
Datum: 24.07.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 18 W 30/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0724.18W30.14.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 25 O 22/14

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster vom 04. Juni 2014 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 10.000,00 Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e: 1

I. 2

Die Klägerin ist ein bundesweit auf dem Gebiet der Vermittlung von Finanzdienstleistungen 3
tätiges Vertriebsunternehmen. Der Beklagte war für die Klägerin im Außendienst tätig. Die
Klägerin nimmt den Beklagten mit der Klage, die sie bei dem Landgericht Münster - Kammer
für Handelssachen – anhängig gemacht hat, auf Rückzahlung von Provisionen in Anspruch.
Die Parteien streiten zunächst über die Frage, ob der Rechtsweg zu den ordentlichen
Gerichten oder den Arbeitsgerichten eröffnet ist.

Die Parteien schlossen unter 09.04.2013 eine als Handelsvertretervertrag bezeichnete 4
Vereinbarung (GA 9 ff.), die u. a. folgende Bestimmungen enthielt:

„§ 1 5

Rechtsstellung von C 6

<i>C ist ein Maklerunternehmen im Sinne der §§ 93 ff HGB. Das Unternehmen vermittelt Finanzdienstleistungen aus dem Bereich der Versicherungen, Finanzierungen, Immobilien und sonstigen Kapitalanlagen. Darüber hinaus erbringt C betriebswirtschaftliche Beratungsleistungen zum Existenzaufbau und der Vermögensvorsorge seiner Kunden. Zur Durchführung des Vermittlungs- und Beratungsgeschäfts bedient sich C einer Außendienstorganisation.</i>	7
<i>§ 2</i>	8
<i>Rechtsstellung des Beraters</i>	9
<i>Der Berater ist als Mitglied der Außendienstorganisation von C selbständiger Handelsvertreter im Sinne der §§ 84 ff HGB. Der Berater hat das Recht, unter der Marke C Kunden zu akquirieren. Er berät die Kunden mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns über die von C angebotenen Finanzdienstleistungen und vermittelt dem Kunden die jeweils erforderlichen Produkte. [...]</i>	10
<i>§ 3</i>	11
<i>Hauptberuflichkeit / Ausschließlichkeit</i>	12
<i>Der Berater hat seine Vermittlungstätigkeit Hauptberuflich zu erbringen.</i>	13
<i>Vermittelte Vertragsabschlüsse werden vom Berater ausschließlich über C beim Produktgeber eingereicht. Eine Vermittlungstätigkeit für andere Unternehmen sowie eine Beteiligung des Beraters an Konkurrenzunternehmen ist während der Laufzeit dieses Vertrages ausgeschlossen. Ausgenommen hiervon ist die Beteiligung durch den Erwerb von börsennotierten Aktien sowie Genossenschaftsanteilen.</i>	14
<i>Ein Verstoß des Beraters gegen diese Vereinbarungen berechtigt C zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages.“</i>	15
<i>Ebenfalls unter dem 09.04.2003 schlossen die Parteien eine weitere als „Bürovertrag“ (GA 18 ff.) bezeichnete Vereinbarung, nach deren Inhalt dem Beklagten das Recht eingeräumt wurde, die Räume und Infrastruktur der von der Klägerin in C2 unterhaltenen Geschäftsstelle zu nutzen. Als Gegenleistung schuldete der Beklagte die Zahlung eines Drittels seiner sog. Agenturerlöse, mindestens aber 6.000,00 Euro jährlich.</i>	16
<i>Mit Schreiben vom 05.06.2012 (GA 28) kündigte der Beklagte den Handelsvertretervertrag sowie den Bürovertrag zum 31.12.2012.</i>	17
<i>Für den Zeitraum vom 01.07.2012 bis zum 31.12.2012 erteilte die Klägerin dem Beklagten die von diesem als Anlage B 1 zu den Akten gereichten Provisionsabrechnungen (GA 73 ff.). Den Abrechnungen waren jeweils als Anlage Aufstellungen über die im Einzelnen zu Gunsten wie auch zu Lasten des Beklagten in das Abrechnungskontokorrent eingestellten Forderungen beigelegt. Dabei wurde zunächst jeweils unter Verrechnung der zu Gunsten des Beklagten verbuchten Provisionsgutschriften und der aufgrund von Vertragsstornierungen zu seinen Lasten verbuchten Provisionsrückbelastungen ein als „Summe Bruttoprovision“ bezeichneter Saldo ermittelt. Im Folgenden wurden die vom Beklagten abzuführenden bzw. ihm gutzuschreibenden Geschäftsstellenkosten ermittelt, die wiederum mit dem Provisionssaldo verrechnet wurden. Aus den Abrechnungen ergeben sich – ohne Berücksichtigung der sog. Geschäftsstellenkosten – die folgenden Provisionssalden:</i>	18

Monat	Summe Bruttoprovision
Juli 2012	- 4.820,94 Euro
August 2012	- 35,59 Euro
September 2012	2.020,46 Euro
Oktober 2012	1.064,34 Euro
November 2012	2.085,76 Euro
Dezember 2012 I	3.420,47 Euro
Dezember 2012 II	1.324,12 Euro
Summe:	5.058,62 Euro

Der Beklagte hat die Unzuständigkeit des Landgerichts gerügt. Er ist der Auffassung, der Rechtsstreit falle gem. § 5 Abs. 3 ArbGG in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. Nach dem Inhalt des Handelsvertretervertrages sei er als Einfirmenvertreter im Sinne des § 92a HGB für die Klägerin tätig gewesen. Denn nach § 3 des Handelsvertretervertrages habe er ausschließlich für die Klägerin tätig sein dürfen. Seine durchschnittliche Vergütung im Sinne des § 5 Abs. 3 ArbGG innerhalb der letzten sechs Monate seiner Tätigkeit habe weniger als 1.000,00 Euro pro Monat betragen.

20

Die Klägerin ist der Zuständigkeitsrüge des Beklagten entgegengetreten. Sie ist der Auffassung, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten sei eröffnet. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 5 Abs. 3 ArbGG die Arbeitsgerichte zuständig sind, lägen nicht vor. Der Beklagte sei kein Einfirmenvertreter gewesen. Ein vertragliches Verbot im Sinne von § 92a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB sei nicht vereinbart worden. Soweit dem Beklagten nach § 3 des Handelsvertretervertrages eine Vermittlungstätigkeit für andere Unternehmen untersagt gewesen sei, könne diese Vertragsbestimmung redlicherweise nur so verstanden werden, dass sich das Verbot lediglich auf die Vermittlung von Finanzdienstleistungen beziehe. Die Ausschließlichkeitsregelung ergebe ohne Bezug auf die vertragsgegenständliche Vermittlungstätigkeit keinen Sinn. Vermittlungstätigkeit im Sinne des Handelsvertretervertrages sei gemäß § 1 des Vertrages indes nur die Vermittlung von Finanzdienstleistungen. Danach sei es dem Beklagten ohne Weiteres gestattet gewesen, sich neben seiner Tätigkeit für die Klägerin als Warenhandelsvertreter für Produkte wie z. B. Staubsauger zu betätigen. Sie habe weder ein Interesse daran, ihren Außendienstmitarbeitern derartige Tätigkeiten außerhalb ihres eigenen Geschäftsbereichs vertraglich zu untersagen, noch habe ein solche Tätigkeiten einschließendes Verbot überhaupt wirksam vereinbart werden können. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 ArbGG seien nicht erfüllt. Die durchschnittliche Vergütung des Beklagten in den letzten sechs Monaten seiner Tätigkeit habe mehr als 1.000,00 Euro pro Monat betragen. Maßgeblich seien allein die dem Beklagten gutgeschriebenen Provisionen. Die in den Provisionssalden enthaltenen Provisionsrückbelastungen aufgrund von Vertragsstornierungen seien bei der Ermittlung der Vergütung im Sinne des § 5 Abs. 3

21

ArbGG außer Betracht zu lassen. Bereits wenn man die Negativsalden, die sich in den Monaten Juli und August 2012 aufgrund der Rückbelastung von Provisionen zu Lasten des Beklagten ergeben hätten, unberücksichtigt lasse, ergebe sich für die letzten sechs Monate eine durchschnittliche monatliche Vergütung in Höhe von 1.578,97 Euro. Im Übrigen habe der Beklagte in den Jahren 2005 bis 2011 deutlich höhere Auszahlungen erhalten als im Jahr 2012. In den letzten Monaten der Vertragslaufzeit sei er praktisch nicht mehr für die Klägerin tätig gewesen.

Das Landgericht hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten durch Kammerbeschluss vom 04.06.2014 für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Münster verwiesen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts folge aus §§ 2, 5 Abs. 3 ArbGG. Die Voraussetzungen des § 92a HGB seien in Bezug auf den Beklagten erfüllt. Denn ihm sei durch § 3 des Handelsvertretervertrages nach dem eindeutigen Wortlaut jegliche anderweitige Vermittlungstätigkeit untersagt worden. Dass der Begriff der Vermittlungstätigkeit im Sinne des Vertrages sich nur auf die Vermittlung von Finanzdienstleistungen beziehen solle, lasse sich entgegen der Auffassung der Klägerin aus § 1 des Handelsvertretervertrages nicht ableiten. Das einschränkende Verständnis der Klägerin habe im Wortlaut des Vertrages keinen Ausdruck gefunden und entspreche auch nicht dem maßgeblichen Verständnis eines redlichen und verständigen Vertragspartners. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 ArbGG seien erfüllt. Die durchschnittliche Vergütung des Beklagten innerhalb der letzten sechs Monate seiner Tätigkeit für die Klägerin habe nicht mehr als 1.000,00 Euro betragen. Provisionsrückbelastungen infolge von Vertragsstornierungen seien entgegen der Auffassung der Klägerin in die Ermittlung der durchschnittlichen Vergütung einzubeziehen. Insofern hat das Landgericht Bezug genommen auf die Entscheidung des Senates vom 04.02.2010 (18 W 24/09, juris).

Mit der sofortigen Beschwerde begehrt die Klägerin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Feststellung der Zulässigkeit des von ihr beschrittenen Rechtswegs.

II.

Die sofortige Beschwerde der Klägerin ist gemäß §§ 17 a Abs. 4 Satz 3 GVG, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt worden und auch im Übrigen zulässig. Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zu Recht und mit zutreffender Begründung für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht verwiesen.

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ergibt sich bereits aus §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG, so dass dahinstehen kann, ob der Beklagte Arbeitnehmer der Klägerin im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbGG oder selbständiger Handelsvertreter war. Nach § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG gelten Handelsvertreter dann als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes, wenn sie zu dem Personenkreis gehören, für den nach § 92 a HGB die untere Grenze der vertraglichen Leistungen festgesetzt werden kann, und wenn sie während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1.000,00 Euro auf Grund des Vertragsverhältnisses an Vergütung einschließlich Provision und Ersatz für im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Aufwendungen bezogen haben. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

1.

Ohne Erfolg macht die sofortige Beschwerde geltend, der Beklagte sei nicht als Einfirmenvertreter im Sinne des § 92a Abs. 1 Satz 1 HGB einzustufen.

Zu dem Personenkreis, für den nach § 92a HGB die untere Grenze der vertraglichen Leistungen des Unternehmers festgesetzt werden kann, gehören Handelsvertreter, die vertraglich nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfen (§ 92a Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB; so genannte Einfirmenvertreter kraft Vertrags), und Handelsvertreter, denen dies nach Art und Umfang der verlangten Tätigkeit nicht möglich ist (§ 92a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HGB; so genannte Einfirmenvertreter kraft Weisung). Ein vertragliches Verbot im Sinne von § 92a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB besteht nicht nur in den Fällen, in denen dem Handelsvertreter vertraglich untersagt ist, für weitere Unternehmer tätig zu werden, sondern auch in den Fällen, in denen die Ausübung einer solchen Tätigkeit nach dem Vertrag von der Einwilligung bzw. Genehmigung des Unternehmers abhängig ist und eine derartige Einwilligung bzw. Genehmigung nicht vorliegt. Für die Annahme eines vertraglichen Tätigkeitsverbots im Sinne des § 92a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB reicht hingegen ein vereinbartes Konkurrenzverbot nicht aus, weil dadurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen wird, für Unternehmer eines anderen Wirtschaftszweigs tätig zu werden. Auch die Vereinbarung einer bloßen Anzeigepflicht reicht für die Annahme eines vertraglichen Tätigkeitsverbots im Sinne des § 92a Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB regelmäßig nicht aus, weil dadurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen wird, für weitere Unternehmer tätig zu werden (BGH, Beschl. v. 18.07.2013 - VII ZB 45/12, juris m. w. N.; vgl. auch Senat, Beschl. v. 29.11.2010 - 18 W 61/10, juris).

Maßgeblich sind die Bestimmungen des Handelsvertretervertrages vom 09.04.2003, weil der Beklagte keine vom Vertragsinhalt abweichenden unternehmerischen Weisungen und auch keine andere tatsächliche Handhabung behauptet. Bei der Auslegung der Vertragsklauseln, die schon dem äußeren Anschein nach von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, ist darauf abzustellen, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss und Zweifel zu Lasten des Verwenders gehen, § 305c Abs. 2 BGB (Senat, aaO).

Das Landgericht hat § 3 des Handelsvertretervertrages nach dem dargelegten Maßstab zu Recht einen Ausschluss jeglicher anderweitiger Tätigkeit des Beklagten als Handelsvertreter entnommen.

a)

Die Klausel verbietet nach ihrem Wortlaut uneingeschränkt jede Vermittlungstätigkeit für andere Unternehmer. Soweit die Klägerin die Klausel dahingehend eingeschränkt verstanden wissen will, dass sie nur eine Konkurrenzfähigkeit des Handelsvertreters ausschließt, findet dieses Verständnis im Wortlaut der Vertragsbestimmung keine Stütze. Der Wortlaut der Klausel differenziert vielmehr zwischen einer Vermittlungstätigkeit für „andere Unternehmen“ und der Beteiligung des Beraters an „Konkurrenzunternehmen“. Diese Unterscheidung lässt aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners nur den Schluss zu, dass der Kreis der „anderen Unternehmen“, für die ihm eine Vermittlungstätigkeit untersagt wird, über den Kreis der Konkurrenzunternehmen, an denen er sich nicht beteiligen darf, hinausgeht. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, der Begriff des Vermittelns sei in § 1 des Handelsvertretervertrages definiert worden im Sinne eines Vermittels von Finanzdienstleistungen aus dem Bereich der Versicherungen, Finanzierungen, Immobilien und sonstigen Finanzdienstleistungen, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass § 1 des Handelsvertretervertrages lediglich den Gegenstand der geschäftlichen Tätigkeit der Klägerin beschreibt. Eine Definition des Begriffs

des Vermittelns, die auch für die nachfolgenden Vertragsbestimmungen Geltung beansprucht, lässt sich der Klausel indes nicht entnehmen.

b) 35

36 Dass eine Vertragsbestimmung mit dem hier in Rede stehenden Inhalt im Sinne der Klägerin einschränkend auszulegen sei, lässt sich - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - auch der von der Klägerin wiederholt angeführten Entscheidung des Senats vom 29.11.2010 (18 W 61/10, juris) nicht entnehmen. Gegenstand dieser Entscheidung war eine Vertragsbestimmung, nach deren Inhalt der Vermittler hauptberuflich nur für seinen Vertragspartner tätig werden und dessen Dienstleistungen bzw. Finanzprodukte vermitteln durfte. Der Senat hat in dieser Regelung deshalb kein vertragliches Verbot im Sinne des § 92a Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB gesehen, weil sie sich ausdrücklich nur auf die „hauptberufliche“ Tätigkeit des Vermittlers bezog und damit eine anderweitige nebenberufliche Tätigkeit als Handelsvertreter zuließ, solange sich diese nicht als Konkurrenz zur Geschäftstätigkeit des Unternehmers darstellte.

37 Zwar hat das Oberlandesgericht Karlsruhe hiervon abweichend bei einer offenbar gleichlautenden Vertragsbestimmung die Voraussetzungen des § 92a Abs. 1 S. 1 HGB als erfüllt angesehen und die Auffassung vertreten, dass die Beschränkung der Ausschließlichkeitsbindung auf die hauptberufliche Tätigkeit dem Vermittler gerade keine anderweitige Tätigkeit als Handelsvertreter ermögliche. Denn ein Handelsvertreter, der für mehrere Unternehmen tätig werde, sei grundsätzlich gegenüber jedem dieser Unternehmer Handelsvertreter im Hauptberuf (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.10.2012 – 19 W 77/12, juris).

38 Die Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Denn nach dem Wortlaut der in Rede stehenden Regelung in § 3 des Handelsvertretervertrages war dem Beklagten jede Vermittlungstätigkeit für ein anderes Unternehmen untersagt, gleichviel ob er sie haupt- oder nebenberuflich ausgeübt hätte. Eine Einschränkung, die dem Beklagten eine nebenberufliche Handelsvertretertätigkeit für einen anderen Unternehmer gestattet hätte, lässt sich der Vertragsklausel nicht entnehmen.

c) 39

40 Der Einwand der Klägerin, sie habe kein Interesse, ihren Außendienstmitarbeitern anderweitige Vertriebstätigkeiten außerhalb ihres eigenen Geschäftsfelds zu untersagen, rechtfertigt ebenfalls keine einschränkende Auslegung der Vertragsklausel. Denn ein möglicherweise mangelndes Interesse der Klägerin liegt jedenfalls nicht ohne Weiteres auf der Hand. Ein redlicher und verständiger Vertragspartner konnte durchaus ein Interesse der Klägerin daran in Betracht ziehen, dass die für sie tätigen Außendienstmitarbeiter sich nicht nur der Vermittlung von Konkurrenzprodukten enthalten, sondern allein schon aus Imagegründen zugleich davon absehen, etwa als Warenhandelsvertreter, möglicherweise auch bei denselben Kunden, mit Produkten wie etwa Staubsauger, die die Klägerin selbst beispielhaft anführt und deren Vertrieb jedenfalls andere Anforderungen stellt als der von Finanzdienstleistungen, in Erscheinung treten.

d) 41

42 Es kommt auch nicht darauf an, ob die Vertragsbestimmung mit dem Regelungsinhalt, den das Landgericht ihr zutreffend entnommen hat, wirksam vereinbart werden konnte. Denn die Klägerin kann sich jedenfalls gegenüber dem Beklagten nicht mit Erfolg auf die Unwirksamkeit einer von ihr selbst gestellten Klausel berufen (vgl. BGH, Urt. v. 04.12.1986 –

2.	43
Auch die weiteren Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 1 ArbGG sind erfüllt. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die durchschnittliche monatliche Vergütung des Beklagten in dem maßgeblichen Zeitraum der letzten 6 Monate seiner Tätigkeit für die Klägerin nicht mehr als 1.000,00 Euro betrug.	44
a)	45
Soweit die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass der Beklagte in den Jahren 2005 bis 2011 deutlich höhere Einnahmen aus seiner Vermittlungstätigkeit erzielt habe und in den letzten Monaten der Vertragslaufzeit praktisch nicht mehr für sie tätig gewesen sei, kann dieser Umstand bei der Feststellung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 ArbGG keine Berücksichtigung finden.	46
aa)	47
Zwar wird zum Teil in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass bei der Bemessung des Zeitraums der letzten 6 Monate im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG die Monate außer Betracht zu bleiben hätten, in denen das Vertragsverhältnis bereits gestört war und der Handelsvertreter seine Tätigkeit für den Unternehmer bereits ganz oder teilweise eingestellt hat (OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.03.1997 - 25 W 18/97, NZA-RR 1997, 399 f.; OLG Schleswig, Beschl. v. 25.08.1997 - 16 W 105/97, juris).	48
bb)	49
Dieser Ansicht vermag der Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Beschl. v. 15.02. 2005 - 5 AZB 13/04, NJW 2005, 1145, 1146 f.) sowie eines Teils des Schrifttums (Germelmann in Germelmann/Müller-Glöße, Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl., § 5 Rn. 42; Koch in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl., § 5 ArbGG Rn. 12) indes nicht beizutreten. Gegen sie spricht schon entscheidend der Wortlaut des Gesetzes, der eindeutig allein auf das Vertragsverhältnis abstellt. Eine solche Gesetzesanwendung ermöglicht auch nicht die Erschleichung eines besonderen Rechtswegs. Die Rechtswege zu den ordentlichen Gerichten und den Gerichten für Arbeitssachen sind gleichwertig, so dass es allein darum geht, gerade durch Anwendung des § 5 ArbGG den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG) zu bestimmen. Dieser muss aber eindeutig sein, womit nicht vereinbar wäre, abweichend vom Wortlaut des § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG auf einen Zeitpunkt abzustellen, der häufig wegen streitigen Vortrags zur noch geleisteten Arbeit schwer feststellbar ist. Zum anderen kann der Unternehmer das Vertragsverhältnis bei Einstellung der Vermittlungstätigkeit durch den Handelsvertreter wegen grober Verletzung der vertraglichen Pflichten aus dem Handelsvertretervertrag fristlos kündigen und somit eine Rechtswegerschleichung verhindern. Schließlich trägt das Gesetz aber auch Schwankungen in der Höhe des Verdienstes schon dadurch Rechnung, dass es nicht auf das Einkommen im letzten Beschäftigungsmonat, sondern auf den Durchschnitt der letzten sechs Monate vor Beendigung des Vertragsverhältnisses abstellt (BAG aaO; Senat, Beschl. v. 04.02.2010 - 18 W 24/09 –, juris).	50
b)	51

Das Landgericht hat auch zu Recht angenommen, dass die in den letzten sechs Monaten der Vertragslaufzeit erfolgten Provisionsrückbelastungen bei der Ermittlung der durchschnittlichen Vergütung Berücksichtigung finden müssen. Der Senat hat bereits wiederholt entschieden, dass die in den Abrechnungssalden enthaltenen Provisionsrückbelastungen wegen Vertragsstornierungen in die Ermittlung der Höhe der Vergütung einzubeziehen und nicht rückwirkend auf die Vergütungen der Monate zu verrechnen sind, in denen die Provisionsansprüche unbedingt entstanden sind. Diese Rechtsprechung hat der Senat in seinem vom Landgericht bereits zitierten Beschluss vom 04.02.2010 (18 W 24/09, juris) im Wesentlichen wie folgt wie begründet:

aa) 53

Allerdings vertritt das Oberlandesgericht München (Beschl. v. 22.06.2007 - 7 W 1079/07, juris) die Ansicht, Rückforderungen von Provisionen wegen Stornierung der Verträge hätten insoweit keine Berücksichtigung zu finden, da anderenfalls eine Gefahr der Manipulation des Rechtsweges etwa durch Vermittlung besonders stornoträchtiger Verträge vor Beginn der 6-Monatsfrist drohe. 54

bb) 55

Auch diese Ansicht vermag der erkennende Senat in Übereinstimmung mit der angefochtenen Entscheidung indes nicht zu teilen (wie hier wohl auch OLG Köln, Beschl. v. 06.04.2005 - 19 W 8/05). Abgesehen davon, dass gegen eine solche Auffassung bereits die unter II. 2. a) bb) dargelegten Gründe sprechen, erachtet der Senat auch die Gefahr einer solchen Manipulation als sehr geringfügig und gebieten insbesondere der mit der Regelung des § 5 Abs. 3 ArbGG verfolgte gesetzgeberische Zweck sowie die Rechtssicherheit eine Berücksichtigung der Rückforderungen wegen Stornierungen der vermittelten Verträge bei der Vergütung der Monate, in denen diese Provisionsstorni verrechnet werden. 56

(1) 57

Schließt der Handelsvertreter im Hinblick auf die baldige Beendigung des Vertragsverhältnisses ausschließlich oder im Wesentlichen nur noch stornoträchtige Verträge ab, mindert er hierdurch seine eigene Vergütung in erheblichem Maße. Dass er eine solche Selbstschädigung allein im Hinblick auf eine dann ggfs. gegebene Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen vornimmt, erscheint somit wenig wahrscheinlich. Die gegenteilige Ansicht scheint nicht zu berücksichtigen, dass durch eine solche Maßnahme des Handelsvertreters allenfalls die Rechtswegzuständigkeit, nicht jedoch die anschließende Beurteilung der Frage, ob der Handelsvertreter Arbeitnehmer oder selbständiger Gewerbetreibender ist, einer Beeinflussung zu unterliegen vermag. 58

(2) 59

Gegen eine Nichtberücksichtigung von Provisionsstorni spricht entscheidend aber auch der vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 5 Abs. 3 ArbGG verfolgte Zweck, den sozial schwächeren Handelsvertreter einem Arbeitnehmer gleichzustellen, da er ihn als besonders schutzbedürftig angesehen hat (vgl. dazu BT-Drs. 1/3856, Seite 45 zu Art. 3, und Senatsbeschluss vom 04.07.2005 - 18 W 25/05 -). Als sozial schwächer in diesem Sinne hat er den Handelsvertreter erachtet, der nicht durch eigenes Geschick und Können zu Provisionsverdiensten von mehr als 1.000,00 Euro monatlich in der Lage, also in diesem Sinne erfolgreich und wirtschaftlich selbständig ist. Als Provisionsverdienste in diesem Sinne können unter Berücksichtigung dieses Sinn und Zwecks aber dann nur solche anzusehen 60

sein, die dem Handelsvertreter auch endgültig verbleiben. Denn anderenfalls ist er gerade nicht in der Lage, durch eigenes Geschick und Können Provisionsverdienste von mehr als 1.000,00 Euro monatlich zu erwirtschaften.

(3) 61

Bei der Beurteilung der Einkommensverhältnisse des Handelsvertreters sind die Rückforderungsansprüche des Unternehmers für die Monate in Ansatz zu bringen, in denen diese entstanden sind, und nicht rückwirkend für die Monate, in denen die Provisionsansprüche des Handelsvertreters entstanden sind. Gegen die abweichende Ansicht spricht schon durchgreifend das Gebot der Rechtssicherheit. Folgte man ihr, wäre erst Monate oder gar Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Bestimmung des zulässigen Rechtsweges möglich. Denn dann hätten bei der Ermittlung der vom Handelsvertreter in den letzten sechs Monaten des Vertragsverhältnisses erwirtschafteten Vergütungen auch solche Rückforderungsansprüche des Unternehmers wegen Vertragsstornierungen Berücksichtigung zu finden, die erst weit nach Ende des Vertragsverhältnisses mit dem Handelsvertreter entstehen. 62

cc) 63

Die hier vertretene Rechtsauffassung steht auch nicht in Widerspruch zu den Beschlüssen des Bundesgerichtshofs vom 12.02.2008 (VIII ZB 51/06 = NJW-RR 2008, 1420 und VIII ZB 3/07 = NJW-RR 2008, 1418). Zwar hat der Bundesgerichtshof dort ausgeführt, dass maßgeblich allein sei, in welcher Höhe innerhalb der letzten sechs Monate Vergütungsansprüche des Handelsvertreters entstanden sind, unabhängig davon, ob und auf welche Weise sie von dem Unternehmer erfüllt sind. Schon mit der Aufrechnung mit anderen Ansprüchen erhalte der Handelsvertreter die ihm zustehenden Leistungen, da die Aufrechnung lediglich ein Erfüllungssurrogat darstelle. Diesen Entscheidungen liegen indes allein Aufrechnungen des Unternehmers mit Ansprüchen aus Mietverträgen über Notebooks und sonstigen für den Handelsvertreter geleisteten Aufwendungen zugrunde. Zur Frage der Aufrechnung mit Provisionsrückforderungsansprüchen hingegen verhalten sie sich nicht. Die Provisionen stellen indes - anders als vom Handelsvertreter im Rahmen seiner gewerblichen Ausübung zu tragende Aufwendungen - die Vergütung des Handelsvertreters dar. Insoweit ist daher aus den dargelegten Gründen, insbesondere im Hinblick auf den Schutzzweck des § 5 Abs. 3 ArbGG eine andere Auffassung geboten. 64

An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Der vorliegende Fall gibt keine Veranlassung von ihr abzuweichen. Sie steht auch, wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, nicht im Widerspruch zu dem von der Klägerin angeführten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.06.2011 (VIII ZB 91/10 –, juris). Darin hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass auch zunächst darlehensweise gewährte Provisionsvorschüsse bei der Ermittlung der nach § 5 Abs. 3 ArbGG maßgeblichen Vergütungsgrenze zu berücksichtigen seien, wenn und soweit diese sich aufgrund eines bereits im Handelsvertretervertrag vereinbarten Erlasses der Rückzahlungsverpflichtung beim Ausscheiden des Handelsvertreters automatisch in unbedingt bezogene Vergütungen umgewandelt haben. Derartige darlehensweise gewährten Vorschüsse sind indes nicht Gegenstand der hier in Rede stehenden Provisionsabrechnungen der Klägerin. 65

3. 66

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 67

68

4.

Den Beschwerdewert hat der Senat auf etwa ein Drittel des Hauptsachestreitwerts geschätzt. 69

5. 70

Der Senat hat gemäß § 17 a Abs. 4 Satz 4 und 5 GVG die Rechtsbeschwerde zugelassen, 71
da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Es ist zu erwarten, dass die
Rechtsfragen, ob bei der Bestimmung der Vergütung im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 1 ArbGG
auch solche Monate, in denen der Handelsvertreter seine Tätigkeit für den Unternehmer
bereits eingestellt hat, und verrechnete Rückforderungsansprüche des Unternehmers
aufgrund stornierter Verträge zu berücksichtigen sind, in einer unbestimmten Vielzahl von
Fällen auftreten.