Landesarbeitsgericht Hamm, 14 Sa 936/15

Datum:	07.06.2017
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	14. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	14 Sa 936/15
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2017:0607.14SA936.15.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Paderborn, 4 Ca 358/14
Schlagworte:	Arbeitnehmer, Außendienst, Status, Vertreter
Normen:	§ 611 BGB
Leitsätze:	Entscheidend ist bei einer Außendiensttätigkeit, die sowohl im Arbeits- als auch im Handelsvertreterverhältnis ausgeübt werden kann, die Zeithoheit des Vertreters.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 3. Juni 2015 (4 Ca 358/14) unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 5. August 2013 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Es wird weiter festgestellt, dass dieses Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 5. Februar 2014, zugegangen am 6. Februar 2014, weder außerordentlich noch ordentlich beendet worden ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu ¼, die Beklagten zu ¾.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und dessen Beendigung durch eine fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung.

Unter dem 8./10. Juli 2013 schlossen die Parteien einen mit „Handelsvertretervertrag“ überschriebenen Vertrag. In diesem Vertag regelten sie u.a. Folgendes:

§ 1 Rechtliche Stellung des Handelsvertreters

Der Handelsvertreter ist ab dem 05.08.2013 als selbständiger Handelsvertreter für den Unternehmer tätig. Das Gebiet des Handelsvertreters erstreckt sich auf Deutschland. Das Recht des Unternehmers, in diesem Gebiet selbst oder durch Dritte tätig zu werden, bleibt unberührt.

§ 2 Aufgabenbereich

Die Vertretung des Handelsvertreters erstreckt sich auf sämtliche von dem Unternehmer vertriebenen Produkte, welche zum Produktions- und Verkaufsprogramm gehören. (Produkte gemäß Anlage 1 - Provisionstabelle)

§ 3 Pflichten des Handelsvertreters

(…)

4. Der Handelsvertreter wird seinen Aufgaben entsprechend den Weisungen des Unternehmers nachkommen. Bei Weisungen des Unternehmers an den Handelsvertreter ist seine Stellung als selbständiger Gewerbebetreibender zu berücksichtigen.

5. Die Vertretung wird dem Handelsvertreter persönlich übertragen. Er ist nicht berechtigt, die Handelsvertretung ohne ausdrückliche Zustimmung des Unternehmers auf einen Dritten zu übertragen oder die Handelsvertretung durch einen Dritten stillschweigend zu dulden; er kann aber zur Ausübung seiner Handelsvertretertätigkeit Hilfspersonen heranziehen. Diese beabsichtigte Beschäftigung eines Untervertreters ist dem Unternehmen schriftlich mitzuteilen und vom Unternehmer schriftlich zu genehmigen. Geht die Einzelfirma des Handelsvertreters in andere Hände über, so führt dies mangels ausdrücklicher Zustimmung des vertretenden Unternehmers nicht gleichzeitig auch zu einem Übergang des Handelsvertretervertrages auf den neuen Firmeninhaber.

6. Entsprechendes gilt auch dann, wenn der Handelsvertreter als Vertragspartner dieses Handelsvertretervertrages seine Einzelfirma in eine Gesellschaft umwandelt. Ohne ausdrückliche Zustimmung des Unternehmers geht das Vertragsverhältnis in solchen Fällen nicht automatisch auf die Gesellschaft über.

§ 5 Ausbildung

1. Grundlage für die Zusammenarbeit ist eine erfolgreiche abgeschlossene Produkt- und Verkaufsausbildung, die über die Deutsche Akademie für Verkauf, Vertrieb und Marketing erfolgt.

2. Die Kosten für diese Ausbildung trägt der Unternehmer. In diesen Kosten sind die Trainer, die Schulungsräume, die Schulungsmaterialien sowie die Verpflegung am Morgen und am

Mittag während des Schulungstages beinhaltet. (…)

§ 8 Arbeitsverhinderung, Krankheit, Urlaub des Handelsvertreters, nachfolgend Tätigkeitsunterbrechung 16

1. Der Handelsvertreter hat den Unternehmer unverzüglich schriftlich zu unterrichten, wenn er aus krankheitsbedingten oder sonstigen Gründen an der Ausübung seiner Tätigkeit gehindert ist. 17

2. Der Handelsvertreter sollte seinen Urlaub nach Möglichkeit in die geschäftsarme Zeit legen. Urlaub unter einer Woche ist 14 Tage im Voraus abzustimmen. Längere Urlaube sollten möglichst 8 Wochen vor Urlaubsantritt mit dem Unternehmer abgestimmt werden. Entsprechendes gilt auch bezüglich anderer vorübergehender Tätigkeitsunterbrechungen. (…) 18

Bei der Beklagten gibt es mehrere Möglichkeiten, nach denen die auf der Basis eines solchen oder ähnlichen Handelsvertretervertrages beschäftigten Vertreter im Vertrieb tätig werden. Zum einen können sie auf Messen sowie auf von der Beklagten mit weiteren Partnern wie Apotheken veranstalteten Informations- und Verkaufsveranstaltungen tätig werden. Zum anderen sind sie berechtigt, bundesweit ihre Kunden vollständig selbst zu akquirieren. Schließlich besteht für sie seit Dezember 2013 auch die Möglichkeit, mit Unterstützung der Beklagten sog. Gesundheitstage zu organisieren, bei denen die Produkte der Beklagten vorgeführt und beworben werden. 19

Zudem betreibt die Beklagte ein Callcenter, in welchem sich Produktinteressenten telefonisch melden können. Das Callcenter verabredet mit dem Interessenten dann einen Termin mit einem wohnortnahen Vertreter. Die vereinbarten Termine werden per Computersoftware weiterverarbeitet und zu einem Wochenterminplan zusammengestellt. Wird ein Termin in diesem Terminplan frei, so wird er automatisch im Terminplan gestrichen und es kann zu einer Nachbelegung durch das Callcenter kommen. Die an diesem System teilnehmenden Vertreter sind gehalten, vom Zeitplan abweichende Abläufe mindestens 21 Tage zuvor mitzuteilen. Dies erfolgt dahingehend, dass der Vertreter in dem Terminplan durch eine so genannte Belegt-Mitteilung anzeigen kann, an welchen Tagen er keine Termine wahrnehmen will. 20

Die Klägerin nahm an diesem Callcenter-System teilt. Die Termingestaltung seitens der Beklagten erfolgte dergestalt, dass die Klägerin von ihrem Wohnsitz in Q aus ein Verkaufsgebiet in einem Umkreis von bis zu 80 km bearbeitete. 21

Für den 3. Oktober 2013 vergab die Beklagte an die Klägerin Termine. Diese machte den Projektleiter, den Zeugen S, durch eine Belegt-Mitteilung vom 23. September 2013 darauf aufmerksam, dass es sich um einen bundeseinheitlichen Feiertag handele. Des Weiteren wies sie mit E-Mail vom 24. September 2013 darauf hin, dass sie an Feiertagen nicht arbeiten wolle. Der Zeuge S antwortete darauf per E?Mail, dass man grundsätzlich an allen Tagen Termine buche, außer an Sonntagen. Er wies darauf hin, dass eine Belegt-Mitteilung nicht mehr möglich sei. Zugleich forderte er die Klägerin auf, ihre Zeit bis zum Jahresende zu planen, damit solche Terminabsagen vermieden werden können. 22

Mit Schreiben vom 5. Februar 2014 kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin außerordentlich, hilfsweise ordentlich innerhalb der Probezeit. Die Kündigung ging der Klägerin am 6. Februar 2014 zu. Hiergegen hat sie am 27. Februar 2014 Klage erhoben und zudem Weiterbeschäftigung begehrt. Auf die Rüge des Rechtsweges durch die Beklagte ist 23

die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen durch Beschluss des LAG Hamm vom 18. März 2015 (2 Ta 662/14) rechtskräftig für zulässig erklärt worden unter Hinweis darauf, dass es sich vorliegend um einen sic-non-Fall im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts handele. Zusätzlich von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsansprüche hat das Arbeitsgericht abgetrennt und - bestätigt durch das Landesarbeitsgericht - an das Landgericht Karlsruhe verwiesen. Dort hat die Klägerin die Klage zurückgenommen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis begründet worden sei. Sie hat hierzu behauptet, sie habe keinerlei Möglichkeiten gehabt, eigene Termine zu vergeben, weil die Terminvergabe ausschließlich über das Callcenter der Beklagten erfolgt sei. Sie habe drei bis vier Kundentermine pro Tag wahrnehmen müssen, wobei ein Kundentermin einen Zeitumfang von zwei Stunden gehabt habe, aber durchaus auch mal über drei Stunden habe dauern können. Zu beachten sei, dass jeweils noch die Fahrzeit hinzugerechnet werden müsse. Sie habe zudem die Weisung gehabt, die automatisch nachgerückten Termine im Falle einer Absage wahrzunehmen. Dadurch sei ihre Zeiteinteilung durch die Beklagte bestimmt worden. Die Beklagte habe deutlich gemacht, dass sie Belegt-Mitteilungen von der Klägerin nicht akzeptieren werde. Dadurch sei die Klägerin in ihrer Zeiteinteilung nicht selbstständig, sondern durch die Beklagte und ihren Betriebsablauf bestimmt gewesen. Belegt-Meldungen seien nicht automatisch im System freigeschaltet worden, sondern hätten von der Beklagten akzeptiert, bestätigt und freigegeben werden müssen; erst danach seien die Zeiträume für eine Terminvergabe blockiert gewesen. Eine Flexibilität der Klägerin habe nicht bestanden. Deutlich werde dies insbesondere durch die Belegung von Terminen am 3. Oktober 2013 und der Reaktion der Beklagten auf die Belegt-Mitteilung der Klägerin vom 23. September 2013. Die Beklagte habe die Belegt-Meldung zunächst nicht akzeptiert und nach erneutem Hinweis der Klägerin, dass sie an Sonntagen an Feiertagen nicht arbeite, verlangt, dass die Klägerin ihre Zeit bis zum Jahresende plane. Zudem habe die Klägerin im Dezember 2013 für zwei Wochen eine Belegt-Mitteilung eingestellt. Daraufhin sei sie von der Beklagten gefragt worden, ob sie das wirklich so wolle. Generell seien Belegt-Mitteilungen von der Beklagten nicht gerne gesehen worden. Es sei im Anschluss an solche Mitteilungen häufig zu Kündigungen gekommen. Das zeige sich auch in dem Fall der Klägerin. Auch ein Ausstieg aus dem Callcenter-System der Beklagten sei nicht erwünscht gewesen. Durch die Einbindung in die Organisationsstruktur und die von der Beklagten vorgegebenen Termine, habe für die Klägerin kein Spielraum bestanden, als Mehrfachvertreterin auch für andere Unternehmen tätig zu werden. Sie sei allein im Dienste der Beklagten tätig gewesen. Sie habe auch keine Möglichkeit gehabt, ihren Urlaub frei zu planen. Dies habe sie vielmehr mit der Beklagten absprechen und von dieser genehmigen lassen müssen, indem eine entsprechende Belegt-Meldung von der Beklagten auf Akzeptanz geprüft und erst danach von ihr freigegeben worden sei. Zuständig für die Freigabe von Belegt-Meldungen seien S und N gewesen. Die Klägerin habe zudem von der Beklagten Dienstkleidung (bestehend aus Poloshirt und Jacke mit i-Logo) kaufen und bei Kundengesprächen tragen müssen. Dies sei ihr bei einer Einarbeitungsveranstaltung mit den Worten vorgegeben worden, wer erfolgreich sein wolle, der müsse diese Dienstkleidung tragen. 24

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, 25

1. festzustellen, dass zwischen der klägerischen und beklagten Partei seit dem 5. August 2013 ein Arbeitsverhältnis besteht, 26

27

2. a) festzustellen, dass das gemäß Antrag zu Ziffer 1. bestehende Arbeitsverhältnis der Klägerin weder durch die schriftliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 5. Februar 2014, zugegangen am 6. Februar 2014, beendet worden ist,

b) festzustellen, dass das gemäß Antrag zu Ziffer 1. bestehende Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 5. Februar 2014, zugegangen am 6. Februar 2014, nicht aufgelöst worden ist, 28

3. für den Fall, dass die Beklagte im Gütetermin nicht zu Protokoll des Gerichts erklärt, dass sie die Klägerin weiterbeschäftigen wird, sofern ein der Klage stattgebendes Urteil ergeht, die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 2. zu den folgenden Arbeitsbedingungen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen: 29

- Vertragsparteien sind die Parteien dieses Rechtsstreits, 30

- das Arbeitsverhältnis beginnt am 5. Augst 2013, 31

- der Arbeitsort erstreckt sich auf einen Umkreis von ca. 80 km um den Wohnsitz Q der Klägerin, 32

- die Tätigkeit der Klägerin erstreckt sich auf den im Außendienst zu erbringenden Vertrieb, der von der Beklagten vertriebenen Produkte, welche zum Produktions- und Verkaufsprogramm gehören, 33

- die Höhe des regelmäßigen monatlichen Bruttoarbeitsentgeltes beträgt 2.250,00 Euro und ist zum Ende eines jeden Monats zur Zahlung fällig, 34

- die Arbeitszeit beträgt 40 Stunden pro Woche, 35

- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubes beträgt 24 Werktage, 36

- eine Kündigung ist für beide Parteien nur unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen zulässig; verlängert sich die Kündigungsfrist aus tariflichen oder gesetzlichen Gründen, gilt diese Verlängerung auch für beide Parteien, 37

hilfsweise 38

die Klägerin für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 2. zu den in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 5. August 2013 geregelten Bedingungen als Arbeitnehmer bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen. 39

Die Beklagte hat beantragt, 40

die Klage abzuweisen. 41

Die Beklagte hat bestritten, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Klägerin habe der Beklagten weder eine Krankenversicherung mitgeteilt noch eine Gehaltsabrechnung gefordert und die erteilten Provisionsabrechnungen nie zurückgewiesen. In die Organisation der Beklagten sei die Klägerin nicht eingegliedert worden. Es habe keine Zeiterfassung stattgefunden, wie es bei den Angestellten der Beklagten der Fall sei. Sie sei in der Einteilung ihrer Arbeitszeit völlig frei gewesen. Darüber hinaus habe sie auch 42

selbstständig Termine vereinbaren können. Insbesondere hätte sie über die Teilnahme am Callcenter hinaus auch bei Messen oder Verkaufsveranstaltungen Termine wahrnehmen können. Das System des Callcenters sei lediglich ein Angebot an die Handelsvertreter. Diese könnten daran teilnehmen, wenn sie dies wollten, oder es aber sein lassen. Es sei jedoch immer möglich, neben diesem System selbstständig in ganz Deutschland Termine zu vereinbaren. Es sei lediglich als Hilfestellung gedacht, um einen Einstieg zu erleichtern. Diesbezüglich sei es der Beklagten am liebsten, die Handelsvertreter würden vollständig in eigener Initiative tätig werden und neue Kunden akquirieren. Da die Klägerin mit einer Terminvergabe durch das Callcenter einverstanden gewesen sei, sei sie absprachegemäß gebeten worden, Zeiträume mitzuteilen, zu welchen sie keinen Termin wahrnehmen könne. In den Zeiträumen, in denen sich die Klägerin bereit erklärt habe, an der Terminvergabe teilzunehmen, seien Termine vergeben worden. Die Beklagte habe generell darauf geachtet, diese Zeiten nach Möglichkeit auch auszuschöpfen. Insofern sei es nur sinnvoll gewesen, dass auch abgesagte Termine nachbelegt worden seien. Da es sich um eine vollautomatische Terminierung und Organisation handele, sei es so, dass Kunden nicht von heute auf morgen Termine vereinbaren würden, sondern dass eine Vorlaufzeit von mindestens drei Wochen zu berücksichtigen sei und der Handelsvertreter daher für den entsprechenden Zeitraum im Voraus mitteilen solle und müsse, wenn er keine Zeit habe bzw. für welche Zeiträume er keine Termine wahrnehmen wolle. Durch die Teilnahme am System habe die Klägerin keine Kaltakquise durchführen müssen. Die Beklagte bewerbe zudem ihre Produkte, dadurch komme es zu Anrufen im Callcenter. Werbung und Betrieb des Callcenters kosteten eine sechsstellige Summe, daher erwarte die Beklagte von den teilnehmenden Handelsvertretern, dass sie zur Verfügung stehen, insbesondere um auch regional gebundene Werbung über Google AdWords platzieren zu können. Dementsprechend habe der Zeuge S die Klägerin zwar gebeten, ihre Planungen bis zum Jahresende mitzuteilen, sie jedoch nicht aufgefordert, bis zu diesem Zeitpunkt für die Beklagte tätig zu sein. Kein Arbeitnehmer habe die Freiheit, drei Wochen vorher mitteilen zu können, nicht arbeiten zu wollen. Die Beklagte habe bei Belegt-Meldungen die Einhaltung der Ankündigungsfrist geprüft. Konkrete Ablehnungen aus anderen Gründen trage die Klägerin nicht vor. Grundsätzlich vergebe die Beklagte Termine auch an Sonn- und Feiertagen, was darauf zurückzuführen sei, dass sie auf vielen Verkaufsveranstaltungen und Messen tätig sei, die selbstverständlich auch an solchen Tagen stattfinden würden. Etwas Anderes sei der Klägerin nie mitgeteilt worden. Dass Urlaubszeiten abzusprechen seien, sei selbstverständlich. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Beklagte dafür Sorge tragen müsse, dass nicht alle Handelsvertreter zeitgleich in den Urlaub gehen würden. Es sei aber nicht so, dass die Klägerin Urlaubsanträge habe stellen und diese von der Geschäftsleitung habe genehmigen lassen müssen. Ebenso unzutreffend sei, dass für die Klägerin keine Möglichkeit bestanden habe, für andere Unternehmen tätig zu werden. Die Beklagte habe dies zu keinem Zeitpunkt verboten. Dienstkleidung sei der Klägerin von der Beklagten zwar zur Verfügung gestellt worden. Es habe jedoch zu keiner Zeit ein Zwang bestanden, die gestellten Kleidungsstücke zu tragen. Die Handelsvertreter seien lediglich gebeten worden, möglichst einheitlich bei den Kunden aufzutreten. Ob der Handelsvertreter dies tue, sei aber ihm selbst überlassen. Es habe sowieso nicht durch die Beklagte kontrolliert werden können.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin sei keine Arbeitnehmerin gewesen. Sie sei in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit frei gewesen. Durch die Belegt-Mitteilungen habe sie selbst entscheiden können, an welchen Tagen sie Termine wahrnehmen wollte und an welchen nicht. Das sei ein gravierender Unterschied zu einem abhängigen Arbeitnehmer. Wie lange sie im Voraus die Termine habe festlegen müssen, hat auf die Weisungsfreiheit keine Auswirkungen. Im Übrigen ergebe sich aus dem Vortrag der Klägerin keine Weisungsgebundenheit bei Urlaub oder dem Tragen von Dienstkleidung. 43

Wegen der weiteren Einzelheiten zur Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Seite 9 bis 13, Bl. 338 bis 342 d. A.) verwiesen.

Das Urteil wurde der Klägerin am 16. Juni 2015 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 30. Juni 2015 eingelegte und mit dem 28. Juli 2015 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung der Klägerin. 44

Die Klägerin rügt, dass das Arbeitsgericht den Vortrag zur notwendigen Akzeptanz einer Belegt-Mitteilung rechtlich falsch bewertet und die dazu angebotenen Beweise nicht erhoben habe. Auch Urlaubszeiten habe die Klägerin nicht lediglich anzeigen müssen. Die Ankündigungsfrist gewähre lediglich der Beklagten, angesichts der kurzfristigen Terminmitteilungen jedoch nicht der Klägerin Planungssicherheit. Zudem könne die Klägerin nicht wie typischerweise bei einer selbstständigen Tätigkeit kurzfristig freie Zeiten in Anspruch nehmen. Dementsprechend sei es ihr durch die Einbindung in die Organisationsstruktur der Beklagten nicht möglich gewesen, als Mehrfachvertreterin für andere Unternehmen tätig zu sein. Im Einzelnen trägt sie ergänzend vor: 45

Es habe eine Teilnahmeverpflichtung der Klägerin am Callcenter-System bestanden. Andernfalls hätte sie von einer weiteren Teilnahme Abstand genommen. Die Teilnahme werde von der Beklagten als Grundlage für eine erfolgreiche Zusammenarbeit vorausgesetzt. Termine seien fest zugewiesen worden und hätten auch ohne Bestätigung durchgeführt werden müssen. Die Terminbestätigung habe lediglich formalen Charakter gehabt. Soweit keine Bestätigung erfolgt sei, habe man die Klägerin wie z. B. mit der E?Mail vom 23. September 2013 (Bl. 466 f.) zur Bestätigung aufgefordert. Da ausbleibende Bestätigungen zu Abmahnungen und telefonischen Diskussionen mit dem Zeugen S geführt hätten, seien diese unterblieben. Belegt-Meldungen seien von S und N geprüft und hätten von diesen akzeptiert werden müssen, gleiches gelte für angezeigten Urlaub. 46

Der Klägerin sei es nicht möglich gewesen, außerhalb des Callcenters eigenständig Termine mit potentiellen Kunden zu vereinbaren. Ein direkter Kundenkontakt sei ihr wie allen anderen „Handelsvertretern“ nicht gestattet gewesen. Sie habe stets das Callcenter oder den Zeugen S informieren müssen. Habe ein Kunde bei einem vereinbarten Termin nicht geöffnet, habe sie ihn nicht selbst anrufen dürfen, selbst wenn sie vor der Wohnungstür gewartet habe. So habe die Klägerin im September 2013 eine Kundin nicht angetroffen, aber deren Sohn, dem sie ihre Telefonnummer hinterlassen habe. Mit E-Mail vom 24. September 2013 (Bl. 610 d. A.) habe die Beklagte mitgeteilt, dass selbst in solchen Fällen eine Kontaktaufnahme zum Kunden nur über sie erfolge. Es sei auch auf der Schulung deutlich gemacht worden, dass eine direkte Kontaktaufnahme verboten ist. 47

Hinsichtlich Umfang und Inhalt der Belegt-Meldungen hätten durch das Handbuch CRM 2.0 VP-Modul (Bl. 611 ff. d. A.) konkrete Vorgaben bestanden. Unter Nr. 7.3 seien die Felder genannt, die zwingend für Versand und Freigabe des Antrags hätten ausgefüllt werden müssen. Daraus folgt auch der Antragscharakter. Aus Nr. 4.4. ergebe sich, dass ein Termin von der Klägerin nicht habe abgesagt werden können. 48

Zur Vorbereitung ihrer Tätigkeit habe die Klägerin an einer einwöchigen Schulung teilnehmen müssen. Basis sei der „Verkaufsleitfaden ROM“ gewesen, welchen sie habe auswendig lernen müssen. Er sei im Rahmen der Schulung abgefragt worden verbunden mit der Weisung der Beklagten, dass der Leitfaden exakt so beim Kunden einzusetzen sei. Inhaltlich würden sämtliche Tätigkeiten vorgegeben, wie z. B. die Vorbereitung auf den Termin, die Kontaktaufnahme und der Aufbau von Vertrauen im Kundenkontakt, das Verhalten bei der Begrüßung an der Tür usw. durchzuführen seien. Die Kontrolle sei spontan und ohne 49

Vorankündigung durch die Teilnahme eines Mitarbeiters der Beklagten an einem Kundentermin erfolgt, im Falle der Klägerin durch den Zeugen T1. Die Schulung selbst sei durch die mit der Beklagten z. B. in der Person des dortigen Geschäftsführers eng verbundene E1 durchgeführt worden, das Schulungspersonal habe sich aus Beschäftigten der Beklagten rekrutiert. Die erfolgreich absolvierte Schulung sei vertraglich verpflichtend für eine Fortsetzung gewesen, Alternativen hätten nicht bestanden.

Voraussetzung für eine erfolgreich abgeschlossene Schulung sei nach dem dafür erstellten Leitfaden (Bl. 636 ff. d. A.) die komplette mobile Ausstattung durch die E1 gewesen, welche die Klägerin habe anmieten müssen. Zusätzliche Software habe auf den Geräten nicht genutzt werden dürfen. Zudem habe die Klägerin drei Wochen vor Schulungsbeginn mit dem im Leitfaden genannten Mobilfunkanbieter MBC in Kontakt treten und zur Schulung eine aktivierte SIM-Karte mitbringen müssen. 50

Weiterhin habe die Verpflichtung bestanden, das Buch „Andullation - Quelle der Gesundheit“ kostenlos jedem Kunden zu übergeben; das ergebe sich aus der E-Mail vom 30. Oktober 2013 (Bl. 462 d. A.). Es habe als Erstausstattung von der Klägerin zum Preis von 2,22 € je Exemplar zzgl. MwSt. von der Beklagten erworben werden müssen. Der Lagerbestand sei unaufgefordert immer wieder aufgefüllt worden. Zudem habe die Klägerin am Ende der Schulung die Dienstkleidung für 119,00 Euro kaufen müssen. Durch die Kernaussage, wer erfolgreich sein wolle, solle auch diese Kleidung tragen, habe sich die Klägerin mental erheblich unter Druck gesetzt gefühlt, die Kleidung zu kaufen. 51

Ab Dezember 2013 habe die Beklagte ihr Vertriebskonzept geändert. Es habe nur noch vereinzelt Termine unter der Woche geben sollen. Die Klägerin habe wie alle anderen Vertreter vermehrt Gesundheitstage an Wochenenden veranstalten sollen. Hierfür habe die Beklagte ein verbindliches Informationsblatt (Bl. 468 ff. d. A.) herausgegeben mit der Vorgabe, fünf bis acht Systeme zu verkaufen. Für die Veranstaltungen sei ihr ein Messeverkäufer zugeteilt worden. Sie sei für die Planung und Organisation zuständig gewesen; der zugeteilte Verkäufer habe nur noch verkaufen müssen. Nach einmaliger Ausführung habe die Klägerin von der Durchführung weiterer Gesundheitstage Abstand genommen. 52

Die Klägerin beantragt, 53

das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 3. Juni 2015 (4 Ca 358/14) abzuändern und nach den Schlussanträgen der I. Instanz zu erkennen, hinsichtlich des Antrags zu 3. wie folgt: 54

a) die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 2. zu den folgenden Arbeitsbedingungen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen: 55

- Vertragsparteien sind die Parteien dieses Rechtsstreits, 56

- das Arbeitsverhältnis beginnt am 5. Augst 2013, 57

- der Arbeitsort erstreckt sich auf einen Umkreis von ca. 80 km um den Wohnsitz Q der Klägerin, 58

- die Tätigkeit der Klägerin erstreckt sich auf den im Außendienst zu erbringenden Vertrieb, der von der Beklagten vertriebenen Produkte, welche zum Produktions- und Verkaufsprogramm gehören, 59

- die Höhe des regelmäßigen monatlichen Bruttoarbeitsentgeltes orientiert sich im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB an die für die Tätigkeit der Klägerin üblich zu leistende Vergütung, welche in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 2.250,00 Euro, und ist zum Ende eines jeden Monats zur Zahlung fällig, 60

- die Arbeitszeit beträgt 40 Stunden pro Woche, 61

- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubes beträgt 24 Werktage, 62

- eine Kündigung ist für beide Parteien nur unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen zulässig; verlängert sich die Kündigungsfrist aus tariflichen oder gesetzlichen Gründen, gilt diese Verlängerung auch für beide Parteien, 63

hilfsweise 64

b) die Klägerin für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 2. zu den in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 5. August 2013 geregelten Bedingungen als Arbeitnehmer bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen. 65

vorsorglich hilfsweise 66

c) aa) die Beklagte zur Auskunft zu verurteilen, zu welchen Vertragsbedingungen mit dem Tätigkeitsbereich der Klägerin vergleichbare Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt sind, und insbesondere zu erklären 67

- an welchem Arbeitsort vergleichbare Arbeitnehmer der Beklagten tätig sind 68

- welcher Aufgabenbereich vergleichbaren Arbeitnehmern der Beklagten obliegt, 69

- welche Pflichten vergleichbaren Arbeitnehmern der Beklagten obliegen, 70

- welche Pflichten die Beklagte gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern nachzukommen hat, 71

- die Zusammensetzung und Höhe des vereinbarten Arbeitsentgeltes einschließlich Zuschläge, Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie deren Fälligkeit, 72

- die mit vergleichbaren Arbeitnehmern vereinbarte Arbeitszeit 73

- die mit vergleichbaren Arbeitnehmern vereinbarte Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs, 74

- die mit vergleichbaren Arbeitnehmern vereinbarte Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses; 75

bb) die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 2. zu den sich aus der Ziffer 3 c) aa) des Klageantrags erteilten Auskunft zu beschäftigen. 76

Die Beklagte beantragt, 77

die Klage abzuweisen 78

79

Die Beklagte rügt die Zulässigkeit der Berufung, weil diese sich trotz der mitgeteilten Umfirmierung und der Rubrumsänderung in der ersten Instanz weiterhin gegen die AG richte. Im Übrigen verteidigt sie die erstinstanzliche Entscheidung als zutreffend. Die Klägerin verkenne, dass sie nicht am Callcenter-System habe teilnehmen müssen und im Falle der Teilnahme durch Belegt-Mitteilungen freie Zeiten habe in Anspruch nehmen können. Eine Akzeptanzprüfung bleibe bestritten. Konkreter Vortrag fehle wie auch zur behaupteten Urlaubsgenehmigung. Sie habe - abgesehen von der zeitlichen Bindung im Rahmen der 21-Tage-Frist, die lediglich die Einhaltung vertraglich vereinbarter Leistungspflichten bedeute - ihre Tätigkeit zeitlich und inhaltlich frei gestalten können. Ergänzend trägt die Beklagte vor:

Die Teilnahme am Callcenter-System sei freiwillig und unabhängig von der sonstigen Tätigkeit als Handelsvertreter gewesen. Bei der Generierung der Termine per SAP würden die Handelsvertreter automatisch per E--Mail unterrichtet, so z. B. mit der von der Klägerin vorgelegten E-Mail vom 23. September 2013. Diese Termine hätten ausweislich dieser Mail bestätigt werden müssen, erst nach Bestätigung sei die Mitteilung von Details wie mit der Mail vom 30. September 2013 erfolgt. Der Handelsvertreter habe den konkreten Termin trotz genereller Verfügbarkeit ablehnen können. Für den 3. Oktober 2013 habe die Klägerin zunächst zwei ihr mitgeteilte Termine bestätigt, bevor sie mit E-Mail vom 24. September 2013 den Feiertag reklamiert habe. Die Belegt-Meldung für diesen Tag habe die 21-Tage-Frist nicht eingehalten. Hinsichtlich ihres Urlaubs trage die Klägerin nicht vor, wann ihr dieser verweigert worden sein soll. 80

Schlicht falsch sei es, dass ein direkter Kundenkontakt verboten worden sei. Die Kontaktdaten seien wie z. B: in der E-Mail vom 30. September 2013 mitgeteilt worden. Die Klägerin hätte dadurch Termine auch verschieben können. Die Terminvergabe habe Luft für eigene Termine gelassen. Der Zeuge S sei kein Vorgesetzter gewesen, die Klägerin habe ihn nicht über neue Kontakte informieren müssen. Aus dem Handbuch CRM 2.0 VP-Modul, Nr. 7.1 und 8, ergebe sich, dass die Klägerin sog. Eigentermine machen und beim besuchten Kunden habe nachfassen können. Das Handbuch erkläre im Übrigen den Umgang mit dem Programm der Terminvergabe. Anschaulich sei es insbesondere hinsichtlich der Bestätigung unter Nr. 4.2 und 4.3. Aus Nr. 7 ergebe sich lediglich, dass die Klägerin Belegt-Meldungen zeitnah zu erbringen hat. Eine Kommunikation über Verhinderungsfälle sei im Übrigen notwendig. Auch kurzfristige Verhinderungsfälle könnten gemeldet werden. Schließlich benötige die Beklagte und deren Kunden Planungssicherheit, insbesondere wenn die Klägerin an einem System der Beklagten teilnehme und die Beklagte die Termine vermitteln solle. Es sei weiterhin nicht ersichtlich, wann welche Belegt-Meldung der Klägerin von der Beklagten nicht akzeptiert worden sei. 81

Eine Verpflichtung zur Schulung werde bestritten. § 5 Handelsvertretervertrag gebe nur die letztendlich vereinbarte Regelung wieder. Die Beklagte wolle nur Handelsvertreter mit abgeschlossener Vertriebsausbildung beschäftigen. Soweit diese durch eine Schulung bei der VHS oder bei Berufserfahrung vorgelegen habe, sei eine solche Regelung nicht vereinbart worden. Bei der Klägerin habe eine solche Ausbildung nicht vorgelegen. Die Beklagte habe ihr alternativ zu einer anderen Ausbildung angeboten, die seitens der E1 angebotene Schulung wahrzunehmen vor dem Hintergrund der jahrelangen Zusammenarbeit und des Zuschnitts auf die Produkte der Beklagten. Darauf hätten sich die Parteien geeinigt. Insoweit habe sich die Klägerin ihrem Wunsch entsprechend letztlich selbst zu der Schulung verpflichtet. Der Verkaufsleitfaden sei lediglich ein Vorschlag, die Umsetzung habe allein der Klägerin bzw. den Handelsvertretern oblegen. Soweit die Klägerin behauptet, sie sei durch einen Mitarbeiter T1 kontrolliert worden, sei der Sachvortrag unsubstanziiert, wann, wo und bei welchem Kunden diese Kontrolle erfolgt sein soll. Der Vortrag werde bestritten. Eine 82

Kontrolle habe nicht stattgefunden. Die E1 sei im Übrigen eine selbständige Firma, es habe nur teilweise eine Personenidentität vorgelegen. Der Umzug an dieselbe Anschrift wie die Beklagte sei erst im September 2015 erfolgt.

Die Anschaffung von Arbeitsmitteln sei notwendig gewesen, die Klägerin habe dies ohne Anweisung der Beklagten beschafft. Es habe keine Verpflichtung zur Anmietung der Gerätschaften bei der E1 gegeben. Die Klägerin habe nur mobil erreichbar sein müssen. Es habe zahlreiche Vertreter gegeben, welche eigene Systeme genutzt hätten. 83

Die Bücher hätten nur zur Verkaufsunterstützung gedient. Die kostenlose Abgabe an Kunden sei lediglich ein Verkaufstipp, welcher das Eis brechen solle. Die von der Klägerin erwähnte E-Mail enthalte lediglich eine Bitte. Eine unaufgeforderte Auffüllung des Lagerbestandes werde bestritten. Ebenso wenig habe eine Pflicht bestanden, Dienstkleidung zu tragen. 84

Die „Gesundheitstage“ seien ein weiteres Vertriebskonzept, es habe den Handelsvertretern freigestanden, diese durchzuführen oder nicht. Bei der angegebenen Zahl zu verkaufender Systemen habe es sich nicht um Zielvorgaben, sondern um Orientierungsgrößen für wirtschaftliche Durchführung gehandelt. Es habe keine Zeitvorgaben gegeben, die Lage am Wochenende sei zwecks größerer Reichweite bei Berufstätigen empfohlen worden. Abweichende Uhrzeiten usw. seien jederzeit nach Absprache möglich gewesen. Auch die Hinzuziehung eines Messeverkäufers habe freigestanden. Soweit nur einzelne Termine ab Dezember 2013 noch vergeben worden sein sollten, habe es der Klägerin freigestanden, diese Zeit mit eigener Akquise zu füllen. Die Klägerin trage nicht vor, wer die Vorgabe zur Durchführung von Gesundheitstagen seitens der Beklagten gemacht haben soll. Die Klägerin habe entschieden, diese nicht mehr durchzuführen. 85

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien zur Sach- und Rechtslage wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Sitzungen des Arbeitsgerichts vom 2. April 2014 und 3. Juni 2015 sowie des Landesarbeitsgerichts vom 1. Dezember 2015 und 24. Januar 2017 verwiesen. 86

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen E, J, S und T1. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der Sitzung des Landesarbeitsgerichts am 24. Januar 2017 verwiesen. 87

Entscheidungsgründe 88

Die zulässige Berufung der Klägerin ist überwiegend begründet. Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis, welches durch die Kündigung der Beklagten vom 5. Februar 2014 nicht aufgelöst worden ist. Unbegründet ist die mit dem Antrag zu 3. begehrte Weiterbeschäftigung. 89

I. Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und innerhalb der verlängerten Frist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 und 5 ArbGG) ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG) begründet worden. Insbesondere ist es unschädlich, dass die Klägerin in der Berufungsschrift die Beklagte als „*i AG, …, ges. vertreten durch N sowie durch V sowie durch O“* bezeichnet hat. 90

91

1. Nach § 519 Abs. 2 ZPO muss die Berufungsschrift die Bezeichnung des angefochtenen Urteils und die Erklärung enthalten, dass dagegen Berufung eingelegt werde. Diesem Erfordernis ist nach der Rechtsprechung nur dann genügt, wenn bei der Einlegung des Rechtsmittels aus der Rechtsmittelschrift oder in Verbindung mit sonstigen Unterlagen oder Umständen sowohl der Rechtsmittelkläger als auch der Rechtsmittelbeklagte erkennbar sind oder doch jedenfalls bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist erkennbar werden. Die Einhaltung dieser an den Inhalt der Berufungsschrift zu stellenden Anforderungen dient - sowohl im Interesse der Erkennbarkeit der in zweiter Instanz am Rechtsstreit Beteiligten für das Berufungsgericht als auch im Interesse der Parteien - einem geregelten Ablauf des Verfahrens, der Rechtssicherheit und den schutzwürdigen Belangen des Rechtsmittelbeklagten an alsbaldiger Zustellung der Rechtsmittelschrift (vgl. BGH, 24. Juli 2013, XII ZB 56/13, Rn. 7).

2. Die Beklagte ist im Rubrum der Berufungsschrift erkennbar falsch bezeichnet worden. 92
Danach ist Rechtsmittelbeklagte zwar angeblich eine *i AG*; aus dem beigefügten Urteil ergibt sich aber, dass sich die Berufung gegen ein Urteil in einem Verfahren mit der *i GmbH* richtet. Tatsächlich ist die *i GmbH* Vertragspartner der Klägerin, welche aufgrund einer formwechselnden Umwandlung aus der *i AG* hervorgegangen ist, mit welcher die Klägerin den hier strittigen Handelsvertretervertrag ursprünglich geschlossen hatte. Auch wenn aus vermeidbarer Nachlässigkeit heraus die Bezeichnung der Rechtsmittelbeklagten falsch ist, ergibt sich selbst für die Beklagte eindeutig, dass sie als GmbH Partei des Verfahrens ist.

Die Parteien haben zudem im Kammertermin übereinstimmend das Rubrum der Beklagten 93
berichtigt. Damit ist klargestellt, dass die Berufung sich von vornherein gegen die Beklagte richtete. Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen spätestens seitdem nicht mehr.

II. Die Klägerin ist Arbeitnehmerin der Beklagten. 94

1. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen 95
zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Dementsprechend ist ein Arbeitsverhältnis anzunehmen, wenn die Leistung von Diensten nach Weisung des Dienstberechtigten und gegen Zahlung von Entgelt Schwerpunkt des durch privatrechtlichen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses 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 und Abs. 2 HGB). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an. 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, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (vgl. BAG, 27. August 2016, 7 AZR 625/15, Rn. 14; 14. Juni 2016, 9 AZR 305/15, Rn. 15; 11. August 2015, 9 AZR 98/14, Rn. 16;

21. Juli 2015, 9 AZR 484/14, Rn. 20; 15. Februar 2012, 10 AZR 111/11, Rn. 14).

Der hinreichende Grad persönlicher Abhängigkeit kann sich dabei auch aus einer sehr detaillierten und den Freiraum der Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder der tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen (vgl. BAG, 15. Februar 2012, 10 AZR 111/11, Rn. 14). Der Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl durch die Parteien bedeutet nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. BAG, 11. August 2015, 9 AZR 98/14, Rn. 22). Spricht die tatsächliche Handhabung der Vertragsbeziehung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis, müssen sich die Vertragsparteien grundsätzlich an dem von ihnen gewählten Vertragstypus festhalten lassen (vgl. BAG, 9. Juni 2010, 5 AZR 332/09, Rn. 19). 96

2. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass zwischen den Parteien trotz des abgeschlossenen Handelsvertretervertrages ein Arbeitsverhältnis aufgrund der tatsächlichen Handhabung der Vertragsbeziehung bestanden hat. 97

a) Die Parteien haben einen schriftlichen als „Handelsvertretervertrag“ bezeichneten Vertrag geschlossen. Dieser enthält seinem wesentlichen Inhalt nach eine Regelung der wechselseitigen Rechte und Pflichten eines Handelsvertreterverhältnisses im Sinne der §§ 84 ff. HGB. Danach soll die Klägerin als selbständige Handelsvertreterin für die Beklagte deutschlandweit deren Produkte vertreiben (§§ 1 und 2 Handelsvertretervertrag - im Folgenden HV). Vorgaben oder Weisungsrechte zur einzuhaltenden Arbeitszeit oder zur Gestaltung der Tätigkeit bestehen grundsätzlich nicht. Soweit bestimmte Regelungen der Klägerin im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit Pflichten gegenüber der Beklagten auferlegen, halten sich diese im Rahmen der zulässigen Einschränkungen der Selbständigkeit. § 3 Nr. 4 HV gibt lediglich deklaratorisch das auch im Handelsvertreterverhältnis bestehende Weisungsrecht des Unternehmers nach § 665 BGB und seine Grenzen wieder (vgl. EBJS/Löwisch, HGB, 3. Auflage 2014, § 86 Rn. 42 f.). Die Fortbildungsverpflichtung nach § 5 HV ist durch das Interesse der Beklagten, welches die Klägerin gemäß § 86 Abs. 1 HGB zu wahren hat, an einer qualifizierten Tätigkeit ihrer Handelsvertreter gedeckt. Die in § 8 HV statuierten Mitteilungspflichten im Falle von Arbeitsunfähigkeit und sonstiger Hinderungsgründe für eine Ausübung der Tätigkeit konkretisiert die nach § 86 Abs. 2 HGB bestehende Benachrichtigungspflicht. Nachweise für die Arbeitsunfähigkeit werden nicht gefordert. Das Erfordernis, innerhalb bestimmter Fristen bis zu einwöchigen und längeren Urlaub abzustimmen, begründet zum einen keinen Genehmigungsvorbehalt, zum anderen ist auch dieser Vorbehalt von der Interessenwahrungspflicht nach § 86 Abs. 1 HGB gedeckt. Die Regelungen in § 3 Nr. 5 und 6 HV schließen im Wesentlichen den Wechsel des Vertragspartners bzw. den Beitritt eines weiteren Vertragspartners ohne Zustimmung der Beklagten aus. Der Einsatz von Hilfspersonen ist dagegen zulässig, allerdings findet sich hier die für ein Handelsvertreterverhältnis untypische Einschränkung, wonach ein Genehmigungsvorbehalt der Beklagten besteht, soweit diese Personen als Untervertreter eingesetzt werden. Dieser Vorbehalt bei der Einstellung und Auswahl von Personal reicht allerdings allein nicht für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin aus. 98

99

b) Die Klägerin war jedoch durch die Einbindung in das Callcenter-System nicht in der Lage, ihre Arbeitszeit im Wesentlichen frei zu bestimmen.

aa) Die Klägerin hatte als Vertreterin für die Beklagte deren Produkte zu vertreiben. Solche Außendiensttätigkeiten können sowohl in abhängiger Beschäftigung als Arbeitnehmer als auch im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit als Handelsvertreter erbracht werden. Aufgrund der Eigenart dieser kundenorientierten Vertriebstätigkeit bestehen sowohl bei der zeitlichen als auch der inhaltlichen Gestaltung Freiheiten des Vertreters, die sich von der Eingliederung einer ortsgebundenen Tätigkeit in betriebliche Abläufe unterscheidet. Die Kontrolle der Leistung eines Vertreters und der Informationsaustausch mit dem Unternehmer qualifizieren die Kommunikation nicht zu einer arbeitsrechtlichen Weisung; maßgeblich ist für diese Tätigkeit die eingeräumte Zeithoheit (vgl. LAG Köln, 20. April 2015, 2 Sa 998/14, Rn. 47). Es fehlt dann an einer im wesentlichen freien Bestimmung der Arbeitszeit, wenn aufgrund der tatsächlich vorhandenen Vertriebsstruktur der Vertreter zeitlich uneingeschränkt zur Verfügung stehen muss, um ihm zugewiesene Termine wahrzunehmen, und dadurch eine eigene zeitliche Gestaltung seiner Tätigkeit weitestgehend ausgeschlossen ist. Dies ist bei dem Vertriebssystem der Beklagten der Fall. 100

bb) Nach den Angaben des Zeugen S beruht der Vertrieb über die vom Callcenter vermittelten Hausbesuche auf Anzeigenkampagnen der Beklagten über Google-AdWords. Diese laufen dergestalt ab, dass bestimmte Beschwerdebilder als Suchbegriffe verwendet und daran dann Werbeanzeigen für die Beklagte geknüpft werden. Ein Klick auf den Link führt aber noch nicht zum Kontakt. Dazu müssen die Interessenten einen Schmerztest ausfüllen sowie eine komplette Adresse angegeben. Liegt beides vor, wird diese Information an das Callcenter weitergegeben, welches dann mit dem Kunden Termine ausmacht. Vereinbarte Termine werden an den Vertreter weitergegeben, und zwar im Voraus für 14 Tage, allerdings kann ein Termin auch relativ kurzfristig zugewiesen werden. Im Fall einer Absage wird nach Möglichkeit für eine zügige Nachterminierung gesorgt. Ein Vertreter soll möglichst zwei Termine am Tag haben. Grundsätzlich können an sieben Tage in der Woche Termine ab 9.00 Uhr gemacht werden. 101

Hinsichtlich der vom Zeugen bekundeten Bestätigung des zugewiesenen Termins durch den Vertreter konnte er nicht erläutern, wie eine Ablehnung des Termins im System erfolgen konnte, wenn nach den ihm bei der Vernehmung vorgelegten Screenshots unter Nr. 4.3 des CRM-Handbuchs (Bl. 616 d. A.) keine Möglichkeit der Ablehnung eines Termins vorgesehen war. Er vermutete im weiteren Verlauf der Aussage, dass die bloße Nichtbestätigung im System als Absage gewertet wird. 102

Des Weiteren bekundete der Zeuge, dass seitens der Beklagten von den Vertretern Belegt-Meldungen für Zeiten, in denen sie für Termine nicht zur Verfügung stehen, für drei Wochen, bei längeren Urlauben von über einer Woche bis zu sechs Wochen im Voraus erbeten werden, um das Budget für die Werbung über Google-AdWords zielgerichtet einsetzen zu können, damit nicht in der Zeit, wo der Vertreter nicht kann, die AdWords-Werbung teuer geschaltet wird. Die Belegt-Meldungen mussten binnen 48 Stunden von den Teamleitern (der Zeuge T1 und der Zeuge S) bestätigt werden, andernfalls galten sie als gelöscht. Die Teamleiter waren gehalten, diese Belegt-Meldung mit den Google-AdWords-Kampagnen abzugleichen. Es sollten keine Anzeigen geschaltet und Kampagnen gestartet werden, wenn niemand da ist. 103

Zur Berücksichtigung von eigenen Terminen, welche der Vertreter mit Kunden vereinbart, gab der Zeuge S an, es gebe zumindest jetzt die Möglichkeit, diese im Kalender des Call-Center-Systems einzutragen, so dass die Mitarbeiterin dort sehe, dass kein neuer Termin vergeben 104

werden könne. Er wusste allerdings nicht, ob das schon zu der Zeit, als die Klägerin bei der Beklagten tätig war, bereits der Fall war; im CRM-System wisse er das nicht, im Kalender habe das als Eigentermin jedenfalls eingetragen werden können.

Befragt zum Verständnis der Nr. 4.6 und 7.1 des CRM-Handbuchs (Bl. 616R, 622R f. d. A.) erklärte der Zeuge S, dass bei einer Belegt-Meldung der Vertreter einen Grund angeben kann bzw. muss. Durch einen Klick auf die Belegt-Meldung kann man sehen, aus welchem Grund in dieser Zeit keine anderen Termine vergeben werden sollen. Der damals für die Beklagte als Teamleiter tätige Zeuge bekam im Falle einer Belegt-Meldung eine Nachricht auf sein Handy, konnte in die Belegt-Meldung sehen und dadurch erkennen, warum sie erfolgte. Wenn da Folgetermin oder Eigentermin gestanden habe, habe er - der Zeuge - die Belegt-Meldung, da er ein Interesse als Verkaufsleiter daran gehabt habe, natürlich bestätigt. Eine Ablehnung der Belegt-Meldung sei seinerseits erfolgt, wenn für den Zeitraum bereits ein Kundentermin vereinbart gewesen sei. Ein solcher Termin kostet bis zu 200,00 Euro, wenn man neben den Kosten für Google-AdWords-Kampagnen die weiteren Kosten für das Herunterbrechen auf verwertbare Termine sowie für das Call-Center abstelle. In diesen Fällen rief der Zeuge beim Mitarbeiter an und fragte, ob das denn sein müsse, dass dieser Termin gecancelt werde. Nicht jeder Kunde sei bereit, auf eine entsprechende Anfrage hin einen erneuten Termin zu vereinbaren. Dann sei das Geld dafür verloren. 105

cc) Bei Würdigung dieser Aussage ist für die Kammer im Ausgangspunkt entscheidend, dass es im Rahmen des Callcenter-Systems im Interesse der Beklagten liegt, dass die hierüber gewonnenen Termine bei Interessenten für die Produkte der Beklagten tatsächlich wahrgenommen werden und die dafür notwendigen Werbekampagnen nur zu den Zeiten stattfinden, in denen die Vertreter für die Wahrnehmung der Termine zur Verfügung stehen. Die Beklagte hat erstinstanzlich bereits vorgetragen, im Hinblick auf ihre Aufwendungen für das Callcenter-System und die über Google AdWords regional platzierte Werbung erwarte sie, dass die Vertreter, soweit keine Belegt-Meldungen erfolgen, uneingeschränkt für die Wahrnehmung zugeteilter Termine zur Verfügung stehen. Das ist aber nur bei einer entsprechend ausgestalteten Beschränkung der freien Bestimmung der Arbeitszeit des Vertreters möglich. 106

Diese Verfügbarkeit wird auf mehrfache Weise gesichert. Zum einen wird durch die Vorlauffrist von drei Wochen für Belegt-Meldungen dem Vertreter es grundsätzlich unmöglich gemacht, in dieser Zeit eigene Termine mit Kunden, sei es für die Beklagte, sei es für eine weitere Vertriebsvertretung (wie beim Zeugen J), zu vereinbaren, es sei denn, dieser Termin wird durch den für ihn zuständigen Teamleiter genehmigt. Der Vertreter hat ab 9:00 Uhr jeden Tag zur Verfügung zu stehen, nach Angaben des Zeugen S sieben Tage die Woche. Die Vorlauffrist für Termine beträgt lediglich 14 Tage, zum Teil auch kurzfristiger. Terminkonflikte zwischen Eigenterminen des Vertreters mit Kunden außerhalb des Kundenkreises der Beklagten und vom Callcenter festgelegten Terminen können durch die Nichtbestätigung von Belegt-Meldungen seitens der Teamleiter zugunsten der Beklagten gelöst werden. Eine Belegt-Meldung für Eigentermine ist nur für Termine mit Kunden der Beklagten vorgesehen (vgl. 7.1 CRM-Handbuch). 107

Ebenso wenig besteht eine nachvollziehbare Möglichkeit der Ablehnung von zugewiesenen Terminen. Der Zeuge S hat zwar vermutet, dass im Falle der Nichtbestätigung durch den Vertreter der Termin vom System gelöscht werde. Das ergibt sich jedoch nicht aus dem von der Klägerin vorgelegten, für den Zeitraum ihrer Beschäftigung maßgeblichen CRM-Handbuch. Die Bestätigung hat damit nur die Funktion der Kenntnisnahme des vom Callcenter-System zugeteilten Termins, eine echte Wahl und insbesondere eine eigene 108

zeitliche Gestaltung der Abfolge der Termine durch den Vertreter ist in diesem System nicht vorgesehen. Eine Terminierung kann der Vertreter daher nur durch eine rechtzeitig drei Wochen zuvor eingestellte Belegt-Meldung oder eine solche vom Teamleiter bestätigte kurzfristige Meldung vermeiden; die Beklagte kann hierüber den Arbeitseinsatz jederzeit steuern. Das gilt auch im Hinblick auf die Möglichkeit, den Urlaub mit einem Vorlauf von sechs (so der Zeuge S) bis acht Wochen (so der § 8 HV) über eine bestätigungspflichtige Belegt-Meldung zu regulieren. Die im Handelsvertretervertrag vorgesehene Abstimmung konnte die Beklagte durch eine einseitige Verweigerung der Bestätigung obsolet machen. Das Bestätigungserfordernis im System läuft dann letztlich auf eine Genehmigung des Urlaubs hinaus.

dd) Die Aussage des Zeugen S deckt sich mit derjenigen des Zeugen J, der in diesem Zusammenhang bekundet hat, dass er nur im Rahmen der vorgegebenen Termine tätig zu werden hatte. Lediglich abhängig von Zufälligkeiten konnte er seine von der Beklagten grundsätzlich abgelehnte Idee, den eigenen Kundenkreis aus seiner selbständigen Tätigkeit im Bereich Einrichtung von Kosmetik-, Friseur- und Wellnessgeschäften in den Vertrieb mit einzubeziehen, in einem Fall verfolgen. Ansonsten habe der Zeugen S das mit dem Bemerken abgelehnt, dass man das Callcenter-System gerade eingeführt habe, damit die Termine von den Vertretern auch wahrgenommen werden. Insoweit solle er die Zeit haben, die von der Beklagten zugewiesenen Kundentermine abzuarbeiten. Der Glaubhaftigkeit dieser Aussage des Zeugen J stehen die Bedenken der Beklagten aufgrund der im Streit erfolgten Trennung von dem Zeugen nicht entgegen, weil sie sich mit der nach der Aussage des Zeugen S in Verbindung mit dem CRM-Handbuch festgestellten Ausgestaltung des Callcenter-Systems sowie dem Interesse der Beklagten an der uneingeschränkten Wahrnehmung der Termine durch ihre Vertreter deckt. 109

Auch der Zeuge E hat auf die Frage, ob er deutschlandweit hätte tätig werden können, glaubwürdig und glaubhaft bekundet, dass ihm gesagt wurde, er bekomme ein bestimmtes Verkaufsgebiet und bestimmte Termine in seinem Umkreis zugeteilt und er würde in diesem Vertriebssystem über vorgegebene Termine tätig werden. Entsprechend ist er auch nach seiner Aussage eingesetzt worden. Auch hierin wird deutlich, dass die Beklagte tatsächlich ihre „Handelsvertreter“ zeitlich wie Arbeitnehmer eingesetzt hat. 110

ee) Dass der Vertreter Eigen- und Folgetermine nach den Aussagen der Zeugen S und E vereinbaren konnte und sich dies auch so aus dem CRM-Handbuch ergibt (vgl. Nr. 4.6 und 7.1: Eigen- und Folgetermine durch Erstellung von Privat-Belegt-Meldungen), steht der eingeschränkten Zeitsouveränität nicht entgegen. Sie hält sich in dem Rahmen, der auch bei einem angestellten Außendienstmitarbeiter üblich ist. 111

ff) Die danach bestehende Einschränkung einer im wesentlichen freien Bestimmung der Arbeitszeit wird nicht durch die Möglichkeit aufgehoben, dass der Vertreter durch die rechtzeitige Einstellung einer Belegt-Meldung, d. h. mit einem dreiwöchigen Vorlauf Zeiträume mitteilen konnte, in denen keine Termine zugewiesen werden sollten. Richtig ist, dass eine solche Möglichkeit Arbeitnehmern grundsätzlich nicht offensteht. Zum einen ändert eine solche Möglichkeit nichts daran, das ohne Belegt-Meldung während der Tätigkeit für die Beklagte keine im wesentlichen freie Bestimmung der Arbeitszeit für ihre Außendienstmitarbeiter möglich ist. Zum anderen ist durch die faktische Ausgestaltung der Belegt-Meldung im Callcenter-System in Form des Bestätigungsvorbehalts eine einseitige Inanspruchnahme von tätigkeitsfreier Zeit nicht möglich. Die Beklagte hat sich dadurch einen Kontrollmechanismus geschaffen, der die für die Umsetzung der Vertriebsschiene „Hausbesuche über Callcenter-Vermittlung“ notwendige, zeitlich grundsätzlich 112

uneingeschränkte Verfügbarkeit über die Vertreter sicherstellte.

c) Auch die Gestaltung der Tätigkeit war teilweise eingeschränkt. 113

aa) Entgegen dem Vortrag der Beklagten steht fest, dass die Klägerin ihre Tätigkeit nur im Callcenter-System aufnehmen konnte und insoweit schon in der Gestaltung der Tätigkeit nicht frei war. Wie der Zeuge S in seiner Vernehmung bekundet hat, erfolgte bei neuen Vertreter die Einarbeitung über die (vom Callcenter vermittelten) Hausbesuche. Erst später nach der Absolvierung von 20 bis 30 Hausbesuchen und dem Erreichen einer Abschlussquote von 20 bis 25 % standen alle Vertriebswege offen. 114

Dies deckt sich insoweit mit der Aussage des Zeugen J, wonach eine Einbeziehung der von ihm bereits zuvor im Rahmen seiner selbständigen Geschäftstätigkeit betreuten Kunden von dem Zeugen S mit dem Bemerken abgelehnt wurde, dass man das Callcenter-System gerade eingeführt habe, damit die Termine von den Vertretern auch wahrgenommen werden. Insoweit solle er die Zeit haben, die von der Beklagten zugewiesenen Kundentermine abzuarbeiten. Auch der Zeuge E ist nur im Callcenter-System eingesetzt worden. 115

bb) Entgegen dem Vortrag der Beklagten bestand auch eine Forderung ihrerseits, den potentiellen Interessenten bzw. Kunden das Buch „Andullation - Quelle der Gesundheit“ kostenlos zu überlassen. Ausweilich des Verkaufsleitfadens wird im Verlaufe des Verkaufsgesprächs nach der Probeanwendung des Andullation-Systems im Zusammenhang mit der Ausstellung der Teilnahmebescheinigung für die sog. Kurzzeitstudie das Buch überreicht (Bl. 488 d. A.). Entsprechend heißt es in der E-Mail der Beklagten vom 30. Oktober 2013 (Bl. 462 d. A.), dass bei jedem Besuch das Buch auszugeben ist. 116

cc) Bestätigt hat sich darüber hinaus durch die Vernehmung des Zeugen J, dass die Vertreter der Beklagten keinen direkten Kundenkontakt vor dem ersten tatsächlich stattfindenden Besuch telefonisch oder auf andere Art und Weise herstellen konnten. Der Zeuge hat insoweit bekundet, bei Verspätungen oder einem Nichtantreffen des Kunden habe er im Callcenter anrufen müssen, das dann versucht habe, einen Kontakt herzustellen. Dem steht nicht entgegen, dass der Zeuge angegeben hat, dass er angeblich keine Telefonnummer des Kunden gehabt habe. Denn diese wurde, wie sich aus der von der Klägerin vorgelegten Mail vom 30. September 2013 (Bl. 463 d. A.) ergibt, mit der Terminbenachrichtigung mitgeteilt. Ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Mail der Beklagten vom 24. September 2013 (Bl. 610 d. A.) war im Falle einer Verspätung oder des Nichtantreffens des Kunden das Callcenter (die in der Mail sog. „ROMBereitschaft“) für den weiteren Kontakt zuständig. 117

dd) Weitere Einschränkungen lassen sich jedoch nicht feststellen. 118

(1) Die Schulung in einem bestimmten Verkaufskonzept für ein Produkt ist grundsätzlich nichts Ungewöhnliches. Sowohl angestellte Außendienstler wie selbständige Handelsvertreter werden in bestimmte Vertriebs- und Verkaufskonzepte des Unternehmens im Rahmen seiner Außendarstellung eingebunden, ohne dass sich daraus eine Einschränkung der Gestaltung des Verkaufsgesprächs im konkreten Fall ergibt. Insbesondere hat die Klägerin nicht bewiesen, dass die Einhaltung des Verkaufsleitfadens kontrolliert wurde. Die Aussagen des Zeugen J einerseits, des Zeugen T1 andererseits widersprechen sich, ohne dass das Gericht Anhaltspunkte dafür hat, welchem der beiden Zeugen zu folgen ist. Im Übrigen ist eine Leistungskontrolle auch im Handelsvertreterverhältnis zulässig und begründet kein Arbeitsverhältnis (vgl. LAG Köln, 20. April 2015, 2 Sa 998/14, Rn. 51, 55). 119

120

(2) Die im Vertrag statuierte Verpflichtung zur Schulung für eine dauerhafte Zusammenarbeit begründet keinen Arbeitnehmerstatus, da sowohl eine produkt- als auch vertriebsbezogene Schulung sowohl für angestellte Außendienstmitarbeiter als auch Handelsvertreter verpflichtend angeboten werden können, ohne die Frage des Arbeitnehmerstatus zu berühren (vgl. LAG Köln, 20. April, 2 Sa 998/14, Rn. 51). Sie sind letztlich für eine geordnete Durchführung der Tätigkeit erforderlich. Dies ist auch nicht deswegen anders zu werten, weil die Schulung durch Mitarbeiter der Beklagten und ein mit ihr jedenfalls teilweise personell verbundenes Schulungsunternehmen durchgeführt wird.

(3) Hinsichtlich der Dienstkleidung hat sich aus den Aussagen der Zeugen J und E nicht ergeben, dass die Beklagte mehr als nur eine Erwartung geäußert hat. Mentaler Druck allein reicht nicht aus, um einen Arbeitnehmerstatus zu begründen. Der Zeuge J hat nach seiner Aussage zudem ohne negative Folgen für sich die Dienstkleidung nicht getragen. Im Übrigen ist das Tragen von Dienstkleidung keine Weisung, die ausschließlich im Arbeitsverhältnis, ergehen kann; auch Franchisenehmer können dieser Pflicht unterliegen (vgl. LAG Köln, 20. April 2015, 2 Sa 998/14, Rn. 57). 121

(4) Aus der Anmietung der technischen Geräte wie Laptop, Drucker und Smartphone ergibt sich lediglich, dass nach den Aussagen der Zeugen E und J die unter Hinweis auf die Systemsicherheit die Notwendigkeit begründet hat, die von ihr gestellten Systeme zu übernehmen. Einen „Zwang“ zur Abnahme haben die Zeugen nicht bekundet. Abgesehen davon, dass solche Sicherheitsüberlegungen grundsätzlich legitim sind, kann eine solche punktuelle Verpflichtung kein Anhaltspunkt für eine nicht mehr im wesentlichen freie Gestaltung der Tätigkeit sein. 122

(5) Hinsichtlich des Konzepts „Gesundheitstage“ hat die Klägerin vorgetragen, dass sie nach einmaliger Wahrnehmung einer solchen Verkaufsveranstaltung von einer weiteren Durchführung Abstand genommen hat. Dass schließt eine Verpflichtung aus. 123

d) Die für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, erforderliche Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls rechtfertigt im vorliegenden Fall die Annahme, dass die Klägerin Arbeitnehmerin der Beklagten ist. 124

Entscheidend ist bei einer Außendiensttätigkeit, die sowohl im Arbeits- als auch im Handelsvertreterverhältnis ausgeübt werden kann, die Zeithoheit des Vertreters. Diese ist im Falle der Beklagten durch die faktischen Einschränkungen, denen ihre Vertriebler unterliegen, nicht mehr gegeben. Wenn auch aus einem verständlichen wirtschaftlichen Interesse heraus ist das von der Beklagten betriebene Callcenter-System darauf angewiesen, für die Vertriebsgebiete zeitlich stets verfügbare Vertreter zu haben, welche die vereinbarten Termine zu den von ihr über das Callcenter vorgegebenen Zeiten wahrnehmen. Dies wird entgegen dem Handelsvertretervertrag vor allem durch eine von der Bestätigung der Teamleiter abhängige zeitliche Gestaltung der Vertriebstätigkeit erreicht. Dadurch wird insbesondere die Möglichkeit, durch Belegt-Meldungen nicht für Vertriebstätigkeiten zur Verfügung zu stehen, kontrolliert und eingeschränkt. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Vertrieb durch Hausbesuche, welche über das Callcenter vermittelt wurden, zunächst die einzige Beschäftigungsmöglichkeit war, und Abweichungen oder Ergänzungen bei der Akquise von Kunden außerhalb des Callcenter-Systems nicht zugelassen wurden, handelt es sich um eine nicht mehr im wesentlichen selbstbestimmte Tätigkeit, welche die Klägerin zu verrichten hatte. Hinzukommen die wenn auch kleineren Einschränkungen bei der Gestaltung der Tätigkeit. Die Annahme eines Handelsvertretervertrages scheidet unter diesen Umständen trotz eines unter dieser Überschrift abgeschlossenen Vertrages aus. Dieser ist nicht mehr geeignet, angesichts der abweichenden tatsächlichen Gestaltung der 125

Außendiensttätigkeit der Klägerin diese an ihrer Vertragswahl festzuhalten.

e) Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 22. Mai 2017 darauf verweist, dass sie auf die Vernehmung der von ihr gegenbeweislich benannten Zeugen, insbesondere den Zeugen N, nicht verzichtet habe, und sinngemäß deren Vernehmung beantragt, soweit „das Gericht von einem entscheidungserheblichen und dargelegten Vortrag der Klägerin“ ausgeht, war dem nicht nachzukommen. Das Gericht hat durch Beschluss vom 14. März 2017 zum Ergebnis der Beweisaufnahme darauf hingewiesen, dass es „vorbehaltlich der Gesamtkomplexität bezüglich des zu erörternden Ergebnisses der Beweisaufnahme … insbesondere von Bedeutung ist, ob angesichts des Inhalts der Aussagen der Zeugen E, J und S unter Berücksichtigung des gesamten mündlichen und schriftsätzlichen Vorbringens der Parteien noch von einer im wesentlichen freien Bestimmung der Arbeitszeit bei einer Tätigkeit im Rahmen des Callcenter-Systems ausgegangen werden kann.“ Die Beklagte hat nicht vorgetragen, aufgrund welcher Tatsachen doch von einer im wesentlichen freien Bestimmung der Arbeitszeit ausgegangen werden kann und inwieweit insbesondere der Zeuge N, der erst- und zweitinstanzlich zu denselben Themen benannt wurde wie der Zeuge S, der für sie als Teamleiter tätig gewesen und mit ihr geschäftlich weiterhin verbunden ist, hierfür als weiterer Zeuge in Betracht kommt. Dies wäre nach dem mit Zustimmung der Parteien erfolgten Übergang in das schriftliche Verfahren und der Auflage, bis zu der auf den 22. Mai 2017 festgesetzten Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß dem Beschluss vom 14. März 2017 jedoch erforderlich gewesen. 126

III: Die Kündigung der Beklagten vom 5. Februar 2014, welche der Klägerin am 6. Februar 2014 zugegangen ist, hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. 127

1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten ist unwirksam. Einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB hat sie nicht vorgetragen. 128

2. Ebenso wenig hat die Beklagte Gründe für eine sozial gerechtfertigte Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG vorgetragen. Das Kündigungsschutzgesetz findet Anwendung, da die Klägerin bei Zugang der Kündigung länger als sechs Monate bei der Beklagten beschäftigt war und die Beklagte unstreitig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. 129

IV. Der Antrag auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens ist teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet. 130

1. Der Hauptantrag ist unbegründet. Die Klägerin begehrt die Weiterbeschäftigung zu konkret von ihr aufgeführten Bedingungen, welche jedoch auf ihr Arbeitsverhältnis keine Anwendung finden. Das gilt insbesondere für die von ihr verlangte Vergütung von 2.250,00 Euro brutto. Weiterhin ist nicht ersichtlich, auf welcher Rechtsgrundlage die Beklagte die Vergütung eines einzelnen anderen Mitarbeiters der Klägerin zu zahlen hat, zumal es sich lediglich um eine auf zwei Monate begrenzte Garantiezahlung handelt. Die pauschale Berufung auf eine angeblich übliche Vergütung im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB ist offensichtlich unschlüssig. 131

2. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Weiterbeschäftigung zu den Bedingungen des Vertrages vom 5. August 2013 ist mangels Bestimmtheit unzulässig. Abgesehen davon, dass der Vertrag vom 8./10. Juli 2013 datiert, handelt es sich hier um einen Handelsvertretervertrag. Es kann im Rahmen der Zwangsvollstreckung jedoch nicht dem Vollstreckungsgericht überlassen bleiben festzustellen, zu welchen Bedingungen die Klägerin zu beschäftigen ist. 132

133

3. Der im Wege der Stufenklage zusätzlich hilfsweise gestellte Antrag auf Auskunft über die Beschäftigungsbedingungen für vergleichbar beschäftigte Arbeitnehmer der Beklagten und Verurteilung zur Beschäftigung zu diesen Bedingungen nach erteilter Auskunft ist jedenfalls unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die individuellen Beschäftigungsbedingungen von ggf. abhängig beschäftigten Vertriebsmitarbeitern mitzuteilen. Für die Frage, ob ein Auskunftsanspruch besteht, sind die gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess und die gesetzlichen Beweislastregeln zu berücksichtigen. Die Darlegungs- und Beweissituation darf nicht durch die Gewährung materiell-rechtlicher Auskunftsansprüche unzulässig verändert werden. Der Auskunftsanspruch kann nach Treu und Glauben nur da ergänzend eingreifen, wo auch die grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast einer entsprechenden Korrektur bedarf (vgl. zum Ganzen BAG, 7. September 1995, 8 AZR 828/93, zu II. 2. c) cc) der Gründe). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es ist nicht Sache der Beklagten, durch Auskünfte insbesondere die ggf. geschuldete übliche Vergütung für die Tätigkeit der Klägerin und damit die Substantiierung eines Anspruches aus § 612 Abs. 2 BGB abzunehmen. Mangels Auskunftsanspruch scheidet auch ein auf die Auskunft gestützter Weiterbeschäftigungsanspruch aus.

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Kostenquotelung entspricht dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien. 134

Gründe für eine Zulassung der Revision bestehen nicht. Die Entscheidung hat keine grundsätzliche Bedeutung, weil sie auf der Grundlage der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ergangen ist. Ebenso wenig liegt eine Divergenz vor, insbesondere nicht im Hinblick auf die im Parallelverfahren der Parteien ergangene Entscheidung der 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm (8. Juni 2015, 2 Ta 663/14). Die Entscheidung ist auf der Grundlage eines wegen der im vorliegenden Verfahren durchgeführten Beweisaufnahme nicht vergleichbaren Sachverhalts ergangen. 135

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE