

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120080-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss vom 4. April 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung (Nichteintreten)**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 28. Juni 2012 (CG110102)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 46'417.45 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 16. April 2011 zu bezahlen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 28. Juni 2012:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 7'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustel-lung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 36):

1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 28.06.2012 (Geschäfts-Nr. CG110102-L) aufzuheben und das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, auf die Klage einzutreten.
2. Es seien die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und Berufungsbeklagten zu verlegen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und Berufungsbeklagten.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 42):

Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Erwägungen:

A.

Am 18. Juli 2011 machte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich das vorliegende Verfahren wegen vertraglicher Ansprüche aus einem Partnerschaftsvertrag gegen den in C._____ [Staat in Mitteleuropa] wohnhaften Beklagten rechtshängig. Sie stützte sich dabei auf eine Gerichtsstandsklausel im massgeblichen Vertrag, mit welcher die Parteien Zürich als Gerichtsstand vereinbart hatten. Anstelle einer Klageantwort erhob der Beklagte am 20. Februar 2012 die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, worauf die Vorinstanz das weitere Verfahren einstweilen auf die Frage der Zuständigkeit beschränkte. Mit Beschluss vom 28. Juni 2012 trat sie auf die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit nicht ein.

Am 20. September 2012 erhob die Klägerin rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung gegen den Nichteintretensbeschluss des Bezirksgerichts (Urk. 36). Der ihr in der Folge auferlegte Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'050.- ging am 3. Oktober 2012 beim Obergericht ein (Urk. 39). Der Beklagte erstattete am 15. November 2012 fristgerecht seine Berufungsantwort (Urk. 42). Diese wurde am 19. Dezember 2012 der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 44). Damit erweist sich das Berufungsverfahren als spruchreif.

B.

1. Sachverhalt

Mit dem am 1. August 2008 abgeschlossenen "Partnerschaftsvertrag" regelten die Parteien ihre Zusammenarbeit im Rahmen der D._____ -Organisation. Danach erhielt der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagter) das

Recht, unter der vorgenannten Marke als Personalberater tätig zu werden, wobei ihm das Exklusivvertretungsrecht für die Branchen Förder- und Hebeteknik in ganz C._____ sowie Facilitymanagement für gewisse Gebiete in C._____ zugestanden wurde. Für dieses Recht und die Einführungsschulung durch die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend nur noch Klägerin) hatte er einen Eintrittsbetrag von 40'000.- EUR zu bezahlen. Die Klägerin ihrerseits verpflichtete sich u.a. zu einer Einführungsschulung, zur Unterstützung der Tätigkeit des Beraters mittels Internetauftritten, Öffentlichkeitsarbeit und Werbeaktivitäten für die Marke sowie unterstützende Netzwerkbildung unter den Beratern. Sie stellte dem Beklagten auch Drucksachen mit dem entsprechenden Logo zur Verfügung, die zu verwenden der Beklagte seinerseits verpflichtet war. Die vom Beklagten generierten Beratungshonorare mussten den Kunden über die Klägerin in Rechnung gestellt werden; die Klägerin leitete die Kundenzahlungen nach Abzug einer prozentualen Entschädigung für die Nutzung ihrer Marke, ihre unterstützenden Tätigkeiten sowie der Abzahlungsraten für den Eintrittsbetrag an den Beklagten weiter. Der Beklagte hatte sich als Gegenleistung für die Einräumung des Exklusivrechtes für bestimmte Marktsegmente auf die Tätigkeit für D._____ zu "konzentrieren" und durfte während der Vertragslaufzeit nicht für Konkurrenzunternehmen tätig sein. Eigene Aktivitäten ausserhalb der Personalberatungstätigkeit waren nach Absprache aber möglich. Schliesslich vereinbarten die Parteien in Ziffer 10 des Partnerschaftsvertrages für allfällige Streitigkeiten den Gerichtsstand Zürich (Urk. 3/2). In einem weiteren Regelwerk, das die Klägerin anlässlich der Einführungsschulung an die künftigen Berater abgab (sog. roter Leitz-Ordner), stellte die Klägerin weitere Vorschriften auf zum Auftreten der D._____ angeschlossenen Berater gegenüber Kunden, zur Auftragsabwicklung mit den Kunden und den zu vereinbarenden Honorarkonditionen sowie zum Verhältnis der verschiedenen D._____ - Berater untereinander (Urk. 24/2-11).

2. Vorinstanzliche Beurteilung

Die Vorinstanz hat den Partnerschaftsvertrag rechtlich als Franchisevertrag qualifiziert. Je nach der konkreten Ausgestaltung seien auf einen solchen Vertrag die arbeitsvertraglichen Schutzvorschriften anwendbar, wozu sie auch das Verbot ei-

ner Gerichtsstandsklausel zählte. Es liege ein internationalrechtlicher Sachverhalt vor, auf den das Lugano-Übereinkommen anwendbar sei. Dessen Art. 18ff deckten sich aber mit der Definition des Arbeitsvertrags nach Schweizerischem Recht. Anschliessend analysierte die Vorinstanz die Vertragsbestimmungen einzeln unter dem Aspekt, ob diese eher arbeitsvertragstypisch (gemeint als Arbeitsleistung in einem Abhängigkeitsverhältnis) oder "franchisevertragstypisch" (offenbar gemeint als selbständige Tätigkeit ähnlich einem Auftrag, Agentur- oder Gesellschaftsvertrag) seien. Schliesslich kam die Vorinstanz zusammenfassend zum Schluss, dass der Partnerschaftsvertrag sowohl franchisetypische partnerschaftliche Elemente enthalte als auch solche, die auf ein subordinatives Verhältnis schliessen liessen. Insgesamt überwögen die Subordinationselemente, die den Beklagten in seiner persönlichen, organisatorischen, zeitlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit einschränkten. Insbesondere die - treuhänderische - Rechnungstellung an die Kunden durch die Klägerin und das damit ermöglichte Verrechnungsrecht stelle einen dermassen grossen Einschnitt in die Unabhängigkeit des Beklagten dar, dass ihr grosses und entscheidendes Gewicht beigemessen werden müsse. Für solche Arbeitsleistungsverträge sei gemäss Art. 21 Ziff. 1 LugÜ eine vertragliche Gerichtsstandsklausel unzulässig. Die Klägerin dürfe den in C._____ wohnhaften Beklagten nicht in Zürich einklagen und auf die Klage sei daher nicht einzutreten (Urk. 37).

3. Rechtsstandpunkt der Klägerin

In ihrer Berufungsschrift macht die Klägerin geltend, die Zuständigkeitsvorschriften des Luganoübereinkommens bei Arbeitsleistungsverträgen seien staatsvertragsautonom auszulegen. Für die Auslegung des Begriffes des Arbeitsvertrages gemäss Übereinkommen sei daher die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zur Abgrenzung von Partnerschaftsfranchising und Subordinationsfranchising nicht relevant. Franchiseverträge fielen vielmehr stets unter den Begriff des Dienstleistungsvertrages von Art. 5 LugÜ und Gerichtsstandsklauseln seien in solchen Verträgen zulässig.

Der konkret vorliegende Franchisevertrag wäre im Übrigen als Partnerschaftsfranchising und nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren. Der Beklagte habe nicht

Arbeit für eine gewisse Zeitdauer gegen Lohn zur Verfügung gestellt, es habe kein faktisches Abhängigkeitsverhältnis bestanden. Bereits beim Vertragsabschluss hätten sich zwei wirtschaftlich gleich starke Partner gegenüber gestanden. Mit dem Vertrag habe der Beklagte seine bereits zuvor ausgeübten unternehmerischen Freiheiten im Bereich Personalberatung beibehalten. Es sei nur darum gegangen, dass er die Franchiseregeln umsetzen sollte, soweit er sich als D.____-Berater ausbehalte und in der abgesprochenen Branche tätig sei. Der Beklagte habe mit dem Vertrag seine eigene Auftragslage und Geschäftsbasis verbessern, sein unternehmerisches Netzwerk erweitern und mehr Schlagkraft bei potentiellen Kunden erzielen wollen. Zwischen den finanziellen Leistungen der Parteien habe kein Missverhältnis bestanden, insbesondere nicht hinsichtlich des Gegenwerts für die Eintrittskosten und der Entschädigung für den weiteren Support; der Beklagte habe finanziell nie in einem faktischen Abhängigkeitsverhältnis von der Klägerin gestanden. Die vereinbarten Regeln zur Gestaltung der Beratung, der PR, der Verwendung von Drucksachen, der Honorarkonditionen und der Rechnungstellung hätten allein dem einheitlichen, gemeinsamen Auftritt im Außenverhältnis gedient. Sie stellten keine arbeitsvertraglichen Weisungen dar. Auch sei die Zuteilung von Tätigkeitsgebieten und deren Abgrenzung zu jenen anderer Berater üblich. Eine Arbeitszuweisung in Bezug auf Ort, Zeit und Sache sei nie erfolgt. Der Beklagte habe stets selber über die Annahme oder Ablehnung von Aufträgen bestimmt und er habe stets seine eigene Büroinfrastruktur in E.____ gehabt. Er sei auch befugt gewesen, eigenes Personal anzustellen; einzig die Rekrutierung und Ausbildung von Beratern habe sich die Klägerin vorbehalten. Der Beklagte habe sich nie in Subordination bei der Klägerin einfügen müssen. Die Rechnungstellung an die Kunden über die Klägerin sei treuhänderisch erfolgt und habe der Klägerin als Sicherheit gedient, für ihre eigenen Aufwendungen bezahlt zu werden. Das wirtschaftliche Risiko habe immer der Beklagte getragen und dies sei typisches Merkmal einer selbständigen Tätigkeit (Urk. 36).

4. Rechtsstandpunkt des Beklagten

Der Beklagte beruft sich auch im Berufungsverfahren auf die analoge Anwendung

der arbeitsvertraglichen Schutzvorschriften auf den Partnerschaftsvertrag. Es habe kein Franchisevertrag vorgelegen, sondern in Tat und Wahrheit ein Arbeitsvertrag mit einem hohen Grad von Subordination. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergebe sich aus dem Eintritts- und Schulungsbetrag von EUR 40'000.– und der Umsatzabgabe von EUR 15'000.– bzw. 10%. Diese Kosten ständen auch in einem Missverhältnis zum tatsächlichen Wert der erbrachten Leistungen der Klägerin. Es hätten auch Honorarabsprachen bestanden. Der gemeinsame Auftritt und die Etikette seien dem Beklagten aufoktroiert und nicht gemeinsam vereinbart worden. Das Konkurrenzverbot sei ebenfalls ein starkes Indiz für ein Arbeitsvertragsverhältnis. Der Beklagte sei zuvor nie selbständig als Personalberater tätig gewesen und habe sich mit dem Abschluss des Partnerschaftsvertrages auch nicht einer grösseren Einheit anschliessen wollen (Urk. 42).

C.

1. Allgemeines zum Franchisevertrag

Vorinstanz und Parteien qualifizieren den abgeschlossenen Partnerschaftsvertrag zu Recht als Franchisevertrag. Dieser Innominatkontrakt charakterisiert sich dadurch, dass der Franchisegeber in einer dauernden Kooperation dem Franchisenehmer gegen Entgelt das Recht einräumt, bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu vertreten, unter Benutzung von Image, Namen, Kennzeichnungen oder sonstigen Schutzrechten sowie der gewerblichen Erfahrungen des Franchisegebers und unter Beachtung des von ihm entwickelten Organisations- und Marketingsystems. Für den Franchisegeber steht dabei die Möglichkeit im Vordergrund, das unmittelbare Vertriebsrisiko abzuwälzen, trotzdem aber die eigene Vertriebskonzeption durchzusetzen, während für den Franchisenehmer der Weg geöffnet ist, im Schutze einer durchdachten Konzeption unter Wahrung zumindest der rechtlichen Selbständigkeit tätig zu werden. Der Franchisenehmer ist in der Regel ein selbständiger, in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung und Gefahr tätiger Unternehmer.

Der Franchisevertrag enthält Elemente verschiedener gesetzlich geregelter Vertragstypen, die in der Praxis auf Einzelfragen angewendet werden, obschon der Franchisevertrag als eigenständiger Innominatkontrakt zu gelten hat. Es finden sich darin auftrags-, miet- bzw. pacht-, lizenz- und allenfalls leasingrechtliche Elemente oder Elemente eines Veräusserungsvertrages. Die zentrale Hauptleistungspflicht des Franchisenehmers ist die Absatzförderungspflicht, woraus dann auch die Anwendung arbeits- oder auftragsrechtlicher Vorschriften resultieren kann. Die Hauptleistungspflicht des Franchisegebers ist die entgeltliche Überlassung eines ganzen package, wobei auch hier die Absatzförderung im Vordergrund steht (BSK OR I-Amstutz/Morin/Schluep, Einl. vor Art. 184ff, N 129ff; C. Baudenbacher, in Neue Vertragsformen der Wirtschaft, 2.A. Bern 1992, S. 373, 378).

In einer Vertragskonstellation mit ausgeprägt hierarchischen Strukturen und detaillierten Weisungsrechten des Franchisegebers können die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts analog zur Anwendung gelangen. Es hat sich für solche Vertragskonstellationen der Begriff des Subordinationsfranchising ausgebildet. Zwar sieht jeder Franchisevertrag gewisse Kontroll- und Weisungsbefugnisse des Franchisegebers vor, die der Systemeinholung und der Beachtung der Kennzeichnungsvorschriften dienen. Eine Ausdehnung der Weisungsbefugnisse auf das betriebliche Management des Franchisenehmers verbietet sich jedoch vom Verständnis des Franchising her. Eine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit schlechthin kann bei einem partnerschaftlichen Franchisevertrag nicht gegeben sein (M. Wang, in Neue Vertragsformen der Wirtschaft, 2.A. Bern 1992, S. 341f). Eine weitgehende Kontrolle der Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers durch den Franchisegeber nähert das Vertragsverhältnis vielmehr dem eines Arbeitsvertragsverhältnisses an. Ein solches arbeitsvertragsähnliches Subordinationsfranchising hat das Bundesgericht in einem Fall bejaht, wo die Franchisegeberin der Franchisenehmerin das Betriebslokal samt Ladeneinrichtung zur Verfügung stellte, die Franchisenehmerin sich ihrer Aufgaben vollzeitlich anzunehmen hatte, ihr eine anderweitige Erwerbstätigkeit verwehrt war und sie auf Verlangen an Schulungs-, Auffrischungs- und Weiterbildungskursen teilzunehmen hatte. Überdies hatte die Franchisegeberin detaillierte Vorschriften erlassen über die Geschäfts-

führung der Franchisenehmerin bis hin zu detaillierten Vorschriften über die Erstellung und Nachführung der Kundenkartei, der Lagerkartei, der Absatzstatistik, den Umfang des Warenlagers und die Ladenöffnungszeiten (BGE 118 II 157). Behält hingegen der Franchisenehmer eine weitergehende wirtschaftliche Selbständigkeit, ist von einem Partnerschaftsfranchising auszugehen. Hier bedarf der Franchisenehmer als grundsätzlich selbständiger Kaufmann nicht des besonderen gesetzlichen Schutzes für abhängige Arbeitnehmer und eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zugunsten des potentiell schwächeren Arbeitsleistenden ist nicht gerechtfertigt.

2. Allgemeines zur Abgrenzung Arbeitsvertrag - Auftrag

Für die Abgrenzung des Subordinations- vom Partnerschaftsfranchising können analog auch die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom Auftrag und anderen Formen selbständiger Dienstleistungserbringung herangezogen werden.

Der Arbeitsvertrag zeichnet sich dabei durch folgende, wesentliche Elemente aus: Vorliegen von Arbeitsleistung und nicht Arbeitserfolg; Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und nicht eigenverantwortliche Tätigkeit; Anspruch auf Entgelt nach Massgabe der Arbeitsleistung. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal z.B. zum Auftragsverhältnis ist die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Mit dem Eintritt des Arbeitnehmers entsteht ein Abhängigkeitsverhältnis, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstellt. Die betriebliche Weisungsgewalt des Arbeitgebers und die Massgeblichkeit seiner Zielanweisungen führt zur rechtlichen Unterordnung des Arbeitnehmers als entscheidendes Merkmal des Arbeitsvertrags. Merkmale eines solchen Subordinationsverhältnisses sind etwa das hohe Mass an Weisungsgebundenheit, das Handeln des Arbeitnehmers in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, die Tragung des Unternehmensrisikos durch den Arbeitgeber, periodische Entgeltleistung des Arbeitgebers, die Pflicht zum zur Verfügung Stellen der ganzen Arbeitskraft sowie die intensive Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber, die Bindung an feste Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen, Pflicht zum regelmässigen Erscheinen, Bereitstellung von Arbeitsraum und Infra-

struktur durch den Arbeitgeber. Wesentlich für die Abgrenzung z.B. des Handelsreisendenvertrages vom Agenturvertrag, wo in beiden Fällen eine ausserbetriebliche Tätigkeit vorliegt, ist das Mass der Selbständigkeit, somit die Weisungsfreiheit bzw. -gebundenheit hinsichtlich Routenwahl, Kundenbesuchen und Berichterstattung. Weitere, formale Merkmale eines unselbständigen Arbeitsvertrages in Abgrenzung zum Auftrag sind die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber oder die Art der steuerrechtlichen Behandlung des Erwerbseinkommens (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., S. N 2 und N 6 zu Art. 319 OR; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, N 6ff und 42ff zur Art. 319 OR).

3. Subsumtion

Prüft man den vorliegenden Franchisevertrag unter dem Aspekt der vorstehenden Kriterien ergibt sich folgende Beurteilung :

3.1. Zunächst fällt auf, dass im Partnerschaftsvertrag keine Absatzförderungspflicht für den Beklagten aufgestellt wird, d.h. keine Vorschrift betreffend den Umfang seiner Tätigkeiten oder eine Pflicht zum Tätigwerden. Der Partnerschaftsvertrag konzentriert sich vor allem auf die Gebiets- und Branchenabgrenzung zwischen den jeweiligen Beratern bzw. auf das Vorgehen bei Überschneidungen im Gebiets- und Kundenbereich (Urk. 3/2 Ziff. 1 und Ziff. 3, Urk. 24/2 Ziff. 3 und Ziff. 4.4). Ein indirekter Hinweis auf eine Absatzförderungs- bzw. Arbeitspflicht ergibt sich einzig aus der Klausel, dass der Beklagte seine Tätigkeit auf die Durchführung von Aufträgen nach D.____-Normen zu "konzentrieren" hat (Urk. 3/2 Ziff. 5 Abs. 5). Ob unter dieser "Konzentration" ein Verbot jeder anderweitigen Erwerbstätigkeit zu verstehen ist, oder ob nur ein Verbot einer Personalberatungstätigkeit nach anderen Normen als jener der D.____, oder ob ein Verbot anderweitiger Geschäfte mit den D.____-Kunden gemeint ist, ist unklar. Wenn es in der gleichen Bestimmung sodann weiter heisst, eigene Verrechnungen für Tätigkeiten, die nicht Personalberatung oder ein damit verwandtes Gebiet betreffen würden, müssten mit der Klägerin abgesprochen sein, so deutet diese letztgenannte Klau-

sel darauf hin, dass der Beklagte neben seiner Personalberatungstätigkeit den Kunden auch noch anderweitige Beratungsdienste anbieten konnte, wenngleich erst nach vorheriger Absprache (so auch Urk. 24/2 Ziff. 1.2). Eine solche Absprache hätte sich am Franchiseprodukt zu orientieren gehabt und eine Tolerierung hätte nicht verweigert werden dürfen, falls die Marke D._____ und deren Marktpotential dadurch nicht beschädigt worden wären. In jedem Fall musste der Beklagte aber seine Arbeitskraft nicht vollumfänglich oder in einem zeitlich definierten Umfang in den Dienst der Klägerin stellen; er war unabhängig von einer allfälligen weiteren beruflichen Tätigkeit frei in der Bestimmung des zeitlichen Umfanges seiner Arbeit. Dies entspricht nicht der Tätigkeit eines abhängigen Arbeitnehmers. Letzterer hat seine Arbeitskraft ausschliesslich oder in einem zeitlich vorbestimmten Umfang seiner Arbeit- bzw. Auftraggeberin zur Verfügung zu stellen.

3.2. Aus dem vereinbarten Honorar- und Entschädigungssystem ergibt sich, dass ausschliesslich der Beklagte das wirtschaftliche Risiko trug. Er war auf eigene Rechnung und grundsätzlich im eigenen Namen, wenn auch unter dem Markennamen D._____ der Klägerin tätig. Sein Arbeitsentgelt bestand grundsätzlich aus den Honorarzahlungen der Kunden; bestenfalls erhielt er noch eine gewisse Gewinnbeteiligung, niemals aber ein Arbeitsentgelt von der Klägerin selber (Urk. 3/2 Ziff. 8, Urk. 24/4). Eine allfällige Erfolglosigkeit seiner Akquisitions- und Beratungsbemühungen oder der Honorarausfall bei nicht zahlungsfähigen oder -willigen Kunden traf allein den Beklagten. Sodann hatte der Beklagte auch einen gewissen Spielraum für die Honorarfestsetzung, auch wenn er sich grundsätzlich an die allgemeinen Konditionen der Klägerin zu halten hatte (Urk. 24/7, Urk. 24/11 Ziff. 4 Abs. 2 und Ziff. 6). An dieser wirtschaftlichen Selbständigkeit ändert nichts, dass er die Honorare jeweils über die Klägerin in Rechnung stellen musste (Urk. 3/2 Ziff. 5 Abs. 5 und Ziff. 6). Die Parteien sind sich darin einig, dass diese Rechnungstellung ausschliesslich treuhänderisch erfolgte und unter Hinweis auf den Namen des jeweils tätigen Beraters (vgl. auch Urk. 24/2 Ziff. 2.2). Diese Absprache diene offensichtlich der Sicherstellung der Abzahlungsraten für die Eintrittsgebühr (4% vom Umsatz) bzw. der Franchisegebühr (10% vom Umsatz) zugunsten der Klägerin. Die Tragung des wirtschaftlichen Risikos verblieb allein beim

Beklagten und die Klägerin war über die eingezogenen Honorare grundsätzlich abrechnungspflichtig (Art. 400 OR). Dass dem Beklagten infolge der Verrechnungsmöglichkeit das "Recht" genommen wurde, seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin nicht oder nicht gehörig zu erfüllen, und daraus eine besondere finanzielle Abhängigkeit und arbeitnehmerähnliche Schutzbedürftigkeit des Beraters abzuleiten (Urk. 37 S. 19), geht an der grundsätzlichen wirtschaftlichen Sachlage - Handeln des Beraters auf eigene Rechnung und eigenes Risiko - vorbei.

3.3. Was die betriebliche und zeitliche Organisation seiner Tätigkeit und die benötigte Infrastruktur anbelangte, war der Beklagte als Berater innerhalb des ihm zugewiesenen Marktgebietes weitgehend weisungsfrei. Die Klägerin erliess keinerlei Weisungen, wann er welche Kunden zu kontaktieren oder mit welchen er Verträge abzuschliessen hatte, sie kontrollierte die Aktivitäten des Beklagten und seine berufliche Selbstorganisation weder inhaltlich noch zeitlich noch verlangte sie irgendwelche Rapporte oder sonstwie Rechenschaft. Es stand dem Beklagten frei, ob und wo er Geschäftsräume für seine Tätigkeit einrichten wollte und wie er diese personell ausstatten bzw. ob er auf seine Kosten Mitarbeitende anstellen wollte. Dass sich mehrere, im selben Marktgebiet tätige D.____-Berater infrastrukturenmässig zusammenschliessen sollten, ist als Empfehlung, jedenfalls aber nicht als strikte Vertragspflicht formuliert, zumal die Beklagte für die Infrastruktur auch keine Entschädigung leistete (Urk. 24/2 Ziff. 6.4). Die zeitliche, organisatorische und betriebliche Weisungsfreiheit und das Stellen und Finanzieren der eigenen Arbeitsinfrastruktur ist typisches Merkmal eines selbständigen Kaufmanns und entspricht nicht dem betrieblichen Subordinationsverhältnis eines Arbeitnehmers. Dasselbe gilt für den Umstand, dass der Beklagte die Kosten seiner Einführung und Schulung bezahlen musste (Urk. 3/2 Ziff. 2).

Die Klägerin behielt sich einzig vor, vom Beklagten angeworbene Mitarbeitende, welche unmittelbar bei Kunden als Berater auftreten sollten, selber zu schulen, so wie auch der Beklagte eine Einführungsschulung besuchen musste (Urk. 3/2 Ziff. 2, Urk. Ziff. 2.9). Dieser Vorbehalt steht in engem Zusammenhang mit der Marke der Klägerin, ihrem Interesse an der Aufrechterhaltung einer bestimmten Qualität

und an einheitlichen Beratungsabläufen als Franchiseprodukt, an einer einheitlichen corporate identity aller unter dem Label D. _____ Auftretenden sowie dem legitimen Schutz vor Konkurrenz. Ähnliches gilt auch für die sporadisch veranstalteten Meetings der Klägerin, an welchen die Berater teilzunehmen haben (Urk. 24/2 Ziff. 2.8). Auch diese dienen - neben dem Erfahrungsaustausch - offenkundig der Qualitätssicherung und der Einhaltung bzw. Durchsetzung einheitlicher Regeln bei der Beratungstätigkeit, stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Dienstleistungsfranchising und sind für die rechtliche Qualifikation der Dienstleistung als abhängige oder selbständige nicht von Bedeutung. Sie vermögen den Gesamtcharakter dieser Tätigkeit als die eines selbständigen und eigenverantwortlich handelnden Kaufmannes nicht in Frage zu stellen.

3.4. Detaillierte Weisungen hat die Klägerin hingegen über den Inhalt und das Vorgehen bei der Abwicklung der Beratungstätigkeit beim Kunden erlassen. So musste der Beklagte Drucksachen mit vorgeschriebenem Logo der Klägerin verwenden; die Personalsuchinserate mussten über eine vorbestimmte Medienagentur geschaltet werden; die Klägerin richtete für ihn eine Homepage ein und eigene Werbe- und PR-Aktivitäten durfte der Beklagte nur - aber immerhin - nach Absprache mit der Klägerin entfalten (Urk. 3/2 Ziff. 5 Abs. 1 - 4, Urk. 24/2 Ziff. 2.3 - 2.7, Urk. 24/3). In diesen Vorschriften kann eine gewisse Einschränkung der selbständigen Geschäftstätigkeit des einzelnen Beraters gesehen werden. Umgekehrt dienen diese Vorschriften aber auch der Markenpflege im Sinne eines einheitlichen Marktauftrittes der Klägerin nach aussen und damit der Kennzeichnung des Franchiseproduktes "Personalberatung nach D. _____-Normen". Insofern sind diese Bestimmungen als jedem Franchisesystem immanent zu qualifizieren. Der Beklagte konnte ja seinerseits von der Basiswerbung und Basis-PR der Klägerin und vom einheitlichen Marktauftritt der anderen D. _____ - Berater wiederum profitieren (Urk. 3/2 Ziff. 4). In diesem Sinne bestehen gegenseitige und parallele Interessen der Parteien, welche eher auf ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis, nicht aber auf ein Abhängigkeitsverhältnis hindeuten. Einzig die Vorschrift bezüglich der zu berücksichtigenden Medienagentur für Suchinserate geht unter dem Aspekt der Markenpflege wohl zu weit. Ein einheitlicher Auftritt auf dem Stelleninse-

ratemarkt hätte auch mit der Vorgabe eines bestimmten Inseratlayouts erreicht werden können. Allein dadurch rechtfertigt sich aber eine abweichende Würdigung des Verhältnisses nicht.

Weiter gab die Klägerin dem Beklagten für den Ablauf seiner Beratungstätigkeit beim Kunden Weisungen hinsichtlich Auftreten, einzuhaltender Fristen, Kundenorientierungen, telefonischer Erreichbarkeit und telefonischen Auftritts etc. (Urk. 24/2 Ziff. 5, Ziff. 6 und 7, Urk. 24/5+6). Genau besehen geht es dabei aber um fachliche Weisungen zur Beratungsqualität und damit zur näheren Umschreibung des Franchiseprodukts "Personalberatung nach D. _____-Normen". Beim Dienstleistungsfranchising besteht das Franchiseprodukt aus vorgegebenen, charakteristischen und typisierten Arbeitsleistungen und Abläufen. Diesbezügliche Vorschriften dienen der Produktdefinition und Produktpflege, haben aber nichts zu tun mit der Frage der selbständigen oder abhängigen Stellung des Erbringers des Produktes. Inhaltliche bzw. fachliche Weisungen hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistung sind bei allen Dienstleistungsverträgen des Obligationenrechts möglich, insbesondere auch beim Auftrag (Art. 397 OR), während es umgekehrt auch fachlich weisungsfreie Arbeitnehmerverhältnisse z.B. auf Kaderstufe oder im wissenschaftlichen Bereich gibt. Für die rechtliche Charakterisierung des Vertrages ist daher nicht das fachliche Weisungsrecht des Auftraggebers/Arbeitgebers von Bedeutung, sondern das Weisungsrecht bezüglich der betrieblichen Einordnung. Aus den fachlichen Weisungen der Beklagten zur Umschreibung und Qualitätssicherung des Franchiseproduktes lässt sich daher nichts für die Frage der selbständigen oder abhängigen Arbeitsleistung ableiten.

3.5. Schliesslich ist noch auf Ziff. 7 des Partnerschaftsvertrages (Urk. 3/2) hinzuweisen, wonach die Berater die geltenden Organisationsregeln im vorliegenden Franchisesystem durch Mehrheitsbeschluss ändern können. Dies wäre eine für abhängige Arbeitnehmer völlig atypische Kompetenz. Sodann sieht Ziff. 4.3 der allgemeinen Regeln der D. _____ (Urk. 24/2) ein organisationsinternes Schiedsgericht vor zur Schlichtung von Verstössen gegen die Organisationsregeln sowie zur Streitbeilegung zwischen Beratern. In einem arbeitsvertraglichen Abhängigkeits-

verhältnis hätte eine solche Art der Streitschlichtung nichts zu suchen, hier würde der Arbeitgeber mittels einer organisatorischen Weisung allein entscheiden.

4. Schlussfolgerung

Nach den vorstehenden Erwägungen charakterisierte sich die Stellung des Beklagten innerhalb des konkreten Franchisesystems klar als diejenige eines selbständigen und eigenverantwortlichen Kaufmannes. Er unterstand zwar einem fachlichen Weisungsrecht der Klägerin hinsichtlich der Abwicklung der franchisebestimmten Dienstleistung sowie den Weisungen hinsichtlich der Pflege und Aufrechterhaltung der franchisebestimmten Marke und corporate identity. Hingegen war er in zeitlicher, räumlicher und organisatorischer Hinsicht in seiner Geschäftstätigkeit völlig frei, es bestand keine betriebliche Unterordnung oder Kontrolle durch die Klägerin und der Beklagte trug auch das wirtschaftliche Risiko allein. Er war wirtschaftlich nicht von der Klägerin, ihrer Arbeitszuweisung und Solvenz abhängig, sondern von seinen eigenen Leistungen. Das vorliegende Franchiseverhältnis ist daher als Partnerschaftsfranchiseverhältnis und nicht als arbeitsvertragsähnliches Subordinationsfranchiseverhältnis zu qualifizieren, auf welches die Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers analog anzuwenden wären.

5. Die weiteren Argumente

Der Beklagte wies vor Vorinstanz darauf hin, dass angesichts der Höhe des Eintrittsbetrages und der Franchisegebühr eine angemessene Entschädigung für die Beratungstätigkeit unter den gegebenen Bedingungen nicht erzielbar gewesen sei (Urk. 23 S. 5f). Zunächst bleibt dabei aber einmal offen, wie stark sich der Beklagte zeitlich überhaupt für seine Beratungstätigkeit engagierte. Das Merkmal einer nicht adäquaten Entlohnung bzw. ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung macht einen Arbeitsleistungsvertrag sodann nicht automatisch zu einem Arbeitsvertrag, sondern ist als Risiko jeder vertraglichen Bindung immanent. Als erfahrener und branchenkundiger Berufsmann konnte der Beklagte das wirtschaftliche Risiko beim Vertragsabschluss ohne weiteres erkennen. Er beruft sich bezeichnenderweise nicht auf Übervorteilung oder einen Grundlagenirrtum beim Abschluss des Partnerschaftsvertrages. Im Übrigen gibt es selbst Arbeitsverträge im

Niedriglohnbereich mit nicht existenzsichernden Löhnen. Es stand dem Beklagten offen, mangels ausreichendem, wirtschaftlichem Erfolg den Partnerschaftsvertrag mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten und frei von jeder Pflicht zur Restzahlung des Eintrittsbetrages aufzulösen, falls er nicht mehr im Sektor der Personalberatung tätig sein wollte (Urk. 3/2 Ziff. 9 und Ziff. 6.2). Insofern ist es müssig, die Angemessenheit von Eintritts- und Franchisegebühr zu erörtern (Urk. 42 S. 6). Immerhin hat der Beklagte den Franchisevertrag während 32 Monaten aufrechterhalten und die Vertragskündigung ging sogar von der Klägerin aus.

Die Auflistung aller vertraglichen Leistungspflichten des Beklagten (Urk. 23 S. 6ff) ist unbehelflich. Jeder Vertrag beinhaltet Leistungspflichten; diese sind in einem Gesamtkontext mit den Gegenleistungen zu würdigen und begründen nicht per se ein Subordinationsverhältnis oder sind "aufoktrojiert".

Vertragliche Gebietsabsprachen und anderweitige Koordinationsabsprachen unter mehreren Beauftragten sind sodann typische Merkmale von Agentur- und Alleinvertriebsverträgen. Eine Zuweisung grösserer Gebiete und Branchen unter gleichzeitiger Zusicherung eines Exklusivvertretungsrechts zur selbständigen Bewirtschaftung ist zu unterscheiden vom individuellen Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der räumlichen und betrieblichen Unterordnung in die Strukturen eines Arbeitsbetriebs. Ersteres ist, wenn überhaupt, ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, da im Arbeitsvertragsverhältnis auch ohne vorgängige Absprache im konkreten Einzelfall eine entsprechende organisatorische Weisung erteilt werden kann. Daran ändert auch das vertraglich vorbehaltenes Recht der Klägerin nichts, einen klar bezeichneten Teil der zugewiesenen Branchen unter klar definierten Bedingungen später vom Vertretungsrecht wieder auszunehmen (Urk. 3/2 Ziff. 1 Abs. 3). Resolutivbedingungen begründen nicht zwangsläufig eine Abhängigkeit; die verbleibenden Gebiete und Branchen wären noch gross genug gewesen (Urk. 31/2).

Agentur- und Alleinvertriebsverträge enthalten in der Regel immer Konkurrenzverbote, da kein Auftraggeber die Absatzförderung für seine Produkte einem Beauftragten anvertrauen würde, der wegen der Absatzförderung für gleichartige Produkte eines weiteren Auftraggebers in einem Interessenkonflikt ist. Insofern ist die Verabredung eines Konkurrenzverbotes während des laufenden Vertrages mit

einem Selbständigerwerbenden geradezu typisch; im Arbeitsvertrag ergibt sich das Konkurrenzverbot ohne weiteres und ohne ausdrückliche Vereinbarung aus der umfassenden Treue- und Arbeitspflicht (Urk. 42 S. 7).

Die Vereinbarung einer Kündigungsfrist ist ebenfalls nicht arbeitsvertragstypisch, sondern Merkmal aller Verträge mit Dauerschuldcharakter. Auch der Agenturvertrag mit dem selbständigen Kaufmann sieht eine solche vor (Art. 418q OR), und Art. 404 Abs. 2 OR stellt für das Auftragsverhältnis ebenfalls eine Schutzvorschrift gegen allzu einschneidende Folgen einer fristlosen Vertragsauflösung dar. Das Recht der einfachen Gesellschaft kennt die Kündigungsfrist ebenfalls (Art. 546 Abs. 1 OR). Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Kündigungsfristen für Klägerin und Beklagten als arbeitsvertragsähnlich hervorhebt (Urk. 37 S. 23), so betont sie damit ein Vertragsmerkmal, das gerade bei Arbeitsverträgen unzulässig wäre (Art. 335a OR).

Integration in eine Organisation kann durchaus auch Integration in ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis heissen und bedeutet nicht zwingend Subordination. Der einheitliche Auftritt auf dem Markt ist der eigentliche Zweck jedes Franchisevertrages. Diese Einheitlichkeit ist daher kein wesentliches Kriterium für die rechtliche Qualifikation des Innenverhältnisses (Urk. 23 S. 12f).

Ob die Klägerin auch den Kunden des Beklagten einen Beurteilungsbogen zusandte (Urk. 24/10), kann offen bleiben. Ein solcher hat als Instrument der Qualitätssicherung auch in einem partnerschaftlichen Franchisevertrag Platz, denn er beinhaltet nicht eine umfassende Kontrolle der Arbeitstätigkeit des Franchisenehmers in zeitlicher und quantitativer Hinsicht.

Der Beklagte verweist selber darauf, dass er die Mehrwertsteuer abrechnen musste (Urk. 23 S. 11). Dies ist, wenn überhaupt, ein Indiz gegen ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinne.

Ob der Beklagte bereits vor dem Vertragsabschluss mit der Klägerin als selbständiger Kaufmann tätig war oder in Kaderfunktion angestellt, ist für die rechtliche Qualifikation nicht von Bedeutung (Urk. 42 S. 6); die Vorteile und Folgen der Einbettung in ein Franchisesystem sind stets dieselben.

Jeder Franchisenehmer ist wirtschaftlich vom Ertrag aus dem Franchisevertrag abhängig, egal wie dieser im Einzelnen ausgestaltet ist. Daraus eine arbeitneh-

merähnliche Abhängigkeit abzuleiten (Urk. 37 S. 20), würde bedeuten, dass alle Franchiseverträge grundsätzlich stets als Arbeitsverträge zu qualifizieren wären. Dies widerspricht aber Lehre und Rechtsprechung.

6. Zulässigkeit der Gerichtsstandsklausel

Finden nach den vorstehenden Erwägungen die Schutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts keine analoge Anwendung, entfällt auch die analoge Anwendbarkeit des Verbotes einer Gerichtsstandsklausel gemäss Art. 35 ZPO.

Damit kann offen bleiben, ob das von der Schweizerischen Lehre und Rechtsprechung entwickelte Subordinationsfranchising im internationalen Verhältnis überhaupt vom Begriff des Arbeitsvertrages gemäss Art. 18ff LugÜ und dessen staatsvertragsautonomen Auslegung erfasst würde. Das Verbot der Vereinbarung einer Gerichtsstandsklausel gemäss Art. 21 LugÜ kommt nicht zum Tragen. Die in Ziff. 10 des Partnerschaftsvertrages vereinbarte Gerichtsstandsklausel ist damit beachtlich und das Bezirksgericht Zürich örtlich zuständig.

7. Rückweisung

Da die Vorinstanz die Klageforderung zufolge Nichteintretens nicht geprüft hat, ist ihr Beschluss vom 28. Juni 2012 aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

D.

Der Entscheid über die örtliche Zuständigkeit ist hinsichtlich des Obsiegens und Unterliegens vom Ausgang des künftigen Sachentscheides unabhängig. Daher sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren separat zu regeln. Ausgangsgemäss wird der Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig. Die Bemessung der Entscheidgebühr erfolgt in Anwendung

von §§ 4, 9 Abs. 2 und 12 GerGebVO, diejenige der Parteientschädigung in Anwendung von §§ 4, 10 Abs. 1 lit. a und (analog) 13 Abs. 4 AnwGebVO.

Es wird beschlossen :

1. In Gutheissung der Berufung der Klägerin und Berufungsklägerin wird der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich (1. Abteilung) vom 28. Juni 2012 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zum Entscheid an das Bezirksgericht Zürich zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin und Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
Der Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 4'500.- zu ersetzen.
4. Der Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich (1. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 55'700.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc