

28. Juni 1967 . 66

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: KO §§ 146, 61; ArbGG §§ 2 (Zuständigkeitsprüfung), 5;
ZPO § 538

Leitsätze:

1. Für die Entscheidung des Feststellungsprozesses gemäß § 146 KO sind die Gerichte für Arbeitssachen zuständig, sofern ihre Zuständigkeit bei Geltendmachung der Forderung außerhalb des Konkurses gegeben wäre. Das gilt nicht nur für den Streit um den Bestand, sondern auch für den Streit um das Vorrecht der Forderung (Fortsetzung von BAG 10, 310 / 312 ff. = AP Nr. 2 zu § 61 KO).
2. Macht der Kläger nach seinem Tatsachenvortrag einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis geltend, während der Beklagte das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses bestreitet und einen Sachverhalt vorträgt, der die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen ausschließen würde, dann darf das zuerst angerufene Arbeitsgericht seine sachliche Zuständigkeit nur dann bejahen, wenn die Zuständigkeitsvoraussetzungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, § 5 ArbGG) feststehen; erforderlichenfalls muß Beweis erhoben werden. Der einseitige Tatsachenvortrag des Klägers genügt nicht für die Begründung der Zuständigkeit (Fortsetzung der seit BAG 6, 160 / 162 ff. = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung ständigen Rechtsprechung).
3. Ist für einen Feststellungsstreit gemäß § 146 KO das zuerst angerufene Arbeitsgericht sachlich unzuständig, weil etwa die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers verneint wird, dann muß das Arbeitsgericht, wenn die angemeldete Forderung sowohl dem Bestande nach wie hinsichtlich eines Vorrechts aus § 61 Nr. 1 KO streitig ist, auf entsprechenden Antrag nicht nur den Bestands-, sondern auch den Vorrechtsstreit an das zuständige ordentliche Gericht verweisen oder bei Fehlen eines Verweisungsantrags die Klage im ganzen als unzulässig abweisen. Es ist nicht möglich, daß das Arbeitsgericht die Klage hinsichtlich des Vorrechts durch Urteil in der Sache (als unbegründet) abweist.

Aktenzeichen: 3 AZR 341/66

Urteil des BAG vom 26. Juni 1967

LAG Niedersachsen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Urteilstenor
zugestellt am
26. Juni 1967

Im Namen des Volkes!

gez. Groll,

Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 23. Juni 1967 durch
die Bundesrichterin, Professorin Dr. Hilger, die Bundes-
richter Dr. Gröninger und Wendel sowie die Bundesar-
beitsrichter Dr. Wagner und Engel für Recht erkannt:

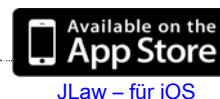
1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom
18. August 1966 - 5 Sa 391/65 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil
des Arbeitsgerichts Lüneburg vom 1. Juni 1965
- Ca 136/65 - aufgehoben.
3. Die Sache wird zur weiteren Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Berufung
und der Revision, an das Arbeitsgericht zurück-
verwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

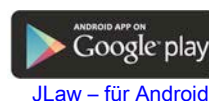


Tatbestand:

Die Klägerin war Kommanditistin und Prokuristin der Firma fabrik H ,
H , die in der Form der Kommanditgesellschaft betrieben wurde. Persönlich haftender Gesellschafter war bis zu seinem Ausscheiden im Jahr 1961 der Bruder der Klägerin T S . Die Klägerin war die verantwortliche Leiterin der Filiale der fabrik H in L . Am 29. Juni 1964 wurde über das Vermögen der Kommanditgesellschaft das Konkursverfahren eröffnet. Konkursverwalter ist der Beklagte.

Die Klägerin hat zur Konkurstabelle als Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin eine bevorrechtigte Forderung im Sinne des § 61 Nr. 1 KO von 1.842,56 DM und eine einfache Konkursforderung von 88.000,-- DM angemeldet. Sie hat hierzu behauptet, sie habe als Angestellte der Gemeinschuldnerin im letzten Jahr vor Konkursöffnung an Provisionen 1.842,56 DM verdient, die ihr noch nicht ausgezahlt worden seien. Aus der Zeit vom 1. Januar 1953 bis zum 30. Juni 1961 schulde ihr die Gemeinschuldnerin noch Provisionen in Höhe von 113.482,81 DM; mit den ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen könne sie allerdings für diese Zeit nur den angemeldeten Betrag von 88.000,-- DM belegen. Der Beklagte hat die angemeldeten Forderungen nach Grund, Höhe und Vorrecht bestritten. Die Klägerin hat daraufhin die Forderungen mit der vorliegenden Klage geltend gemacht, und zwar den Betrag von 1.842,56 DM nebst Zinsen im Wege der Leistungsklage und den Betrag von 88.000,-- DM im Wege der Klage auf Feststellung zur Konkurstabelle.

Der Beklagte hat vor allem die sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen bestritten, weil die Klägerin in Wahrheit Mitunternehmerin gewesen sei und die sog. Provisionen eine dem Geschäftsführergehalt des persönlich haftenden Gesellschafters entsprechende Vergütung darstellten. In der Sache hat der Beklagte ausgeführt, der Klägerin stehe als - wenn auch nur beschränkt haftender - Gesellschafterin keine Forderung in ihrem eigenen Ge-



sellschaftskonkurs gegen die Masse zu. Er hat ferner die Höhe der Forderungen bestritten und vorsorglich die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Arbeitsgericht hat seine Zuständigkeit verneint und, da ein Verweisungsantrag nicht gestellt war, die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Klägerin hat dann in der Berufungsinstanz hilfsweise um Verweisung an das Landgericht Lüneburg gebeten (Schriftsatz an das Landesarbeitsgericht vom 10. Juli 1965, Bl. 78 VA). Das Landesarbeitsgericht hat die sachliche Zuständigkeit bejaht, das Urteil des Arbeitsgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht zurückverwiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landesarbeitsgericht hat sich nicht damit befaßt, daß der Klageantrag zu 1, wonach die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 1.842,56 DM nebst Zinsen erstrebt, in dieser Form im vorliegenden Fall nicht gestellt werden kann. Die Klägerin macht eine im Konkursverfahren über das Vermögen ihrer angeblichen Schuldnerin streitig gebliebene Forderung geltend. Für einen solchen Fall kann der Gläubiger gemäß § 146 KO nur im Wege der Feststellungsklage gegen den Konkursverwalter vorgehen. Der Senat geht im folgenden davon aus, daß der Klageantrag zu 1 in dem Sinn gemeint ist, die angemeldete Forderung von 1.842,56 DM nebst Zinsen sei mit dem begehrten Vorrecht aus § 61 Nr. 1 KO zur Konkurstabelle festzustellen (vgl. wegen der Antragsauslegung in ähnlichen Fällen BAG 7, 4 71 = AP Nr. 1 zu § 15 KSchG Abschn. 3 c7; BAG AP Nr. 2 zu § 146 KO Abschn. I 27).

II. Danach stellt sich der vorliegende Rechtsstreit in seinem vollen Umfang als Feststellungsprozeß gemäß § 146 KO dar. Zu seiner Entscheidung sind die Gerichte für Arbeitssachen berufen, sofern sie – worauf nachstehend unter III eingegangen wird – bei Geltendmachung der Forde-



rung außerhalb des Konkurses sachlich zuständig sind.

1. Das gilt einmal für den sog. Bestandsstreit, d. h. für die Entscheidung der Frage, ob und in welcher Höhe die angemeldeten Forderungen bestehen. Das ergibt sich eindeutig aus § 146 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 1 KO und § 2 Abs. 4 Satz 1 ArbGG (allg. Ans.; vgl. BAG 10, 310 312 ff. = AP Nr. 2 zu § 61 KO mit weiteren Hinweisen).

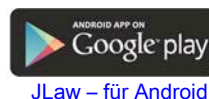
2. Die Gerichte für Arbeitssachen sind auch - unter der eingangs erwähnten Voraussetzung - für die Entscheidung des sog. Vorrechtsstreits sachlich zuständig, d. h. für die Entscheidung der Frage, ob der Klägerin für einen Teil ihrer Forderung das von ihr beanspruchte Vorrecht gemäß § 61 Nr. 1 KO zusteht. Diese schon früher vom Bundesarbeitsgericht vertretene Ansicht (vgl. BAG 10, 310 312 ff. = AP Nr. 2 zu § 61 KO; ebenso BGH, Wertpapier-Mitteilungen 1955 Teil IV B S. 943) ist zwar im Schrifttum von einigen in Zweifel gezogen worden (vgl. Böhle-Stamschräder, KO, 8. Aufl., 1966, § 61 Anm. 4 e, mit weiteren Hinweisen; Berges, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen KTS 1965, 252, ebenfalls mit Hinweisen, letzterer teilweise de lege ferenda). Der Senat ist jedoch nach nochmaliger Überprüfung in Übereinstimmung mit dem Vierten Senat bei der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts geblieben (BAG vom 5. Juli 1967 - 4 AZR 338/66 - BB 1967, 1044 = DB 1967, 1551, demnächst AP Nr. 5 zu § 61 KO, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen).

§ 146 Abs. 1 KO macht für den Feststellungsstreit hinsichtlich der Widerspruchsrichtung (Bestand, Höhe, Anmeldbarkeit, Vorrecht der Forderung) keinerlei Unterschied. Daraus ist zu folgern, daß die Kompetenzzuweisung des § 146 Abs. 5 KO an besondere Gerichte oder Gerichte eines anderen Rechtswegs nicht nur die Zuständigkeit für den Bestandsstreit, sondern auch die Entscheidungskompetenz für Feststellungsprozesse anderer Widerspruchsrichtung (Anmeldbarkeit, Vorrecht) regelt. Das hat Friedrich Weber neuerdings



(Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 61 KO /Ziff. 4 b7 mit weiteren Angaben) überzeugend nachgewiesen. Ihm tritt der Senat, soweit es um die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen geht, bei. Der Bundesfinanzhof ist allerdings von seiner früheren Rechtsprechung abgewichen und hält jetzt für den Streit um das Konkursvorrecht einer Steuerforderung gemäß § 61 Nr. 2 KO die ordentlichen Gerichte für zuständig, weil es sich bei dem Vorrechtsstreit nicht um eine steuerrechtliche, sondern um eine konkursrechtliche Frage handle (BStBl. 1965 Teil III S. 491 Nr. 316 = KTS 1965, 248). Der Vierte Senat des BAG hat aber in seinem oben erwähnten Urteil bereits zu Recht gesagt, daß die Erwägungen des Bundesfinanzhofs über die Rechtswegverteilung zwischen den ordentlichen Gerichten und den Finanzgerichten im Vorrechtsstreit für die Abgrenzung zwischen ordentlichen Gerichten und Arbeitsgerichten nicht maßgeblich sein können, weil die Arbeitsgerichte im Unterschied zu den Finanzgerichten ebenso wie die ordentlichen Gerichte über zivilrechtliche Ansprüche entscheiden und deshalb auch zur Entscheidung über das Konkursvorrecht eines in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Anspruchs berufen sind. III. Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen ist zunächst nur für den Bestandsstreit zu prüfen, weil dieser dem Vorrechtsstreit rechtlich vorgeordnet ist (vgl. Friedrich Weber, Anm. zu AP Nr. 3 zu § 61 KO /Zu 17).

Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für den Bestandsstreit hängt, wie dargelegt, davon ab, ob es sich bei den von der Klägerin angemeldeten Forderungen um Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis oder aus einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis handelt, die außerhalb des Konkurses durch die Arbeitsgerichte entschieden werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG und Art. 3 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes vom 6. August 1953, BGBl. I. S. 771). Diese Frage kann aus den Gründen des Landesarbeitsgerichts nicht entschieden



werden. Es bedarf vielmehr einer weitergehenden Prüfung.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Frage der sachlichen Zuständigkeit allein aufgrund des Vortrags der Klägerin geprüft; dabei bleibt unklar, ob das Landesarbeitsgericht vom Tatsachenvortrag oder von den Rechtsausführungen der Klägerin ausgeht. Zur Rechtfertigung seiner Methode führt das Landesarbeitsgericht aus, im vorliegenden Fall seien die die Zuständigkeit begründenden Tatsachen mit den die Klage begründenden Tatsachen identisch. Dieser Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts ist rechtsirrig.

2. Weder die Rechtsausführungen des Klägers noch sein einseitiger vom Beklagten bestrittener Tatsachenvortrag können zur Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit genügen.

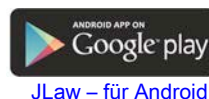
a) Auf die Rechtsmeinung des Klägers kann es für die Zuständigkeit, ebenso wie auch sonst im Zivilprozeß, in aller Regel nicht ankommen. Es ist Sache des Gerichts, den ihm von den Parteien unterbreiteten Sachvortrag rechtlich zu würdigen. Dies ist seit BAG 6, 160 [162 ff.] = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung und BAG 8, 260 [265] = AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung [zu 3 der Gründe] ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. beispielsweise BAG AP Nr. 13 zu § 276 ZPO [zu A 2 der Gründe]; BAG 9, 313 [317] = AP Nr. 8 zu § 5 ArbGG 1953 [zu 2 b der Gründe]; BAG 15, 292 [297] = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung [zu 4 der Gründe]).

b) Das Landesarbeitsgericht durfte aber für seine Entscheidung auch nicht allein auf den Tatsachenvortrag der Klägerin abstellen. Vielmehr erfordert es die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung und die Achtung vor der anderen Gerichtsbarkeit, daß das zunächst angerufene Gericht für Arbeitssachen vorab in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht - erforderlichenfalls nach Beweiserhebung - prüft, ob wirklich ein Rechtsverhältnis bestanden hat, das seine Zuständigkeit begründet. Das angerufene Gericht muß positiv



feststellen, welche der denkbaren rechtlichen Möglichkeiten gegeben ist. Nur diese Auffassung entspricht der neueren nach anfänglichem Schwanken in Übereinstimmung mit Bötticher entwickelten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. (Vgl. erstmals BAG 6, 160, wo auf S. 163 gesagt wird, daß in Fällen der vorliegenden Art die Zuständigkeitsbegründenden Behauptungen daraufhin geprüft werden müssen, ob sie schlüssig und bewiesen sind, und zwar sowohl dann, wenn sie sich mit den anspruchsbegründenden Behauptungen decken, wie wenn sie dies nicht tun AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG Zuständigkeitsprüfung zu 2 der Gründe. Ebenso: BAG 9, 313 317 f. = AP Nr. 8 zu § 5 ArbGG 1953; AP Nr. 1 zu § 92 a HGB; AP Nr. 1 zu § 92 HGB; BAG 15, 292 295 ff. = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; BAG 17, 114 = AP Nr. 28, aaO. - Einige frühere abweichende Entscheidungen, die allerdings zum Teil noch nach BAG 6, 160 ergangen sind, müssen als überholt gelten, so: AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG Zuständigkeitsprüfung und BAG 11, 259 261 = AP Nr. 24, aaO mit weiteren Hinweisen auf ältere, inzwischen überholte Urteile. - Vgl. hierzu Bötticher, ZZP Bd. 72 1959 S. 44 ff.; Anm. zu AP Nr. 12 und Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1960, S. 511 ff., 540 ff.; zustimmend zur neuen Rechtsprechung des BAG auch Friedrich Weber in seiner bereits zitierten Anm. zu AP Nr. 3 zu § 61 KO zu 2.)

Die abweichende Ansicht, die von der behaupteten Klagegrundlage ausgeht (vgl. bes. Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., § 38 I 2, S. 151 f.; Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., vor § 12 Anm. III 3), berücksichtigt nicht, daß dann die klagende Partei gegen den Willen ihres Gegners den Rechtsstreit vor die sachlich nicht zuständigen Gerichte bringen könnte. Demgegenüber muß das Argument der Gegenmeinung zurücktreten, es sei nicht tragbar, um des Zuständigkeitsstreits willen dem Streit um die Begründetheit des Anspruchs nach materiellem Recht sein Kernstück, nämlich die Tatsachen-



prüfung, zu entziehen (so z. B. J. Blomeyer, Anm. zu AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG Zuständigkeitsprüfung mit weiteren Nachweisen). Die verklagte Partei hat einen Anspruch darauf, daß über die Klage durch das sachlich zuständige Gericht entschieden werde. Zudem können die Ergebnisse eines im Zuständigkeitsstreit erhobenen Beweises unbedenklich auch für die materiellrechtliche Prüfung verwendet werden.

Schließlich führt es in die Irre, wenn vielfach gelehrt wird, die streitigen Behauptungen des Klägers über die den Klageanspruch begründenden Tatsachen bedürften dann keines Beweises, wenn die Tatsachenbehauptungen, welche die Zuständigkeit begründen, mit denen, die den Klageanspruch rechtfertigen, zusammenfallen (so z. B. Wieczorek, ZPO, § 12; Anm. B II a; ebenso einige der überholten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts). Richtig ist nur, daß durch Sachurteil und nicht durch Prozeßurteil entschieden werden muß, wenn der Klageanspruch mit der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte steht und fällt (vgl. Bötticher, ZZP, aaO, S. 51 f.; auch BAG 15, 292 [296] = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung). In diesen Fällen ist mit der Feststellung, daß der Kläger Arbeitnehmer ist oder daß er dies nicht ist, sowohl die Zuständigkeitsfrage wie die Begründetheit der Klage geklärt. Da ein solcher Fall hier nicht vorliegt, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden.

IV. Für die Zuständigkeitsfrage kommt es also darauf an, ob die Klägerin tatsächlich in einem die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründenden Rechtsverhältnis zur Gemeinschaftschuldnerin gestanden hat.

1. Im Gegensatz zu der Meinung des Beklagten ist es nicht so, daß es schon an einem schlüssigen Vortrag ihrer Arbeitnehmer-Eigenschaft durch die Klägerin fehlte.

a) Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist insbesondere nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin Prokuristin und Kommanditistin der Gemeinschaftschuldnerin gewesen ist. Es ist nicht richtig, wenn der Beklagte meint, allein schon aus diesem Grunde könne sie gemäß § 5 Abs. 1



Satz 3 ArbGG nicht Arbeitnehmerin gewesen sein, weil sie zu den Personen gehört habe, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Personen oder der Personengesamtheit berufen sind.

Als Kommanditistin hat die Klägerin keine Stellung bekleidet, wie sie in § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG umschrieben ist. Der Kommanditist ist kraft Gesetzes von der Vertretung der Kommanditgesellschaft ausgeschlossen (§ 170 HGB). Zur Vertretung berufen ist vielmehr, wie sich aus § 170 und § 161 Abs. 2 in Verbindung mit § 125 HGB ergibt, nur der persönlich haftende Gesellschafter (Komplementär).

Die Eigenschaft der Klägerin als Prokuristin könnte selbst dann die Arbeitnehmer-Eigenschaft nicht ausschließen, wenn die Prokura im Gesellschaftsvertrag begründet wäre; denn die Klägerin könnte als Prokuristin zugleich in einem Arbeitsverhältnis zur Gemeinschuldnerin gestanden haben (Dietz-Nikisch, ArbGG, § 5 Anm. 67; vgl. auch BAG AP Nr. 14 zu § 5 ArbGG /zu II 2 b der Gründe/ über die Möglichkeit einer Doppelrolle als Vorstandsmitglied und Arbeitnehmer).

b) Im übrigen hat die Klägerin unter Beweisantritt (vgl. Bl. 30, 31, 29 mit 34, 112 sowie Anlagen Bl. 146 VA) behauptet, sie habe als persönlich abhängige weisungsgebundene Angestellte auf Provisionsbasis für die Gemeinschuldnerin gearbeitet. Sie habe sich in den Betrieb einordnen und bei ihrer Außendiensttätigkeit als Verkaufskraft vorschreiben lassen müssen, welche Unkosten sie machen dürfe. Ohne vorherige Rücksprache mit der Geschäftsleitung habe sie weder Sonderrabatte einräumen noch in anderer Hinsicht selbständig handeln dürfen. Entsprechend ihrer Eigenschaft als Verkäuferin sei für sie ein Gehaltskonto geführt und von ihrem Verdienst seien Lohn- und Kirchensteuer einbehalten worden. Die Verrechnung ihrer Provision über das Kapitalkonto beruhe auf steuerlichen Gründen.



Damit hat die Klägerin das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses schlüssig vorgetragen.

2. Demgegenüber hat der Beklagte, was entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts als substantiiertes Bestreiten der Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin durchaus genügt, vorgetragen, die Klägerin habe im Unternehmen der Gemeinschuldnerin praktisch die Stellung einer Geschäftsführerin gehabt. Unter den Gesellschaftern sei sie die wichtigste Person gewesen, die nach dem Ausscheiden des T S die höchste Einlage und den höchsten Gewinnanteil gehabt habe; am Aufbau der Firma habe sie maßgeblich mitgearbeitet und deren Geschicke entscheidend beeinflusst; den Sackhandel habe sie nach eigenem Ermessen und weisungsfrei ausgeübt. In Wahrheit sei sie ihr eigener Dienstherr gewesen. Die Verprovisionierung der von ihr abgeschlossenen Geschäfte habe dem Gewinnvoraus des Geschäftsführers entsprochen; ein etwaiger Provisionsanspruch ergebe sich deshalb aus ihrer Stellung als Gesellschafterin. Das werde daraus deutlich, daß kein Provisionskonto geführt, sondern die Entnahmen der Klägerin für ihre "provisionspflichtige" Tätigkeit stets a conto Gewinn verbucht worden seien. Zufolge ihrer Fachkenntnis, ihres Alters, ihrer Erfahrung und ihrer führenden Stellung in der Firma könne von einer Weisungsbundenheit und damit einer persönlichen Abhängigkeit keine Rede sein.

3. Die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Arbeitnehmer-Eigenschaft der Klägerin (oder ihre Eigenschaft als arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG) und damit die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ergeben könnte, sind somit streitig. Sie mußten deshalb - wie zu IIII dargelegt - bereits im Zuständigkeitsstreit geklärt werden, was nach dem Akteninhalt nur nach einer Beweisaufnahme möglich ist. Da das Landesarbeitsgericht dies unterlassen und damit die Regeln der Zuständigkeitsprüfung rechtsfehlerhaft angewandt hat, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden.



4. Der Senat kann wegen des ungeklärten Sachverhalts eine abschließende Entscheidung auch nur in der Zuständigkeitsfrage gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht treffen. Die Sache muß deshalb zurückverwiesen werden. Da das Landesarbeitsgericht nur über eine prozeßhindernde Einrede entschieden hat, entsteht die Frage, ob der Senat die Sache nach der Regel des § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht oder mit Rücksicht auf § 538 ZPO, der auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 183 ZPO; BAG 5, 139 143 = AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953), an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen hat.

§ 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO sieht die Zurückverweisung vom Berufungsgericht an das Gericht des ersten Rechtszuges immer dann vor, wenn dieses nur aus verfahrensrechtlichen Gründen entschieden hat und von seinem Standpunkt aus kein sachliches Urteil hat fällen können (Baumbach-Lauterbach, ZPO, 29. Aufl., § 538 Anm. 3 B). Dies ist hier der Fall. Das erstinstanzliche Urteil ist, wie sich entgegen der Ansicht der Revision eindeutig aus Tenor und Entscheidungsgründen ergibt, ein Prozeßurteil. Der Streit über die prozeßhindernde Einrede ist allerdings bisher noch nicht geklärt, und zu seiner Klärung müssen noch Beweise erhoben werden. Auch ein solcher Fall ist aber sinngemäß nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zu behandeln.

Das Landesarbeitsgericht hat es nicht für sachdienlich gehalten, in der Sache selbst zu entscheiden (vgl. § 540 ZPO). Dem tritt der Senat im Unterschied zur Auffassung der Revision bei. Der Streit der Parteien hat sich bisher auf die Zuständigkeitsfrage beschränkt; Beweise zur Sache sind noch nicht erhoben, so daß die Ansprüche der Klägerin gänzlich ungeklärt sind. Überdies handelt es sich um einen nicht einfachen Prozeßstoff, der es gebietet, den Parteien zwei Tatsacheninstanzen für die Behandlung des Falles zu gewährleisten und den Beschleunigungsgrundsatz (§ 9 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) zurücktreten zu lassen (so schon BAG 5, 139 143 = AP



Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953; vgl. auch das Urteil des Senats vom 23. Februar 1967 - 3 AZR 237/66 - [demnächst] AP Nr. 44 zu § 256 ZPO).

Dieses Ergebnis stimmt zwar äußerlich mit dem Ergebnis des angefochtenen Urteils überein, so daß es den Anschein haben könnte, als habe sich der Senat mit der Zurückweisung der Revision begnügen können. Bei einer solchen Verfahrensweise würde jedoch der Umstand nicht berücksichtigt, daß das Urteil des Landesarbeitsgerichts bei einer lediglich auf Zurückweisung der Revision lautenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts so angesehen werden könnte, als ob es in der dritten Instanz bestätigt worden wäre. Es könnte demgemäß, da ja das untere Gericht bei der neuen Verhandlung und Entscheidung an die Rechtsauffassung des höheren Gerichts gebunden ist, aus dem Urteil des Landesarbeitsgerichts eine Bindungswirkung gerade bezüglich derjenigen Fragen entnommen werden, die das Landesarbeitsgericht nach der Ansicht des Senats unrichtig entschieden hat (vgl. dazu Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., § 538 Anm. IX 2; Baumbach-Lauterbach, aaO, § 538 Anm. 1). Um das zu vermeiden, hat der Senat das angefochtene Urteil aufgehoben und selbst die Zurückverweisung der Sache an das Arbeitsgericht ausgesprochen.

V. Für die weitere Behandlung des Falles sei auf folgendes hingewiesen:

1. Die von der Klägerin erhobenen Provisionsforderungen können sich aus einem Arbeitsvertrag rechtfertigen. Sie können auch auf einem selbständigen Dienstvertrag (z. B. als Handelsvertreter oder als zu einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung Verpflichteter im Sinne des § 675 BGB) beruhen oder aus der Rechtsstellung der Klägerin als Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin herrühren. Nur im ersten Fall (Arbeitsvertrag) sind die Gerichte für Arbeits-sachen (ausschließlich) sachlich zuständig (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG), während in den weiter genannten Fällen die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Es handelt sich mithin um einen Sachverhalt, der widerspruchsfrei nur unter dem ei-



nen oder dem anderen rechtlichen Gesichtspunkt gewürdigt werden kann, wozu im einen Fall die Gerichte für Arbeitssachen, im anderen Fall die ordentlichen Gerichte berufen sind. Zwar kann ein Arbeitsvertrag neben einem Gesellschaftsvertrag zwischen denselben Vertragspartnern abgeschlossen sein. Nach dem Tatsachenvortrag beider Parteien erscheint es aber ausgeschlossen, daß der Klägerin aus zwei nebeneinander bestehenden Vertragsverhältnissen Provisionsansprüche zustehen. Die Parteien streiten nur um die rechtliche Einordnung ihrer vertraglichen Beziehungen, aus denen die Klägerin ihre Ansprüche herleitet.

Es ist also festzuhalten, daß neben dem Arbeitsvertrag auch andere Anspruchsgrundlagen für die von der Klägerin erhobenen Forderungen in Betracht kommen, die einander ausschließen und die verschiedene gerichtliche Zuständigkeiten begründen. Böttcher hat Fälle dieser Art abgekürzt als "aut-aut Fälle" bezeichnet im Gegensatz zu den "et-et Fällen", in denen der Sachverhalt widerspruchslös unter mehreren rechtlichen Aspekten gewürdigt werden kann, beispielsweise beim Zusammentreffen eines Schadenersatzanspruchs wegen Fürsorgepflichtverletzung mit einem Anspruch aus Amtspflichtverletzung (vgl. Böttcher an den unter III 2 b dieser Entscheidungsgründe angeführten Stellen).

2. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Streit ("aut-aut Fall") folgendes:

a) Ergibt die neue Verhandlung, daß die Klägerin Arbeitnehmerin gewesen ist oder als arbeitnehmerähnliche Person in einem der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zugewiesenen Rechtsverhältnis gestanden hat, so stellt sich für das Arbeitsgericht zunächst die Frage nach der Zulässigkeit der Klage. Dabei ist § 146 Abs. 4 KO zu beachten. Maßgebend für die von der Klägerin begehrte Feststellung ist der in der Anmeldung oder spätestens im Prüfungstermin behauptete Forderungsgrund (vgl. § 139 KO). Sollte die Klägerin – was aus den bisherigen

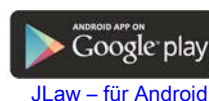


Feststellungen der Vorinstanzen nicht entnommen werden kann - den Grund ihrer Forderungen in der Klage gegenüber ihrer Anmeldung geändert haben, dann wäre ihre Feststellungsklage schon deshalb unzulässig, falls sie nicht ihre Anmeldung entsprechend ändert (vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 146 KO; Jaeger-Weber, KO, Bd. 2, 8. Aufl., § 146 Anm. 31; Mentzel-Kuhn, KO, 7. Aufl., § 146 Anm. 20).

Erweist sich die Klage als zulässig, so ist sie sowohl für den Bestandsstreit wie für den Vorrechtsstreit materiellrechtlich auf ihre Begründetheit zu prüfen.

b) Stellt sich heraus, daß die Klägerin weder Arbeitnehmerin noch arbeitnehmerähnliche Person gewesen ist oder daß jedenfalls der geltend gemachte Anspruch nicht aus einem der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zugewiesenen Rechtsverhältnis stammt, dann steht fest, daß die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig sind. Auf den hilfsweise gestellten Verweisungsantrag der Klägerin müßte der Rechtsstreit nach § 48 Abs. 1 ArbGG, § 276 ZPO an das zuständige ordentliche Gericht verwiesen werden.

c) Das gilt auch für den Vorrechtsstreit. Das Arbeitsgericht dürfte nicht den Vorrechtsstreit verselbständigen und etwa mit der Begründung durch Sachurteil abweisen, daß eine etwaige Forderung der Klägerin aus Gesellschaftsvertrag oder Handelsvertretervertrag in keinem Fall unter § 61 Nr. 1 KO fiele (vgl. Friedrich Weber, Anm. zu AP Nr. 3 zu § 61 KO zu 4 a). Dies zu beurteilen, müßte dem ordentlichen Gericht überlassen bleiben, das aufgrund der Verweisung zwar hinsichtlich seiner Zuständigkeit, nicht aber hinsichtlich der rechtlichen Würdigung gebunden wäre. Dies gilt um so mehr, als der Wortlaut von § 61 Nr. 1 KO, soweit Handelsvertreter betroffen sind, mit dem die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Handelsvertreter abgrenzenden Art. 3 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes nicht ganz übereinstimmt und als möglicherweise auch Nicht-Arbeitnehmer sich auf das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 KO berufen können, sofern sie vom Gemeinschuldner wirtschaftlich und sozial abhängig waren (vgl. BAG vom 9. Februar



1967 - 5 AZR 320/66 - demnächst AP Nr. 4 zu § 61 KO;
BGH NJW 1955, 1147 = Wertpapier-Mitteilungen 1955 Teil
IV B S. 943; Böhle-Stamschräder, KO, 8. Aufl., § 61
Anm. 4; Jaeger-Lent, KO, Bd. 1, 8. Aufl., § 61 Anm. 14;
Mentzel-Kuhn, KO, 7. Aufl., § 61 Anm. 24 ff.).

gez. Hilger

Dr. Gröninger

Wendel

Dr. Wagner

R. Engel

