
Datum: 31.03.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 14. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 Sa 728/08
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:0331.14SA728.08.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Rheine, 2 Ca 1671/06
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 332/09
Schlagworte: AGB, Arbeitnehmer, Provision, Rückzahlung, Versicherungsvertreter, Vorschuss
Normen: § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1, § 611 BGB, § 84 HGB
Leitsätze:

. Die Vereinbarung in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, wonach ein nicht ins Verdienen gebrachter Provisionsvorschuss zurückzuzahlen ist, unterliegt keiner Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, § 308, 309 BGB, da es sich um keine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung handelt (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

2. Zur (fehlenden) Arbeitnehmereigenschaft eines Versicherungsvertreters, der ohne Vor-kenntnisse im Versicherungsgeschäft berufsbegleitend die Fortbildung zum Versicherungs-fachmann (BWV) wahrnimmt, wobei die Nichterfüllung der Anforderungen dieser Ausbildung grundsätzlich zur Kündigung des Vertretervertrags berechtigen soll.

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Rheine vom 10. Dezember 2007 (2 Ca 1671/06) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beklagte Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 7.231,71 Euro erst

ab 1. März 2007 sowie aus 2.424,53 Euro erst ab 9. August 2007 zu zahlen hat.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt der Beklagte mit Ausnahme der Kosten, die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Münster entstanden sind. Diese Kosten trägt die Klägerin.

Die Kosten der Berufung trägt der Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung eines Vorschusses einerseits, einen Anspruch des Beklagten auf Zahlung üblicher Vergütung andererseits.

Die Klägerin ist ein Versicherungsunternehmen, für das der Beklagte in der Zeit vom 1. Februar 2005 bis 31. Mai 2006 tätig war. Grundlage der Beschäftigung war ein "Vertretervertrag" für hauptberufliche Vertreter (§§ 84 ff HGB) vom 10./16. Januar 2005 (Anlage 1 zur Klageschrift, Bl. 15 ff d.A., im Folgenden: Vertretervertrag). In diesem Vertrag heißt es u.a.:

"1. Übernahme der Vertretung

Der Vertreter übernimmt im Hauptberuf eine Vertretung für die D2. Die Übernahme der Vertretung geschieht unter den nachstehenden Bedingungen sowie gemäß den diesem Vertrag beigefügten und den noch zu erlassenden schriftlichen Geschäftsanweisungen, soweit sie diesem Vertrag nicht zuwiderlaufen.

Die Vertragspartner sind sich einig, dass der Vertreter die Anforderungen des Ausbildungsprogramms "Versicherungsfachmann/-fachfrau (BWV)" zu erfüllen hat. Steht endgültig fest, dass er diesen Anforderungen nicht genügt, so wird der Vertretervertrag grundsätzlich ordentlich gekündigt.

2. Rechtsstellung des Vertreters

Der Vertreter ist als selbstständiger Gewerbetreibender im Hauptberuf (§§ 84 ff. HGB) ständig damit betraut, für die D2 Versicherungsverträge zu vermitteln. Über seine Zeit und die Art der Durchführung seiner Tätigkeit kann der Vertreter im Wesentlichen frei bestimmen.

Für die Erfüllung seiner sonstigen Verpflichtungen (z.B. Anmeldung seines Gewerbes nach § 14 der Gewerbeordnung und Versteuerung seiner Einkünfte) ist der Vertreter selbst verantwortlich.

Der Vertreter ist Vermittlungsagent im Sinne des § 43 Versicherungsvertragsgesetz (VVG).

...

Der Vertreter erhält nach Maßgabe der beigefügten Provisionsbestimmungen Provisionen, die das volle Entgelt für seine Vermittlungs- und Betreuungstätigkeit darstellen. Er ist nicht berechtigt, besondere Gebühren für die Aufnahme des Antrags oder aus anderen Gründen zu erheben.

...

14

Unter dem gleichen Datum vereinbarten die Parteien "Besondere Vereinbarungen zum Vertretervertrag vom 1. Februar 2005" (Anlage 2 der Klageschrift, Bl.18 f d.A., im Folgenden: Besondere Vereinbarungen), in der u.a. folgendes geregelt wurde:

15

"1. Zur Gründung und Konsolidierung seiner Existenz als selbständiger Gewerbetreibender nach Maßgabe des § 84 HGB kann der Vertreter für den Zeitraum vom 01.02.2005 bis zum 30.04.2005 eine Aufbauhilfe in Form eines gleichbleibenden Vorschusses in Höhe von € 1900,00 pro Monat, im Zeitraum vom 01.05.2005 bis zum 31.07.2005 einen gleichbleibenden Vorschuss in Höhe von € 1700,00 und im Zeitraum vom 01.08.2005 bis zum 31.01.2006 einen gleichbleibenden Vorschuss in Höhe von € 1500,00 von der D2 bekommen.

...

17

4. Die Aufbauhilfe wird jeweils monatlich mit den auf der Grundlage des Vertretervertrages erworbenen Ansprüchen auf Provision, der vereinbarten Bonifikation sowie sonstigen Vergütungen verrechnet.

18

Ist eine vollständige Verrechnung in einem Monat nicht möglich, wird der sich ergebende Vorschußsaldo vorgetragen und ab dem 25. Tätigkeitsmonat mit evtl. bestehenden Überschüssen in den Folgemonaten verrechnet. Sofern das Vertreterkonto ausgeglichen ist, werden sich ergebende Überschüsse ausgezahlt.

19

Der Unterschuß wird bis zur vollständigen Verrechnung bzw. Beendigung des Vertretervortrages vorgetragen.

20

5. Etwaige nach Auslaufen der Aufbauhilfe sich ergebende Überschüsse werden ab dem 25. Tätigkeitsmonat mit noch anfallenden Provisionen und sonstigen Vergütungen einschließlich Bonifikation verrechnet.

21

6. Die Vorschußzahlungen enden sofort mit Ausspruch der Kündigung bzw. bei Abschluß einer Beendigungsvereinbarung. Alle danach noch anfallenden Vergütungen werden auf einen evtl. Unterschuß angerechnet.

22

7. Bei Ausspruch der Kündigung des Vertretervertrages bzw. Abschluß einer Beendigungsvereinbarung ist ein noch ausstehender Unterschuß vom Vertreter sofort auszugleichen.

23

Kündigt der Vertreter, ist, um das Kündigungsrecht des Vertreters nicht zu erschweren, etwaiger sich nach Verrechnung mit verdienten Provisionen, Bonifikationen und sonstigen Vergütungen ergebender Unterschuß nach Vertragsbeendigung in 12 gleichen Monatsraten zu zahlen. Die folgenden Raten werden zum Ende der jeweils folgenden Monate zur Zahlung fällig.

24

Nach Vertragsbeendigung noch anfallende Vergütungen werden ebenfalls auf den Unterschuß angerechnet. Der Vertreter paßt die Ratenzahlung entsprechend an (d.h. Verkürzung des Ratenzahlungszeitraums und/oder Reduzierung der letzten Ratenzahlung).

... 26

9. Der Schwerpunkt des Tätigkeitsgebietes liegt im Zuständigkeitsgebiet des Herrn L1.27

..." 28

Darüber hinaus bestand eine "Bonifikationsvereinbarung zum Vertretervertrag vom 01.02.2005" vom 10./16. Januar 2005 (Anlage 2 zum Schriftsatz der Klägerin vom 11. Mai 2007, Bl. 244 d.A.) wonach der Beklagte einen Betrag von 10.000,00 € bei Erreichen von Nettoabschlussprovisionen in Höhe von 35.266,67 € in den ersten 24 Tätigkeitsmonaten bzw. von 21.050,00 € vom 13. bis 24. Tätigkeitsmonat sowie bei unbefristetem Fortbestand des Vertretervertrages im 25. Tätigkeitsmonat erhalten sollte. Schließlich schloss die Klägerin mit dem Inhaber der Agentur L1 unter dem 10./14. Januar 2005 eine Vereinbarung (Anlage 1 zum Schriftsatz der Klägerin vom 11. Mai 2007, Bl. 242 d.A.) folgenden Inhalts: 29

"1. Der Agenturvertreter (D1 V1, *19.10.1972) wird dem Vertreter zugeordnet. 30

Damit soll eine optimale Kundenbetreuung und eine höhere Bestandsproduktivität erzielt werden. 31

Der Vertreter stellt dem Agenturvertreter hierfür alle notwendigen Informationen und Hilfsmittel zur Verfügung. 32

2. Das Neukundengeschäft des Agenturvertreters fließt für die Dauer der Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Regelung in Ziffer 4 in den Bestand des Vertreters ein. 33

3. Die im Rahmen der Zusammenarbeit erzielten Jahresnetto-Abschlussprovisionen des Agenturvertreters wird auch bei der Ermittlung des erhöhten Abschlußprovisionszuschusses für den Vertreter berücksichtigt. 34

4. Sollte die Zusammenarbeit zwischen Vertreter und Agenturvertreter entweder vom Vertreter, vom Agenturvertreter oder von der D2 nicht mehr gewünscht werden, wird die Vermittler-Zuordnung beendet. Das bis dahin dem Vertreter zugeflossene bestands- oder servicevergütungspflichtige Geschäft verbleibt im Bestand des Vertreters." 35

Mit einer Vereinbarung vom 22./27. Dezember 2005 (Anlage 1 zum Schriftsatz der Klägerin vom 11. Mai 2007, Bl. 243 d.A.) wurde die Zuordnung des Beklagten zur Agentur L1 mit Wirkung zum 31. Dezember 2005 beendet. Der Kläger wechselte auf eigenen Wunsch zur Agentur V2. In der Zeit von Februar 2005 bis Januar 2006 erhielt der Beklagte aufgrund der Besonderen Vereinbarungen unter Verrechnung mit den im Bezugszeitraum verdienten Provisionen insgesamt 10.344,73 Euro. Mit Schreiben vom 30. März 2006 kündigte der Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. Mai 2006. 36

Mit ihrer zunächst vor dem Landgericht Münster erhobenen und sodann an das Arbeitsgericht Rheine verwiesenen Klage hat die Klägerin unter Verrechnung mit einem bestehenden Stornoreserveguthaben in Höhe von 646,49 € insgesamt einen Betrag von 9.698,24 € geltend gemacht. Der Beklagte sei freier Handelsvertreter gewesen. Die Klägerin habe ihm ausschließlich Provisionen aus erfolgreicher Vermittlungstätigkeit geschuldet. Bei der Klagesumme handele es sich um Vorschusszahlungen auf nicht ins Verdienen gebrachte 37

Provisionen, zu deren Rückzahlung der Beklagte verpflichtet sei. Ein Arbeitsverhältnis habe nicht bestanden. Dementsprechend stünden dem Beklagten nicht die durch seine Aufrechnung und der Widerklage geltend gemachten Arbeitsvergütungsansprüche zu.

Die Klägerin hat beantragt, 38
den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 9.698,24 € nebst Zinsen in Höhe von 8 39
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 7.273,71 € seit 24. Juni 2006 sowie aus dem
Restbetrag seit 9. August 2007 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 40
die Klage abzuweisen. 41

Widerklagend hat der Beklagte beantragt, 42
die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 6.565,78 € brutto nebst 5 Prozent Zinsen über 43
Diskont seit dem 1. Juni 2006 zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt, 44
die Widerklage abzuweisen. 45

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass schon keine Provisionsvorauszahlungen 46
vorlägen. Die Vereinbarung zur Zahlung einer Aufbauhilfe sei dahingehend auszulegen, dass
die Zahlungen als Vergütung während der Startphase dem Beklagten haben zufließen sollen.
Dies ergebe sich zumindest bei Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305 c Abs. 2
BGB. Darüber hinaus benachteilige die Rückzahlungsklausel den Beklagten unangemessen
i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Schließlich habe es sich bei dem Vertragsverhältnis um ein
Arbeitsverhältnis gehandelt. Der Beklagte habe seine Tätigkeit weder frei gestalten noch
seine Arbeitszeit bestimmen können. Der Schwerpunkt seines Tätigkeitsbereichs im
Zuständigkeitsbereich der Agenturen L1 bzw. V2 sei ausdrücklich vereinbart worden, der
Beklagte sei gehindert gewesen, außer im Einzelfall in einem anderen Gebiet werbend tätig
zu werden. Im Hinblick auf den Wechsel sei extra ein Änderungsvertrag errichtet worden.
Während seiner Zeit in der Agentur L1 habe er täglich von 9.30 Uhr bis 12.30 Uhr in deren
Räumlichkeiten anwesend sein und neben üblichen Bürotätigkeiten Telefondienst verrichten
und Besucher empfangen müssen. Verspätungen habe er rechtzeitig anzeigen und
entschuldigen müssen. Seinen Urlaub habe er mit dem Agenturleiter L1 abstimmen und
sodann bei dem Organisationsleiter W2 beantragen müssen, der über die Gewährung
entschieden habe. Der Beklagte sei verpflichtet gewesen, nach den Vorgaben der
Regionaldirektion mindestens 15 bis 20 Termine pro Woche zu vereinbaren und Besuche zu
tätigen, davon mindestens drei bis vier Termine in den Abendstunden. Hierüber habe er
Wochenplanungen und Berichte an die Klägerin zu festgelegten Zeiten übermitteln müssen.
Auch die Wahrnehmung einzelner Termine sei durch die Klägerin dem Beklagten vorgegeben
worden. Hinzu gekommen seien Besprechungstermine mit dem Organisationsleiter W2. Der
Beklagte verpflichtet gewesen, an den jeweils einwöchigen Grundausbildungsseminaren der
Klägerin in deren Direktion in K2 zu den vorgegebenen Terminen teilzunehmen und bei den
zweitägigen Nachschulungen in der Regionaldirektion anwesend zu sein. Die Beschränkung
der Vergütung ausschließlich auf Provisionsansprüche sei sittenwidrig gewesen, weil der
Beklagte keinerlei Kenntnisse und Erfahrungen im Versicherungsgeschäft gehabt, über keine
Kundendatei verfügt und nicht die Bedingungen der unterschiedlichen von ihm zu
vertreibenden Versicherungen gekannt habe. Bei normaler Arbeitsleistung sei er nicht in der

Lage gewesen, eine für seinen Lebensunterhalt ausreichende Vergütung zu erzielen. Dementsprechend stünde ihm als Arbeitnehmer die übliche Vergütung zu, die sich aus den Tarifverträgen für das private Versicherungsgewerbe ergebe. Damit rechne er auf. Mit der Widerklage werde der Differenzbetrag zwischen seinem Gesamtzahlungsanspruch in der Zeit vom 1. Februar 2005 bis 31. Mai 2006 und den von der Beklagten tatsächlich geleisteten Zahlungen geltend gemacht.

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Rückzahlung der im Rahmen der Aufbauhilfe gewährten Vorschüsse eindeutig zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Dies benachteilige den Beklagten nicht unangemessen. Ein aufrechenbarer Anspruch gegen den Rückzahlungsanspruch auf Zahlung der üblichen Vergütung gemäß § 612 BGB bestehe nicht, weil die Vergütungsvereinbarung nicht gegen die guten Sitten verstoße. Zwar sei der Beklagte als Arbeitnehmer anzusehen. Dies folge aus der Weisungsgebundenheit des Beklagten hinsichtlich seiner Arbeitszeit, da er zur Aufstellung wöchentlicher Pläne, einer Mindestanzahl von Terminen in den Abendstunden sowie einer Mindestanzahl von Terminen je Woche verpflichtet gewesen sei. Dies habe den Beklagten in der freien Bestimmung seiner Arbeitsdauer beschränkt. Es könne aber nicht festgestellt werden, dass der Beklagte nicht in der Lage gewesen sei, trotz Vollzeittätigkeit die Provisionsvorschüsse ins Verdienen zu bringen. Da die Vergütungsvereinbarung der Parteien nicht sittenwidrig sei, sei auch der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch unbegründet. Wegen der weiteren Einzelheiten zur Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen. 47

Das Urteil wurde dem Beklagten am 22. April 2008 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 9. Mai 2008 eingelegte und mit dem nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 22. Juli 2008 am 16. Juli 2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung des Beklagten. 48

Der Beklagte verweist darauf, dass er bereits erstinstanzlich unter Beweisantritt (Sachverständigengutachten) vorgetragen habe, dass er schon allein aufgrund der Unkenntnis der für die völlig unterschiedlichen Versicherungsarten jeweils geltenden Bedingungen nicht in der Lage gewesen sei, eine zumindest die Höhe der Vorschüsse erreichende Provision auf Dauer zu erzielen. Dies sei entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts auch unbestritten geblieben. Im Übrigen behauptet der Beklagte, dass er während der gesamten Zeit seiner Tätigkeit für die Klägerin montags bis freitags jeweils mindestens acht Stunden und darüber hinaus in der Regel auch noch samstags mindestens zwei Stunden gearbeitet habe. Wenn er nicht auf Lehrgang gewesen sei, habe er seine Dienste in der Agentur L1 täglich vormittags von 8.30 Uhr bis 12.30 Uhr, montags und donnerstags auch nachmittags bis 16.30 Uhr zu verrichten gehabt. Anschließend habe er regelmäßig Kundenbesuche durchgeführt. Im Übrigen habe er Telefontätigkeiten verrichtet, in dem er Bestandskunden der Agentur angerufen und versucht habe, mit diesen Termine zu vereinbaren. Allenfalls zwei Personen hätten pro zweistündiger Akquisetätigkeit einem Termin zugestimmt. Während seiner Tätigkeit bei der Agentur V2 seien die Bürozeiten geringer und die Außendiensttätigkeit umfangreicher gewesen, wobei ergänzend anzumerken sei, dass der Einzugsbereich der Agentur V2 erheblich größer als derjenige der Agentur L1 gewesen sei und insoweit erheblich höhere An- und Abfahrtszeiten zu den einzelnen Kunden für den Beklagten bestanden hätten. Daneben habe der Beklagte noch seine Wochenplanungen und Wochenberichte erstellen müssen. Letztlich seien es seine fehlende Kenntnisse insbesondere für das allein lukrative Personengeschäft gewesen, die einen angemessenen Provisionsverdienst unmöglich gemacht hätten. Die in dem Formularvertrag aufgestellte Bedingung, trotz geleisteter vertragstreuer Arbeit nur im Falle eines festgesetzten 49

Erfolges eine Vergütung zu schulden, stelle der Sache nach eine mit der geltenden Arbeitsrechtsordnung unvereinbare Überbürdung des Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer dar. Darüber hinaus sei es eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Arbeitnehmer eine Vergütung nur für den Erfolgsfall entgegen den gesetzlichen Bestimmungen über den Dienstvertrag gewährt werde. Soweit die Klägerin sich weiterhin gegen die Feststellung des Arbeitsgerichts wende, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden habe, stehe diese Frage im Rahmen der Berufung des Beklagten überhaupt nicht zur Überprüfung an.

Der Beklagte beantragt, 50
unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Rheine vom 10. Dezember 2007, 2 ~~51~~
1671/06,

1. die Klage insgesamt abzuweisen; 52
2. die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 6.565,78 € brutto nebst 5 % Zinsen über 53
dem Diskont seit dem 1. Juni 2006 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt, 54
die Berufung zurückzuweisen. 55

Die Klägerin bestreitet unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens 56
weiterhin den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien. Im Übrigen
verteidigt sie die Auffassung des Arbeitsgerichts als zutreffend, dass die Vereinbarung einer
reinen Erfolgsvergütung nicht sittenwidrig gewesen sei. Das ungenügende
Provisionsergebnis beruhe auf den mangelnden Vermittlungsbemühungen des Beklagten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in 57
Bezug genommen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze
nebst Anlagen sowie die Protokolle der Sitzungen des Arbeitsgerichts vom 5. Dezember
2006, 15. März 2007, 9. August 2007 und 10. Dezember 2007 sowie der Sitzung des
Landesarbeitsgerichts vom 20. Januar 2009 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe 58

Die Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet. 59

Der Beklagte ist gemäß Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen zur Rückzahlung des ihm 60
gemäß Nr. 1 dieser Vereinbarung gewährten Vorschusses verpflichtet. Ein aufrechenbarer
Anspruch auf Zahlung von Arbeitsvergütung gemäß § 612 BGB steht dem Beklagten nicht zu,
weshalb auch die Widerklage unbegründet ist.

1. Der Beklagte ist gemäß Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen verpflichtet, den bei 61
Beendigung des Vertreterverhältnisses noch offenen Saldo in Höhe von 9.698,24 € aus den
Vorschusszahlungen gemäß Nr. 1 dieser Vereinbarungen an die Klägerin zu erstatten.
Danach ist bei Ausspruch der Kündigung des Vertretervertrages ein noch ausstehender
Unterschuss vom Vertreter grundsätzlich sofort auszugleichen. Erfolgt die Kündigung durch
den Vertreter, ist dieser Unterschuss nach Vertragsbeendigung in zwölf gleichen Monatsraten
an die Klägerin zurückzuzahlen. Angesichts der Beendigung des Vertragsverhältnisses am
31. Mai 2006 ist die Forderung in voller Höhe fällig geworden. Die erste Rate war am Schluss

des auf die Vertragsbeendigung folgenden Monats, d.h. am 30. Juni 2006 fällig, die letzte Rate am 30. Juni 2007.

Entgegen der Ansicht des Klägers handelt es sich bei dieser vereinbarten Rückzahlungsverpflichtung um eine wirksame Allgemeine Geschäftsbedingung. 62

a) Sowohl bei der Rückzahlungsvereinbarung gemäß Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen als auch bei deren übrigen Regelungen sowie den Bedingungen des Vertretervertrages handelt es sich unstreitig um Allgemeine Geschäftsbedingungen, weil sie von der Klägerin vorformuliert sowie bei Abschluss des Vertrages gestellt worden sind und in einer Vielzahl von Fällen Verwendung finden (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). 63

b) Bei der Regelung der Rückzahlungsverpflichtung gemäß Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen handelt es sich nicht um eine mehrdeutige Regelung i.S.d. § 305 c Abs. 2 BGB, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung der weiteren Regelungen, insbesondere der Nr. 1 der "Besonderen Vereinbarungen". Dies hat das Arbeitsgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt. Die Kammer folgt den Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht insoweit von der Darstellung der Entscheidungsgründe gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG ab. Der Kläger hat in seiner Berufungsbegründung die Begründung des Arbeitsgerichts nicht angegriffen, so dass zu ergänzenden Ausführungen kein Anlass besteht. 64

c) Der Beklagte wird durch Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine Angemessenheitskontrolle der Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB findet nicht statt. Denn gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB finden § 307 Abs. 1 und 2 sowie § 308, § 309 BGB nur auf Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dies ist nicht der Fall. 65

aa) Klauseln, die lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholen (deklaratorische Klauseln) sowie Leistungsbeschreibungen und Entgeltregelungen unterliegen keiner Inhaltskontrolle (vgl. BGH, 12. März 1987, VII Zr. 37/86, BGHZ 100, S. 158 <173>; 24. September 1998, III ZR 219/97, NJW 1999, S. 864). Im Falle von deklaratorischen Klauseln rechtfertigt sich dies daraus, dass an die Stelle der unwirksamen Bestimmung die gleichlautende gesetzliche Regelung tritt. Für Abreden, durch welche die Parteien Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, rechtfertigt sich dies daraus, dass es gerade an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, die an deren Stelle treten könnte (vgl. BAG, 27. Juli 2005, 7 AZR 486/04, NZA 2005, S. 40 <45>; HK-ArbR/Boehnke/Ulrich, § 307 BGB Rdnr. 32). 66

bb) Im vorliegenden Fall handelt es sich bei Nr. 7 der "Besonderen Vereinbarungen" um eine deklaratorische Klausel, welche nicht von Rechtsvorschriften abweicht oder sie ergänzt. Der Begriff "Rechtsvorschriften" ist weit zu verstehen. Es zählen nicht nur die förmlichen Gesetze, sondern auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze und das Richterrecht hierzu (vgl. BGH, 10. Dezember 1992, I ZR 186/90, BGHZ 121, 13 <18>; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 307 Rdnr. 64; HK-ArbR/Boehnke/Ulrich, § 307 Rdnr. 34). In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es anerkannt, dass derjenige, der Geld als Vorschuss nimmt, sich auch verpflichtet, den Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzahlen, wenn und soweit die bevorschusste Forderung nicht entsteht (vgl. BAG, 10. März 1960, 5 AZR 426/58, AP BGB § 138 Nr. 2; 31. März 1960, 5 AZR 441/57, AP BGB § 394 Nr. 5; 11. Juli 1961, 3 AZR 216/60, AP BGB § 614 Gehaltvorschuss Nr. 2; 16. Februar 1962, 5 AZR 211/61, AP HGB § 87a Nr. 1; 28. Juni 1965, 3 AZR 86/65, AP BGB § 614 Gehaltvorschuss Nr. 3; 20. Juni 1989, 3 AZR 504/87, AP HGB § 87 Nr. 8; 15. März 2000, 10 AZR 101/99, NZA 2000, S. 1004 <1007>; 25. September 2002, 10 AZR 7/02, NZA 2003, S. 617 <619>; 13. Dezember 2000, 5 AZR 67

334/99, AP BGB § 394 Nr. 31). Bei einer Vorschussgewährung von Geld sind sich Vorschussgeber und Vorschussnehmer darüber einig, dass der Letztere Geld für eine Forderung erhält, die entweder noch gar nicht entstanden oder nur aufschiebend bedingt entstanden oder zwar entstanden, aber noch nicht fällig ist. Beide Teile sind sich weiterhin darüber einig, dass im Falle der Entstehung, der endgültigen unbedingten Entstehung oder des Fälligwerdens der bevorschussten Forderung der Vorschuss auf die Forderung zu verrechnen ist. Sollte die Forderung nicht oder nicht zeitgerecht entstehen, ist der Vorschussnehmer verpflichtet, den erhaltenen Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzugewähren (vgl. BAG, 15. März 2000, 10 AZR 101/99, aaO). Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen gibt damit nur ausdrücklich wieder, was aus der Vorschussvereinbarung in Nr. 1 der Besonderen Vereinbarungen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohnehin folgt. Eine davon abweichende Regelung enthält Nr. 7 der Besonderen Vereinbarungen nicht, wenn er die Rückzahlungsverpflichtung für nicht verdiente Provisionsvorschüsse ausdrücklich statuiert.

2. Dem Beklagten steht kein Anspruch auf Zahlung der tariflichen Vergütung im privaten Versicherungsgewerbe gemäß § 612 BGB als übliche Vergütung zu, mit dem er gegen den Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung der gezahlten Provisionsvorschüsse aufrechnen könnte. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob in einem Arbeitsverhältnis die Vereinbarung einer reinen Erfolgsvergütung zulässig ist (so BAG, 20. Juni 1989, 3 AZR 504/87, aaO; LAG Berlin, 3. November 1986, 9 Sa 65/86, AP HGB § 65 Nr. 14) oder nicht (so LAG Hamm, 16. Oktober 1989, 19 (13) Sa 1510/88, LAGE BGB § 138 Nr. 4).

68

a) Entgegen der Meinung des Beklagten ist seine Arbeitnehmereigenschaft im Berufungsverfahren überprüfbar, auch wenn die Klägerin keine Berufung eingelegt hat. Das aus § 528 ZPO folgende Verbot der Abänderung des Urteils zum Nachteil des Berufungsführers (reformatio in peius) gilt nicht für die Gründe der angefochtenen Entscheidung (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 528 Rdnr. 29 m.w.N.).

69

b) 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, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (vgl. BAG, 20. August 2003, 5 AZR 610/02, NZA 2004, S. 39 <39 f>; 25. Mai 2005, 5 AZR 347/04, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117; 14. März 2007, 5 AZR 499/06, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13). Für die Abgrenzung zwischen der Tätigkeit als selbständiger Handelsvertreter einerseits, als Arbeitnehmer andererseits hat sich das Gesetz auf die in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB genannten beiden Kriterien, nämlich die im Wesentlichen freie Gestaltung der Tätigkeit und Bestimmung der Arbeitszeit beschränkt. Zwar sind alle Umstände des Falles in Betracht zu ziehen und schließlich in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Die heranzuziehenden Anknüpfungspunkte müssen sich jedoch diesen gesetzlichen Unterscheidungsmerkmalen zuordnen lassen (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 566/98,

70

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall war der Beklagte in einem für den Selbständigenstatus erforderlichen Maße frei von Weisungen. 71

aa) Das gilt zunächst für die Arbeitszeit. 72

(1) Der Vertretervertrag vom 10./16. Januar 2005 enthält bezüglich Anfang und Ende der Arbeitszeit keine Vorgaben. Der Beklagte hatte danach keine festen Dienststunden. Zwar besteht zu angestellten Außendienstmitarbeitern in diesem Punkt kein oder nur ein unwesentlicher Unterschied, trotzdem ist zu berücksichtigen, dass vertragsrechtlich kein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit besteht (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 169/99, AP HGB § 84 Nr. 12; 15. Dezember 1999, 5 AZR 3/99, AP HGB § 92 Nr. 5). 73

(2) Allerdings hat der Beklagte erstinstanzlich behauptet, dass er täglich von 9.30 Uhr bis 12.30 Uhr in den Räumlichkeiten der Agentur L1 anwesend zu sein und dort bestimmte Tätigkeiten zu verrichten hatte, d. h. eine Anwesenheitspflicht von 15 Stunden wöchentlich bestand. Bei Verspätungen habe er anzurufen und unter Angabe des Grundes sich hierfür zu entschuldigen gehabt. Dies hatte die Klägerin bereits erstinstanzlich sowohl hinsichtlich der angegebenen Dienstzeiten als auch dahingehend bestritten, dass diese Vorgaben von ihrer Seite dem Beklagten gemacht worden seien. Zweitinstanzlich hat der Beklagte seinen Vortrag dahingehend ergänzt, dass die Bürozeiten in der Agentur L1 montags bis freitags von 8.30 Uhr bis 12.30 Uhr sowie montags und donnerstags zusätzlich von 14.30 Uhr bis 16.30 Uhr gelegen, d.h. insgesamt 24 Stunden umfasst haben sollen. Nach seinem Wechsel soll in der Agentur V2 montags bis mittwochs von 8.30 Uhr bis 10.00 Uhr und donnerstags bis freitags von 8.30 Uhr bis 12.30 Uhr, d.h. 12,5 Stunden wöchentlich Anwesenheitspflicht bestanden haben. Auch diesen Vortrag hat die Klägerin bestritten. 74

Es kann offen bleiben, ob die Behauptungen des Beklagten tatsächlich zutreffen. Zwar wurden in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei Vertretern einzuhaltende Bürozeiten im Umfang von 75 Minuten bis zu 4 Stunden wöchentlich als vereinbar mit einer selbständigen Tätigkeit angesehen (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 566/98, aaO.; 15. Dezember 1999, 5 AZR 770/98, AP HGB § 92 Nr. 6). Zwar könnte demgegenüber eine zeitliche Anwesenheitspflicht im Umfang von 12,5 Stunden, 15 Stunden oder 24 Stunden wöchentlich geeignet sein, die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zu begründen. Wesentliche Voraussetzung hierfür wäre aber, dass die Verpflichtung zur Anwesenheit im Büro zu den vom Beklagten angegebenen Zeiten auf einer Weisung der Klägerin beruht. Es muss sich zumindest aus der tatsächlichen Handhabung ergeben, dass der Beklagte auf Weisung der Klägerin diese Bürozeiten zu leisten hatte. Hierzu hat der Beklagte erst in der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2009 trotz des bereits erstinstanzlich vorliegenden Bestreitens der Klägerin vorgetragen, dass die Bürozeiten in der Agentur L1 letztlich auf eine entsprechende Anweisung des Organisationsleiters W2 der Klägerin zurückgehen soll. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag verspätet ist (§ 67 Abs. 4 ArbGG), ist er auch nicht substantiiert. Wie sich aus dem weiteren mündlichen Vorbringen des Klägers ergibt, schlussfolgert er diese Weisung aus einer angeblich vom Organisationsleiter vorgenommenen Zuordnung zu der Agentur L1. Eine konkrete Weisung hinsichtlich der dort einzuhaltenden Bürozeiten hat der Beklagte damit gerade nicht behauptet. Allein aus der Zuordnung zu einer Agentur ergibt sich nicht, dass damit auch verbindliche Arbeitszeiten vorgegeben waren. Weitergehende Weisungen im Hinblick auf die Anwesenheit in den Räumlichkeiten der Agentur hat der Beklagte nicht vorgetragen. Eine Einschränkung der Bestimmung der Arbeitszeit durch die Klägerin lässt sich dem Vortrag des Beklagten nicht entnehmen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte Verspätungen unter Angabe 75

der Gründe mitzuteilen hatte. Abgesehen davon, dass dies ein Gebot vernünftiger Zusammenarbeit Selbständiger sein sollte, hat der Beklagte nicht vorgetragen, dass eine solche Pflicht tatsächlich gegenüber der Klägerin, insbesondere gegenüber dem Organisationsleiter W2 bestand.

(3) Entgegen der Auffassung des Beklagten und des Arbeitsgerichts bestand keine verbindliche Vorgabe für den Beklagten, pro Wochen 15 bis 20 Kundenbesuche zu tätigen, davon mindestens drei bis vier in den Abendstunden. Etwas anderes ergibt sich nicht aus der EMail des Organisationsleiters W2 vom 20. Februar 2006 (Anlage B10 zur Klageerwiderung, Bl. 78 d.A.), dem Schreiben des Regionaldirektors M2 an den Beklagten vom 21. Februar 2006 (Anlage B9 zur Klageerwiderung, Bl. 77 d.A.) und der undatierten internen EMail die Regionaldirektors M2 an den Organisationsleiter W2 (Anlage 5 zum Schriftsatz der Klägerin vom 15. Oktober 2007, Bl. 477 d. A.), die dieser nach der EMail des Beklagten vom 6. März 2006 mit der Wochenplanung und dem Wochenbericht (Anlage 3 und 4 zum Schriftsatz der Klägerin vom 15. Oktober 2007, Bl. 474 ff d.A.) verfasst hat. 76

(a) Bei Versicherungs- und Bausparkassenvertretern kann die Vorgabe eines innerhalb einer bestimmten Zeitspanne zu erledigenden Mindestsolls z. B. bezüglich der zur erreichenden Mindestproduktion an Versicherungsabschlüssen (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 169/99, aaO) oder täglicher Abschlüsse und Kundenkontakte (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 770/98, aaO) zu einer zeitlichen Weisungsgebundenheit führen. Abgesehen davon, dass es an einem konkreten Vortrag des Beklagten zum zeitlichen Umfang für die 15 bis 20 Kundenbesuche wöchentlich fehlt, ist ein gewisses Mindestsoll mit dem Status als Selbständiger nicht von vornherein unvereinbar, da sich der Handelsvertreter nach § 86 Abs. 1 HGB um den Abschluss von Geschäften zu bemühen und hierbei die Interessen des Unternehmens wahrzunehmen hat (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 169/99, aaO). Schon deswegen lässt sich aus dem Schreiben vom 21. Februar 2006 nicht auf einen Arbeitnehmerstatus schließen. 77

(b) Bei dem Schreiben vom 21. Februar 2006 handelt es sich zudem nicht um eine Weisung, sondern lediglich um eine Beurteilung der Effektivität des Beklagten im Hinblick auf seine Produktivität für die Klägerin einerseits und auf das eigene Provisionseinkommen andererseits. Es geht nur darum, dass die Zahl der vereinbarten Kundentermine und deren Lage von der Klägerin als unzureichend angesehen und diese Beurteilung an den Beklagten weitergegeben wurde. Im Hinblick darauf, dass der Beklagte die Vertretertätigkeit ohne konkrete Vorkenntnisse im Versicherungsgeschäft aufgenommen hatte, sind solche Hinweise nichts weiter als Wahrnehmung der Interessenwahrungspflicht nach § 86 Abs. 1 HGB. Dies umfasst bei einem Vertreter wie dem Beklagten, der sich in der Versicherungsververtretungsgeschäft erst einarbeiten soll, Hinweise darauf, welche Terminsfrequenz erforderlich und welche Terminzeiten insbesondere im Hinblick auf die Berufstätigkeit der potenziellen Kunden sinnvoll sind, um eine ausreichende Produktivität und damit auch ein ausreichendes eigenes Provisionseinkommen zu erreichen. Die Festlegung eines Mindestsolls liegt darin nicht. Dem Wortlaut des Schreibens lässt sich keine verbindliche Weisung zur Anzahl und Lage der Kundentermine entnehmen. Dass auf der anderen Seite eine Kündigung des Vertretervertrages erfolgen kann, wenn der Vertreter nicht produktiv arbeitet, gehört zum Risiko jedes Handelsvertretervertrages. Dass sich daraus sachliche Notwendigkeiten hinsichtlich Umfang und Lage der der Arbeitszeit ergeben, beeinträchtigt ihre im Wesentlichen freie Bestimmung nicht. 78

(c) Die E-Mail vom 20. Februar 2006 ist in dem vorgenannten Rahmen zu beurteilen. Der Beklagte sollte als Einsteiger in das Versicherungsgeschäft und mit der berufsbegleitend 79

erfolgenden Fortbildung zum Versicherungsfachmann (BWV) seine Wochenplanung einer Beurteilung durch den für ihn zuständigen Organisationsleiter unterziehen. Dazu sollten diese zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Organisationsleiter W2 vorliegen, damit noch für die laufende Woche sachliche Hinweise zur Planung und ggf. Anregungen zu einer Änderung zeitnah erfolgen konnten. Dass der Organisationsleiter die Nichteinhaltung des Termins zur Übersendung der Wochenplanung rügt, lässt nicht auf das Bestehen eines Weisungsrechts schließen. Es gehört auch in der Zusammenarbeit zwischen einem selbständigen Handelsvertreter und dem von ihm vertretenen Versicherungsunternehmen zu den Selbstverständlichkeiten, getroffene Terminvereinbarungen einzuhalten.

(d) Aus der internen E-Mail des Regionaldirektors M2 an den Organisationsleiter W2 lässt sich nicht entnehmen, dass er von dem Bestehen eines Weisungsrechts gegenüber dem Beklagten ausgeht. Der erste Absatz enthält nur eine Aussage zur mangelnden Effizienz der Wochenplanung des Beklagten. Der zweite Absatz enthält lediglich eine Weisung an den Organisationsleiter, über die Terminanzahl insbesondere in den Abendstunden mit dem Beklagten zu sprechen. Dass hier eine verbindliche Weisung an den Beklagten ergehen sollte, die in der Sache angesichts der Notwendigkeit, dass es einer Zustimmung des Kunden mit einem solchen Abendtermin bedarf, auch nicht mögliche war, ist aufgrund dieser Formulierung nicht feststellbar. 80

(4) Die Wahrnehmung von Terminen anlässlich einer Telefonverkaufsveranstaltung am 18./19. November 2005 oder die Präsenzpflcht auf einer Verkaufsschau eines Motorradhauses betrifft lediglich Einzelfälle. Soweit die Absage der Teilnahme an einer solchen Veranstaltung vom Organisationsleiter W2 als "unerwünscht" bezeichnet wurde, folgt auch daraus allenfalls ein psychologischer Druck, jedoch keine rechtliche Verbindlichkeit. Der Beklagte brauchte dies nicht zu befolgen. Dies hat er auch nicht getan, wie seine Absage der Teilnahme an der Verkaufsschau des Motorradhauses aufgrund privater Verhinderung mit seiner E-Mail vom 27. Februar 2006 (Anlage 2 zum Schriftsatz der Klägerin vom 15. Oktober 2007, Bl. 472 d.A.) zeigt. 81

(5) Ebenso wenig wurde die Bestimmung der Arbeitszeit durch Besprechungstermine mit dem Organisationsleiter W2 beeinträchtigt. Abgesehen von der fehlenden Darlegung des Beklagten zum konkreten zeitlichen Umfang dieser Besprechungen ist eine wöchentliche Inanspruchnahme durch Gesprächsrunden von 75 Minuten mit dem Status als selbständiger Handelsvertreter vereinbar (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 770/98, aaO). Auch der Eingriff in freie Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch die Anordnung, an einem bestimmten Wochentag vormittags an einer Besprechung teilzunehmen, ist nicht so gravierend, dass er mit dem Status eines Selbständigen unvereinbar wäre (vgl. BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 169/99, aaO). Die Art und Weise der Einladung zu diesen Besprechungen (vgl. Anlage B14 zur Klageerwiderung, Bl. 83 d.A.: "Die Einladung ist verbindlich für alle Angeschriebenen") mag nicht als motivierende Führung eines Vertriebsmitarbeiters in einer Situation anzusehen sein, in der die Produktionsergebnisse nachhaltig schlecht sind. Andererseits sind verbindliche Besprechungstermine in einem Vertriebssystem wie bei der Klägerin kein Widerspruch zu einer selbständigen Tätigkeit. Es hält sich im Rahmen der Interessenwahrungspflicht des selbständigen Handelsvertreters nach § 86 Abs. 1 Halbs. 2 HGB, wenn in einer schwierigen oder unbefriedigenden Vertriebssituation er von seinem Versicherungsunternehmen zu einem Gespräch über die Lage und Maßnahmen zu ihrer positiven Veränderung aufgefordert wird. 82

c) Der Beklagte konnte seine Tätigkeit auch im Wesentlichen frei gestalten. 83

aa) Soweit der Beklagte der Klägerin Berichte über seine Vertretertätigkeit zu erstatten hatte, steht dies gemäß § 86 Abs. 2 HGB der Annahme einer selbständigen Tätigkeit nicht entgegen. Danach hat der Versicherungsvertreter dem Unternehmer die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jeder Geschäftsvermittlung und von jedem Geschäftsabschluss unverzüglich Mitteilung zu machen. Der Grad zulässiger Kontrolle wird nur überschritten, wenn der Vertreter verpflichtet wird, umfangreich und in engen zeitlichen Intervallen über seine Tätigkeit Bericht zu erstatten und das Unternehmen damit die Möglichkeit erhält, ihn zu überprüfen und die selbstbestimmte Gestaltung der Tätigkeit zu beeinträchtigen (BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 169/99, aaO).

Dies ist auch unter Berücksichtigung der vom Beklagten vorzulegenden Wochenplanungen vorliegend nicht der Fall. Entgegen der Auffassung des Beklagten und des Arbeitsgerichts folgt daraus keine mit dem Selbständigenstatus nicht vereinbare Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit. Im Rahmen der Interessenwahrungspflicht des § 86 Abs. 1 HGB ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Wochenplanungen selbst vornahm. Die Vorlage beim Organisationsleiter hatte lediglich zur Konsequenz, dass eine Beurteilung der Effektivität dieser Wochenplanung erfolgte. Der daraus folgenden Kritik musste der Beklagte sich auch als selbständiger Handelsvertreter stellen. Sein Status als Selbständiger wird davon nicht berührt. Kritik ist nicht gleichbedeutend mit Weisung. Insbesondere im Hinblick auf die fehlenden Erfahrungen im Versicherungsgeschäft und die berufsbegleitende Ausbildung wird die Selbständigkeit der Gestaltung der Tätigkeit nicht in Frage gestellt, wenn das Versicherungsunternehmen eine Wochenplanung des Vertreters nicht für effektiv hält und ihm dies mitteilt. 85

bb) Entsprechendes gilt für Kontrollanrufe bei besuchten Kunden. Auch dies liegt angesichts der genannten Umstände im Rahmen der Interessenwahrungspflicht. 86

cc) Die vom Beklagten als Merkmal für seine Abhängigkeit vorgetragene Zuordnung zu den Agenturen L1 bzw. V2 ist nicht geeignet, den Arbeitnehmerstatus zu begründen. Die Zuweisung eines Bezirks oder Kundenstamms ist bei einem Handelsvertreter zulässig, ohne dass dadurch der Status als Selbständiger beeinträchtigt wird. Dies ergibt sich für Handelsvertreter schon aus § 87 Abs. 2 HGB, für Versicherungsvertreter aus § 46 VVG. Die freie Gestaltung der Tätigkeit wird durch die Festlegung des geographischen Bereichs, in dem sie stattfinden soll, nicht berührt (vgl. im Einzelnen BAG, 15. Dezember 1999, 5 AZR 3/99, aaO). Dies gilt auch für den Beklagten. Die Zuordnung zu einer bestimmten Agentur und damit zu deren Vertriebsgebiet brachte zwar eine geographische Beschränkung mit sich. Innerhalb dieser konnte er jedoch seiner Tätigkeit frei nachgehen, wobei ihm als Berufsanfänger der Vorteil zugute kam, mit einem vorhandenen Kundenbestand einer etablierten Agentur arbeiten zu können, ohne auf diesen Bestand in seiner Akquisitionstätigkeit beschränkt zu sein. 87

dd) Soweit schließlich der Beklagte behauptet hat, dass der Urlaub beim Organisationsleiter W2 zu beantragen und von diesem zu genehmigen gewesen sei, hat er dies trotz des Bestreitens der Klägerin weder im Einzelnen konkretisiert noch unter Beweis gestellt. Der Beklagte ist jedoch, da er den Arbeitnehmerstatus geltend macht, für die diesen begründenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig. 88

d) Ebenso wenig folgt aus der Teilnahme an den Seminaren für den berufsbegleitenden Lehrgang zum Versicherungsfachmann (BWV) eine übermäßige Beeinträchtigung der Freiheit zur Bestimmung der Arbeitszeit und der Gestaltung der Tätigkeit. 89

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Teilnahme an einem einwöchigen Grundseminar ohne weitere rechtlich verbindliche Verpflichtung, an einem weiterlaufenden Ausbildungsprogramm teilzunehmen, für ein Statusabgrenzung nicht geeignet. Es hat insoweit offen gelassen ob die Pflicht zur Teilnahme an einem auf hundert Tage angelegten Ausbildungsprogramm ausreichend dafür ist, ein auf unbefristete Zeit eingegangenes Versicherungsvertreterverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren (vgl. BAG 15. Dezember 1999, 5 AZR 169/99, aaO). Eine begleitende Ausbildung zum Versicherungskaufmann entspringe dem berechtigten Interesse des Versicherungsunternehmens an einer möglichst effizienten Tätigkeit des Versicherungsververtreters, der wiederum seinerseits von einer solchen Ausbildung profitiere. Insoweit kommt es auf die konkrete Darlegung der Beschränkung in der Freiheit der Gestaltung der Tätigkeit oder eine etwaige Verpflichtung zur Ablegung der Prüfung an (vgl. BAG, 20. September 2000, 5 AZR 271/99, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 8).

bb) Ausweislich des vorgelegten Seminarprogramms (Anlage B15 zur Klageerwidernung, Bl. 84 ff d.A.) ergibt sich ein Umfang von fünf Wochen im Jahr plus zehn Tage Nachschulung bei der Regionaldirektion, d. h. insgesamt 35 Arbeitsage im Jahr. Insgesamt handelt es sich um sieben Grundseminare und ein Prüfungsvorbereitungsseminar. Angesichts der auf Dauer angelegten Vertriebstätigkeit des Beklagten für die Klägerin ist ein solcher Umfang innerhalb einer begrenzten Zeit von rund 18 Monaten nicht geeignet, eine selbständige Tätigkeit in Frage zu stellen. Eine solche berufsbegleitende Ausbildung zu Beginn der Tätigkeit ist mit einer auf Dauer vereinbarten selbständigen Handelsvertreterstätigkeit vereinbar. Soweit Terminvorgaben durch die Lage der Seminare bestanden, wurde diese von der Akademie festgelegt und nicht von der Klägerin.

91

cc) Eine andere Beurteilung folgt nicht daraus, dass nach § 1 Abs. 2 des Vertretervertrages der Abschluss der Ausbildung zum Versicherungsfachmann (BWV) grundsätzlich Voraussetzung für eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses war. Es ist zulässig, dass die Klägerin für die Ausübung der Tätigkeit ein Anforderungsprofil aufstellt, welches auch ein Handelsvertreter zu erfüllen hat. Im Übrigen war nur grundsätzlich auf die Kündigungsmöglichkeit hingewiesen, der fehlende Nachweis dieser Qualifikation führte also nicht zwangsläufig zu einer Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses. Eine Prüfungspflicht wurde dadurch nicht begründet, weil auch ohne den formalen Abschluss bei einer entsprechend qualifizierten und erfolgreichen Tätigkeit die Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses im Einzelfall möglich blieb.

92

e) Die Vereinbarung einer reinen Erfolgsvergütung ist im Rahmen eines selbständigen Versicherungsvertreterverhältnisses ohne weiteres zulässig. Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit dieser Vereinbarung aus sonstigen Gründen bestehen nicht. Ein Anspruch auf übliche Vergütung nach § 612 BGB besteht nicht. Weder kann der Beklagte gegen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aufrechnen noch ist seine Widerklage begründet.

93

3. Das Urteil des Arbeitsgerichts war abzuändern, soweit es Zinsen bereits ab Rechtshängigkeit der Klage (24. Juni 2006) aus einem Betrag von 7.273,71 € zugesprochen hat. Dieser Betrag war in dieser Höhe erst am 28. Februar 2007 fällig geworden, Zinsen können daher erst ab 1. März 2007 aus dieser Summe verlangt werden. Für den darüber hinaus gehenden Betrag waren Zinsen wie von der Klägerin beantragt erst ab 9. August 2007, dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, und nicht bereits ab 9. August 2006 zu zahlen.

94

4. Hinsichtlich der Kostenentscheidung war die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern, weil die Erhebung der Klage vor dem unzuständigen Landgericht Münster nicht berücksichtigt worden war. Insoweit hat die Klägerin die Kosten der Anrufung des unzuständigen

95

Landgerichts zu tragen, § 48 Abs. 1 ArbGG, § 17b Abs. 2 Satz 2 GVG.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte gemäß § 97 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO allein. 96

Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen. 97