

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

6 Sa 456/12

5 Ca 519/11

(Arbeitsgericht Bamberg)

Datum: 26.03.2013

Rechtsvorschriften: § 611 BGB; § 1 KSchG; § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB

Leitsatz:

Zur Qualifizierung eines als freies Dienstverhältnisses vereinbartes Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis. Letzteres wurde trotz positiven Statusverfahrens der Deutschen Rentenversicherung abgelehnt, weil die als Fachberaterin tätige Klägerin sowohl die Menge der von ihr abgehaltenen Aktionstage als auch deren zeitliche Lage im Wesentlichen bestimmen konnte und weil Merkmale für eine Eingliederung nicht vorlagen.

Urteil:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 19.04.2012, Az. 5 Ca 519/11, wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Qualifizierung ihres Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis sowie über sich hieraus ergebende Ansprüche.

Klägerin und Beklagte schlossen unter dem 19.03. bzw. 26.03.2004 einen als „Dienstleistungsauftrag“ bezeichneten Vertrag, mittels dessen die Klägerin beauftragt wurde, als

Fachberaterin in Apotheken Aktionstage zur Haar- und Nagelberatung durchzuführen. Der Vertragstext hat, soweit vorliegend von Interesse, folgenden Wortlaut (Anlage zur Klageschrift, Bl. 7 ff. d.A.):

1. Aufgabe

Die Fachberaterin hat die Aufgabe in vorgegebenen Apotheken eine Haar- und Nagelberatungsaktion für Bi... nach den vorgegebenen Richtlinien und unter Einsatz des bereitgestellten Arbeitsmaterials durchzuführen.

2. Die Grundlagen

Zugrunde gelegt wird ein zweitägiges Schulungsprogramm der D... GmbH, bei dem der Fachberaterin das erforderliche Wissen und die Richtlinien der Durchführung vermittelt wird.

Die Aktionsdurchführung beruht auf selbständiger Tätigkeit als Fachberaterin. Die Aktionszeit pro Aktionstag richtet sich nach den Öffnungszeiten der betroffenen Apotheke zzgl. der An- und Abfahrt.

Aktionstage sind nach jeweiliger Absprache mit der Fachberaterin die Tage Montag bis einschl. Samstag.

Die Fachberaterin erhält zur Durchführung der Aktionstage Arbeitsmaterialien von der D... GmbH bereitgestellt, die sie an den Aktionstagen mitführt und einsetzt. Das Eigentum an diesem Material bleibt beim Unternehmen D... GmbH.

Die Fachberaterin erklärt sich bereit, pro Kalenderjahr ca. 30 - 50 Aktionstage durchzuführen und die notwendige Kapazität bereitstellen zu können. Gegen Entgegennahme von Aufträgen anderer Unternehmen bestehen außerhalb des Konkurrenzausschlusses (5.) kein Einwände.

3. Durchführung Aktionstage (Vorgabe)

Die Durchführung von Aktionstagen sagt die Fachberaterin der Fa. D... GmbH rechtzeitig vorher schriftlich zu.

Zum Aufgabenumfang gehört es, das Apothekenpersonal unmittelbar zu Beginn des Aktionstages in der Apotheke umfassend über den Ablauf und das Produkt Bi... zu informieren.

Die Haar- und Nagelberatung erfolgt für Kundinnen der Apotheke, weitestgehend nach vereinbarten Terminen. Für die Zeit zwischen Terminen sind Tageskundinnen direkt anzusprechen und eine Haar- und Nagelberatung anzubieten.

Die Kunden sind anhand einer Haarmikroskopie sowie allgemeiner schriftlicher Beratungshilfen zu beraten. Die Behandlungsempfehlung für Arzneimittel erfolgt durch das Apothekenpersonal. Kosmetika und Bedarfsgegenstände dürfen direkt empfohlen werden. Angestrebt wird ein Impulskauf der beworbenen Produkte am Aktionstag.

Nach Abschluß des Aktionstages ist ein Abschlussbericht an den Koordinator zu senden.

4. ...

5. Honorar

Als Aufwandsentschädigung erhält die Fachberaterin pro durchgeführtem Aktionstag ein Honorar von pauschal € 133,- zuzüglich einer Kilometerpauschale von € 0,27 pro km für die Fahrtstrecke zwischen Wohnort und Einsatzort.

Zusätzlich wird eine Verkaufsprovision auf die am Aktionstag verkaufte Aktionsware (siehe Anlage) in Höhe von 15% auf den eff. Apothekeneinkaufspreis (Umsatz D...) vergütet. Dieser Verkaufserfolg muß von der Apotheke bestätigt sein.

Die Abrechnung des Aktionstages wird durch Abrechnung mittels Formular bzw. bei umsatzsteuerpflichtiger Fachberaterin mittels Rechnungsstellung durch die Fachberaterin erfolgen. Für Versteuerung und etwaige Sozialversicherungsbeiträge hat die selbständige Fachberaterin selbst zu sorgen.

Als Schutzgebühr für das Schulungsprogramm wird eine Gebühr von € 250,- erhoben, die nur dann anfällt, wenn durch Verschulden der Auftragsnehmerin weniger als 5 Aktionstage innerhalb einer Kalenderjahres realisiert werden. Die Schutzgebühr entfällt auch dann, wenn die D... GmbH die Gründe für ausbleibende Aktionstage zu vertreten hat (z.B. keine Terminvorschläge).

6. Konkurrenzausschluß

Die Fachberaterin verpflichtet sich, keine weitere Beratungsaktivität zum Thema Haare und Nägel in öffentlichen Apotheken über diesen Auftrag hinaus durchzuführen. Dieser Konkurrenzausschluß gilt ein Jahr über die letzte durchgeführte Aktion hinaus.

7. Beendigung der Dienstleistungstätigkeit

Die Fachberaterin teilt der Fa. D... GmbH schriftlich mit, wenn sie den Einsatz als Fachberaterin nicht mehr weiterführen möchte. Die Fachberaterin wird zugesagte Beratungstage über einen Zeitraum von 30 Tagen nach Zugang dieser Beendigungsmitteilung noch durchführen. Nach Beendigung des Einsatzes gibt die Fachberaterin die erhaltenen Arbeitsmaterialien in ordentlichem und funktionstüchtigem Zustand komplett zurück.

Mit Ergänzungsvertrag vom 27.09.2004 wurde vereinbart, dass die Klägerin für eine halbe Stunde Apothekeninformation, die bei den Aktionstagen vorzunehmen war, eine Provision von 10,- € erhalten solle. Zudem verpflichtete sich die Klägerin, zugesagte Beratungstage über einen Zeitpunkt von 90 Tagen nach Zugang einer eventuellen Beendigungsmitteilung noch durchzuführen (Anlage zur Klageschrift, Bl. 12 d.A.). Unter dem 21.02./25.02.2006 schlossen die Parteien einen geringfügig veränderten, insbesondere in den Beträgen angepassten, ansonsten wortgleichen Vertrag (ebenda, Bl. 13 ff. d.A.).

Die Klägerin führte über fünf Jahre hinweg solche Aktionstage durch. Sie rechnete vertragsgemäß unter Ausweisung ihrer Steuernummer und unter Geltendmachung von Mehrwertsteuer ab. Sie erhielt in den Jahren 2004 bis 2009 Zahlungen in Höhe von 14.059,80 €, 22.347,26 €, 28.036,6 €, 33.082,91 €, 21.783,73 € und 18.526,80 € ohne Mehrwertsteuer. Seit 2010 übernahm die Klägerin wegen Erkrankung keine Beratungstage mehr für die Beklagte.

In ihrer am 12.05.2011 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat die Klägerin das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten geltend gemacht. Sie hat des Weiteren verlangt, über die ausgezahlten Beträge abzurechnen und die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge an die Sozialversicherungsträger zu zahlen. Sie hat die Auffassung vertreten, entgegen den vertraglichen Festlegungen sei das Rechtsverhältnis zur Beklagten als Arbeitsverhältnis einzustufen. Sie sei zu den Aktionstagen durch die Beklagte in die jeweilige Apotheke bestellt worden. Entsprechend den Weisungen der Beklagten habe sie dort eine Haar- und Nagelberatung entsprechend den vorgegebenen Richtlinien und unter Einsatz des bereitgestellten Arbeitsmaterials durchführen müssen. Vertragsinhalt sei ferner, was sie auf den Schulungen zu erzählen habe. Weitere Weisungen seien durch Rundschreiben, telefonisch oder beim jährlichen Treffen der Fachberaterinnen erteilt worden. Die Aktionszeiten pro Aktionstag seien vorgeschrieben gewesen; sie hätten sich nach den Öffnungszeiten der Apotheken gerichtet. Tatsächlich seien ihr die Einsatzorte und die Einsatzzeiten exakt vorgeschrieben worden. Ein Wahlrecht habe sie nicht gehabt. Sogar die Anzahl der Aktionstage sei mit 30 bis 50 jährlich vorgeschrieben gewesen. Auch seien ihr die Arbeitsmaterialien zur Verfügung gestellt worden. Sie habe bis zu ihrer Erkrankung 510 solcher Termine wahrgenommen, die alle nach dem gleichen Muster stattgefunden hätten. Die vorgegebenen Termine seien exakt einzuhalten gewesen, wegen der langen Anreise sei sie oft zwölf bis sechzehn Stunden an einem Aktionstag tätig gewesen. Sie habe das gesamte Sortiment der Beklagten vorstellen müssen. Ihre Betreuerin Frau B... stehe selbst in einem Angestelltenverhältnis zur Beklagten. Jeder Kunde habe eine Beratungszeit von 15 Minuten erhalten sollen, eine Pausenregelung habe die Beklagte nicht erlaubt. Dies alles zeige, dass sie, die Klägerin, in Wirklichkeit in einem Arbeitsverhältnis stehe. Sie sei persönlich abhängig und weisungsgebunden, Zeit und Ort der Tätigkeit seien von der Beklagten festgelegt worden, die Tätigkeit werde mit einem festen Satz vergütet, sie setze keine eigenen Betriebsmittel ein, sie werde von Außenstehenden nicht als selbständig, sondern als Mitarbeiterin der Beklagten wahrgenommen. Die Beklagte sei damit zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet. Wegen ihrer Erkrankung entstünden derzeit weitere Schäden, weil sie nicht wie angemeldete Arbeitnehmer Sozialleistungen in Anspruch nehmen könne. Sie mache daher auch weitere Schäden geltend.

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Dienstleistungsvertrag wurde am 19.03.2004 abgeschlossen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, über die ausgezahlten Nettobeträge abzurechnen und die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge an die Sozialversicherungsträger zu zahlen.

Die Beklagte hat demgegenüber beantragt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, es bestehe in evidenter Weise kein Arbeitsverhältnis. Sie, die Beklagte vertreibe ein bekanntes Nagel- und Haarpflegemittel. Die Apotheken, die zu ihrer Verkaufsförderung Kundenberatungstage ihrer Kunden durchführten, könnten sich hierzu der Hilfestellung ihrer Lieferanten bedienen. Die jeweilige Apotheke frage bei Bedarf bei ihr, der Beklagten, an, ob eine Beratung an dem von der Apotheke gewünschten Termin möglich sei. Sie, die Beklagte, beauftrage dann selbständige Unternehmerinnen mit der Durchführung der Beratungstage. Sie frage bei den Auftragnehmern an, ob der gewünschte Termin passe. Hierfür frage sie zunächst die Verfügbarkeitstage der selbständigen Fachberaterinnen ab. Keine der Fachberaterinnen sei gezwungen, einen bestimmten Beratungstag zu übernehmen. Wenn diese jedoch für einen bestimmten Termin zugesagt hätten, sei dieser aber verbindlich. Die Fachberaterinnen könnten daher völlig frei bestimmen, an welchen Tagen sie die vereinbarten Leistungen erbringen wollten. Sie seien auch vor Ort selbständig und nicht abhängig, seien in keinen Geschäftsbetrieb eingebunden. Es gebe über die vertraglich umschriebene Leistungsverpflichtung hinaus keine Vorgaben. Die Ansprüche seien verwirkt, weil die Klägerin seit Juni 2009 keinen Auftrag mehr angenommen habe. Die Zahlungsansprüche seien nicht begründet. Zunächst treffe die Klägerin die Pflicht zur Zahlung von Steuern ohnehin selbst. Soweit sie Arbeitslosengeld bezogen habe, seien entsprechende Ansprüche auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen.

Die Klägerin hat eingewandt, die Eingliederung als entscheidendes Merkmal für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zeige sich unter anderem daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht des Vertragspartners unterliege, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen könne. Maßgebend sei, wie die Rechtsbeziehung praktiziert werde. Sie bekomme feste Arbeitszeiten angeboten; mit dem Auftrag seien Zeit und Ort festgelegt. Sie werde mit einem festen Satz vergütet, setze keine eigenen Betriebsmittel ein, sie werde als Mitarbeiterin der Beklagten erkannt, trage kein Unternehmerrisiko. Es habe ihr nicht zugestanden, einzelne Aktionstage tatsächlich abzulehnen. In diesem Fall hätte die Beklagte mit Abmahnung und Kündigung reagiert oder ihr keine weiteren Aufträge gegeben. Ein selbständiger Handelsvertreter hätte seine Termine selbstständig mit dem Kunden festgelegt. Dies gelte umso mehr wegen der Bindung an die vorgegebenen Arbeitszeiten. Die durchschnittliche Anfahrtszeit habe eineinhalb bis zwei Stunden betragen. Der Beginn der Tätigkeit habe zwischen 8.30 Uhr bis 9.00 Uhr und 18.00 Uhr bis 18.30 Uhr variiert. Nach Rückkunft habe Ersatzware aufgefüllt werden müssen, der Tag habe statistisch ausgewertet werden, die Daten hätten an die Beklagte übermittelt werden müssen. Der Terminkalender sei an einem Beratungstag mit 20 bis 32 Kunden gefüllt gewesen, was im Normalfall eine Bedienungszeit pro Kunde von 15 Minuten bedeutet habe. Dazu sei das Apothekenpersonal umfassend über das Produkt zu informieren gewesen. Es sei ein täglicher Bericht abzugeben gewesen. Die Weisungsabhängigkeit ergebe sich auch daraus, dass im Dienstleistungsauftrag die Aufgabe dahingehend beschrieben worden sei, dass sie „nach den vorgegebenen Richtlinien und unter Einsatz des bereitgestellten Materials“ habe tätig werden müssen. Von einer zeitlichen und inhaltlichen Freiheit könne daher keine Rede sein. Für eine solche Tätigkeit hätte die Beklagte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entrichten müssen, woraus sich die Zahlungsansprüche rechtfertigten.

Das Arbeitsgericht Bamberg hat mit Endurteil vom 19.04.2012 wie folgt entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Der Streitwert wird auf EUR 5.500,-- festgesetzt.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, die Klägerin sei nicht als Arbeitnehmerin anzusehen, weil sie nicht persönlich abhängig sei. Die vertraglich vereinbarte Dienstleistung könne sowohl auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen einer freien unternehmerischen Tätigkeit erfolgen. Es liege auch für den selbständig Tätigen in der Natur der Sache, dass die jeweiligen Schulungs- und Vortragstermine sowie auch deren Inhalt und Themen von vornherein festständen, damit Interessenten sich an dem vorher feststehenden Ort zur festgelegten Zeit einfinden könnten. Vorliegend würden die Dienstleistungen gerade nicht einseitig von der Beklagten nach Zeit und Ort festgelegt. Die Aktionstage würden der Klägerin lediglich angeboten; sie sei gerade nicht aufgrund einseitiger Weisung der Beklagten verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort ihre Leistung zu erbringen. Sie sei vielmehr von der vorherigen einvernehmlichen vertraglichen Festlegung beider Parteien abhängig. Auch die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses ergebe nicht das Vorliegen eines einseitigen Weisungsrechts der Beklagten. Soweit die Klägerin vortrage, sie hätte im Falle der Ablehnung eines Aktionstages mit Abmahnung und Kündigung rechnen müssen, sei diese Befürchtung durch keinerlei Tatsachen, die in das Wissen einer Zeugin gestellt werden könnten, unterlegt. Vielmehr habe die Klägerin selbst vorgetragen, dass die Beklagte ihr Arbeitszeiten „anbiete“. Da nach alledem ein Arbeitsverhältnis nicht angenommen werden könne, sei die Beklagte nicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet. Im übrigen beständen keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Nettolohnabrede.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist dem anwaltlichen Vertreter der Klägerin ausweislich seines Empfangsbekennnisses am 24.07.2012 zugestellt worden. Dieser hat namens der Klägerin mit Schriftsatz vom 20.08.2012, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt. Er hat die Berufung – nach Verlängerung der Begründungsfrist aufgrund am 24.09.2012 eingegangenen Antrags bis 24.10.2012 – mit am 24.10.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz begründet.

Zur Begründung der Berufung führt die Klägerin aus, das Arbeitsgericht habe nicht zutreffend gewürdigt, dass sie in den Betriebsablauf eingebunden, nur für die Beklagte tätig,

weisungsgebunden und sozial abhängig sei, dass sie zudem genaue Vorgaben hinsichtlich der Durchführung der Schulung zu befolgen gehabt habe. Die Deutsche Rentenversicherung habe in der Zwischenzeit ein Statusverfahren nach § 7a ff. SGB IV durchgeführt und in diesem Zusammenhang festgestellt, dass Versicherungspflicht in Renten- und Arbeitslosenversicherung bestehe, weil nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Mit Auftragsannahme sei eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beklagten erfolgt. Mit diesem Gesichtspunkt habe sich auch das Arbeitsgericht nicht ausreichend auseinandergesetzt. Aufgrund der hohen Arbeitsbelastung, der großen Eigenverantwortung, der wechselnden Einsatzorte und der extremen Belastungen durch Hin- und Rückfahrten stehe ihr mindestens ein Bruttolohn in Höhe von 3.700,- € monatlich zu; hieraus ergebe sich ein Nettoeinkommen von etwa 2.000,- €. Einen Betrag etwa in dieser Höhe habe sie auch von der Beklagten ausgezahlt erhalten.

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt zuletzt im Berufungsverfahren,

das Urteil des Arbeitsgerichtes Bamberg unter dem Aktenzeichen 5 Ca 519/11 vom 19.04.2012 aufzuheben und stattdessen

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden hat und besteht.
2. die Beklagte zu verurteilen, über die ausgezahlten Nettobeträge seit 01.01.2009 abzurechnen und die sich aus der Abrechnung ergebenden Beträge an die Klägerin ausbezahlen, hilfsweise an die Sozialversicherungsträger.
3. den sich hieraus ergebenden Anspruch mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu verzinsen.

Weiter beantragt sie,

die Beklagte zu verurteilen, auf der Grundlage eines Bruttogehaltes von 3.700,- € abzurechnen und den sich daraus ergebenden Lohn an die Klägerin nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt:

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin und Berufungsklägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Beklagte meint, die Klägerin habe sich schon nicht ausreichend mit den Urteilsgründen erster Instanz auseinandergesetzt. Zudem sei unglaubwürdig, dass der Klägerinverteiler das Urteil des Arbeitsgerichts erst am 24.07.2012 zugestellt bekommen habe, wo die Zustellung bei den Beklagtenvertretern bereits am 11.07.2012 erfolgt sei. Die Klägerin beachte nach wie vor nicht, dass die Einsatztermine nicht von ihr, der Beklagten, festgelegt, sondern mit der Klägerin vereinbart worden seien. Die Klägerin sei jeweils sechs Monate im voraus gebeten worden, ihre Vakanzen und möglichen Termine mitzuteilen. Auf dieser Basis seien ihr dann Vorschläge für die Übernahme von Aufträgen gemacht worden. Es habe ihr freigestanden, angebotene Aufträge abzulehnen. Es sei aus der Luft gegriffen, dass sie Schwierigkeiten erhalten hätte, wenn sie einen Auftrag abgelehnt habe oder hätte. Ein Bruttoentgelt von 3.700,- € sei angesichts der Einsatzzeiten als absurd anzusehen.

Die Klägerin hat insbesondere in Auseinandersetzung mit dem ablehnenden Beschluss zur Gewährung von Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeordnung vom 03.01.2013 (Bl. 170 ff. d.A.) geltend gemacht, die jeweilige Apotheke habe ihre Termine festgelegt, sie und die anderen Fachberater hätten diese Termine dann nur noch bestätigen können. Die freie Wahl von Terminen habe es nicht so gegeben, wie die Beklagte glauben machen wolle. Die Arbeitszeiten an den einzelnen Aktionstagen seien starr und nicht frei festlegbar gewesen. Es habe tatsächlich Mitarbeiter gegeben, die sich gegen die Arbeitszeiten aufgelehnt hätten. Die Kollegin Bö... etwa habe eigene Richtlinien für die Produkthanbietung durchsetzen wollen, habe den Wunsch nach anderen Arbeitszeiten geäußert. Dies sei der Grund gewesen, dass der Kollegin Bö... gekündigt worden sei. Bei der letzten Betriebsstagnung, an der sie, die Klägerin, teilgenommen habe, habe die Fachberaterin S... den niedrigen Stundenlohn angesprochen mit der Bemerkung, man würde weniger verdienen als

eine Putzfrau. Daraufhin sei ihr die Kündigung ausgesprochen worden. Diese Kollegin habe sich dagegen aufgelehnt, dass die Berater bis zu 30 Termine am Tag wahrnehmen sollten, und verlangt, dass die Beratungen von 15 auf 20 Minuten pro Kundin ausgedehnt werden sollten. Dies sei jedoch abgelehnt, die Beraterin S... ohne Angabe weiterer Gründe gekündigt worden. Die Tätigkeit sei im 15-Minuten-Takt von 9.00 bis 18.00 Uhr vorgeschrieben gewesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung des Sachverhalts in Tatbestand und Entscheidungsgründen des arbeitsgerichtlichen Urteils, die Begründung des ablehnenden Prozesskostenhilfebeschlusses vom 03.01.2013 (Bl. 170 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht (Bl. 189 ff. d.A.) und die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht beim Landesarbeitsgericht eingegangen und innerhalb der verlängerten Frist begründet worden.

1. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, es sei unglaubwürdig, dass das Urteil dem Klägerinvertreter so viel später zugestellt worden sei als ihren Prozessvertretern, steht dies der Zulässigkeit nicht entgegen. Beim Empfangsbekennnis handelt es sich um eine Privaturkunde (§ 174 Abs. 4 ZPO). Sie begründet den Beweis für die Zustellung und diejenige des angegebenen Zustellungsdatums. Die bloße Vermutung ihrer Fehlerhaftigkeit genügt nicht, um dieser Urkunde ihre Beweiskraft zu nehmen; vielmehr wäre der Gegenbeweis für deren Unrichtigkeit zu führen (umfangreiche Nachweise hierzu vgl. bei Stöber in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 174 Rn. 20). Einen solchen Be-

weis hat die Beklagte nicht angeboten. Unabhängig hiervon sind derartige Abweichungen im Zustellungsdatum bei der von der nordbayerischen Arbeitsgerichtsbarkeit ausgewählten Zustellungsfirma – insbesondere dann, wenn die Empfänger nicht ortsansässig sind – keineswegs ungewöhnlich.

2. Die Berufung ist auch ausreichend begründet. Dies gilt schon deswegen, weil die Klägerin mit den Statusfeststellungen einen neuen Umstand ins Verfahren eingebracht hat, der nach ihren Darlegungen erst nach dem arbeitsgerichtlichen Urteil eingetreten sein soll. Unabhängig hiervon hat die Klägerin sich mit den Gründen des Arbeitsgerichts auseinandergesetzt und eine fehlerhafte Wertung des vorgetragenen Sachverhalts insbesondere im Hinblick auf die zeitlichen, örtlichen und inhaltlichen Vorgaben hinsichtlich der Aktionstage gerügt.

II.

Die Berufung ist aber in der Sache nicht begründet. Weder kann festgestellt werden, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehende Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, noch stehen der Klägerin die weiteren geltend gemachten Ansprüche zu. Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden. Die Berufungskammer folgt den zutreffenden und ausgewogenen Argumenten des Arbeitsgerichts, denen sie sich in vollem Umfang anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann. Insbesondere im Hinblick auf die in der Berufung neu vorgetragenen und vertieften Argumente der Klägerin ist folgendes hinzuzufügen:

1. Zunächst ist der Antrag in Ziff. 1 auszulegen. Die Klägerin hat neben der Feststellung, dass ein Arbeitsverhältnis bestehe, auch die Feststellung beantragt, dass ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Sie hat einen genauen Zeitraum hierfür nicht benannt. Die Kammer geht davon aus, dass es sich um das Bestehen seit Vertragsbeginn handelt. Zumindest für den Zeitraum, für den noch Ansprüche für die Vergangenheit aus einem solchen Bestehen abgeleitet werden können, besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Feststellung. Hat ein Arbeitsverhältnis bestanden, resultiert hieraus ei-

ne Vielzahl von Rechten und Pflichten. Soweit allerdings keine Ansprüche mehr aus dem Bestehen geltend gemacht werden könnten, fehlt es am Rechtsschutzinteresse. Die Klage ist insoweit schon als unzulässig abzuweisen. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte und im Hinblick auf die in Ziff. 2 gestellten Anträge geht die Berufungskammer davon aus, dass eine Feststellung für die Vergangenheit lediglich ab 01.01.2009 getroffen werden könnte. Soweit sich eine weitergehende Feststellungswirkung ergeben soll, ist die Klage schon deswegen abzuweisen.

Die Klägerin hat unter teilweiser Rücknahme ihrer Berufung nunmehr klargestellt, dass sie Abrechnungs-, Zahlungs- und Abführungspflichten der Beklagten erst ab 01.01.2009 begehrt. Sie hat den entsprechenden Zeitraum damit benannt. Mit dieser Maßgabe bestehen an der Zulässigkeit der gewählten Stufenklage keine Bedenken.

2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht die in ständiger Rechtsprechung vom Bundesarbeitsgericht für die Abgrenzung zwischen einem „freien“ selbständigen Dienstverhältnis und einem Arbeitsverhältnis aufgestellten Grundsätze zur Bewertung des vorliegenden Rechtsverhältnisses herangezogen.
 - a. Danach ist entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB selbständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dabei sind auch im Rahmen von § 84 Abs. 1 S. 2 HGB alle Umstände des Falles in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Die bestehenden Anknüpfungspunkte müssen sich den gesetzlichen Unterscheidungsmerkmalen zuordnen lassen. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgeblich. Das bedeutet aber nicht, dass die Vertragstypenwahl der Parteien gänzlich bedeutungslos wäre. 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 (ausführlich BAG

vom 09.06.2010, 5 AZR 332/09, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 18 mit umfangreichen Nachweisen).

- b. Hiernach unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab (so zuletzt etwa BAG vom 15.02.2012, 10 AZR 301/10, zitiert nach juris).
3. Das Arbeitsgericht hat hierbei zunächst der Frage, ob die Klägerin ihre Arbeitszeit frei bestimmen konnte und kann, entscheidende Bedeutung beigemessen.
 - a. Bei der Arbeitszeit ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Parteien eine vertragliche Festlegung nur in der Weise getroffen haben, dass die Klägerin sich im Dienstvertrag „bereit erklärt“ hat, zwischen 30 und 50 Aktionstage jährlich durchzuführen. Aus der Zahl dieser Tage lässt sich nicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses schließen. Der Klägerin blieb nach dieser vertraglichen Verpflichtung – vergleicht man hiermit die etwa 220 Arbeitstage im Jahr, die für einen an fünf Wochentagen beschäftigten Arbeitnehmer zur Verfügung stehen – erheblicher Raum zu anderweitiger Tätigkeit, die nach Ziff. 2 Abs. 5 des Vertrages ausdrücklich gestattet war. Die Klägerin hat nicht erklärt, dass die Beklagte oder deren Mitarbeiter eine höhere Mengenzahl von ihr verlangt hätten. Es ist zudem für ein Arbeitsverhältnis eher untypisch, dass die genaue Zahl der Dienste, zu denen ein Arbeitnehmer herangezogen wird, wie hier – 30 bis 50 Termine im Jahr – in erheblichem Umfang offen gelassen ist.
 - b. Diese Freiheit gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass die Parteien im Dienstvertrag eine Sanktion bei Verfehlen der mindestens 30 Termine nur insoweit vorgesehen haben (Ziff. 5 Abs. 4 des Vertrages), als die Fachberaterin durch ihr

Verschulden weniger als fünf Aktionstage durchführen würde. Offenbar sollten die 30 Tage nur als Mindestangebotstage durch die Fachberaterin verstanden werden. Hierfür spricht auch, dass die Klägerin seit längerer Zeit aus gesundheitlichen Gründen keinen einzigen Termin mehr wahrgenommen hat, ohne dass die Beklagte hieraus Konsequenzen gezogen hätte. Die Freiheit der Fachberaterin hinsichtlich der Menge derjenigen Leistungen, zu der sie verpflichtet war, ist für ein Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht untypisch.

- c. Soweit die Klägerin vorgetragen hat, sie habe in den Jahren vor 2009 erheblich mehr Termine geleistet und Aktionstage durchgeführt, ist nicht erkennbar, dass insoweit eine Verpflichtung ihrerseits bestand. Entscheidend ist, dass der Dienstverpflichtete die freie Wahl hat, in welchem Umfang er Leistungen für den Dienstgeber erbringt. Dies ist hier – zwischen 30 und 50 Tagen, soweit die Fachberaterin dies gewünscht hat, offensichtlich auch noch mehr Tage – nach den vertraglichen Vereinbarungen der Fall.
- d. Nach den Darlegungen der Parteien hat die Kammer davon auszugehen, dass die Durchführung des Vertrages dieser vereinbarten Entscheidungsbefugnis der Klägerin nicht widersprochen hat. Die Klägerin hat den Darlegungen der Beklagten, sie sei zunächst nach möglichen Einsatzzeiten gefragt worden, nicht widersprochen. Sie hätte es allein durch das Eintragen von wenigen zur Verfügung stehenden Terminen in der Abfrage in der Hand gehabt, die Einsatztage zu beschränken.
- e. Die Kammer hat aber auch davon auszugehen, dass die Klägerin in der zeitlichen Wahl der Einsatztage letztlich frei war. Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe den Fachberaterinnen entsprechend der von diesen abgefragten bzw. eingetragenen zur Verfügung stehenden Terminen Angebote für die Abhaltung von Aktionstagen in Apotheken gemacht. Diese hätten die Angebote annehmen oder ablehnen können. Die Klägerin hat diesem Vortrag nicht widersprochen. Sie hat zwar geltend gemacht, die von der Beklagten dargestellte freie Entscheidung sei in Wirklichkeit nicht gegeben gewesen. Insoweit fehlt es, worauf schon das Arbeitsgericht hingewiesen hat, aber an nachvollziehbarem Vortrag von Tatsachen, aufgrund derer sich der Schluss ziehen ließe, dass die Beklagte diesen Spielraum tatsächlich

nicht gegeben hätte. Soweit die Klägerin nunmehr in der Berufung ausführt, der Kollegin Bö... sei gekündigt worden, weil sie den Wunsch nach anderen Arbeitszeiten geäußert habe, ist auch dieser Vortrag unbestimmt. Beim Kündigungsgrund oder beim Motiv für die Kündigung handelt es sich um eine „innere“ Tatsache; letztlich kennt dieses Motiv nur derjenige, der die Kündigung ausspricht. Die Klägerin hätte daher einzelne Umstände vortragen müssen, aus denen man schließen könnte, bei der Beklagten habe ein solches Motiv bestanden. Dies ist nicht der Fall. Sowohl der Vortrag bezüglich der Fachberaterin Bö... als auch derjenige bezüglich der Fachberaterin S... bezieht sich auf die innere Gestaltung der Aktionstage. Diese Frage hat mit der Möglichkeit der Fachberaterin, die Anzahl der Termine und die Lage solcher übernommener Aktionstage selbst zu bestimmen, nichts zu tun. Diese Freiheit, sowohl – eingeschränkt durch die Vorgabe zwischen 30 und 50 – das Volumen als auch die Lage der übernommenen Dienstleistungen selbst frei bestimmen zu können, ist für ein Arbeitsverhältnis untypisch und spricht in erheblichem Umfang gegen die Einstufung eines abhängigen Arbeitsverhältnisses. Weisungsabhängigkeit in zeitlicher Hinsicht wäre dann gegeben, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet würde oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen würde, wenn ihm also die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ würden (so ausdrücklich BAG vom 15.02.2012, a.a.O., Rn. 17). Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall.

- f. Soweit die Klägerin behauptet hat, eine Pausenregelung sei nicht erlaubt gewesen, hat die Beklagte dies bestritten. Die Klägerin hat ihren Sachvortrag auch nicht weiter spezifiziert und erklärt, wer wann welche Vorgaben seitens der Beklagten gemacht hätte. Soweit die Klägerin dargetan hat, die Beklagte habe erwartet, dass sie 20 bis 32 Kunden pro Aktionstag bediene, sie habe daher durchschnittlich nur 15 Minuten pro Kundin zur Verfügung gehabt, betrifft dies nicht die vorgegebene Arbeitszeit, sondern den Inhalt der Tätigkeit.
- g. Der weitestgehenden Freiheit hinsichtlich der Arbeitszeitmenge und –lage, die sich hieraus ergibt, steht der Vortrag der Klägerin nicht entgegen, dass sie verpflichtet gewesen sei, einmal vereinbarte Termine auch wahrzunehmen. Hierbei handelt es

sich um eine Selbstverständlichkeit. Sie trifft auch den freien und selbständigen Dienstnehmer und besagt für die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses nichts.

- h. Dasselbe gilt für die Tatsache, dass die Klägerin wie ihre Kolleginnen nach Zusage eines Aktionstages die Arbeitszeit nicht mehr selbst frei bestimmen konnte, dass sich diese vielmehr dann nach den Öffnungszeiten der die Aktionstage anfordernden jeweiligen Apotheke richtet und richtete. Auch diese Festlegung nach den Kundenwünschen unterscheidet sich nicht bei einem freien und einem abhängigen Dienstverhältnis und besagt für die vorliegende Einstufung nichts.
4. Das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses lässt sich auch nicht aus der Festlegung des jeweiligen Ortes entnehmen, an dem die Klägerin ihre Leistungen zu erbringen hatte. Auch insoweit war sie nach den Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertragsverhältnisses frei. Sie konnte entscheiden, ob sie die angebotenen Termine – damit verbunden die Orte, an denen die Leistung zu erbringen war – annehmen wollte oder nicht. Anhaltspunkte dafür, dass es sich um das Rechtsverhältnis eines abhängig Beschäftigten handeln würde, lassen sich hieraus nicht ableiten.
5. Die für einen Arbeitnehmer typische Abhängigkeit ergibt sich nicht aus der Bindung an die Art der Beratungstätigkeit und dem Umstand, dass – wie sich aus der Natur der Sache ergibt – Materialien der Beklagten hierzu eingesetzt werden mussten.
- a. Mit der Umschreibung des Inhalts der Beratungstätigkeit wird, wie schon die 4. Kammer im Urteil vom 27.07.2011 (Az. 4 Sa 660/10) ausführt, auf das sich die Beklagte bezogen hat und das dem Klägerinverteiler bekannt ist, nämlich nur die vertraglich geschuldete Leistung der Fachberaterin näher umschrieben. Der Dienstleistende, der sich vertraglich bereit erklärt, eine Beratungstätigkeit mit einem bestimmten Inhalt durchzuführen, wird hierdurch nicht persönlich abhängig. Anders könnte es nur dann sein, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete über die vereinbarte Beratungstätigkeit hinaus fachliche Anweisungen zur inhaltlichen Ausgestaltung und praktischen Durchführung der Beratertätigkeit erhalten hätte und befolgt hätte. Dies behauptet auch die Klägerin – mit Ausnahme der Zahl

der zu betreuenden Kunden – nicht. Entscheidend ist, in welchem Umfang der Dienstverpflichtete den Inhalt ihrer Tätigkeit gestalten kann, wie auf die Art und Weise der Tätigkeit Einfluss genommen wird und inwieweit der Dienstverpflichtete zu Nebenarbeiten herangezogen werden kann (BAG vom 15.02.2012, a.a.O., Rn. 14). All dies hat die Klägerin nicht behauptet. Sie war in der Gestaltung ihrer Beratungstätigkeit im Rahmen der vertraglichen Rahmenvorgaben frei. Es entspricht der Natur der Sache, dass sie die von der Beklagten vertriebenen und in deren Eigentum stehenden oder den Apotheken verkauften Produkte vorstellen musste. Dies ist bei einem selbständigen Handelsvertreter nicht anders.

- b. Die Arbeitnehmereigenschaft lässt sich nicht daraus herleiten, dass die Klägerin zur Berichterstattung über den durchgeführten Aktionstag verpflichtet war. Dieselbe Verpflichtung trifft nach § 86 Abs. 2 HGB auch den selbständig Tätigen (LAG Nürnberg vom 27.07.2011, a.a.O., BAG vom 15.12.1999, 5 AZR 566/98, zitiert nach juris, Rn. 30).
- c. Zwar hat die Klägerin vorgetragen, dass die Beklagte die Beratung einer bestimmten Zahl von Kunden pro Aktionstag erwartet habe. Sie hat hierzu erklärt, die Apotheken würden zwischen 20 und 32 Kunden pro Tag bestellen. Als ihre Kollegin sich dagegen aufgelehnt habe, dass sie bis zu 30 Kunden pro Aktionstag habe wahrnehmen sollen, sei ihr gekündigt worden. Dieser Sachvortrag kann – obwohl sich der Vortrag hinsichtlich der Kündigung der Kollegen als unsubstantiiert darstellt – als zutreffend unterstellt werden. Auf die von der Klägerin für diesen Umstand angebotene Zeugeneinvernahme kommt es daher nicht an. Hierdurch würde, träfen die Behauptungen der Klägerin zu, zwar zumindest mittelbar eine Einflussnahme auf den Inhalt der Tätigkeit ausgeübt. Diese mittelbare Einflussnahme ist jedoch auch freien Dienstverhältnissen nicht fremd; letztlich geht es den Parteien mit ihren gegenüber den Apotheken vereinbarten Leistungen nicht um die bloße Anwesenheit der Klägerin, sondern um die Beratung der erschienenen Kunden. Die Vorgabe einer durchschnittlichen Zahl der zu erledigenden Beratungsgespräche erscheint nicht von einem solchen Gewicht, dass das Dienstverhältnis allein hierdurch als persönlich abhängiges Rechtsverhältnis erscheinen würde. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte auch nach Angaben der Klägerin keine Vorgaben für

ein einzelnes Beratungsgespräch gemacht hat. Vielmehr ergibt sich die zur Verfügung stehende Durchschnittszeit mittelbar aus der Zahl der angemeldeten Kundinnen. Eine solche Vorgabe ist auch Rechtsverhältnissen Selbständiger nicht fremd.

6. Die Qualifizierung als Arbeitsverhältnis ist auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil die Deutsche Rentenversicherung nach den unbestrittenen Angaben der Klägerin in einem Statusverfahren das Bestehen einer Pflicht zur Zahlung von Renten- und Arbeitslosenversicherungsbeiträgen festgestellt hat. Renten- und Arbeitslosenversicherungspflicht hängen nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ab, mag dies auch der häufigste die Versicherungspflicht begründende Fall sein. Entscheidend ist aber der in §§ 1 bis 4 SGB IV, 24 SGB III niedergelegte Beschäftigtenbegriff. Unabhängig hiervon ist die Deutsche Rentenversicherungspflicht nicht dazu berufen, das Bestehen von Arbeitsverhältnissen festzustellen. Die Feststellung im Statusverfahren ist daher, auch wenn sie bestandskräftig getroffen wäre, was die Beklagte bestritten hat, nicht bindend. Die Arbeitsgerichte haben diese Frage in eigener Kompetenz und ohne Rücksicht auf anderweitig getroffene Feststellungen zu entscheiden.
7. Nach alledem ergibt eine Gesamtwürdigung, dass das zwischen den Parteien begründete und durchgeführte Vertragsverhältnis auch als selbständiges freies Dienstverhältnis durchgeführt werden konnte. Insbesondere die fehlende Einbindung der Klägerin in die Organisation der Beklagten, weitgehend fehlende Weisungen und die Möglichkeit der Klägerin, ihre Arbeitszeitmenge wie die zeitliche Lage der erbrachten Leistungen weitestgehend selbst mitbestimmen zu können, zeigt die fehlende persönliche Abhängigkeit. Die in Ziff. 1 beantragte Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses kann nicht getroffen werden. Insoweit ist die Klage, auch soweit sie zulässig ist, abzuweisen.
8. Abzuweisen sind schon aus diesem Grund auch die in Ziff. 2 und 3 gestellten Leistungsanträge. Die Beklagte trifft weder eine Abrechnungs- noch eine Zahlungs- noch

eine Beitragsabführungspflicht. Unabhängig hiervon ist nicht erkennbar, dass Steuern und Sozialversicherungsbeiträge an die Klägerin selbst ausbezahlt wären. Auch lässt sich die Höhe der geschuldeten Beträge nicht ohne weiteres, wie die Klägerin meint, dadurch berechnen, dass die tatsächlich gezahlte Vergütung als für das behauptete Arbeitsverhältnis maßgebliche Nettobetrag herangezogen wird, von dem aus Beiträge und Steuern hochgerechnet werden. Hierauf hat schon das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen und erklärt, eine solche Vorgehensweise setze die Vereinbarung einer Nettovergütung voraus. Eine so vorgenommene Berechnung erscheint von vornherein als untauglich, weil – sollte es sich um ein Arbeitsverhältnis handeln – auch die Vergütungsvereinbarung unwirksam und lediglich die für ein derartiges Arbeitsverhältnis übliche Vergütung geschuldet ist (vgl. etwa BAG vom 21.11.2001, 5 AZR 87/00, zitiert nach juris). Das Abstellen auf einen Durchschnittslohn von 3.700,- € brutto monatlich erscheint schon deswegen nicht berechtigt, weil die Klägerin mit gut 500 übernommenen Terminen in fünf Jahren weit weniger als die Hälfte einer Vollzeittätigkeit beschäftigt war. Zudem sind die die Entgelthöhe betreffenden Ausführungen auch nicht im einzelnen belegt und nachvollziehbar. Es lässt sich nicht ersehen, warum das angegebene Entgelt für vergleichbare, durch Arbeitnehmer durchgeführte Beratungstage „üblich“ im Sinne des § 612 BGB wäre. Auch aus diesem Grund konnte – unabhängig davon, dass hier ohnehin nicht vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen ist – auch dem Hilfsantrag nicht stattgegeben werden.

9. Die Klägerin hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).

10. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Trebes
Ehrenamtliche
Richterin

Böhmländer
Ehrenamtlicher
Richter