



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZB 8/15

vom

21. Oktober 2015

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ArbGG § 5 Abs. 3 Satz 1; HGB § 92a Abs. 1 Satz 1

Der in einem Handelsvertretervertrag enthaltenen Bestimmung "Frau F. ist als selbständiger Bausparkassen-/Versicherungsvertreter/-in nach § 92 i.V.m. §§ 84 ff. HGB im Hauptberuf ständig damit betraut, ausschließlich für die P. und ihre Produktpartner Bauspar-, Finanzierungs- und Vermögensaufbauprodukte zu vermitteln" ist ein vertragliches Tätigkeitsverbot im Sinne von § 92a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB zu entnehmen (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2014 - VII ZB 16/14, ZVertriebsR 2015, 117).

BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - VII ZB 8/15 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Oktober 2015 durch die Richter Dr. Kartzke, Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Sacher

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 26. Februar 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf bis zu 2.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten über den richtigen Rechtsweg.
- 2 Die Klägerin bietet Finanzdienstleistungen an. Sie bedient sich beim Vertrieb eines bundesweiten Netzes von Handelsvertretern.
- 3 Am 29. März 2010 schlossen die Parteien einen "Handelsvertretervertrag", der auszugsweise folgende Bestimmungen enthält:

"§ 1

Rechtsstellung

1. Frau F. [= Beklagte] ist als selbständiger Bausparkassen-/Versicherungsvertreter/-in nach § 92 i.V.m. §§ 84 ff. HGB im Hauptberuf ständig damit betraut, ausschließlich für die P. [= Klägerin] und ihre Produktpartner Bauspar-, Finanzierungs- und Vermögensaufbauprodukte zu vermitteln.

...

§ 4

Übernahme weiterer Vertretungen und sonstiger Tätigkeiten

1. Der FM [= Beklagte] verpflichtet sich, während der Vertragsdauer ohne schriftliche Einwilligung der P. weder für ein von ihm selbst noch von Dritten betriebenes, gleichen oder ähnlichen Geschäftszwecken dienendes Unternehmen (z.B. Kreditinstitute, Versicherungen, Kapitalanlagegesellschaften, Kapitalsammelstellen und Maklerunternehmen jeder Art) unmittelbar noch mittelbar tätig zu werden. Die Einwilligung kann widerrufen werden.

2. Die Ausübung einer sonstigen beruflichen Tätigkeit bleibt dem FM unbenommen, solange sie mit der Erfüllung dieses Vertrages vereinbar ist. Die Übernahme aller sonstigen Tätigkeiten ist der P. zuvor schriftlich anzuzeigen. Die P. kann bei wesentlicher Beeinträchtigung der vertraglichen Pflichten/ der bestehenden Interessen, der zusätzlichen Tätigkeit widersprechen bzw. ihre Beendigung verlangen. Kommt der FM dem nicht nach, kann die P. den Vertrag kündigen. Eine Konkurrenztaetigkeit ist unzulässig und berechtigt zur Kündigung aus wichtigem Grund.

..."

4 Das Vertragsverhältnis wurde zum Ablauf des 31. Dezember 2012 beendet.

5 Mit ihrer Klage macht die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung vorschüssig gezahlter, jedoch ihrer Ansicht nach nicht ver-

dienter Provisionen geltend. Die eingeklagte Hauptforderung beläuft sich auf 7.483,24 €.

6 Das Landgericht hat durch Beschluss gemäß § 17a GVG den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig erklärt. Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten hat das Beschwerdegericht diesen Beschluss aufgehoben, den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht B. verwiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. Sie erstrebt die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses.

II.

7 Die gemäß § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

8 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Rechtsstreit falle nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 92a Abs. 1 HGB in die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. Die Beklagte gelte jedenfalls nach § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG als Arbeitnehmerin, da sie für die Klägerin als Einfirmenvertreterin im Sinne des § 92a Abs. 1 HGB tätig gewesen sei. Zwar sei der Beklagten nach dem mit der Klägerin geschlossenen Handelsvertretervertrag nicht von vornherein untersagt gewesen, neben ihrer Vermittlungstätigkeit für die Klägerin eine andere berufliche Tätigkeit auszuüben. Die Klägerin habe aber gemäß § 4 Abs. 2 des Ver-

trags das Recht gehabt, einer zusätzlichen Tätigkeit der Beklagten zu widersprechen. Dies stelle eine Einschränkung der Betätigungsfreiheit der Beklagten dar, die so erheblich sei, dass sie wertungsmäßig einem Tätigkeitsverbot gleichgestellt werden müsse.

10 Die Beklagte habe die nach § 5 Abs. 3 ArbGG maßgebliche Verdienstgrenze von monatlich 1.000 € im Durchschnitt der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses, also von Juli bis Dezember 2012, nicht überschritten. Das folge aus den Angaben der Klägerin in der Anspruchsbegründungsschrift, wonach die der Beklagten monatlich gutgeschriebene Provision abzüglich der im selben Monat stornierten Provision niemals mehr als 600 € betragen habe und teilweise sogar negativ ausgefallen sei.

11 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

12 a) Nach § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sind die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig für näher bezeichnete bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Als Angestellter - und damit gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG als Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG - gilt gemäß § 84 Abs. 2 HGB derjenige, der, ohne selbständig im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Handelsvertreter im Sinne der §§ 92, 84 Abs. 1 HGB gelten nach § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG nur dann als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes, wenn sie zu dem Personenkreis gehören, für den nach § 92a HGB die untere Grenze der vertraglichen

Leistungen des Unternehmers festgesetzt werden kann, und wenn sie während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses, bei kürzerer Vertragsdauer während dieser, im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1.000 Euro auf Grund des Vertragsverhältnisses an Vergütung einschließlich Provision und Ersatz für im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandene Aufwendungen bezogen haben. § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG ist im Verhältnis zu § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG die vorgreifliche Sonderregelung; § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG enthält eine in sich geschlossene Zuständigkeitsregelung, die es verbietet, Handelsvertreter im Sinne der §§ 92, 84 Abs. 1 HGB unter anderen als den in § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG genannten Voraussetzungen als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ArbGG zu behandeln (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2013 - VII ZB 45/12, ZVertriebsR 2013, 318, 319, juris Rn. 18; Beschluss vom 27. Oktober 2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49 Rn. 23; Beschluss vom 25. Oktober 2000 - VIII ZB 30/00, NJOZ 2001, 42, 44, juris Rn. 13 m.w.N.).

- 13 b) Das Beschwerdegericht hat offengelassen, ob die Beklagte als Arbeitnehmerin der Klägerin im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG einzustufen ist. Für die Rechtsbeschwerdeinstanz ist deshalb zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass dies nicht der Fall ist.
- 14 c) Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung nicht auf § 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 92a Abs. 1 HGB gestützt werden.
- 15 aa) Der rechtlichen Nachprüfung hält es allerdings im Ergebnis stand, dass das Beschwerdegericht die Beklagte als Einfirmenvertreterin im Sinne des § 92a Abs. 1 HGB eingestuft hat. Dies folgt jedenfalls aus der gemäß § 1 Abs. 1 vertraglich vereinbarten Rechtsstellung der Beklagten.

- 16 (1) Wird einem Handelsvertreter auferlegt, hauptberuflich für den Unternehmer tätig zu werden, mit dem er den Handelsvertretervertrag geschlossen hat, so ist er nach Sinn und Zweck des § 92a Abs. 1 Satz 1 HGB als Einfirmenvertreter kraft Vertrags einzustufen. Ein solcher Handelsvertreter ist zwar nicht völlig von diesem Unternehmer abhängig, sofern ihm eine nebenberufliche Tätigkeit gestattet ist. Bei der gebotenen typisierenden Betrachtung ist ein solcher Handelsvertreter jedoch einem Angestellten ähnlich angenähert wie ein Handelsvertreter, dem vertraglich vollständig untersagt ist, für weitere Unternehmer tätig zu werden (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2014 - VII ZB 16/14, ZVertriebsR 2015, 117 Rn. 18). Denn er ist - ähnlich wie ein hauptberuflich Angestellter - verpflichtet, hauptberuflich für den Unternehmer tätig zu werden, mit dem er den Handelsvertretervertrag geschlossen hat. Er kann die sich aus einer anderweitigen Tätigkeit ergebenden Chancen nicht in gleicher Weise nutzen wie ein nicht in den Anwendungsbereich des § 92a Abs. 1 Satz 1 HGB fallender Mehrfirmenvertreter (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2014 - VII ZB 16/14, ZVertriebsR 2015, 117 Rn. 18).
- 17 (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich aus § 1 Abs. 1 ein vertragliches Verbot der Tätigkeit für weitere Unternehmer im Sinne des § 92a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB. Der genannten Vertragsbestimmung ist die Verpflichtung der Beklagten zu entnehmen, hauptberuflich für die Klägerin tätig zu werden.
- 18 bb) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist dagegen die Auffassung des Beschwerdegerichts, die von der Beklagten in den letzten sechs Monaten vor Vertragsbeendigung bezogene durchschnittliche monatliche Vergütung belaufe sich unter Berücksichtigung einer Saldierung von gutgeschriebenen und stornierten Provisionen auf nicht mehr als 1.000 €.

19 (1) Für die Ermittlung der während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich bezogenen Vergütung nach § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG sind alle unbedingt entstandenen Ansprüche des Handelsvertreters zu berücksichtigen unabhängig davon, ob und auf welche Weise sie von dem Unternehmer erfüllt worden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Februar 2015 - VII ZB 36/14, ZVertriebsR 2015, 116 Rn. 11; Beschluss vom 28. Juni 2011 - VIII ZB 91/10, NJW-RR 2011, 1255 Rn. 17). Keine Vergütung im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG sind als vorläufige Zahlungen gewährte Vorschüsse, die dem Handelsvertreter nicht auf Dauer verbleiben; gezahlte Provisionsvorschüsse sind aber insoweit als Vergütung anzurechnen, als sie nachträglich durch unbedingt entstandene Provisionsansprüche gedeckt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 - VIII ZB 91/10, NJW-RR 2011, 1255 Rn. 17; Urteil vom 9. Dezember 1963 - VII ZR 113/62, NJW 1964, 497, 498, zu Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuchs [Recht der Handelsvertreter], BGBl. I 1953 S. 771, 776, der Vorläufervorschrift von § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG).

20 (2) Die Ausführungen des Beschwerdegerichts lassen nicht erkennen, dass es bei der Ermittlung der während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich von der Beklagten bezogenen Vergütung den vorstehend genannten Grundsätzen hinreichend Rechnung getragen hätte. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts erhielt die Beklagte jeweils Provisionsvorschusszahlungen für von ihr vermittelte Verträge. In welchem Umfang an die Beklagte in den letzten sechs Monaten des Vertragsverhältnisses gezahlte Provisionsvorschüsse nachträglich durch unbedingt entstandene Provisionsansprüche gedeckt werden, kann auf der Grundlage der vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen nicht zuverlässig beurteilt werden.

21 3. Die angefochtene Entscheidung kann danach nicht bestehenbleiben. Sie ist aufzuheben. Der Senat kann mangels hinreichender Feststellungen nicht in der Sache selbst entscheiden, § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO. Die Sache ist deshalb zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO.

22 4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

23 a) Das Beschwerdegericht wird, sofern es die Beklagte nicht als Arbeitnehmerin im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG einstuft, unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Grundsätze Feststellungen zur während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich von der Beklagten bezogenen Vergütung zu treffen haben.

24 b) Sollte das Beschwerdegericht feststellen, dass die Summe der der Beklagten in den letzten sechs Monaten des Vertragsverhältnisses gezahlten Provisionsvorschüsse, die nachträglich durch unbedingt entstandene Provisionsansprüche gedeckt werden, den Betrag von 6.000 € übersteigt, so wird es sich gegebenenfalls mit den nach dem Vorbringen der Klägerin vorgenommenen Stornierungen zu befassen haben. Eine Berücksichtigung von Provisionsrückforderungsansprüchen des Unternehmers kommt bei der Ermittlung der nach § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG maßgebenden durchschnittlichen monatlichen Vergütung des Handelsvertreters allein dann in Betracht, wenn sie in den letzten sechs Monaten vor Beendigung des Vertragsverhältnisses entstandene Provisionsansprüche oder in diesem Zeitraum gezahlte Provisionsvorschüsse, die nachträglich durch unbedingt entstandene Provisionsansprüche gedeckt werden, betreffen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Februar 2015 - VII ZB 36/14, ZVertriebsR 2015, 116 Rn. 12). Sind in den letzten sechs Monaten vor Beendi-

gung des Vertragsverhältnisses entstandene Provisionsansprüche oder in diesem Zeitraum gezahlte Provisionsvorschüsse, die nachträglich durch unbedingt entstandene Provisionsansprüche gedeckt werden, nachträglich wieder entfallen, so können die darauf geleisteten Zahlungen nicht mehr als Vergütung im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG angesehen werden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1963 - VII ZR 113/62, NJW 1964, 497, 498).

25 c) Das Beschwerdegericht wird gegebenenfalls zu beachten haben, dass bei der Prüfung der Rechtswegzuständigkeit nach § 17a GVG die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen dann keines Beweises bedürfen, wenn sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des schlüssig dargelegten Anspruchs selbst sind (doppelrelevante Tatsachen). Dann ist für die Frage des Rechtswegs die Richtigkeit des Klagevortrags zu unterstellen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49 Rn. 14). Handelt es sich nicht um doppelrelevante Tatsachen, so ist nicht allein der Sachvortrag der klagenden Partei Grundlage der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Vielmehr hat der Kläger dann die für die Begründung der Rechtswegzuständigkeit maßgeblichen Tatsachen zu beweisen, sofern der Beklagte diese bestreitet (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2009 - VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49 Rn. 18).

26 d) Das Beschwerdegericht wird ferner gegebenenfalls zu beachten haben, dass nach § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs durch eine nach Rechtshängigkeit eintretende Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird; beachtlich sind hingegen etwaige

Veränderungen nach Rechtshängigkeit, durch die ein zunächst unzuständiges Gericht zuständig wird (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Januar 2001 - V ZB 40/99, NJW-RR 2001, 1007, 1008, juris Rn. 4, m.w.N.).

Kartzke

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 25.08.2014 - 8 O 2/14 -

KG Berlin, Entscheidung vom 26.02.2015 - 2 W 3/15 -