
Datum: 23.11.2004
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 (5) Sa 334/04
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2004:1123.19.5SA334.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Hagen, 3 Ca 1999/03
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZN 342/05 Beschwerde zurückgewiesen
13.07.2005
Schlagworte: Arbeitnehmerbegriff ; Abhängigkeit
Leitsätze:

Jemand, der mit dem Verkauf von Backwaren in mehreren Verkaufsstellen gegen Zahlung einer Umsatzprovision beauftragt wird, mit der er auch das von ihm im eigenen Namen eingestellte Verkaufspersonal vergüten muss, ist kein Arbeitnehmer (im Anschluss an das Urteil des BAG vom 4. Dezember 2002, - 5 AZR 667/01 - AP Nr 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit)

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 08.01.2004 - 3 Ca 1999/03 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestand und gegebenenfalls durch eine außerordentliche Kündigung der Beklagten beendet worden ist. 2
- Die Beklagte richtete zahlreiche Diskount-Verkaufsstellen für Bäckereiwaren mit gleichem Geschäftsamen und gleichem äußeren Erscheinungsbild in H5xxx ein. Über die von ihr betriebene Verkaufsstelle in der K4xxxxxxxx schloss sie am 10.08.2001 mit der Klägerin einen "Agenturvertrag", in dem die Parteien u.a. vereinbarten, dass die Klägerin ausschließlich im Namen und für Rechnung der Beklagten deren gesamtes Warensortiment verkauft, sie das Erscheinungsbild der Verkaufsstelle stets gepflegt hält, sie im eigenen Namen ordnungsgemäß ausgewählte und angeleitete Arbeitnehmer beschäftigen kann, beim Verkauf die von der Beklagten ausgewählte Berufskleidung einschließlich der Kopfbedeckung zu tragen ist, sie bei den von der Beklagten vorgenommenen Werbemaßnahmen einschließlich der Gestaltung des Ladenlokals und der Gesamtpräsentation mitwirkt und an Schulungen teilnimmt, sie den Verkaufsladen während der üblichen Geschäftszeiten offen hält, sie eine Provision in Höhe von mindestens 37 % der von der Beklagten festgelegten Nettoverkaufspreise für die von der Beklagten gelieferten Waren erhält abzüglich 10 %, mindestens aber abzüglich 15.000,-- DM monatlich für die Nutzung der Verkaufsstelle, sie täglich die Tageseinnahmen auf ihr Konto einzahlt und sie der Beklagten gestattet, 73 % dieser Tageseinnahmen von ihrem Konto abzubuchen. 3
- Aufgrund schriftlicher Vereinbarung übernahm die Klägerin zum 01.10.2002 auch die Verkaufsstelle der Beklagten in der V2xxxxxxxxxxxx zu den Bedingungen des Agenturvertrages vom 10.08.2001. 4
- Die Klägerin ließ sich jeweils als selbständige Gewerbetreibende in das Gewerberegister eintragen. 5
- Die Klägerin meldete die in den Verkaufsstellen beschäftigten Arbeitnehmer im eigenen Namen bei den Sozialversicherungsträgern an und vergütete sie. Sofern sie nicht bereits zuvor in der Verkaufsstelle tätig waren, stellte sie sie auch im eigenen Namen ein. 6
- Im Februar und März 2003 übertrug ihr die Beklagte die neu eingerichteten Verkaufsstellen in der E1xxxxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxxxx zur Betreuung mit der Besonderheit, dass sie eine feste Provision für jeden Tag der Öffnung einer jeden Filiale in Höhe von 100,-- € erhielt, sie das Verkaufspersonal im Namen der Beklagten einstellen konnte und sie auch keine Vergütung für die Nutzung dieser beiden Verkaufsstellen zu tragen hatte. 7
- Wie in der letzten mündlichen Verhandlung unstreitig geworden ist, wurde ihr seitens der Beklagten gesagt, dass es gleichgültig sei, wie viele Stunden sie arbeiten würde, sie müsse nur darauf achten, dass alle Filialen ordnungsgemäß funktionierten. 8
- Die Klägerin betreute die vier Filialen zusammen mit ihrem Lebensgefährten. 9
- Bis einschließlich Mai 2003 fielen Provisionen in Höhe von über 900.000 € an, wobei die Klägerin zusätzlich für die Verkaufsstellen in der E1xxxxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxxxx gemachte Aufwendungen, so auch die Kosten für von ihr zur Verfügung gestelltes Personal aus den Verkaufsstellen K4xxxxxxxx und F2xxxxxxxx in Rechnung stellte. 10
- Die Klägerin überwies die Einnahmen aus den Verkaufsstellen auf ihr Konto, die die Beklagte jedenfalls bezüglich der Verkaufsstellen E1xxxxxxxxxxxx und M5xxxxxxxx in voller Höhe 11

wieder abbuchte.

Im Juni 2003 wurde das Konto der Klägerin gepfändet, so dass die Beklagte die aus den Warenlieferungen erzielten Verkaufserlöse nicht mehr abbuchen konnte. Eine Aufforderung der Beklagten, die Verkaufserlöse auf ihr Konto zu überweisen, kam die Klägerin zumindest an einigen Tagen nicht nach, sondern überwies die Tageseinnahmen weiterhin auf ihr Konto zur Begleichung ihrer Schulden. 12

Daraufhin kündigte die Beklagte den Agenturvertrag am 11.06.03 fristlos und erteilte der Klägerin ein Hausverbot für die Verkaufsstellen. 13

Die Klägerin hat sich mit der bei Gericht am 02.07.03 eingegangenen Klage gegen die Kündigung gewandt und die Auffassung vertreten, dass das von der Beklagten mit ihr begründete Vertragsverhältnis aufgrund seiner tatsächlichen Ausgestaltung ein Arbeitsverhältnis sei. Ihr seien in gleicher Weise Weisungen erteilt worden wie den Leiterinnen und Leitern der anderen Filialen, mit denen die Beklagten einen Arbeitsvertrag geschlossen habe. 14

So seien ihr Weisungen erteilt worden hinsichtlich des Backens, der Preisauszeichnung, der Gestaltung und Einräumung der Theke, des einzuhaltenden Reinigungsplanes, der Führung der Kassen und Weitergabe der Kassendaten an die Beklagte, der Einstellung von Mitarbeitern und der dabei zu verwendenden Arbeitsverträge, des maximalen Personalkostenanteils und der Maßnahmen zur Reduzierung dieses Anteils, der Fristen für die täglichen Warenbestellungen, des maximalen Retourenanteils, der von ihr zu verwendenden Software und hinsichtlich der hinzuzuziehenden Steuerberaterin. Auf Wunsch der Beklagten habe sie die Arbeiten am Computer zu Hause erledigt, andererseits aber auch in den Verkaufsstellen gearbeitet. 15

Die Betreuung der Verkaufsstellen in der E1xxxxxxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxx sei ihr von der Beklagten im Wege des Direktionsrechts übertragen worden. 16

Die Klägerin hat beantragt, 17

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 11.06.2003 weder fristlos noch fristgerecht beendet worden ist, sondern über den 11.06.2003 hinaus fortbesteht, 18

2. und im Falle des Obsiegens, die Beklagte zu verurteilen, sie als Arbeitnehmerin und Filialleiterin weiter zu beschäftigen, 19

3. die Beklagte zu verteilen, ihr ein wohlwollendes qualifiziertes Zwischenzeugnis 20 erteilen

Die Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Sie hat behauptet, sie habe der Klägerin nur im Rahmen des Agenturvertrages Vorgaben gemacht und im Übrigen lediglich ihre Hilfestellung angeboten, so z.B. das Softwareprogramm. 23

Sie hat die Ansicht vertreten, dass die Klägerin schon deshalb keine Arbeitnehmerin gewesen sei, da sie nicht selbst in einem bestimmten Umfang hätte tätig werden müssen, sie die übernommene Verpflichtung des Betreibens der Verkaufsstellen K4xxxxxxxx und 24

F2xxxxxxxxxx und der Betreuung der Verkaufsstellen E1xxxxxxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxx auch nicht alleine hätte durchführen können, sondern zu diesem Zweck Arbeitnehmer hätte beschäftigen müssen und auch tatsächlich beschäftigt habe wie insbesondere ihren Lebensgefährten, der die Verkaufsstellen im Wesentlichen für die Klägerin geleitet habe und der ihr Ansprechpartner – Ansprechpartner der Beklagten – gewesen sei.

Im Übrigen sei das Vorbringen der Klägerin zu unsubstantiiert, weil die Klägerin nicht im Einzelnen angebe, wann ihr von wem welche Weisungen erteilt worden seien. 25

Mit Urteil vom 08.01.2004 – 3 Ca 1999/03 – hat das Arbeitsgericht Hagen die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Der allgemeine Feststellungsantrag sei bereits unzulässig. 26

Im Übrigen sei die Klage unbegründet. Zwischen der Klägerin und der Beklagten habe bereits wegen der Möglichkeit und des Erfordernisses der Leistungserbringung durch Dritte kein Arbeitsverhältnis bestanden. Soweit die Beklagte hinsichtlich Berufskleidung, Öffnungszeiten, Preisgestaltung, Abrechnungen und Bestellmöglichkeiten Vorgaben gemacht habe, handele es sich nicht um arbeitsrechtliche Weisungen, sondern um Rahmenbedingungen. 27

Zuletzt sprächen auch die nicht unerheblichen Provisionszahlungen gegen eine Arbeitnehmerstellung. 28

Gegen das der Klägerin am 07.02.2004 zugestellte Urteil, auf das wegen der Einzelheiten seines Tatbestandes und seiner Entscheidungsgründe Bezug genommen wird, hat die Klägerin am 20.02.2004 Berufung eingelegt und diese am 06.05.2004 begründet nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist. 29

Sie vertritt die Ansicht, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses verneint und zu sehr auf die von den Parteien schriftlich getroffenen Regelungen und zu wenig auf die tatsächliche Handhabung der Vertragsbeziehungen abgestellt habe. Das Arbeitsverhältnis sei nicht dadurch geprägt gewesen, dass sie Dritte (Arbeitnehmer) für sich habe einsetzen können, sondern vielmehr dadurch, dass die von ihr – der Klägerin - vergüteten Arbeitnehmer in den Verkaufsstellen K4xxxxxxxx und V2xxxxxxxx teilweise nicht von ihr eingestellt worden seien, sondern bereits von der Beklagten in diesen Verkaufsstellen beschäftigt worden seien, sie für die Verkaufsstellen E1xxxxxxxx und M5xxxxxxxx im eigenen Namen überhaupt keine Arbeitnehmer eingestellt habe und die Beklagte ihr und ihrem Lebensgefährten, aber auch den anderen Arbeitnehmern Weisungen erteilt habe wie ein Arbeitgeber und in der Verkaufsstätte eine Kamera installiert gewesen sei, wodurch die Beklagte die Arbeitnehmer in den Filialen bei der Arbeit habe beobachten können. 30

Auch habe sie genauso wie die von der Beklagten beschäftigten Filialleiter an zwei von der Beklagten veranstalteten Seminaren teilgenommen. Im ersten Seminar sei ihr wie auch den von der Beklagten beschäftigten Filialleiterinnen/Filialleitern mitgeteilt worden, wann welche Eingaben in das von der Beklagten zur Verfügung gestellte und auch einsehbare Softwareprogramm vorzunehmen seien, wobei das Programm automatisch anmahne, wenn die Personalkosten am Tag mehr als 13 % betrügen. 31

In dem zweiten Seminar sei darauf hingewiesen worden, dass nur Zeitverträge abzuschließen und Kündigungen nur mit Zustimmung der Beklagten auszusprechen seien. 32

Führende Mitarbeiter der Beklagten hätten mehrmals in der Woche die von ihr geleiteten Filialen aufgesucht und Weisungen erteilt. Ihr und ihrem Lebensgefährten seien auch 33

telefonisch und insbesondere auch schriftlich Weisungen erteilt worden, wie sich aus den Schreiben der Beklagten vom 13.03., 16.05., 07.01., 06.01., 14.04., 10.04, 23.05. und 11.04.2003 (BL. 224f) ergebe, die die Klägerin in Fotokopie vorgelegt hat und auf die Bezug genommen wird.

Wenn sie nicht entsprechend den Weisungen der Beklagten die Kasse geführt habe, habe die Beklagte dies dadurch sanktioniert, dass sie keine Bestellungen hätte aufgeben können. 34

Die Personalentscheidungen habe ein führender Mitarbeiter der Beklagten vorgegeben oder sie habe sie sich von ihm genehmigen lassen müssen. 35

Ungefähr drei Wochen vor Ostern im Jahre 2003 habe die Beklagte Arbeitspläne für die Mitarbeiter der von ihr - der Klägerin – geleiteten Filialen erstellt, die sie zu beachten gehabt habe und am Gründonnerstag habe die Beklagte sie angewiesen, die Stundenlöhne der Aushilfen von 6,14 € auf 5,11 € zu reduzieren und Vollzeitkräfte zumindest auf Teilzeit runterzustufen und angekündigt, dass im Falle der Weigerung einer ihrer Mitarbeiter dies machen würde. 36

Der Prokurist und der Qualitätsbeauftragte der Beklagten hätten auch ihr und den anderen Arbeitnehmern gegenüber geäußert, dass sie weisungsbefugt seien, wohingegen Sie selbst – die Klägerin – den Arbeitnehmern gegenüber als Filialleiterin der Beklagten aufgetreten sei. 37

Der Prokurist der Beklagten habe sie angewiesen, von ihr vergütetes Personal aus der K4xxxxxxx und V2xxxxxxxxxx in der E1xxxxxxxxxx und der M5xxxxxxxxxx einzusetzen. 38

Der Qualitätsbeauftragte habe sie angewiesen, wie gebacken werden soll, wie Brot zu lagern sei und welche Truhen aufgetaut werden sollten und nach welchen Reinigungsplänen zu reinigen sei. 39

Schließlich sei ihr auch von dem Prokuristen im April 2003 die Vollmacht erteilt worden, im Namen und auf Rechnung der Beklagten für die Filialen in der K4xxxxxxx, E1xxxxxxxxxx, M5xxxxxxxxxx sowie V2xxxxxxxxxx Personal einzustellen und auch wieder zu kündigen. 40

Aus dem schriftlichen Unternehmenskonzept der Beklagten ergebe sich auch, dass die Beklagte auch die von ihr – der Klägerin – geführten Verkaufsstellen als ihre Filialen betrachte und in allen Filialen in gleicher Weise die Hygiene und den Qualitätsstandard überwache, was typischerweise dem Arbeitgeber obliege. 41

Jedenfalls sei sie Arbeitnehmerin gewesen, soweit sie die Verkaufsstätten E1xxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxx geleitet habe. 42

Ihr sei zunächst angeboten worden, diese Filialen auf Provisionsbasis wie die anderen beiden Filialen in der K4xxxxxxx und F2xxxxxxxxxx zu führen. Da sie sich aber nicht sicher gewesen sei, ob sich in der E1xxxxxxxxxx und in der M5xxxxxxxxxx eine ausreichende Provision erzielen ließe, sei ihr für diese beiden zusätzlichen Filialen ein Betrag in Höhe von 100,-- € pro Öffnungstag und pro Filiale und damit durchschnittlich monatlich 5.000,-- € netto zu-gesagt worden. Aufgrund dessen sei ihr auch eine Verdienstbescheinigung über 5.000,-- € erteilt worden. Sie habe in den Filialen E1xxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxx stundenweise Personal eingearbeitet und Brötchen aufgebacken und sei auch weiterhin in den Filialen in der K4xxxxxxx und in der F2xxxxxxxxxx tätig gewesen. Allerdings habe sie mit Übertragung der Filialen E1xxxxxxxxxx und M5xxxxxxxxxx ihre Arbeitszeit auf alle vier Filialen verteilen müssen. Ihr Lebensgefährte habe in der E1xxxxxxxxxx und in der M5xxxxxxxxxx auch 43

Personal eingearbeitet. Er habe dafür von der Beklagten nicht vergütet werden sollen.

Die Kündigung sei auch nicht berechtigt, zumal keine Abmahnungen zuvor erteilt worden seien. 44

Zur Überziehung ihres Kontos sei es gekommen, weil die Beklagte die Nettoverkaufspreise der für die Filialen E1xxxxxxxxxxxxx, M5xxxxxxxxxxxxx und F2xxxxxxxxxxxxx gelieferten Waren zu 100 % und der für die K4xxxxxxxxxxxxx gelieferten Waren zu 73 % sofort von ihrem Konto abgebucht habe ohne Rücksicht darauf, ob alle Waren hätten verkauft werden können. Andererseits seien die ausstehenden Provisionen nicht vor Ablauf eines Monats gezahlt worden. 45

Selbst eventuell der Beklagten ihr gegenüber zustehende Zahlungsansprüche könnten aber eine Kündigung nicht rechtfertigen. 46

Die Klägerin beantragt, 47

das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 08.01.2004 – 3 Ca 1999/03 – teilweise abzuändern und 48

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 11.06.2003 weder fristlos noch fristgerecht aufgelöst worden ist, 49

2. im Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) die Beklagte zu verurteilen, sie als Arbeitnehmerin und Filialleiterin weiter zu beschäftigen, 50

3. die Beklagte zu verurteilen, ihr ein wohlwollendes qualifiziertes Zwischenzeugnis auf dem Geschäftsbogen der Beklagten zu erteilen. 51

Die Beklagte beantragt, 52

die Berufung zurückzuweisen. 53

Sie vertritt weiterhin die Ansicht, dass mit der Klägerin kein Arbeitsverhältnis bestanden habe, da sie von der Klägerin keine nach Zeit, Ort und Inhalt bestimmte Arbeitsleistungen verlangt habe und die Klägerin während der Dauer des Vertragsverhältnisses insgesamt 54 Mitarbeiter beschäftigt habe.

Aus ihren Vorgaben, Hilfestellungen und Vorschlägen hinsichtlich der Betriebsführung ließe sich kein Arbeitsverhältnis herleiten. 55

Bezüglich der Arbeitnehmer in den Verkaufsstellen K4xxxxxxxxxxxxx und F2xxxxxxxxxxxxx sei unerheblich, ob sie teilweise in den Verkaufsstellen schon vor ihrer Übernahme durch die Klägerin beschäftigt gewesen seien und sie – die Beklagte – sie eingestellt habe. Auch sei unerheblich, dass sie – die Beklagte – in den Filialen E1xxxxxxxxxxxxx/M5xxxxxxxxxxxxx eigene Arbeitnehmer beschäftigt habe. 56

Soweit ihre Mitarbeiter – Mitarbeiter der Beklagten – Seminare durchgeführt hätten und teilweise auch in den von der Klägerin übertragenen Filialen erschienen seien, sei dies lediglich geschehen, um im Rahmen des Agenturvertrages Hilfestellungen und Empfehlungen zu geben. In dem Seminar bezüglich Personalangelegenheiten sei lediglich angeboten worden, sie bei Schwierigkeiten mit Arbeitsverträgen kontaktieren zu können. Es habe sich aber nicht um eine Anweisung gehandelt. Sie habe der Klägerin auch nicht vorgegeben, nur 57

befristete Arbeitsverträge abzuschließen und Einstellungen oder Kündigung nur mit ihrer Zustimmung – der Zustimmung der Beklagten – vorzunehmen.

Die Reinigungspläne ergäben sich aus einem von ihr erstellten Lebensmittelhygienekontrollsystem, das nach gewerberechtlichen Vorgaben zwingend notwendig sei und von den Agenturen in der Regel nicht selbst erstellt werden könne. 58

Sofern die von ihr zu Verfügung gestellte Software einen Hinweis gebe, wenn die Personalkosten 13 % des Umsatzes überstiegen, habe die Klägerin dies nicht beachten müssen, obwohl sich herausgestellt habe, dass sich Filialen mit Nettopersonalkosten von 13 % am wirtschaftlichsten betreiben ließen. 59

Um eine EDV-Bestellhilfe zu erhalten, sei es erforderlich, Abverkaufszahlen in die Software einzugeben. Das in der Software ebenfalls enthaltende Buchführungsprogramm habe von der Klägerin genutzt werden können, um sich das Entwickeln eines eigenen Kassenbuchs zu ersparen. 60

Lediglich in einer Filiale sei eine Kamera angebracht gewesen, um Kundendiebstähle zu vermeiden. Der Lebensgefährte der Klägerin habe sie – die Beklagte – autorisiert, ebenfalls per Internet die Kameraaufzeichnungen anzusehen. 61

Sie bzw. ihre Mitarbeiter seien gegenüber den Arbeitnehmern der Klägerin auch nicht als Arbeitgeber aufgetreten und hätten sich auch nicht auf eine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis berufen. 62

Die Personaleinsatzplanung sei von der Klägerin bzw. ihrem Lebensgefährten durchgeführt worden. 63

Es möge sein, dass die Klägerin gegenüber ihren Mitarbeitern nicht wie eine Arbeitgeberin aufgetreten sei, sondern dies ihrem Lebensgefährten überlassen habe. Maßgeblich sei, dass sie allein nicht in der Lage gewesen sei, ihre vertraglichen Verpflichtungen ihr - der Beklagten - gegenüber zu erfüllen und sie die Mitarbeiter vergütet habe und sie sie als Arbeitgeberin steuerlich und sozialversicherungsrechtlich gemeldet habe. 64

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf ihre Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 29.11.2004 Bezug genommen. 65

Entscheidungsgründe 66

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 67

I 68

Die Klägerin hat unabhängig von der Wirksamkeit der von der Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung keinen Anspruch auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet worden ist, weil eine solche Feststellung voraussetzen würde, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, was jedoch nicht der Fall ist. 69

1. Der Klageantrag ist so auszulegen, dass die Klägerin mit der vor dem Arbeitsgericht erhobenen Klage sich nur gegen die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wendet und die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses begehrt, nicht jedoch die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung unabhängig von dem durch die Kündigung betroffenen Vertragsverhältnis. Andernfalls hätte es einer Festlegung auf die Art des 70

Vertragsverhältnisses im Feststellungsantrag bezüglich der Wirksamkeit der Kündigung nicht bedurft (vgl. zu vergleichbaren Anträgen BAG, Beschluss vom 19.12.2000 – 5 AZB 16/00 – und BAG, Beschluss vom 17.01.2001 – 5 AZB 18/00 – AP Nr. 9 und 10 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung) und hätte es ausgereicht, lediglich im Antrag zu 2) zusätzlich eine Weiterbeschäftigung als Arbeitnehmerin zu beantragen.

Auch hat die Klägerin dem Hinweis des Arbeitsgerichts nicht widersprochen, das hinsichtlich der Auslegung der Anträge und der sich daraus ergebenden Rechtswegzuständigkeit auf die oben genannten Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts Bezug genommen hat. 71

Die Klägerin hat auch in ihrem späteren Vorbringen nicht erkennen lassen, dass sie sich gegen die Kündigung auch für den Fall zur Wehr setzen will, dass sie keine Arbeitnehmerin der Beklagten ist. 72

2. Weder aus den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen noch aus der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses ergibt sich, dass die Klägerin Arbeitnehmerin der Beklagten war. 73

a) Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Arbeitnehmer ist insbesondere der Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Für die Abgrenzung von Bedeutung sind die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist und die tatsächliche Durchführung des Vertrages und nicht die Modalitäten der Zahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder die Überbürdung vertraglicher Risiken. Ist der zu Dienstleistungen Verpflichtete berechtigt, seine Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, spricht dies regelmäßig gegen ein Arbeitsverhältnis. Die Möglichkeit der Leistungserbringung durch Dritte ist ein wesentliches Merkmal selbständigen Tätigwerdens, das mit dem Status eines Arbeitnehmers grundsätzlich nicht zu vereinbaren ist. Allerdings ist es nicht in jedem Fall gerechtfertigt, wegen der bloßen Berechtigung des Vertragspartners, die vertraglich geschuldete Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, ein Arbeitsverhältnis von vornherein auszuschließen. Dies gilt zumindest dann, wenn die persönliche Leistungserbringung die Regel und die Leistungserbringung durch einen Dritten eine seltene Ausnahme darstellt, die das Gesamtbild der Tätigkeit nicht nennenswert verändert (vgl. BAG, Urteil vom 04.12.2002 - 5 AZR 667/01 – AP Nr. 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit in einem Fall, in dem dem Kläger die Leitung einer Verkaufsstätte für Backwaren als Kommissionär übertragen worden war). 74

Es ist die tatsächliche Durchführung zu berücksichtigen und so hat das Bundesarbeitsgericht in dem der zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Fall die Klage auch mit dem Hinweis abgewiesen, dass der Kläger von der Möglichkeit der Leistungserbringung durch Dritte Gebrauch gemacht habe und sich teilweise von seiner Ehefrau habe vertreten lassen, damit er die Prüfung zum Bäckermeister habe ablegen können. 75

b) Aufgrund dieser Erwägungen kann bei dem hier zugrundeliegenden Sachverhalt nicht von einem Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ausgegangen werden. 76

Die Klägerin war nicht nur aufgrund des schriftlichen Vertrages berechtigt, die Verpflichtungen aus dem Vertrag durch Dritte erfüllen zu lassen, sondern sie war auch aus tatsächlichen Gründen nicht gehalten, ihre Arbeitskraft in einem bestimmten Umfang zur Verfügung zu stellen, sie hat dies auch nicht getan und hat darüber hinaus auch der Beklagten über ihre Arbeitszeiten keine Rechenschaft ablegen müssen. Wie die Klägerin in 77

der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, ist ihr von der Beklagten gesagt worden, dass es egal sei, wie viele Stunden sie arbeiten würde und hat die Beklagte auch in keiner Weise darauf geachtet, in welchem Umfang die Klägerin selbst tätig wurde, geschweige denn, wann sie tätig wurde.

Auch hat sie vorgetragen, dass sie nur noch angeben könne, etwa täglich fünf bis acht Stunden gearbeitet zu haben und sich an dem Wochentag frei genommen zu haben, an dem sie mit ihrem Kleinkind am Babyschwimmen teilgenommen habe. Soweit sie ihre Tätigkeiten schildert, wird auch in keiner Weise erkennbar, ob und in welchem Umfang nur sie die Tätigkeiten ausführen konnte und sie diese nicht ihrem Lebensgefährten oder anderen von ihr vergüteten Arbeitnehmern überlassen konnte und überlassen hat. 78

Wenn die Klägerin anfänglich ihre Arbeitnehmereigenschaft darauf gestützt hat, dass sie entsprechend den Weisungen der Beklagten kassiert, gebacken und die Kasse abgerechnet hat, ist nach ihrem letzten Vorbringen nicht erkennbar, dass die Beklagte in irgendeiner Weise Wert darauf gelegt hat, dass die Klägerin selbst diese Tätigkeiten zu bestimmten Zeiten und in einem bestimmten Umfang verrichtete. 79

Dass die Klägerin sich einen Tag in der Woche ganz frei nahm, ist vielmehr ein Anhaltspunkt dafür, dass die Klägerin die sich täglich wiederholenden Tätigkeiten einschließlich Kassenführung und Bestellwesen in keiner Weise selbst verrichten musste. 80

Da die Klägerin nach dem Agenturvertrag keine bestimmten Arbeiten durchzuführen hatte und deshalb erst recht keine nach Zeit, Dauer und Ort bestimmten Tätigkeiten und die Klägerin gerade mit Hinweis darauf auch selbst einräumt, nicht angeben zu können, zu welchen Zeiten sie in welchem Umfang tätig geworden ist, ist auch nicht erkennbar, wie ein Arbeitsverhältnis aufgrund der bisherigen Vereinbarungen und der tatsächlichen Durchführung fort-gesetzt werden sollte. 81

c) Unabhängig davon, dass bereits deshalb kein Arbeitsverhältnis besteht, weil die Klägerin Art und Umfang ihrer Tätigkeit frei bestimmen konnte und es ihr möglich war, die nach dem Agenturvertrag zu verrichtenden Tätigkeiten Dritten zu übertragen, sie hiervon auch Gebrauch gemacht hat und beschränkte unternehmerische Chancen keine persönliche sondern allenfalls wirtschaftliche Abhängigkeit begründen (vgl. BAG, Urteil vom 04.12.2002 - 5 AZR 667/01 – AP Nr. 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit unter I. 6. der Entscheidungsgründe) ist hinsichtlich des unternehmerischen Entscheidungsspielraumes und der Beeinflussbarkeit der Chancen und Risiken durch die Klägerin folgendes zu berücksichtigen: 82

aa) Die Eigenart des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien beruht darauf, dass die Beklagte die Leistungen erbringt, die am günstigsten für alle Verkaufsstellen gemeinsam erbracht werden und die Betreiberin/der Betreiber einer oder mehrerer Verkaufsstellen lediglich die Aufgaben zu erfüllen und die Entscheidungen noch zu treffen hat, die sinnvollerweise besser auf Verkaufsstellenebene erfüllt und getroffen werden können. 83

So war es Aufgabe der Beklagten, das Geschäftskonzept zur Verfügung zu stellen und weiter zu entwickeln, ein geeignetes Ladenlokale zu finden und einzurichten, den Einkauf der Backwaren und die Belieferung der Verkaufsstätten zu organisieren, und durch die Zurverfügungstellung weiterer Betriebsmittel, Schulungen, Beratung und Kontrolle dafür zu sorgen, dass für alle Verkaufsstellen mit gleicher Qualität, gleichem Erscheinungsbild und gleichem Preis-Leistungsverhältnis geworben werden kann und beim Kunden der Eindruck entsteht, dass hinter allen Verkaufsstätten eine einheitliche leistungsfähige Organisation steht, die in erheblicher Weise die Leistungen einer jeden Verkaufsstelle prägt und er das 84

Vertrauen, das eventuell bereits eine Verkaufsstelle bei ihm erworben hat, ohne weiteres auch auf die anderen von der Beklagten eingerichteten Verkaufsstellen übertragen kann. Dies bedeutet auch, dass die unternehmerischen Tätigkeiten der Beklagten und der Betreiber ineinander greifen und auch dadurch beeinflusst werden, welche Kenntnisse und Erfahrungen der Betreiber einer Verkaufsstelle schon erworben hat und inwieweit er in der Lage aber auch willens ist, die mit dem Betreiben einer oder sogar mehrerer Verkaufsstellen verbundenen Anforderungen zu erfüllen.

Dieses Geschäftskonzept ermöglicht es, eine Verkaufsstelle ohne eine risikoreiche und aufwendige Gründungsphase übernehmen zu können und auch später sich um einen wesentlichen Teil schwierigerer unternehmerischer Tätigkeiten und Entscheidungen nicht kümmern und nur ein begrenztes unternehmerisches Risiken übernehmen zu müssen, z.B. wenn Anpassungen an neuere Entwicklungen erforderlich werden, und erleichtert es auch dem Betreiber, eine solche Verkaufsstelle wieder aufzugeben. Wenn auch die unternehmerische Freiheit des Betreibers eingeschränkt ist, so kann der Betreiber dennoch wie jeder andere Unternehmer jeweils selbst bestimmen, welche Tätigkeit in welchem Umfang er wann in welcher Intensität ausführt – so hat z.B. die Klägerin nach ihren Angaben in ihrem Büro in der Verkaufsstelle in der K4xxxxxxx ein Kinderbett aufgestellt und ihr Kind bei der Arbeit beaufsichtigt - oder delegiert und kann die Auswahl des Personals, seine Einarbeitung und seine Anleitung vornehmen und die Art der Zusammenarbeit und das Arbeitsklima beeinflussen (vgl. zu diesen Gesichtspunkten BAG, Urteil vom 12.12.2001 - 5 AZR 253/00 – AP Nr. 111 zu § 611 BGB Abhängigkeit unter I. 2. der Entscheidungsgründe) aber auch sein

Einkommen, alles Gesichtspunkte, die für seine persönliche Unabhängigkeit von besonderer Bedeutung sind.

Dem Betreiber einer Verkaufsstelle und insbesondere mehrerer Verkaufsstellen verbleiben Leitungsaufgaben und damit nicht nur ganz einfache Arbeiten wie z.B. das Austragen von Zeitungen, obwohl auch solche Arbeiten außerhalb eines Arbeitsverhältnisses übertragen werden können, wenn zu ihrer Bewältigung Hilfskräfte hinzugezogen werden können und müssen (vgl. BAG, Urteil vom 16. Juli 1997, Az: 5 AZR 312/96 = BAGE 86, 170-177 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Zeitungsträger = DB 1997, 2437-2438)

bb) Soweit die Beklagte bezüglich Arbeitskleidung, zu verwendender Betriebsmittel, Reinigung, Warenpräsentation, Verkaufspreise, Bestellwesen und der Kassenführung Vorgaben gemacht hat, entsprach dies zumindest im Wesentlichen dem Agenturvertrag und dem oben skizzierten und für die Klägerin bei Unterzeichnung des Agenturvertrages erkennbaren Geschäftskonzept der Beklagten.

Wie sich bereits aus den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 12.12.2001 – 5 AZR 253/00 – und vom 04.12.2002 – 5 AZR 667/01 – (AP Nr. 111 und Nr. 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit), denen ähnliche Sachverhalte zugrunde liegen, aber auch aus den obigen Ausführungen ergibt, lässt sich daraus kein Arbeitsverhältnis herleiten, selbst wenn nicht wie hier die Aufgaben in so großem Umfang durch Dritte ausgeführt werden.

Hinsichtlich der Kassenführung ist zu berücksichtigen, dass nach dem Agenturvertrag die Waren im Eigentum der Beklagten verblieben, für ihre Rechnung zu verkaufen waren und der Verkaufspreis von der Klägerin auf das vereinbarte Konto einzuzahlen war. Für die Beklagte war deshalb eine für sie nachvollziehbare Kassenführung von besonderer Bedeutung (vgl. speziell zum Kassensystem auch BAG, Urteil vom 12.12.2001 – 5 AZR 253/00 – aaO unter I.2.g), ohne dass dadurch die Freiräume der Klägerin entscheidend eingeschränkt wurden.

Aber auch soweit entsprechend dem Vorbringen der Klägerin die Beklagte die Aufgabenverteilung, wie sie im Agenturvertrag vorgesehen ist, teilweise nicht eingehalten hat, hat die Klägerin weder vorgetragen, dass dies ihren Interessen zuwider lief, noch dass sie etwas getan hat, die Beklagte daran zu hindern.	91
Dies gilt auch, soweit die Beklagte sich für Personalfragen mit arbeitsrechtlichem Bezug zuständig fühlte bzw. zumindest vorher angehört werden wollte. Die Klägerin hat auch keinen Fall dargelegt, in dem sie angewiesen worden sei, einen bestimmten Arbeitnehmer gegen ihren Willen in ihrem Namen einzustellen. Allein aufgrund der Zahl der von der Klägerin beschäftigten aber auch eingestellten Arbeitnehmer ergibt sich, dass hinsichtlich Einstellung, Einarbeitung und Anleitung der Mitarbeiter der Klägerin ein wesentlicher Spielraum verblieb, was sich hier schon daraus ergibt, dass die Klägerin ihren Lebensgefährten für sie tätig werden lassen konnte.	92 93
Die Klägerin kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass in den Filialen K4xxxxxxx und V2xxxxxxxxxxx nach Abschluss des Agenturvertrages auch Arbeitnehmer tätig gewesen seien, die noch von der Beklagten eingestellt worden seien. Da mit Übernahme der Filialen durch die Klägerin ein Betriebsübergang vorlag, ist die Klägerin gemäß § 613 a BGB in die Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsverhältnis eingetreten und hat nicht die Beklagte diesbezüglich ihre unternehmerische Freiheit begrenzt.	94
d) Es kann seitens der Klägerin auch nicht eingewandt werden, dass die Arbeitnehmer, denen sie die Erfüllung der von ihr im Agenturvertrag übernommenen Verpflichtungen übertragen und die sie dafür vergütet hat, letztlich nicht ihre Arbeitnehmer, sondern Arbeitnehmer der Beklagten gewesen seien, weil die Beklagte gegenüber diesen Arbeitnehmern ein Weisungsrecht in Anspruch genommen habe.	95
Zum einen entsteht durch eine (unberechtigte) Inanspruchnahme eines Weisungsrechtes kein Arbeitsverhältnis und ist es im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, in dem der Leistungsverpflichtete zur Erfüllung seiner Verpflichtungen überwiegend Erfüllungsgehilfen einsetzt, nicht selten so, dass der Vertragspartner sich auch unmittelbar an die Erfüllungsgehilfen wendet, um auf eine ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vertrag hinzuwirken und Leistungsbestimmungen gemäß § 315 BGB vorzunehmen. So nimmt z.B. bei einem Werkvertrag der Besteller häufig eine Konkretisierung des Auftrags unmittelbar gegenüber den vom Inhaber des Handwerksbetriebes beschäftigten Arbeitnehmern vor.	96
Zum Anderen spricht zwar der Umstand, dass die Klägerin neben ihrem Lebensgefährten zahlreiche Arbeitnehmer beschäftigt und vergütet hat und dies auch bei der Vereinbarung der Höhe der Provision für die Verkaufsstellen K4xxxxxxx und V2xxxxxxxxxxx zugrunde gelegt wurde, dagegen, dass sie selbst Arbeitnehmerin der Beklagten war. Wäre sie aber selbst nicht als Arbeitgeberin anzusehen, so ließe dies umgekehrt dennoch nicht den Schluss zu, dass der Agenturvertrag, der auch nach seiner tatsächlichen Vertragsgestaltung ihre eigene Tätigkeit nicht in einem bestimmten Umfang vorsah und ihr ermöglichte, an ihrer Stelle ihren Lebensgefährten einzusetzen, ein Arbeitsvertrag war.	97
e) Ein Arbeitsverhältnis ergibt sich auch nicht daraus, dass der Klägerin im Februar 2003 eine neu eingerichtete Verkaufsstelle in der E1xxxxxxxxxxx und im April 2003 in der M5x-xxxxxxxxx übertragen wurde und ihr hierfür eine feste Provision in Höhe von 100,-- € pro Öffnungstag und Verkaufsstelle zugesagt wurde, ohne dass sie die Kosten für das Verkaufspersonal und die Zurverfügungstellung der Räumlichkeiten nebst Einrichtung zu	98

tragen hatte.

Wie die Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung selbst vorgetragen hat, wurde diese Vergütungsregelung lediglich getroffen, weil sie selbst sich nicht sicher war, ob sich in diesen Filialen eine ausreichende Provision erzielen ließe. Nach ihrem Vorbringen unterschieden sich jedoch ihre Pflichten bezüglich dieser Filialen im Übrigen nicht von denen hinsichtlich der anderer Filialen. Sie hat auch insofern davon Gebrauch gemacht, Leitungsaufgaben auf ihren Lebensgefährten zu delegieren, und hat ihre bisherige Arbeitszeit lediglich auf alle vier Filialen verteilt. 99

Die beiden weiteren Filialen wurden ihr auch nicht, wie die Klägerin meint, im Wege des Direktionsrechts übertragen. Aus ihrem eigenen Vortrag ergibt sich, dass dies im Wege einer Vertragsergänzung mit zusätzlicher Provisionszusage geschah, die sie zumindest konkludent angenommen hat, indem sie die Provision auch geltend gemacht hat. 100

f) Schließlich ist nicht entscheidungserheblich, dass die Klägerin nach ihrem Vorbringen mit Schriftsatz vom 22.11.2004 ab April 2003 eine Vollmacht hatte, im Namen der Beklagten Personal einzustellen, und diese Vollmacht sich auch auf die Filialen in der K4xxxxxxx und V2xxxxxxx bezog. Durch Erteilung der Vollmacht wurde das Vertragsverhältnis nicht zu einem Arbeitsverhältnis. Abgesehen davon, dass die Klägerin dies erst einen Tag vor der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, so dass die Beklagte hierzu nicht mehr rechtzeitig Stellung nehmen konnte, gab ihr diese Vollmacht, wenn die Klägerin von dieser Vollmacht tatsächlich auch für die Filialen in der K4xxxxxxx und V2xxxxxxx Gebrauch machen durfte, lediglich die Möglichkeit, entgegen den vorherigen Vereinbarungen für die Verkaufsstellen in der K4xxxxxxx und V2xxxxxxx auch Personal der Beklagten einzusetzen. 101

II 102

Mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses hat die Klägerin auch keinen Anspruch darauf, als Arbeitnehmerin und Filialleiterin weiterbeschäftigt zu werden. 103

III 104

Gemäß § 109 GewO hat die Klägerin mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses auch keinen Anspruch auf ein Zeugnis. 105

Die Kosten der Berufung waren der Klägerin gemäß § 97 ZPO aufzuerlegen. 106

Wolffram	Schreckenber	Klammt
----------	--------------	--------

 107