

L 13 AL 956/04

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
13
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 6 AL 911/02
Datum
28.01.2004
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 956/04
Datum
27.02.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 28. Januar 2004 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Gewährung von Insolvenzgeld (Insg) für die Monate Februar und März 2001. Die 1962 geborene Klägerin war zunächst vom 1. Juli 1977 bis zum 7. Februar 1984 beschäftigt. Nach Zeiten der Schwangerschaft, des Mutterschutzes und der Kindererziehung war sie erneut vom 1. August 1992 - mit einer Unterbrechung vom 1. Juli 1993 bis zum 15. August 1993 - bis zum 31. März 1994 beschäftigt. Danach war sie ab dem 1. Juli 1994 als Handelsvertreterin für die L. Bausparkasse tätig. Am 13. August 1999 schloss sie mit der Bauträgergesellschaft mbH (KV) mit Wirkung zum 1. Mai 1999 einen als "Handelsvertretervertrag" bezeichneten Vertrag. Sie übernahm die Vermittlung von Immobilien der eigene Bauträgerabteilung der KV sowie von Drittimmobilien und sollte eine Fixprovision von 2.500,- DM monatlich, darüber hinaus eine Provision in Höhe von 25 v.H. der eingehenden Nettogebühren erhalten. Die Klägerin kündigte mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 27. März 2001 das Vertragsverhältnis zum 31. März 2001. Am 2. April 2001 wurde über das Vermögen der KV das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin gehörte - anders als die Arbeitnehmer der KV - nicht zum Kreis derjenigen, deren Ansprüche auf Insg von einer Bank vorfinanziert wurden. Am 1. Juni 2001 beantragte die Klägerin, die bis dahin keine Lohnsteuernkarte besaß, beim Arbeitsamt M. die Gewährung von Insg und begründete dies damit, dass sie für die Monate Februar und März das Arbeitsentgelt von jeweils 2.500 DM brutto nicht erhalten habe. Sie sei trotz Vereinbarung eines Handelsvertretervertrages abhängig beschäftigt und in erster Linie für die Vermittlung und den Verkauf von Immobilien in der Filiale B. tätig gewesen. Dort habe eine Anwesenheitspflicht während der üblichen Geschäftszeiten bestanden. Eine weitere Kollegin, die Zeugin W., sei dort für Vermietungen und die Büroorganisation zuständig gewesen. Bei Abwesenheit der Zeugin habe sie diese vertreten und umgekehrt. Die monatlichen Vergütungen seien ohne Rechnungsstellung und ohne gesetzliche Mehrwertsteuer ausgezahlt worden. Sie habe keinen Anspruch auf Erstattung von Auslagen, wie Fahrtkosten, Porto etc. gehabt und habe im Gegensatz zu den fünf vergleichbaren Angestellten in anderen Filialen ihren Pkw selbst finanzieren müssen. Sie sei in den Betrieb und die Organisation eingegliedert gewesen, wobei eine Konkurrenztaetigkeit vertraglich ausgeschlossen worden sei. Nach dem Vertrag habe sie der Unternehmer an 27 Tagen von der vertraglichen Verpflichtung freistellen müssen. Dies entspreche einer Urlaubsgewährung von 27 Tagen pro Jahr. Eine Statusklärung durch das Arbeitsgericht Ulm. werde noch erfolgen. Die Beklagte forderte den Insolvenzverwalter auf, eine Insolvenzgeldbescheinigung auszustellen. Der Insolvenzverwalter teilte daraufhin mit, dass die Klägerin auf reiner Provisionsbasis mit monatlicher Fixprovision ihre Tätigkeit ausgeübt habe. Mit Bescheid vom 10. August 2001 wurde der Antrag der Klägerin auf Gewährung von Insolvenzgeld abgelehnt. Mit Widerspruchsbescheid vom 20. Februar 2002 wurde der hiergegen eingelegte Widerspruch zurückgewiesen. Aufgrund des bestehenden Handelsvertretervertrags sowie der darin vereinbarten und praktizierten Vergütung stehe fest, dass die Klägerin nicht Arbeitnehmerin, sondern selbstständig tätig gewesen sei. Hiergegen hat die Klägerin am 21. März 2002 Klage zum Sozialgericht Konstanz erhoben, die mit Beschluss vom 8. April 2002 an das Sozialgericht Ulm (SG) verwiesen wurde. Die Klägerin hat vorgetragen, ihre Klage beim Arbeitsgericht Ulm sei mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum fehlenden Rechtsschutzinteresse bei abgeschlossenen Sachverhalten zurückgenommen worden. Der Handelsvertretervertrag sei lediglich als formale Grundlage des Vertragsverhältnisses vorgegeben gewesen. Die praktische Durchführung sei durch typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung gekennzeichnet gewesen. Aufgrund der tatsächlich gegebenen Eingliederung in den Betrieb sei von Scheinselbstständigkeit auszugehen. Sie habe nach den gleichen Vorgaben und Weisungen wie ihre angestellten Kollegen arbeiten müssen. In der Filiale B. habe Präsenzpflcht bestanden und es habe eine gegenseitige Vertretung der dort beschäftigten Mitarbeiter stattgefunden, unabhängig vom arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Status. Die Präsenzpflcht in der Filiale sowie die telefonische Erreichbarkeit über die Öffnungszeiten der Filiale hinaus sei von dem Zeugen K., Geschäftsführer der KV, angeordnet worden. Inhaltliche Vorgaben habe sie bei den jeweiligen Mitarbeiterversammlungen, die regelmäßig

etwa alle zwei Monate stattgefunden hätten, erhalten. Nach dem Weggang der Zeugin W. am 29. Januar 2001 habe sie vom Zeugen H., dem kaufmännischen Leiter und Prokuristen der KV in M., die Anweisung erhalten, den Bürobetrieb in B. weiter aufrecht zu erhalten. Während der zweijährigen Tätigkeit für die KV habe sie an keinen wesentlichen Erkrankungen gelitten und sei jeweils nach wenigen Tagen wieder an den Arbeitsplatz zurückgekehrt. Im Rahmen ihrer Einweisung sei ihr erklärt worden, sie müsse bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit der Zeugin W. Bescheid geben. Ebenso sei bei Urlaub verfahren worden. Als es einmal wegen des Urlaubs über Weihnachten und Neujahr 2000/2001 Diskussionen gegeben habe, seien sie vom Prokuristen aufgefordert worden, dies kollegial zu regeln. Diese Auflage widerspreche eindeutig dem Status einer freien Mitarbeiterin. Während des Urlaubs sei die feste Vergütung weiter bezahlt worden, allerdings seien die Pflichten nicht vom Unternehmen übernommen worden. Die Zeugin W. habe lediglich Telefonate entgegen genommen und entsprechende Notizen gemacht, die sie nach Rückkehr aus dem Urlaub vorgefunden habe. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat geltend gemacht, der Handelsvertretervertrag sei entsprechend den vertraglichen Regelungen durchgeführt worden. Die auf Provisionsbasis geregelte Bezahlung spreche gegen die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin. Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer seien nicht abgeführt worden. Die Klägerin habe diese Praxis während der gesamten vertraglichen Laufzeit unbeanstandet hingenommen. Die Ausgestaltung als selbständige Tätigkeit sei daher offensichtlich auch der Wille der Klägerin gewesen. Die Konkurrenzklausel sei bei freien Handelsvertretern die Regel und keineswegs ein Indiz, das gegen ihre Selbständigkeit spreche. Die festen Arbeitszeiten fänden sich nicht im Handelsvertretervertrag. Auch die Tatsache, dass die Klägerin ihre Auslagen hätte selbst bestreiten müssen, sei durchaus typisch für eine freie Mitarbeiterin. Das SG hat Beweis erhoben durch Einholung der Auskünfte des H.-P. G. vom 8. Oktober 2002 und des R. L. vom 10. Oktober 2002. Diese Personen konnten zur Tätigkeit der Klägerin keine Angaben machen. Das Gericht hat weiter Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen K., W., H. und H. ... Mit Urteil vom 28. Januar 2004 hat das SG die Klage abgewiesen. In den Gründen wird im wesentlichen ausgeführt, dass die vertraglichen Regelungen und die tatsächliche Ausgestaltung mehr für als gegen eine selbständige Tätigkeit sprächen und die Klägerin die materielle Beweislast für die von ihr geltend gemachte Arbeitnehmereigenschaft trage.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 6. Februar 2004 zugestellte Urteil hat die Klägerin am Montag, den 8. März 2004 Berufung eingelegt. Die Klägerin macht weiter geltend, dass sie für die KV als Arbeitnehmerin tätig gewesen sei und wiederholt und vertieft ihren Vortrag aus dem erstinstanzlichen Verfahren. Die Zeugenaussagen insbesondere zur Präsenzpflcht seien teilweise widersprüchlich und gelegentlich nicht schlüssig. Es werde vom SG auch verkannt, dass sowohl die angestellten Immobilienverkäufer als auch sie selbst aufgrund der in regelmäßigen Tagungen besprochenen Vorgaben sowie auf der Basis von schriftlichen Unterlagen des Unternehmers (Objektbeschreibungen, Preislisten, einheitliches Erscheinungsbild für Immobilienanzeigen) relativ selbständig arbeiten sollten und konnten. Eine solche gelockerte Weisungsabhängigkeit sei bei Außendiensttätigkeiten typisch. Hier gebe es keine Unterschiede zwischen Angestellten und selbständigen Handelsvertretern. Für eine abhängige Beschäftigung spräche, dass eine Konkurrenztätigkeit vertraglich ausgeschlossen gewesen sei. Die Tätigkeit bei KV habe sie voll in Anspruch genommen wurde, so dass ihr ein selbständiges Auftreten am Markt, nicht zuletzt aus Zeitgründen, nicht möglich gewesen sei. Es habe auch kein adäquates Verhältnis zwischen Risiko und Einkommenschancen bestanden, zumal sie hohe Belastungen (Pkw) selbst zu tragen gehabt habe. Sie sei gegenüber den angestellten Immobilienverkäufern finanziell bei gleicher Tätigkeit wesentlich schlechter gestellt gewesen. Sie habe also keine "Selbständigkeitsprämie" erhalten. Auch die Ausgestaltung des Provisionssystems habe keine erfolgsabhängigen Zuschläge zugelassen. So habe sie praktisch lediglich die Fixprovision verdient. Dies sei nicht nur eine Folge des geschäftlichen Rückgangs der Auftraggeberfirma, sondern auch eine Konsequenz des Vergütungssystems gewesen. Die praktische Durchführung des Vertrages sei ganz überwiegend durch typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung gekennzeichnet gewesen. Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 28. Januar 2004 und den Bescheid vom 10. August 2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Februar 2002 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr für die Zeit vom 1. Februar 2001 bis 31. März 2001 Insolvenzgeld auf der Grundlage eines monatlichen Bruttogehalts in Höhe von 2.500,- DM zu gewähren. Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie hält das angegriffene Urteil für zutreffend und verweist im Übrigen auf die Gründe ihres Bescheides und ihren bisherigen Vortrag. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten, die SG-Akte und die Berufungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Sozialgericht hat zutreffend entschieden, dass die Bescheide der Beklagten rechtmäßig sind und die Klägerin keinen Anspruch auf Insg hat. Anspruch auf Insg haben gemäß [§ 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) Arbeitnehmer, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Arbeitgebers (Insolvenzereignis) für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben. Zu diesen gehören alle Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis ([§ 183 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)). Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KV ist am 2. April 2001 eröffnet worden; ein früheres Insolvenzereignis ist nicht eingetreten, denn die Voraussetzungen des [§ 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 SGB III](#) sind nicht erfüllt. Bei - wie hier - vor dem Insolvenzereignis beendetem Arbeitsverhältnis endet der Insg-Zeitraum mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, so dass Insg-Zeitraum die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2001 ist. Die Klägerin beansprucht Insg für die Monate Februar und März 2001 mit der Behauptung, dass für diese Monate der Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt worden sei. Ob und in welcher Höhe für die Monate noch Ansprüche auf Fixprovision bestehen, kann jedoch offen bleiben. Der Anspruch der Klägerin scheitert daran, dass sie im Insg-Zeitraum keine Arbeitnehmerin war. Nach [§ 183 Abs. 1 SGB III](#) werden Arbeitnehmer geschützt, also abhängig Beschäftigte. Maßgebend ist die Arbeitnehmereigenschaft im Insg-Zeitraum. Für den im SGB III nicht definierten Begriff des Arbeitnehmers sind im wesentlichen die zu [§ 7](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) und [§ 25 SGB III](#) entwickelten Abgrenzungskriterien und Grundsätze heranzuziehen, nachdem für die Inhaltsbestimmung des Arbeitnehmerbegriffs die für das Versicherungspflichtrecht gefundenen Abgrenzungsmerkmale gelten (vgl. Bundessozialgericht (BSG) SozR 4100 § 141 b Nr. 24 und SozR 2100 § 7 Nr. 7). Arbeitnehmer sind danach Personen, die als Beschäftigte einer nichtselbständigen Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis nachgehen (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Für die Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit von einem Arbeitgeber kennzeichnend (vgl. BSG SozR 2100 § 7 Nr. 7 m.w.N.; [BSGE 85, 214](#), 216). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder ihrer tatsächlichen Umsetzung erschließen lässt. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben Letztere den Ausschlag (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)). Lässt sich bei der im Rahmen der Gesamtwürdigung vorzunehmenden Abwägung der für eine Selbständigkeit sprechenden Umstände und der für eine nichtselbständige Tätigkeit sprechende Umstände im Ergebnis ein Überwiegen der indizierenden Merkmale für eine abhängige oder

selbständige Tätigkeit nicht feststellen, kommt dem in den vertraglichen Vereinbarungen zum Ausdruck kommenden Parteiwillen Vorrang zu (vgl. BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17, 19; BSG, Urteil vom 14. Mai 1981 - [12 RK 11/80](#) -DBIR 2753, AFG/§ 168; ähnlich, BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 - [B 12 KR 26/02 R](#) - abgedruckt in Juris). Die Klägerin war in der maßgeblichen Zeit als Handelsvertreterin tätig. Der zwischen der Klägerin und der KV geschlossene Vertrag ist als Handelsvertretervertrag bezeichnet worden. Der Handelsvertreter ist grundsätzlich im Unterschied zum Handlungsgehilfen selbständig tätig. Insoweit kann offen bleiben, ob das Sozialversicherungsrecht für die Frage, wie die Rechtsbeziehungen im Einzelnen ausgestaltet sind, an den Begriff der Selbständigkeit im HGB nur bedingt anknüpfen kann oder ob die dortigen Vorgaben auch für die Beurteilung der sozialversicherungsrechtliche Selbständigkeit maßgeblich sind (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)). Denn jedenfalls wenn der handelsrechtliche Begriff der Selbständigkeit wie beim Handelsvertreter einen gleichen Inhalt hat, ist auch im Recht der Sozialversicherung zwischen der versicherungsfreien Tätigkeit eines selbständigen Handelsvertreters und der versicherungspflichtigen Beschäftigung eines abhängigen Handlungsgehilfen zu unterscheiden (BSG, [SozR 4-2600 § 2 Nr. 8](#)). Nach dem HGB ist Handelsvertreter, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder Geschäfte in dessen Namen abzuschließen; selbständig ist dabei, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann ([§ 84 Abs. 1 HGB](#)). Liegen die zuletzt genannten Voraussetzungen nicht vor, ist der mit dem Abschluss von Geschäften im Namen eines anderen Unternehmers Betraute dessen Handlungsgehilfe ([§ 59 HGB](#)) und zwar auch dann, wenn ein entsprechender Anstellungsvertrag fehlt ([§ 84 Abs. 2 HGB](#)). Beide Vertragstypen unterscheiden sich nicht nach der Art der zu leistenden Dienste, sondern allein nach dem Maß an persönlicher Freiheit, das dem Pflichtigen bei seiner Tätigkeit eingeräumt ist. Kann er seine Abschluss- bzw. Vermittlungstätigkeit im Wesentlichen frei gestalten, ist er Handelsvertreter, andernfalls Handlungsgehilfe. Nach der Rechtsprechung des BSG (zum Folgenden [BSGE 51, 164, 165 f.](#)) ist aber zu beachten, dass auch der Handelsvertreter bei der Gestaltung seiner Tätigkeit nur "im Wesentlichen" frei zu sein braucht. Auch seine Freiheit kann also eingeschränkt sein, solange die Einschränkungen seine Selbständigkeit nicht im Kerngehalt beeinträchtigen. Solche Einschränkungen können sich schon aus dem Vertrag, aber auch aus einseitigen Weisungen des Dienstberechtigten ergeben. Dass auch dem Handelsvertreter Weisungen erteilt werden können, folgt schon daraus, dass er – obwohl selbst Kaufmann und Unternehmer ([§ 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB](#)) – in einer ständigen Vertragsbeziehung zu einem anderen Unternehmer steht, für den er tätig ist und dessen Interessen er wahrzunehmen hat. Als Geschäftsbesorgung i. S. des [§ 675 BGB](#) unterliegt seine Tätigkeit bestimmten Vorschriften des Auftragsrechts, u.a. dem [§ 665 BGB](#); dieser regelt das Recht des Beauftragten, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, setzt damit grundsätzlich eine Bindung an dessen Weisungen voraus. Dies gilt auch für Weisungen, die sich auf die Art der Kundenwerbung und -betreuung durch den Handelsvertreter beziehen. Dass auch der Handelsvertreter an Weisungen des Unternehmens gebunden ist, hebt daher seine rechtliche Selbständigkeit nicht auf. Erst wenn das Weisungsrecht des Unternehmers vertraglich so stark ausgestaltet ist, dass der Beauftragte seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit wie ein Angestellter einrichten muss, kann er nicht mehr als selbständig und damit als Handelsvertreter angesehen werden. Im Übrigen dürfen dem Handelsvertreter durch Weisungen des Unternehmers nicht neue, über den Vertrag hinausgehende Pflichten auferlegt werden; zulässig sind lediglich Weisungen, welche die aufgrund des Gesetzes oder des Vertrages bereits bestehenden Pflichten des Handelsvertreters näher konkretisieren. Insofern unterscheidet sich die Weisungsgebundenheit des Handelsvertreters wesentlich von der des Handlungsgehilfen, über dessen Arbeitskraft der Unternehmer durch einseitig erteilte Weisungen grundsätzlich unbeschränkt verfügen kann. Demgegenüber steht der Handelsvertreter seinem Auftraggeber – trotz Bindung an dessen Weisungen – in einem Verhältnis persönlicher Selbständigkeit und Gleichordnung gegenüber. Seine persönliche Selbständigkeit (die allerdings eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Unternehmer nicht ausschließt) kommt dabei vornehmlich in den vom Gesetz in [§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB](#) genannten Merkmalen zum Ausdruck. Außer ihnen können indessen noch weitere Umstände von Bedeutung sein, soweit sie als Indizien für das Vorliegen der ausdrücklich im Gesetz genannten Merkmale der Selbständigkeit anzusehen sind oder sich schon aus der Unternehmereigenschaft des Handelsvertreters ergeben; zu ihnen gehört namentlich das eigene Unternehmerrisiko, das als Gegenstück der unternehmerischen Betätigungsfreiheit im Unternehmernbegriff mit enthalten ist. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze lässt sich im vorliegenden Fall eine eindeutige Zuordnung der Tätigkeit für die KV im Februar und März 2001 nicht völlig zweifelsfrei vornehmen, wobei die vertragliche Gestaltung zunächst nachdrücklich dafür spricht, dass die Klägerin selbständige Handelsvertreterin war. Nach den Regelungen der § 1 Nr. 1 und § 3 Nr. 2 des Vertrages war die Klägerin in erster Linie mit der Vermittlung von Immobilien der Bauträgerabteilung der KV und Dritten betraut und hatte keine generelle Abschlussvollmacht. Nach § 1 Nr. 2 durfte der "Unternehmer selbst Geschäfte in diesem Gebiet tätigen, jedoch nicht in Konkurrenz zum Unternehmer auftreten". Diese Regelung ist unklar. Es lässt sich auch aus dem Zusammenhang nicht eindeutig ermitteln, ob die Klägerin nicht in Konkurrenz zur KV oder die KV nicht in Konkurrenz zur Klägerin auftreten darf. Unabhängig davon ist der Ausschluss der Tätigkeit für Konkurrenzunternehmen, wie ihn § 2 Nr. 4 des Vertrags enthält, mit der Selbständigkeit unproblematisch vereinbar. Er besteht schon von Gesetzes wegen im Rahmen des so genannten Wettbewerbs- und Konkurrenzverbots. Danach ist der Handelsvertreter nicht berechtigt, für Unternehmen tätig zu sein, die mit einem bereits vertretenen Unternehmen in Wettbewerb stehen. Eine weitergehende Beschränkung dahingehend, dass die Klägerin ausschließlich für das vertragsgebundene Unternehmen, also auch nicht für Unternehmen, die in anderen Sparten tätig sind, oder Unternehmen anderer Branchen tätig werden darf, enthält der Vertrag dagegen nicht, so dass es der ausdrücklichen Regelung hinsichtlich der Vermittlung von Bausparverträgen in § 1 Nr. 3 nicht bedurft hätte. Allerdings hat sie nach § 2 Nr. 1 ihre Dienste persönlich zu leisten. Das Verbot, Untervertreter einzustellen, das in der Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung zu sehen ist, entspricht nicht dem Typus des selbständigen Handelsvertreters. Mit der Interessenwahrungspflicht zu Gunsten des Unternehmers lässt sich allenfalls eine Vereinbarung rechtfertigen, nach der den Vertreter eine Verpflichtung zur Anzeige der beabsichtigten Einstellung von Untervertretern trifft und der Unternehmer im Einzelfall die Einstellung aus bestimmten Gründen untersagen kann. Dagegen spricht bereits ein allgemeiner Zustimmungsvorbehalt gegen die Selbständigkeit. Andererseits enthält § 2 nicht die typische Pflicht des abhängig Beschäftigten, Weisungen hinsichtlich der Ausübung seiner Tätigkeit zu befolgen. Lediglich eine Interessenwahrungspflicht und eine Informationspflicht sind geregelt, die keine über die für den selbständigen Handelsvertreter maßgeblichen Bestimmungen hinausgehende Einschränkungen des Gestaltungsraums beinhalten. Weiterhin ist der Ort der Tätigkeit nicht geregelt. Auch eine für abhängige Beschäftigte typische Arbeitszeitregelung enthält der Vertrag nicht. Nur in § 3 ist zu den Pflichten des Unternehmers handschriftlich eine Regelung als Nummer 3 ergänzt worden, wonach die KV während eines Zeitraums von 27 Tagen im Jahr die vertraglichen Pflichten der Klägerin übernimmt. Dies lässt sich nur so verstehen, dass die Klägerin für diesen Zeitraum von ihren vertraglichen Pflichten freigestellt ist; ob damit ein auf eine abhängige Beschäftigung hindeutender Urlaubsanspruch zum Ausdruck gebracht werden sollte, ist aber nicht hinreichend klar, weil auch selbständig Tätige für eine bestimmte Zeit im Jahr von ihren vertraglichen Pflichten entbunden werden können. Ob eine solche Regelung im vorliegenden Fall durch eine entsprechende Anwendung des [§§ 1 und 3 BUrlG](#) auf arbeitnehmerähnliche Personen ([§ 2 BUrlG](#)) gerechtfertigt ist, bedarf keiner Klärung (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 20. August 2003 - [5 AZR 610/02](#) zu [§ 7 Abs. 1 BUrlG](#)). Denn Einschränkungen hinsichtlich des zeitlichen Umfangs des Urlaubs können sich für selbständige Handelsvertreter aus der Interessenwahrungspflicht des [§ 86 Abs. 1 HGB](#) ergeben. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin für den Bereich B. für die Vermittlung von Immobilien für die KV allein zuständig war. Durch die räumliche Bindung des § 4 Nr. 1 wird die Selbständigkeit nicht wesentlich berührt. Dies zeigt die Regelung in [§ 87 Abs. 2 HGB](#), nach der auch einem Handelsvertreter ein bestimmter Bezirk zugewiesen

werden kann. Die Klägerin erhält keinen Dienstwagen oder einen Anspruch auf Erstattung von Spesen und Auslagen. Auch eine Büronutzung ist vertraglich nicht vereinbart. Dass die Provisionen zuzüglich der Mehrwertsteuer ausgezahlt werden sollten, spricht auch für die Selbständigkeit. Dem steht nicht entgegen, dass für die Fixprovision keine entsprechende Regelung getroffen worden war, da dies lediglich zur Folge hatte, dass diese incl. Mehrwertsteuer 2.500,- DM und somit abzüglich Mehrwertsteuer 2.155,17 DM betrug. Dem im Übrigen nach § 4 Nr. 2 bis 5 von der Klägerin übernommenen unternehmerischen Risiko kommt zwar qualitativ nur eine geringere Bedeutung zu. Die (teilweise) Überbürdung des Unternehmerrisikos auf den Dienstpflichtigen weist nur dann auf das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit hin, wenn und soweit ihm mit dem Risiko zugleich eine entsprechend größere Gestaltungsfreiheit eingeräumt wird, umgekehrt kann aus einer (teilweisen) Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Dienstberechtigten, soweit mit ihr beim Dienstpflichtigen eine gleichzeitige Einschränkung seiner Gestaltungsfreiheit verbunden ist, auf dessen Unselbständigkeit geschlossen werden (vgl. BSG, Urteil vom 29. Januar 1981, a.a.O.). Insoweit ist hier festzuhalten, dass in den vertraglichen Vereinbarungen keine näheren Vorgaben über Art und Umfang sowie Ort und Zeit der Tätigkeit geregelt sind. Die einzige Einschränkung liegt in der Pflicht zur persönlichen Vertragserfüllung und der Begrenzung des Zeitraums, für den die Klägerin jährlich von den vertraglichen Pflichten freigestellt ist. Nach den vertraglichen Bestimmungen kann sie in diesem Rahmen ihre Tätigkeit völlig frei gestalten. Dies rechtfertigt es nicht, aus dem nur zu einem geringen Teil vom Unternehmer übernommenen wirtschaftlichen Risiko auf eine abhängige Beschäftigung zu schließen. Vielmehr bleibt ihr damit eine verglichen mit einem angestellten Handelgehilfen deutlich größere Gestaltungsfreiheit, die im Zusammenhang mit dem von ihr angesichts einer nur geringen Fixprovision und nicht unerheblichen Betriebsausgaben übernommenen unternehmerischen Risiko für eine selbständige Tätigkeit spricht. Zur Überzeugung des erkennenden Senats ist auch nicht erwiesen, dass die tatsächliche Handhabung von den vertraglichen Vereinbarungen in einer eindeutigen, für die Arbeitnehmererschaft sprechenden Weise abwich. Nach den Angaben der Klägerin und der Zeugen gegenüber dem SG war die Klägerin als Verkäuferin für den Bezirk B. zuständig. Ihr stand hierfür die Filiale B. zur Verfügung. Sie konnte auf die dortigen Kundenkartei zugreifen, Telefon- und Faxgerät nutzen, ohne dass sie diese Kosten erstatten musste oder diese von ihrer Provision abgezogen wurden. Im Übrigen hat sie selbst in der Klagebegründung vorgetragen, dass sie keinen Anspruch auf Erstattung von Auslagen und keinen Dienstwagen hatte und auch eine Vertretung im Urlaubs- und Krankheitsfall nicht stattfand. Die Zeugin W. nahm lediglich Telefonate an und erstellte für sie entsprechende Notizen. Soweit die Klägerin im Widerspruch hierzu mit der Klagebegründung vorgetragen hat, dass sie die Zeugin W. bei deren Abwesenheit in vollem Umfang vertreten habe, ist dies durch die Beweisaufnahme vor dem SG nicht bestätigt worden. Diese hat vielmehr zur Überzeugung des Senats ergeben, dass es keine klare Vertretungsregelung gab. Wenn die Zeugin W. krank oder in Urlaub war, hat "mehr oder weniger" die Klägerin und die Auszubildende, z.B. die Telefonate entgegen genommen, ohne die Arbeit der Zeugin zu übernehmen. Ebenso wurde während des abgesprochenen Urlaubs der Klägerin keine Vertretung bestellt. Ein Urlaubsblatt hatte die Klägerin im Unterschied zu den Angestellten nicht. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in den Besprechungen mit ihren "Vorgesetzten" Weisungen erhalten hätte, die ihre Gestaltungsfreiheit in einer mit einer selbständigen Tätigkeit als Handelsvertreterin nicht mehr zu vereinbarenden Weise eingeschränkt hätten, sind weder ihrem Vortrag noch den Zeugenaussagen zu entnehmen. Die Berufungsbegründung weist in diesem Zusammenhang daraufhin, dass auch die angestellten "Verkäufer" keine weitergehenden Vorgaben im Rahmen der für alle gemeinsam veranstalteten Besprechungen erhalten haben. Dies mag dafür sprechen, dass das Unternehmen von seiner grundsätzlich uneingeschränkten Weisungsbefugnis gegenüber den Angestellten in diesem Bereich keinen Gebrauch gemacht hat. Damit ist aber erst auch auszuschließen, dass, worauf es hier ankommt, die Klägerin insoweit ihre Selbständigkeit in Frage stellende Weisungen die Art und Weise ihrer Vermittlungstätigkeit betreffend erhalten hat. Die Klägerin macht selbst nicht geltend, dass ihr eine Tätigkeit für andere - nicht konkurrierende - Unternehmen untersagt worden sei. Es steht auch zur Überzeugung des Senats fest, dass die Klägerin keiner Anwesenheitspflicht unterlag. Dies hat die Beweisaufnahme vor dem SG ergeben. Zwar hat der Zeuge H. ausgesagt, dass es eine Vereinbarung gegeben habe, dass sie im Büro erreichbar sein und den Urlaub absprechen müsse. Aus seiner Sicht habe die Klägerin zu den üblichen Geschäftszeiten anwesend sein müssen. Dass diese Sicht auch den Arbeitsalltag in der Filiale B. geprägt hätte, ist jedoch von der dort bis Anfang 2001 tätig gewesen Zeugin W. nicht bestätigt worden. Nach ihrer Aussage gab es hinsichtlich der Arbeitszeit eine klare Unterscheidung zwischen ihr und der Klägerin. Die Zeugin hatte geregelte Arbeitszeiten. Demgegenüber ist die Klägerin morgens zwischen 8.00 und 9.00 Uhr gekommen. Allerdings ist sie auch "den ganzen Tag" im Haus gewesen, außer wenn sie Außentermine hatte. Dass die Klägerin selbst eine Anwesenheitspflicht nicht angenommen hat, wird durch ihre eigene Erklärung im Zusammenhang mit der Aussage des Zeugen K. in der mündlichen Verhandlung am 12. November 2003, deutlich. Dort gab sie an, sie sei für die Bausparkasse sechs Jahre als freie Mitarbeiterin beschäftigt gewesen; dies sei schon anders gewesen. Sie habe zum Beispiel ein Telefon zu Hause gehabt. Bei der KV habe sie jedoch mehr oder weniger im Büro sein müssen, weil dort das Telefon gewesen sei. Diese Aussage steht der Annahme einer vereinbarten oder durch Weisung verfügten Anwesenheitspflicht während festgelegter Bürostunden entgegen. Dass sich die Klägerin außer im Falle der Wahrnehmung von Außenterminen regelmäßig während der üblichen Öffnungszeiten in der Filiale aufgehalten hat, ändert hieran nichts. Denn die Anwesenheit in der Filiale war für sie selbst, auch wenn die Möglichkeit der Rufumleitung bestand, von Vorteil, da sie dort das Telefon- und Faxgerät kostenlos nutzen konnte. Dass sich diese Verhältnisse in den hier maßgeblichen Monaten Februar und März 2001 in einer Weise geändert hatten, dass nun eine abhängige Beschäftigung vorgelegen hätte, lässt sich ebenfalls nicht feststellen. Insbesondere, dass die Klägerin, wie von ihr vorgetragen, den Bürobetrieb nach Ausscheiden der Zeugin W. zum 28. Februar 2001 allein aufrecht hielt, wurde nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht bestätigt, die auch für eine entsprechende Weisung keine Anhaltspunkte ergeben hat. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Klägerin in dieser Zeit die Filiale, nach dem Ausscheiden der Auszubildenden im Herbst 2000 und dem Weggang der Zeugin W. weitgehend alleine genutzt hat. Nach Aussage des Zeugen H. hatte die Klägerin zum Ende der Geschäftstätigkeit der KV Abschlussvollmacht beim Verkauf von Drittmobilien. Der Zeuge war auch ziemlich sicher, dass sie die Provision insgesamt behalten durfte und nicht mehr zum überwiegenden Teil an die KV abführen musste. Zudem glaubte der Zeuge, die Klägerin habe zum Schluss nur noch auf Erfolgsbasis gearbeitet. Diese Aussage spricht dafür, dass ihr in der letzten Zeit ihrer Tätigkeit sogar noch größere Selbständigkeit eingeräumt wurde als zuvor. Soweit die Klägerin in der Berufungsbegründung hervorhebt, dass kein adäquates Verhältnis zwischen ihrem Risiko und ihren Einkommenschancen bestanden habe, zumal sie insbesondere die Kosten für ihr Fahrzeug habe selbst tragen müssen und sie gegenüber den angestellten Immobilienverkäufern finanziell wesentlich schlechter gestellt gewesen sei, spricht dies nicht dafür, dass auch sie in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden hätte, sondern eher dafür, dass sich das von ihr im Unterschied zu den Angestellten übernommene unternehmerische Risiko zu ihrem Nachteil realisiert hat. Dem stand hier gegenüber, dass sie anders als die Angestellten über Zeit und Ort ihrer Tätigkeit frei entscheiden konnte und auch für andere Auftraggeber tätig werden durfte. Ob ihr selbst bestimmter zeitlicher Einsatz für ihre Vermittlungstätigkeit für die KV ihr jedenfalls ab dem Jahr 2000 keinen Raum mehr für weitere selbständige Tätigkeiten gelassen hat, ist für die hier vorzunehmende Beurteilung ohne Bedeutung. Dass die Tätigkeit für andere Auftraggeber aufgrund einer Vereinbarung oder der Weisung mit der KV ausgeschlossen worden sei, trägt sie selbst nicht vor. Bei der im Rahmen der Gesamtwürdigung vorzunehmenden Abwägung der für eine Selbständigkeit der Klägerin sprechenden Umstände und der für eine nichtselbständige Tätigkeit sprechenden Umstände lässt sich im Ergebnis ein Überwiegen der eine abhängige Beschäftigung indizierenden Merkmale nicht feststellen. Auf Grund der tatsächlichen Gestaltung der Rechtsbeziehungen sprechen - mindestens - ebenso viele Gründe für die Selbständigkeit wie für eine

abhängige Beschäftigung, so dass dem in den vertraglichen Vereinbarungen zum Ausdruck kommenden Parteiwillen, der auf eine selbständige Tätigkeit gerichtet war, Vorrang einzuräumen ist (vgl. BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17, 19; Urteil vom 14. Mai 1981 - [12 RK 11/80](#) -; Urteil vom 12. Februar 2004, [a.a.O.](#)). Dieser Parteiwille ergibt sich bereits aus der Bezeichnung des Vertrags als "Handelsvertretervertrag" und der Bezeichnung der Parteien als "Unternehmer" und "Handelsvertreter", aber auch daraus, dass die Klägerin ihre Provisionen zuzüglich der Mehrwertsteuer erhalten sollte (vgl. hierzu oben). Zudem ist die Klägerin in den beiden Jahren ihrer Tätigkeit steuerlich und sozialversicherungsrechtlich als selbständige Handelsvertreterin behandelt worden und hat dies selbst erst nach Beendigung des Vertrags in Frage gestellt. Dieses Verhalten spricht sehr deutlich dafür, dass beide Vertragsparteien kein Beschäftigungsverhältnis begründen wollten. Weiterhin kann das bisherige Berufsleben als Indiz dafür dienen, was nach dem Willen der Vertragspartner gewollt war (BSG [SozR 2200 § 1227 Nr. 19](#)). Die Klägerin war zwar vor Aufnahme der Tätigkeit bei der KV im Mai 1999 zuletzt bis März 1994 versicherungspflichtig beschäftigt. Anschließend war sie bereits als freie Handelsvertreterin für die Leonberger Bausparkasse tätig und schloss eine private Rentenversicherung ab. Dass diese berufliche Ausgangslage der Klägerin Bedeutung für die Gestaltung des Vertragsverhältnisses hatte, ergibt sich auch aus der Aussage des Zeugen K. vor dem SG. Auf Frage des Bevollmächtigten der Beklagten, woran festgemacht wurde, mit welchem Status Personen beschäftigt werden, hatte der Zeuge K. angegeben, wenn sich jemand gemeldet habe, der verkaufen konnte, sei er als Angestellter, freier Mitarbeiter oder Makler in Betracht gekommen. Bei der Klägerin sei es wohl so gewesen, dass sie freie Mitarbeiterin geworden sei, damit sie ihre Tätigkeit für die Bausparkasse noch habe weiter führen können.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-04-01