

Auf Avad-Status kommt es nicht an

Nebenberufler ist nur, wer auch in der Realität nur nebenberuflich tätig ist

Jürgen Evers, Britta Oberst

Der zweitberufliche Status eines Handelsvertreters ist immer wieder Ausgangspunkt für Streitfragen zwischen Unternehmern und Vertretern. Hintergrund: Das Gesetz behandelt den nebenberuflichen Handelsvertreter in wesentlichen Punkten anders als den hauptberuflichen. Der wohl entscheidendste Unterschied ist darin zu sehen, dass dem nebenberuflichen Vertreter nach § 92 b Abs. 1 Satz 1 HGB kein Ausgleichsanspruch gemäß § 89 b HGB gegen den Unternehmer zusteht. Ein ebenfalls bedeutender Unterschied liegt in der unterschiedlichen Länge der Kündigungsfrist. So beträgt die Frist für einen nebenberuflichen Vertreter lediglich einen Monat zum Schluss des Kalendermonats, während § 89 Abs. 1 Satz 1 HGB für den Hauptberufler nach der Dauer des Handelsvertretervertrages differenziert und eine Frist von bis zu sechs Monaten vorsieht.

Im Hauptberuf Hausfrau?

Unlängst stand die Frage, ob eine haupt- oder nebenberufliche Tätigkeit ausgeübt wird, vor dem OLG Oldenburg¹ zur Entscheidung an. Der Senat hatte die Frage zu beantworten, ob die von einer Vertriebsgesellschaft beklagte Handelsvertreterin neben- oder hauptberuflich tätig geworden war. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertretervertrag sah ausdrücklich eine hauptberufliche Tätigkeit erst ab einer bestimmten Karrierestufe vor. Diese hatte die Handelsvertreterin noch nicht erreicht. Der Senat führte unter Verweis auf § 92 b Abs. 3 HGB aus, dass sich die Frage, ob eine haupt- oder nebenberufliche Tätigkeit vorliegt, allein unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung beantworte.

Gemeint ist damit, dass, sofern eine hauptberufliche Tätigkeit vorliegt, der Handelsvertreter nicht durch eine Parteivereinbarung auf einen nur nebenerwerblich Tätigen „herabgestuft“ werden kann. Inwieweit eine von verschiedenen Erwerbstätigkeiten einen Haupt- bzw. Nebenberuf darstelle, sei nach der herrschenden so genannten Übergewichtstheorie zu entscheiden. Dabei sei eine wertende Betrachtung unter Berücksichtigung der Aspekte Zeit, Umfang und Ertrag der jeweiligen Tätigkeit vorzunehmen, erklärte der Senat in der Urteilsbegründung. Der bloße Zeitaufwand müsse dabei aber nicht das entscheidende Kriterium sein. Die Tatsache, dass die Handelsvertreterin im Streitfall aus der

Tätigkeit für den Unternehmer ihre überwiegenden Erwerbseinkünfte erzielt habe, sei lediglich Indiz, aber nicht in jedem Fall ausschlaggebendes Kriterium dafür, von einer hauptberuflichen Tätigkeit auszugehen. Ebenso wenig betrachtete der Senat als ausschlaggebend für eine statusrechtliche Zuordnung, dass diese Aufgabe rein monetär betrachtet die Existenzgrundlage der Vermittlerin darstellte. Auch eine Tätigkeit ohne Ertrag könne als Hauptberuf ausgeübt werden.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze sei die Vermittlerin im konkreten Fall als Handelsvertreterin im Nebenberuf tätig gewesen. Im Hauptberuf sei sie Mutter und Hausfrau gewesen, weil sie den Haushalt allein geführt habe und darüber hinaus für die Versorgung und Betreuung eines elf Jahre alten Jungen verantwortlich gewesen sei. Diese Beschäftigungen könnten ohne Weiteres einen ganzen Tag ausfüllen. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht daraus, dass die Handelsvertreterin als einzige Einnahmequelle ihre Tätigkeit für den Unternehmer gehabt habe, zumal ihre Provisionseinnahmen mit rund 22.000 Euro pro Jahr eher gering gewesen seien. Außerdem sei zu berücksichtigen, wie die Parteien das Vertragsverhältnis in der Praxis „gelebt“ hätten. Habe der Unternehmer die Vertreterin im Vertrag ausdrücklich als Handelsvertreterin im Nebenberuf bezeichnet und hat er sie als solche auch bei der Avad gemeldet, spreche dies für ihre Einordnung als nebenberuflich Tätige.

Die Entscheidung überzeugt nicht. Denn der Zeitaufwand ist auch etwa in steuerlicher Hinsicht der maßgebliche Punkt für die Bewertung.² Bei den konkret gegebenen tatsächlichen Verhältnissen hätte der Senat nach Maßgabe der Übergewichtstheorie zu der Annahme kommen müssen, dass es sich um eine hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit der Handelsvertreterin gehandelt hat. Dem Umstand, dass die Vertreterin ihre Einnahmen einzig und allein aus der Tätigkeit für den Unternehmer bezogen hatte, hätte der Senat erhebliche Bedeutung beimessen müssen.³ Hinzu kommt weiter, dass die Handelsvertreterin kein ganzzeitig betreuungsbedürftiges Kleinkind, sondern ein Schulkind im Alter von elf Jahren zu betreuen hatte. Der Senat hätte ins Kalkül ziehen müssen, dass die Tätigkeit als Hausfrau unbeschadet ihrer Stellung als alleinerziehende Mutter schon in

folge der schulischen Abwesenheit des Kindes schwerlich eine tagesfüllende Aufgabe darstellen kann. Denn eine nebenberufliche Tätigkeit liegt nur dann vor, wenn jemand überwiegend einem anderen Beruf als dem des Handelsvertreters nachgeht.⁴

Vermittlerin hatte eigenes Büro

Darüber hinaus hat der Senat unberücksichtigt gelassen, dass die Handelsvertreterin ein eigenes Büro unterhalten hatte. Dieser Umstand wird in der Rechtsprechung als Indiz für eine hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit angesehen.⁵ Die Unterhaltung von Geschäftsräumlichkeiten ist ein Hinweis darauf, dass ein Geschäftsbetrieb kaufmännische Einrichtungen erfordert. Die Handelsvertreterin hatte eingeräumt, dass sie nicht unerhebliche Fahrtzeiten zwischen Wohnung und Betriebsstätte hatte zurücklegen müssen. Sie habe nachmittags, nachdem sie ihren Sohn versorgt hatte, Kundentermine wahrgenommen. Auch dies passt mit einer nebenberuflichen Tätigkeit nicht zusammen. Eine Avad-Meldung dagegen kann keine Rolle für die statusrechtliche Einordnung spielen. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn nicht klar ist, ob die Meldung in Kenntnis der konkreten Verhältnisse bei der zu beurteilenden Handelsvertreterin erfolgt ist oder aufgrund einer im Tatsächlichen bereits längst überholten Vertragslage. ■



Jürgen Evers ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Blanke Meier Evers in Bremen, Britta Oberst ist Rechtsanwältin ebenda.



Anmerkungen

- 1 OLG Oldenburg, Urt. v. 22. 10. 2013 – 13 U 13/12 – VertR-LS – OVB 17 –
- 2 Vgl. BFH, Urt. v. 13. 11. 1996 – 10 R 104/95 – VertR-LS 3
- 3 LG Stuttgart, Urt. v. 15. 5. 1981 – 8 KfH O 11/81 – VertR-LS 4 – Mercedes Benz 1 –
- 4 BGH, Urt. v. 2. 2. 1961 – VII ZR 253/59 – VertR-LS 3
- 5 Vgl. BGH, Urt. v. 4. 11. 1998 – VIII ZR 248/97 – VertR-LS 7 – HUK Coburg 3 –