fällen anzunehmenden - Sonderfall des Einfühlungsverhältnisses trägt regelmäßig derjenige, der sich auf ihn beruft, die Beweislast. Werden die Hauptleistungspflichten eines Arbeitsvertrags (Arbeitsleistung und Vergütung) schon konkretisiert, obliegt es dem Anbietenden, seinen vom Regelfall des Arbeitsvertragsangebots abweichenden Willen des Angebots einer bloßen nicht vergüteten Kennenlernphase unzweideutig auszudrücken sowie ein solches Handeln – und damit die Ausnahme – darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 05.08.2015, 7 Sa 170/15 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Zwischen den Parteien ist vorliegend aber bereits streitig, ob das Einfühlungsverhältnis das von der Beklagten behauptet wird, einem Arbeitsverhältnis vorgelagert war. Die vorstehende dargestellte Beweiserleichterung setzt voraus, dass das Einfühlungsverhältnis einem Arbeitsverhältnis vorgelagert ist. Für den vorliegenden Fall kommt die dargestellte Beweiserleichterung allenfalls zum Zuge, wenn zwischen den Parteien tatsächlich ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist und es um das Entgelt für die Tätigkeit während der Einfühlungszeit geht. Die Vereinbarung eines Einfühlungsverhältnisses sagt nichts dazu aus, ob das Vertragsverhältnis, das mit ihm angebahnt werden soll, eine selbständige Tätigkeit oder ein Arbeitsverhältnis umfasst oder umfassen soll. Für letzteres trägt nach wie vor der Kläger die Darlegungs- und Beweislast.

1.3 Nach Maßgabe dieser Kriterien ist das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis anzusehen. Das Arbeitsgericht ist insoweit im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger in einem für den selbständigen Status erforderlichen Maße frei von Weisungen der Beklagten ist; dies gilt insbesondere hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit und führt nach der gebotenen Gesamtwürdigung im hier zu entscheidenden konkreten Lebenssachverhalt zu dem Ergebnis, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist. Im Einzelnen:

1.3.1 Die durchgeführte Beweisaufnahme hat nicht ergeben, dass dem Kläger die Formblätter „Bedarfsanalyse“ mit der Weisung übergeben worden sind, innerhalb des dort eingetragenen Termins den potenziellen Kunden aufzusuchen und nach Möglichkeit einen Auftrag zu erzielen, und dass der Kläger keine Möglichkeit gehabt habe, die von der Beklagten vereinbarten Termine abzusagen oder vorzutragen, der potenzielle Kunde passe ihm nicht.

Die Kammer hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr erachtet wird (§ 286 ZPO). Dabei darf ein Gericht keine "unerfüllbaren Beweisanforderungen" stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen darf, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Die persönliche, subjektive Gewissheit ist für die Entscheidung notwendig; der Richter hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung setzt das Gesetz dabei nicht voraus. Der Richter darf und muss sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. zum Ganzen zusammenfassend BGH v. 07.02.1970, III ZR 139/67).

Die Zeugin G. hat bekundet, dass sie nicht dabei gewesen sei, wenn der Kläger die Formblätter „Bedarfsanalyse“ bekommen hat. Sie sei beim Ergebnis der Kundenbesuche beteiligt gewesen, nicht an der Vorbereitung der Kundenbesuche. Sie hat daher die Behauptung des Klägers nicht bestätigt, dass dem Kläger die Formblätter „Bedarfsanalyse“

mit der Weisung übergeben worden sind, innerhalb des dort eingetragenen Termins den potenziellen Kunden aufzusuchen und nach Möglichkeit einen Auftrag zu erzielen.

Die weitere Aussage der Zeugin zu dieser Frage betraf unstreitigen Sachverhalt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Kläger die Formblätter bekommen hat und verpflichtet war, zum Ergebnis der Kundenbesuche zu berichten.

Die Zeugin G. hat weiterhin bekundet, dass der Kläger den Kunden zu dem vereinbarten Termin habe aufsuchen müssen; nur wenn der Kunde keine Zeit gehabt habe, habe die Möglichkeit bestanden, den Termin zu verlegen. Auch hier gilt aber, dass die Zeugin hierzu nichts wahrgenommen hat. Über Vorgänge im Rahme der Übergabe der Formblätter, konnte die Zeugin daher nichts aus eigener Wahrnehmung berichten.

Zwar betonte die Zeugin auch, dass ihr nicht bekannt sei, dass der Kläger die Möglichkeit gehabt habe, Termine abzusagen oder vorzutragen, der potentielle Kunde passe ihm nicht. Das ist aber nicht entscheidend. Es kommt nicht darauf an, ob der Zeugin bekannt war, ob solche Möglichkeiten bestanden. Die Behauptung des Klägers ging dahin, dass diese Möglichkeit nicht bestanden hat und das hat die Zeugin nicht bestätigt.

Auch die Kenntnis davon, dass morgens um 9.00 Uhr die Aufträge vergeben sein sollen, hatte die Zeugin nur vom Kläger, nicht aus eigener Wahrnehmung.

Der Zeuge H. betonte, dass er die Aufgabe habe, im Nachgang für die Kunden einen Finanzierungsvorschlag zu erarbeiten. Bei der Übergabe der Bedarfsanalysen selbst sei er nicht dabei, das habe mit seiner Aufgabe nichts zu tun. Deswegen könne er zur Möglichkeit, Termine abzusagen, oder Kunden abzulehnen, nichts aus eigener Wahrnehmung mitteilen.

Der Zeuge H. hat daher die Behauptungen des Klägers, ihm seien die Formblätter Bedarfsanalyse mit der Weisung übergeben worden, innerhalb des dort eingetragenen Termins den potenziellen Kunden aufzusuchen und nach Möglichkeit einen Auftrag zu erzielen, er habe keine Möglichkeit gehabt, die von der Beklagten vereinbarten Termine abzusagen oder vorzutragen, der potenzielle Kunde passe ihm nicht, nicht bestätigt.

1.3.2 Beide Zeugen sagten aber aus, dass der Kläger einen Firmenwagen (VW Touran) der Beklagten genutzt hat.

Die Zeugin G. gab wieder, dass sie zwar eine Übergabe oder ähnliches nicht gesehen habe, sie habe allerdings den Kläger mehrfach mit einem VW Touran fahren sehen.

Der Zeuge H. gab an, dass er schon glaube gesehen zu haben, dass der Kläger mit dem VW Touran gefahren ist. Er erinnerte sich zudem an ein Telefonat mit dem Kläger, bei dem dieser ihm mitteilte, dass er bei einem VW Touran einen Reifenschaden verursacht habe. Hintergrund sei gewesen, dass er mit einem VW Touran einen Platten hatte und dass kein Ersatzrad an Bord war.

Beide Aussagen sind, soweit sie die eigene Wahrnehmung wiedergeben, sowohl glaubwürdig als auch glaubhaft. Eine ausgeprägte Motivation, der Aussage eine bestimmte Richtung zu geben, war bei beiden Zeugen nicht ersichtlich. Die Zeugin Frau G. hat auf Nachfrage auch abgeschichtet zwischen eigener Wahrnehmung, Bewertung und Mitteilung dessen, was ihr vom Kläger mitgeteilt worden ist. Beide Aussagen sind kompetenzadäquat und weisen keine Strukturbrüche auf. Die Aussage des Zeugen H. ist zudem detailreich (Platten) und verdeutlicht damit das eigene Erleben. Zur Überzeugung der Kammer steht fest, dass der Kläger von der Beklagten einen Firmenwagen (VW Touran) zur dienstlichen Nutzung bekommen hat.

1.3.3 Beide Zeugen bestätigten zudem die Behauptung des Klägers, dass um 9.00 Uhr morgens regelmäßig ein Meeting stattgefunden hat. Sie seien zwar nicht dabei gewesen, hätten aber davon gehört, wobei die Zeugin G. diese Information vom Kläger hatte.

Diese Aussagen stehen im Einklang mit der Aussage des Zeugen J., der angab, dass es zu der Zeit, zu der der Kläger für die Beklagte tätig war, den Versuch gegeben habe, dass sich die Berater um 9.00 Uhr jeweils treffen, um die anstehenden Sachen durchzusprechen. Es sei auch versucht worden durchzusetzen, dass dann, wenn ein Berater an dem Tag Termine hatte, dieser auch um 9.00 Uhr anwesend ist. Dazu sei kommuniziert worden, dass dann, wenn ein Berater nicht um 9.00 Uhr da sei, dieser keine Termine be-

komme. Das habe sich allerdings nicht bewährt. Die Berater hätten sich nicht daran gehalten. Es habe sich herausgestellt, dass das, was mit den Beratern zu besprechen sei, auch fernmündlich oder per elektronischer Kommunikation erledigt werden könne. Deswegen sei auf diese Praxis wieder verzichtet worden.

Die genannten Aussagen stehen im Widerspruch zur Aussage des ebenfalls vernommenen Zeugen C., der angab, dass es mit den Mitarbeitern im Innendienst regelmäßige Besprechungstermine gegeben habe, allerdings nicht mit den Mitarbeitern, die beraten und verkauft haben. Diese Aussage gibt zur Überzeugung der Kammer den Sachverhalt nicht so wieder, wie er sich damals zugetragen hat. Der Zeuge ist der faktische Betriebsinhaber; er spielt seine Rolle lediglich herunter indem er behauptet, er helfe seiner Schwester. Diese ist über zentrale Vorgänge im Unternehmen wenig informiert. Sie konnte keine nachvollziehbaren Angaben zum Einsatz der Wagen machen und hat es nicht einmal geschafft, in der mündlichen Verhandlung vom 11.11.2015 widerspruchsfrei das Formblatt „Bedarfsanalyse“ zu erläutern; sie musste schließlich in dem Punkt passen. Der Kläger hat zudem sämtliche Vertragsverhandlungen mit dem Zeugen C. geführt. Als faktischer Betriebsinhaber und Bruder der Beklagten hat er zudem ein starkes Interesse am Ausgang des Verfahrens. Der Zeuge hat außerdem zum Teil nur schleppend manches eingeräumt. So sagte er eingangs der Vernehmung aus, er habe keine fest angestellten Mitarbeiter im Außendienst. Erst gegen Schluss der Vernehmung gab er an, dass er jedenfalls mittlerweile einen Mitarbeiter habe, der auch im Außendienst tätig und fest angestellt sei. Die Kammer folgt daher insoweit nicht der Aussage des Zeugen C..

Dagegen ist die Aussage des Zeugen J., sowohl glaubwürdig als auch glaubhaft. Eine ausgeprägte Motivation, der Aussage eine bestimmte Richtung zu geben, war bei dem Zeugen nicht ersichtlich. Die Aussage ist kompetenzadäquat und weist keine Strukturbrüche auf. Sie ist detailreich und beleuchtet auch persönliche Hintergründe (zu der Zeit wenig Erfahrung, Versuch durchzusetzen, nicht funktioniert, Erkenntnis, es geht auch ohne tägliche Besprechung).

Zur Überzeugung der Kammer steht daher fest, dass um 9.00 Uhr morgens zu der Zeit, als der Kläger für die Beklagte tätig war, regelmäßig ein Meeting jedenfalls mit den Außendienstmitarbeitern stattgefunden hat, die an dem Tag Termine hatten. Die Beklagte

versuchte auch das Erscheinen der jeweils eingesetzten Außendienstmitarbeiter durchzusetzen.

1.3.4 Der Zeuge J. gab zudem an, dass es seine Aufgabe, gewesen sei, das Callcenter zu leiten und die Routen zu planen. Routenplanung bedeute, dass man dann, wenn man z.B. drei Kunden hat, die Termine aufnimmt und die Routen so plant, dass sie von einem Kundenbetreuer abgefahren werden können.

Anschließend habe er die Berater kontaktiert, entweder per Telefon, per Email oder per WhatsApp und habe gefragt, wer an dem Folgetag Zeit habe, wobei dieser Kontakt mit den Beratern zum Teil auch zwei Tage vorher gewesen sei. Genauso sei es auch mit dem Kläger gewesen.

Auch der Kläger habe nicht immer Zeit gehabt. Der Kläger sei nicht täglich im Büro gewesen. Kein Berater habe einen eigenen Tisch gehabt, das sei auch heute noch so. Die Berater hätten auch kein eigenes Telefon, keine eigene Nummer. Einen eigenen PC hätte der Kläger auch nicht gehabt. Die Berater seien generell, wenn sie da sind, nicht lange da, sie hätten im Büro nichts zu tun. Nach seiner Erinnerung sei der Kläger jeweils immer so ungefähr ein bis zwei Stunden da gewesen, um das, was für die Kundenbesuche notwendig gewesen sei, zu besprechen.

Auch diese Aussage des Zeugen J., ist aus den bereits vorstehend genannten Gründen sowohl glaubwürdig als auch glaubhaft.

1.4 Die vom Kläger weiterhin benannte Zeugin E. konnte nicht vernommen werden, sie ist zu den mündlichen Verhandlungen am 13.01.2016 und 25.04.2016 nicht erschienen.

1.4.1 Für einen beachtlichen Beweisantritt genügt zunächst die individualisierende Benennung eines Zeugen, auch ohne Angabe seiner ladungsfähigen Anschrift (§ 373 ZPO). Ist ein solcher rechtzeitig erfolgt, kann ihm aber wegen eines behebbaren Hindernisses, wozu auch das Fehlen der ladungsfähigen Anschrift eines Zeugen oder eine unzutreffende Anschrift oder das Scheitern einer Ladung unter einer benannten Anschrift gehört,

nicht ohne weiteres nachgegangen werden, so darf er nur unter den in § 356 ZPO bestimmten Voraussetzungen unberücksichtigt bleiben.

1.4.2 Als ladungsfähige Anschrift kommt grundsätzlich nicht nur die Wohnanschrift eines Zeugen in Frage, es kann auch die Angabe einer Arbeitsstelle genügen, wenn diese sowie der Zustellungsempfänger und dessen dortige Funktion so konkret und genau bezeichnet werden, dass von einer ernsthaften Möglichkeit ausgegangen werden kann, die Zustellung durch Übergabe werde gelingen. So liegt der Fall hier.

1.4.3 Bei dieser Sachlage ist die Kammer gehalten, zunächst eine Zustellung der Zeugenladung an der angegebenen Anschrift in die Wege zu leiten auch wenn der Zustellungserfolg nicht garantiert ist und die Möglichkeiten der Ersatzzustellung beschnitten sind. Das ist erfolgt.

Das Gericht hat hier zwei mal versucht, an die Zeugin eine Ladung zuzustellen, einmal mit und einmal ohne PZU, wobei beim zweiten Zustellungsversuch die Ladung bei der Beklagten zwar nachweislich abgegeben wurde, allerdings nicht an die Zeugin, weil sie in dem Geschäftsraum der Beklagten nicht angetroffen wurde. Die so übermittelte Ladung kam ohne weitere Angaben ungeöffnet zurück.

Auch auf die Anhörung zum Ordnungsgeld und auf den Ordnungsgeldbeschluss kam keine Reaktion der benannten Zeugin. Hinzu kommt, dass die ebenfalls über die Beklagte ursprünglich geladenen Zeugin F. mitteilen lies, dass sie die Ladung nicht bekommen habe.

1.4.4 Die Ladung unter der vom Kläger benannten Adresse war daher nicht von Erfolg gekrönt. Der Einvernahme der Zeugin stand damit im Verhandlungstermin vom 13.01.2016 ein zunächst behebbares Hindernis entgegen. Darauf wurde der Kläger hingewiesen und ihm wurde unter Fristsetzung aufgegeben, eine ladungsfähige Adresse der Zeugin mitzuteilen. Eine Reaktion hierauf ist nicht erfolgt.

Das Gericht hat zudem nach Scheitern des erneuten Ladungsversuches erneut Frist gesetzt, wiederum ohne Reaktion des Klägers.

1.4.5 Das Risiko eines Scheiterns der Zustellung unter der von ihm so angegebenen Adresse trägt der Kläger. Es liegt an ihm, bei einem Scheitern einer Ladung eine Anschrift zu benennen, an der gegebenenfalls eine Ersatzzustellung möglich ist. Dies ist trotz zweimaliger Fristsetzung mit Hinweis auf die Folgen nicht geschehen, so dass der Beweisantritt unberücksichtigt bleiben musste. Eine weitere Verzögerung des Verfahrens war nicht in Kauf zu nehmen.

1.4.6 Der Kläger blieb daher beweisfällig für die Behauptungen, für die er ausschließlich die Zeugin E. benannte, insbesondere also dafür, dass

- ihm ein eigener Schreibtisch nebst Telefon zur Verfügung gestellt worden sei,
- die Zahlungen vom 09.08.2013 iHv € 2.800,00 und vom 03.09.2013 iHv € 700,00 Abschlagszahlungen auf noch abzurechnenden Arbeitslohn gewesen seien, weil es der Beklagten nicht möglich gewesen sei, rechtzeitig abzurechnen,
- die Beklagte und Hr. C. ihm Vorschriften gemacht hätten über die Eintragung von Terminen in den Bürocomputer der Beklagten sowie über die Archivierung persönlicher Kundendaten in die EDV-Anlage und auch nicht EDV-mäßig,

1.5 Damit steht zur Überzeugung der Kammer fest:

- Der Kläger hat jedenfalls im Juli seine Tätigkeit für die Beklagte aufgenommen.
- Er hat von der Beklagten Formblätter „Bedarfsanalyse“ bekommen, auf denen u.a. ein Besuchstermin vermerkt war, den der Kläger wahrgenommen hat mit dem Ziel, Produkte der Beklagten zu vertreiben.
- Die „Bedarfsanalysen“ mit den Kundenterminen sind für die Außendienstmitarbeiter keine rein unverbindlichen Besuchsanregungen (auch wenn die hierzu vom Kläger benannten Zeugen wenig zu dieser Frage beitragen konnten). Die vorhergehende telefonische Kundenakquise durch die Beklagte stellt einen nicht unerheblichen Aufwand dar (was der Zeuge C. bestätigte und dem insofern gefolgt wird), der im Hinblick auf Geschäftsabschlüsse getätigt wird, was voraussetzt, dass die Termine wahrgenommen werden, auch wenn die Möglichkeit für die einzelnen Außendienstmitarbeiter besteht, Termine zu verschieben, wenn Termine

nicht geschafft werden konnten oder Bedarfsanalysen an Kollegen weiterzureichen, wenn Termine nicht geschafft werden konnten, wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 11.11.2015 angab. Die Annahme der Formblätter „Bedarfsanalyse“ ist daher mit dem Auftrag verbunden, den Kunden an dem dort genannten Termin aufzusuchen.

- Um 9.00 Uhr morgens hat zu der Zeit, als der Kläger für die Beklagte tätig war, regelmäßig ein Meeting jedenfalls mit den Außendienstmitarbeitern stattgefunden, die an dem Tag Termine hatten. Die Beklagte versuchte auch das Erscheinen der Außendienstmitarbeiter durchzusetzen.
- Der Kläger hat über das Ergebnis der jeweiligen Kundenbesuche der Beklagten berichtet.
- Der Kläger hat von der Beklagten einen Firmenwagen (VW Touran) zur dienstlichen Nutzung bekommen.
- Der Kläger hat schließlich auf einem PC der Beklagten einen Googlekalender geführt (auch das hat die Zeugin G. bestätigt), auch wenn er keinen eigenen Tisch, kein eigenes Telefon, keine eigene Nummer und keinen eigenen PC bei der Beklagten hatte.
- Schließlich hat er auch in der Zeit, in der er in den Büroräumen der Beklagten anwesend war, mit Kunden telefoniert, was die Zeugin G. ebenfalls bestätigt hat.
- Der Kläger war allerdings weder verpflichtet, täglich für die Beklagte zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stehen, noch war er verpflichtet, in einem bestimmten Umfang zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stehen. Der Kläger hat auch nicht jeden Tag für die Beklagte gearbeitet (so der Zeuge J.), wenn auch „fast täglich“ (so die Zeugin G.) jedenfalls bis zur Erkrankung im September und dem anschließenden Einsatz des Klägers beim Oktoberfest.
- Der Kläger wurde vorher gefragt, ob er an bestimmten Tagen für die Beklagte tätig sein will.
- Die Parteien haben zwar über den Abschluss eines Arbeitsvertrages verhandelt, einen dementsprechenden Vertragsentwurf aber nicht unterzeichnet, weil beide Parteien diesen Vertragsentwurf abgelehnt haben, auch wenn die jeweiligen Gründe unterschiedlich waren.

1.6 Daraus ergibt sich nicht, dass der Kläger seine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen hatte.

1.6.1 Der Kläger war bei der Bestimmung seiner Arbeitszeit in einem für den Selbständigenstatus ausreichenden Maße frei.

Die Beklagte hat ein Weisungsrecht im Hinblick auf den Beginn der Tätigkeit an einem Einsatztag in Anspruch (9:00 Uhr) genommen und versucht, dieses durchzusetzen, auch wenn der Versuch letztlich nicht erfolgreich war und aufgegeben wurde. Dies ist jedoch kein so gravierender Eingriff, dass er mit dem Status eines Selbständigen schlechterdings unvereinbar wäre. Er betraf auch nur die Tage, an denen er im Einsatz war und an diesen Tagen nur einen sehr überschaubaren Teil seiner Einsatzzeit.

Die Beklagte hat zudem die Terminplanung übernommen und durch Übergabe der Formblätter „Bedarfsanalyse“ den Kläger mit der Terminwahrnehmung betraut und damit auf den Zeitpunkt der Tätigkeit des Klägers im Außendienst bestimmt. Allerdings sanktioniert es die Beklagte nicht, wenn Kundentermine geändert werden. Dem Kläger war es dafür sogar möglich auf die Unterstützung des Callcenters zurückzugreifen (so die Zeugin G.). Hinzu kommt, dass es den Kundenbetreuern nach dem Vortrag des Klägers auch möglich war, „Bedarfsanalysen“ an andere Mitarbeiter weiterzureichen. Dem Kläger verblieben daher Einflussmöglichkeiten auf die Wahrnehmung und auf die Lage der Kundentermine.

Zudem war der Kläger nicht verpflichtet an bestimmten Tagen oder in einem bestimmten Umfang für die Beklagte tätig zu werden. Er wurde nämlich jeweils ein bis zwei Tage vorher gefragt, ob er an bestimmten Tagen eingesetzt werden will. Der Kläger hatte es daher in der Hand nach eigenem Gutdünken zu entscheiden, ob für ihn an einzelnen Tagen eine Terminplanung erfolgt oder nicht.

Der Kläger war zwar bis zu seiner Erkrankung im September und anschließendem Einsatz bei Oktoberfest fast täglich für die Beklagte im Einsatz, das war aber auf seine jeweiligen Entscheidungen zurückzuführen. Der Kläger war auch nicht der einzige, der die vom Callcenter abgesprochenen Kundentermine wahrgenommen hat, die Beklagte war nicht zwingend auf den Einsatz des Klägers angewiesen.

Die vorstehend beschriebene Zeitsouveränität hat der Kläger auch genutzt, er war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zwar fast täglich aber nicht täglich im Einsatz und er hat für die Dauer des Oktoberfestes pausiert, auch wenn dies ausdrücklich vorher abgesprochen war.

Insgesamt war der Kläger daher bei der Bestimmung seiner Arbeitszeit in einem für den Selbständigenstatus ausreichenden Maße frei.

1.6.2 Der Kläger war zwar verpflichtet, über das Ergebnis der Kundenbesuche zu berichten.

Der Informationsaustausch über den Verkaufserfolg, gehört allerdings auch zu den Pflichten, die in §§ 86 und 86a HGB geregelt sind. Ein freies Dienstverhältnis unterscheidet sich nicht dadurch vom Arbeitsverhältnis, dass in diesem keine Pflichten bestehen. Die notwendige Kommunikation zwischen den Parteien zum Erreichen des Vertragszwecks qualifiziert das Vertragsverhältnis noch nicht zum Arbeitsverhältnis.

1.6.3 Die Beklagte hat auch nicht den Ort der Arbeitsleistung in einem Ausmaß bestimmt, dass dies mit einem Selbständigenstatus nicht zu vereinbaren wäre.

Durch die Weisung an Einsatztagen um 9:00 Uhr bei der Beklagten zu erscheinen und durch die Angabe der Adressen der Kunden auf den Formblättern wurde auch der Ort der Tätigkeit durch die Beklagte festgelegt. Die auferlegte Verpflichtung an einen Außendienstmitarbeiter, an Einsatztagen zum Informationsaustausch die Räumlichkeiten der Beklagten in einem zeitlich überschaubaren Umfang aufzusuchen ist noch kein so gravierender Eingriff, dass dieser mit einem Selbständigenstatus nicht zu vereinbaren wäre.

Das gilt auch für eine Verpflichtung, Kunden zuhause aufzusuchen, was sich für einen Außendienstmitarbeiter, der sich an Endverbraucher wendet, sogar eher als typisch darstellt. Hinzu kommt, dass es nach eigenem Vortrag des Klägers möglich war, „Bedarfsanalysen“ weiterzureichen.

1.6.4 Weitere Weisungen, insbesondere über den Ablauf und den Inhalt der Kundentermine, also über die Tätigkeit an sich, sind nicht ersichtlich bzw. erwiesen.

Der Kläger wurde insbesondere nicht verpflichtet, einen Googlekalender zu führen. Dieser Kalender ging auf seine Entscheidung zurück, die Beklagte hat diesen nach dem eigenen Vortrag des Klägers gerade nicht für alle Kundenbetreuer eingeführt.

Der Kläger war auch nicht in die Arbeitsabläufe v.a. im Büro der Beklagten eingebunden. Es gab die Schnittstelle zum Callcenter, das die Termine auch für den Kläger koordiniert hat und es gab die weitere Schnittstelle bei der Mitteilung der Ergebnisse der Kundentermine z.B. an die Zeugin G.. Die Arbeitsabläufe bauen aufeinander auf, die unterschiedlichen Arbeitsbereiche waren aber klar getrennt.

Es mag sein, dass der Kläger auch in den Büroräumen der Beklagten mit Kunden telefoniert hat, so dass es zutrifft, dass er seine Tätigkeit von den Büroräumen der Beklagten aus organisiert und durchgeführt hat. Verpflichtet war er dazu aber nicht.

Für eine selbstbestimmte inhaltliche Gestaltung der Aufgaben blieb dem Kläger daher durchaus Raum.

1.6.5 Indem die Beklagte dem Kläger einen PKW zur Verfügung gestellt hat, hat sie dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt, zur Ausführung der Tätigkeit Betriebsmittel der Beklagten zu nutzen. Dass er diesen Wagen zugewiesen bekommen habe, dass er also mithin verpflichtet gewesen sein soll, diesen zu nutzen, hat die Beweisaufnahme nicht ergeben. Die Zeugen haben lediglich die Nutzung desselben durch den Kläger bestätigt, worauf die Beklagte zutreffend hinweist.

Dadurch, dass der Kläger einen Googlekalender auf einem Rechner der Beklagten führte, wurde ihm zudem die Möglichkeit eingeräumt, den Rechner zu diesem Zweck zu nutzen. Auch dazu war er aber nicht verpflichtet.

1.6.6 Auf den von Kläger vorgelegten Arbeitsvertragsentwurf kommt es nicht an.

Der vom Kläger vorgelegt Vertragsentwurf spricht zwar von einem Arbeitsverhältnis und regelt auch die hierfür typischen Rechte und Pflichten. Hinzu kommt, dass die Parteien ausdrücklich über den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses verhandelt haben. Allerdings wurde nach übereinstimmendem, Vortrag der Parteien dieser Entwurf von beiden abgelehnt. Aus den Formulierungen im Entwurf kann daher nicht darauf geschlossen werden, dass das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis ausgestaltet werden soll. Eine ausdrückliche Statusvereinbarung kann in dem Entwurf und in den Verhandlungen hierzu nicht gesehen werden.

1.6.7 Fasst man das zusammen, dann unterlag der Kläger keinem umfassenden Weisungsrecht der Beklagten. Er hatte seine Tätigkeit nicht in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen. Er war als freier Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer für die Beklagte tätig.

Der auf die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses gerichtete Antrag des Klägers ist daher nicht begründet.

2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf den geltend gemachten Entgeltanspruch bzw. aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 611 Abs. 1 iVm. § 615 S. 1 BGB.

Da zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag und auch kein Dienstvertrag mit den vom Kläger genannten Konditionen festgestellt werden kann, ist auch die darauf beruhende Zahlungsklage nicht begründet. Im Übrigen hat der Kläger während der Zeit des Oktoberfests nicht für die Beklagte gearbeitet, so dass eine Entgeltzahlungspflicht für den Zeitraum nicht dargelegt ist.

3. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf einen Nachweis nach § 2 Nachweisgesetz.

Da zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag festgestellt werden kann, ist auch die darauf beruhende Klage auf einen Nachweis nach dem Nachweisgesetz nicht begründet.

4. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf ein Zwischenzeugnis nach § 109 GewO,

da er kein Arbeitnehmer ist. Ein Anspruch auf eine ergibt sich auch nicht aus § 630 BGB, da auch kein Dienstvertrag gegeben ist. Der Kläger schuldete letztlich nicht eine Tätigkeit für die Beklagte sondern den Vermittlungserfolg, an den nach dem Vortrag der Beklagten die Vergütung anknüpfte. Der entgegenstehende Vortrag des Klägers ist nicht erwiesen.

5. Nachdem sich die Klage insgesamt auch nach Beweisaufnahme als erfolglos erweist, war die Berufung zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Revision wurde mangels über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung des Rechtsstreits nicht zugelassen.

Dr. Dick

Fell

Krostewitz