

Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in Fällen wirtschaftlicher Unselbständigkeit von Franchisenehmern

Von Rechtsanwälten Dr. Kay Jacobsen und Alexander Engel, Hamburg/Berlin

Inhalt

- I. Die Konsequenzen der Qualifizierung von Franchisenehmern als arbeitnehmerähnliche Personen
- II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf
 1. Sachverhalt
 2. Rechtsweg
 3. Die entscheidungserheblichen Kriterien
- III. Systemimmanente Einschränkung der freien wirtschaftlichen Betätigung im Franchising
- IV. Unterschiede zur „Eismann“-Rechtsprechung
- V. Resümee

Mit Beschl. v. 22.6.2005 hat das OLG Düsseldorf (VI-W[Kart] 5/05, Fundstelle: Rechtsprechungsdatenbank Nordrhein-Westfalen <http://www.olg-duesseldorf.nrw.de>) einen Rechtsstreit um Ansprüche aus einem Franchisevertrag an das Arbeitsgericht verwiesen, da im dortigen Fall der Franchisenehmer ähnlich einem Arbeitnehmer schutzwürdig sei. Dies - so das Gericht - ist der Fall, wenn (kumulativ) der Franchisenehmer keinen wesentlichen Entscheidungsspielraum beim Wareneinkauf hat, er keinen wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung seiner Verkaufspreise nehmen kann, ihm die kaufmännische Organisation seines Geschäftes weitgehend vorgegeben ist, er sämtliche betriebswirtschaftlichen Daten offenzulegen hat und monatlich betriebswirtschaftliche Auswertungen, Inventurlisten und Aufstellungen über die verkauften Artikel vorlegen muss und nicht die Möglichkeit einer auf die eigene Region beschränkten Werbung ohne Genehmigung des Franchisegebers besteht.

Sollte man die Entscheidung als Einzelfall unbeachtet lassen oder stellt sie - weil sie verallgemeinerungsfähig ist - womöglich neue Weichen im Anschluss an die aufsehenerregenden „Eismann“-Entscheidungen des BAG und des BGH? Immerhin schien die Diskussion zu diesem Komplex durch einen Beschl. des BGH v. 16.10.2002 (BGHZ 152, 213) abgeschlossen zu sein (vgl. hierzu FLOHR ZAP F. 6, S. 377; ders. BB 2006, 389). In den Gründen stellt das OLG Düsseldorf keine neuen Kriterien für die Qualifizierung als arbeitnehmerähnliche Person auf, vielmehr bewertet es zahlreiche Klauseln in Franchise-Verträgen so, dass es zur Eingruppierung des Franchisenehmers als arbeitnehmerähnliche Person gelangt.

Dies spricht dafür, die Entscheidung in einem weiten Kontext zu bewerten. Die Natur des Franchisings wirft besondere Fragen auf. Dieser Vertragstyp wird wie keine andere Vertriebsform durch das Merkmal der Subordination geprägt. MARTINEK hat vor zehn Jahren überspitzt formuliert, der Franchisegeber bediene sich des Franchisenehmers gleichsam als seines „Vasallen“, denn dieser müsse seinen Betrieb ganz nach den Weisungen und unter der Kontrolle des Franchisegebers führen (MARTINEK, in: MARTINEK/SEMLER, Handbuch des Vertriebsrechts, 1. Aufl., 1996, § 18 Rn. 20).

Diese Eingliederung in das System unter Aufsicht und Kontrolle des Franchisegebers ist Vertragszweck. Der Franchisenehmer verzichtet bewusst auf einen Teil seiner persönlichen Handlungsfreiheit als unabhängiger Unternehmer, weil er an dem Erfolg des Systems teilhaben will. Mehr noch, er zahlt sogar dafür, dass er den Zugang zum Know-how des Franchisegebers erhält und akzeptiert im Gegenzug, dass er seinen Betrieb als selbständiger Unternehmer nur nach den Vorgaben des Franchisegebers führen darf. Verstößt er wesentlich hiergegen, droht die fristlose Kündigung des Vertrages durch den Franchisegeber. Interessant ist nun natürlich die Frage, wo denn die Grenzen der noch zulässigen Subordination liegen und wann die Grenze der Knebelung, also der Sittenwidrigkeit, erreicht ist. Diese Frage ist wiederholt Gegenstand von höchstrichterlichen Entscheidungen gewesen.

Hinweis:

MARTINEK hat die Grenze dort gezogen, wo „die Weisungs- und Kontrollrechte des Franchisegebers dermaßen bestimmend für die tägliche Betriebsführung sind, dass der Franchisenehmer faktisch zum Angestellten im eigenen Betrieb degradiert ist“ (MARTINEK, Franchising [1987] unter Hinweis auf RGZ 82, 308, 313).

Die Schwelle dürfte jedenfalls dann erreicht sein, wenn der Franchisegeber dauernd mit **Einzelanweisungen** in die Finanz- und Investitionsentscheidungen des Franchisenehmers eingreift, sich die jederzeitige **Kontrolle der Geschäftsbücher** und einzelner Geschäftsvorgänge vorbehält oder auf sonstige Weise dem Franchisenehmer jede eigene Geschäftsführung unmöglich macht. Bei der Beurteilung einzelner Klauseln des Vertrages kommt es letztlich immer auf eine Gesamtschau des Einzelfalls an (BGH, Beschl. v. 17.7.2002 - VIII ZR 347/00).

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um die Frage der Sittenwidrigkeit, sondern um die **Vorfrage des Rechtswegs**. Es stellt sich die Frage, ob nicht jeder Franchisenehmer, der in einem Subordinationsverhältnis steht, also mit MARTINEK „Vasall“ des Franchisegebers ist,

wirtschaftlich unselbständig und damit „arbeitnehmerähnlich“ i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG ist. Und folglich müsste nahezu jeder Rechtsstreit zwischen Franchisegebern und Franchisenehmern vor die Arbeitsgerichte gehören.

I. Die Konsequenzen der Qualifizierung von Franchisenehmern als arbeitnehmerähnliche Personen

Die **Konsequenzen** einer Rechtswegverweisung **sind überschaubar**. Verfahrensrechtlich führt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit dazu, dass eine **Kostenerstattung** in der ersten Instanz nicht erfolgt (§ 12 a ArbGG). Unabhängig davon, ob der Rechtsstreit streitig entschieden wird oder im Vergleichswege endet, trägt vor dem Arbeitsgericht jede Partei ihre Kosten selbst. So können die Kosten eines Rechtsstreits besser kalkuliert werden. Rechtsstreitigkeiten mit geringen Gegenstandswerten werden für die klagende Partei ohne Rechtsschutzversicherung wirtschaftlich sinnlos und damit unattraktiv (§ 42 Abs. 4 GKG ist nur auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden, so dass bei der Berechnung des Gegenstandswerts eine Begrenzung auf das für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts nicht erfolgt).

Hinweis:

Der Franchisegeber dürfte aus **prozesstaktischen Gründen** ein Interesse daran haben, die ordentlichen Gerichte anzurufen, denn Arbeitsgerichte tendieren dazu, den sozial Schwächeren zu schützen. Man muss annehmen, dass die Arbeitsgerichte weitaus mehr Klauseln in Franchiseverträgen als den Franchisenehmer benachteiligend ansehen als Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Arbeitnehmerschützende Normen finden auf „arbeitnehmerähnliche Personen“ nur dann Anwendung, wenn das Gesetz dies explizit bestimmt. Es existieren nur wenig derartige Vorschriften: Die **§§ 1 bis 16 BetrAVG** sind auf arbeitnehmerähnliche Personen entsprechend anzuwenden, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt werden. Arbeitnehmerähnliche Personen gehören auch zu den Beschäftigten i. S. d. Beschäftigtenschutzgesetzes, dessen Ziel die Wahrung der Würde von Frauen und Männern durch den Schutz vor sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ist (vgl. § 1 Abs. 1 BeschSchG).

Letztlich finden gem. § 12a TVG (seit 1.11.1974) die Regelungen des TVG entsprechende Anwendung, so dass über die Verbände von arbeitnehmerähnlichen Personen **Tarifverträge** abgeschlossen werden können (vgl. den Tarifvertrag über arbeitnehmerähnliche Personen v. 1.7.1996 [TV 1996] zwischen dem Norddeutschen Rundfunk [NDR] und der IG Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst, der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft und dem Deutschen Journalisten Verband). Diese vorstehenden Regelungen sind alle wenig praxisrelevant (zuletzt BAG, Urt. v. 15.2.2005 - 9 AZR 51/04 zur Frage, ob Rundfunkgebührenbeauftragte arbeitnehmerähnliche Personen sind und damit der TV 1996 auf diese Anwendung findet; Aufgabe von BAG, Urt. v. 2.10.1990 - 4 AZR 106/90).

Von größerer praktischer Bedeutung ist, dass die Vorschriften des BUrlG gem. **§ 2 S. 2 BUrlG** auch für **arbeitnehmerähnliche Personen** gelten. Nach Maßgabe der §§ 1 und 3 BUrlG haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub von mindestens 24 Werktagen jährlich (das Gesetz geht von der 6-Tage-Woche aus. Dementsprechend beträgt der gesetzliche Urlaubsanspruch bei der 5-Tage-Woche 20 Tage). Dieser Anspruch auf Befreiung von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der vollen Vergütung steht auch arbeitnehmerähnlichen Personen zu.

Hinweis:

Am 15.11.2005 (Az.: 9 AZR 626/04, BAG PM Nr. 69/05) hat das BAG den Vertragspartner einer arbeitnehmerähnlichen Person zur Zahlung der verlangten Urlaubsvergütung verurteilt. Dabei hat das Gericht offen gelassen, ob die Klägerin Arbeitnehmerin oder arbeitnehmerähnliche Person ist, da dies für den geltend gemachten Anspruch nicht entscheidend war.

Hingegen findet das MuSchG auf arbeitnehmerähnliche Personen keine Anwendung. § 1 Ziff. 2 MuSchG bezieht nur die in Heimarbeit Beschäftigten in den Schutzbereich des Gesetzes ein (AYE/HEINKE/MARBURGER, § 1 Anm. B 4/2j; HEILMANN, § 1 Rn. 32; MEISEL/SOWKA, 5. Aufl., § 1 Rn. 21; MünchArbR/HEENEN, § 225 Rn. 16). Dies wird mit dem Argument kritisiert, dass dem Gesetzgeber bei dem Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen ein **schlüssiges Konzept** fehle (BUCHNER NZA 1998, 1144). Es lasse sich nicht begründen, warum arbeitnehmerähnliche Personen einerseits bezüglich des Anspruchs auf Erholungsurlaub gleichzustellen seien, nicht hingegen hinsichtlich des Mutterschutzes. Der Schutz werdender Mütter sei vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsschutzrechts ein rechtspolitisch dringlicheres Anliegen als die Zubilligung von Erholungs-

urlaub (BUCHNER/BECKER, BErzGG/MuSchG, § 1 MuSchG Rn. 81). Da jedoch die ausdrückliche Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Personen in das BUriG und das ArbGG einen klaren gesetzgeberischen Willen erkennen lässt, läuft die Forderung einer **analogen Anwendung** aller arbeitsrechtlichen Schutzgesetze - wie beispielsweise MuSchG und BErzGG – leer (vgl. insoweit auch ZÖLLNER/LORITZ, § 4 VI 2; HERSCHEL OB 1977, 1187; LIEB, Das Schutzbedürfnis arbeitnehmerähnlicher Personen, RdA 1974, 257. BEUTHIEN RdA 1978,10, plädiert für eine mutterschutzrechtliche Gleichstellung mit den in Heimarbeit Beschäftigten. ZEUNER RdA 1975, 86, sieht die Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechts im Falle von Beschäftigungsverboten für Arbeitnehmer als erfüllt an).

Mithin ist allein die Anwendbarkeit des BUriG auf arbeitnehmerähnliche Personen für das Franchiserecht von praktischer Bedeutung. Eine Ausweitung weitergehender arbeitnehmerschutzrechtlichen Regelungen auf Franchisenehmer ist hingegen nicht zu befürchten (BAG, UrT. v. 14.12.2004 - 9 AZR 23/04, AP Nr. 62 zu § 138 BGB, wendet auf arbeitnehmerähnliche Personen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB i. V. m. § 134 BGB nicht an, bezeichnet aber die Beendigung des Rechtsverhältnisses einer arbeitnehmerähnlichen Person allein deswegen, weil sie ihr zustehende Ansprüche aus dem Vertrag geltend macht, als sittenwidrig).

Hinweis:

Dies gilt auch für das für Arbeitnehmer **gewohnheitsrechtlich anerkannte Haftungsprivileg** aufgrund innerbetrieblichen Schadensausgleichs. Da eine arbeitnehmerähnliche Person anders als der Arbeitnehmer nicht persönlich abhängig ist, haftet sie für jede Art von Verschulden (LAG Berlin, UrT. v. 11.4. 2003 - 6 Sa 2262/02, AR-Blattei ES 160.10.2 [1979] Nr. 70). Für eine Haftungsprivilegierung fehlt es insoweit an der Schutzbedürftigkeit.

II. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Wir wollen uns zunächst mit der Frage auseinandersetzen, welche **Kriterien** das OLG Düsseldorf zu der Einschätzung veranlasste, dass der dortige Franchisenehmer arbeitnehmerähnlich für den Franchisegeber tätig war und danach die „Eismann“-Beschlüsse des BAG (BAGE 86, 183 f. = DB 1997, 1524) und des BGH (BGHZ 140, 11 ff.) betrachten, die erstmalig eine Richtschnur für eine Qualifizierung eines Franchisenehmers als arbeitnehmerähnliche Person gaben.

1. Sachverhalt

Die Klägerin klagte **Lizenz- und Marketinggebühren** aus einem Franchisingvertrag ein, der den mobilen Vertrieb von pes, Zubehör und Software zum Gegenstand hatte. Der Beklagte wandte seinerseits die **Nichtigkeit des Vertrages** ein und machte einen Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen geltend. Er berief sich weiterhin auf die wirksame **Kündigung** des Vertrages, bestritt Auskunftsansprüche der Höhe nach, erklärte eine Hilfsaufrechnung und machte letztlich im Wege der Widerklage selbst Auskünfte geltend.

2. Rechtsweg

Als **wesentliche Vorfrage** war zunächst zu entscheiden, ob das LG Dortmund, nachdem bereits das LG Bielefeld an dieses verwiesen hatte, zur Entscheidung des Rechtsstreits zuständig ist. Die Kammer für Handelssachen des LG Dortmund hatte den Rechtsweg zu den **ordentlichen Gerichten** für zulässig erklärt. Dagegen richtete sich die sofortige Beschwerde des Beklagten. Das OLG Düsseldorf erkannte auf die **Zuständigkeit der Arbeitsgerichte** und verwies den Rechtsstreit. Es stütze die Entscheidung darauf, dass der Beklagte eine **arbeitnehmerähnliche Person** i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 a) und b) i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. ArbGG sei. Nach dieser Vorschrift sind die Arbeitsgerichte auch für solche Personen zuständig, die „wirtschaftlich unselbständig“ sind. Die einschlägige Kommentierung verweist hierbei auf Personen, die etwa aufgrund eines Vertrages zu Tätigkeiten für einen anderen verpflichtet, von diesem aber nicht persönlich abhängig sind, weil sie nicht in die Betriebsorganisation des anderen eingegliedert sind und Ort und Zeit ihrer Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen können (GERMELMANN/MATIHES/PRÜTIING, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, § 5 Anm. 20).

Auch wenn die Ausführungen des OLG Düsseldorf sich (nur) im Rahmen einer Zuständigkeitsprüfung bewegen, enthält die Entscheidung bemerkenswerte Ausführungen dazu, unter welchen materiellen Voraussetzungen im Franchiserecht von einer „**arbeitnehmerähnlichen Person**“ ausgegangen werden kann. Das Gericht stellt in seiner Entscheidung darauf ab, dass der Beklagte gegenüber der Klägerin "wirtschaftlich unselbständig und abhängig" sei, weil die konkrete Vertragsgestaltung keine nennenswerten eigenen unternehmerischen Erwerbschancen eröffnete und daher eher auf eine **Scheinselbständigkeit** hinauslaufe: Dem Beklagten werde das volle Risiko seines Geschäftsbetriebes auferlegt, es eröffne ihm aber nur minimale **Möglichkeiten eigenständigen Handelns**. Um zu dieser Einschätzung zu gelangen, hat das Gericht die (franchise-)vertragliche Beziehung der Parteien im vorliegenden Einzelfall genau untersucht und bewertet. Es hat - dies ist an der Entscheidung be-

merkwürdig und zugleich besorgniserregend - vorwiegend **franchisetypische Klauseln** als die „wirtschaftliche Unselbständigkeit und Abhängigkeit“ begründend angesehen.

3. Die entscheidungserheblichen Kriterien

Nachfolgend sollen zunächst die Kriterien des Gerichts für die Einstufung des Franchisenehmers als arbeitnehmerähnliche Person referiert werden und jeweils im Anschluss daran die Motive dargestellt werden, die aus der Natur des Franchising für die verwendete Klausel sprechen könnten.

- **Wareneinkauf**

Das Gericht stellt fest, dass der Franchisevertrag dem Franchisenehmer keinen wesentlichen Entscheidungsspielraum beim **Einkauf der Waren** gewährt.

Dieses **Argument überrascht**, denn für die meisten Franchisesysteme ist dieses Merkmal geradezu systemtypisch und gewollt. Nahezu immer wählt der Franchisegeber bestimmte Waren zum Bezug aus und gibt den Bezug den Franchisenehmern verpflichtend vor, damit die geballte **Einkaufsmacht des Systems** dazu benutzt werden kann, um Preise mit den Lieferanten besser verhandeln und zugleich auf die Qualität der Produkte gezielten Einfluss nehmen zu können (BGH OB 2003, 2434). So entsteht eine **Markt- und Nachfragemacht**, die es dem einzelnen Franchisenehmer ermöglicht, regelmäßig zu besseren Konditionen als vergleichbare „freie“ Händler einzukaufen. Es ist schließlich die Aufgabe des Franchisegebers, die Systemvorteile zu optimieren. Hierfür zahlt der Franchisenehmer seine Franchisegebühr.

Die gleiche Situation kennt man bei **Vertragshändlern**, die - ohne in das entsprechende System eingefügt zu sein - auf vertraglicher Grundlage exklusiv bestimmte Produkte einkaufen können und durch Preisvorteile oder Marktvorteile erhalten. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung wurde indirekt durch die "Apollo" -Entscheidung (BGH, Urt. v. 20.5.2003 - KZR 19/02 = BB 2003, 2254 = OB 2003, 2434 f.) bestätigt, wonach – jedenfalls soweit die vertraglichen Voraussetzungen erfüllt sind - Einkaufsvorteile, die der Franchisegeber aus den Einkäufen seiner Franchisenehmer zieht, an letztere weiterzugeben sind. Dadurch werde dem Interesse der Franchisenehmer entsprechend und in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

- **Zulässigkeit von Fremdware**

Das OLG sieht die Handlungsfreiheit des Franchisenehmers als unangemessen beeinträchtigt an, weil nach dem Franchisevertrag „**Fremdware**“ nicht mehr als 20 % des **Gesamtumsatzes** ausmachen dürfe.

Auch eine derartige Klausel ist **in der Franchise-Praxis üblich** (vgl. PAPE, in: METZ-METZLAFF, Praxishandbuch Franchising, § 23 Rn. 95; GIESLER, in: GIES-

LER/NAUSCHÜTT, Franchiserecht, Handbuch für die anwaltliche und gerichtliche Praxis, § 9 Rn. 74) und liegt im wohlverstandenen Interesse beider Parteien. Sie wird gerade von den Banken, die gezielt Existenzgründer fördern (etwa der KfW-Mittelstandsbank), gefordert, damit neben der notwendigen Konzentration auf das Kernsortiment auch andere Erwerbsmöglichkeiten außerhalb der vertraglich gebundenen Vertragsprodukte i. S. einer Diversifikation möglich sind.

Das Gericht kritisiert zudem, dass auch hinsichtlich dieser 20 % die **Zustimmung** des Franchisegebers erforderlich ist.

Auch diese Klausel beruht auf einem naheliegenden Motiv: Wenn eine Bezugspflicht hinsichtlich des Kernsortiments besteht, muss der Franchisegeber darüber entscheiden, ob die Waren, die dem freien Sortiment unterfallen, nicht doch möglicherweise in Konkurrenz **zum Kernsortiment** stehen (und zwar sowohl hinsichtlich des derzeit bestehenden als auch hinsichtlich des künftigen System-Sortiments). Schließlich muss jedes System darauf ausgerichtet sein, systemwidrigen Einflüssen wie etwa einer internen Konkurrenz von Waren vorzubeugen. Zu einem solchen Systemschutz ist der Franchisegeber unseres Erachtens gegenüber den anderen Franchisenehmern verpflichtet (vgl. GIESIER, in: GIESLER/NAUSCHÜTT, Franchising, Handbuch für die anwaltliche und gerichtliche Praxis, § 5 Rn. 121 ff.; v. a. Rn. 127; BRÄUTIGAM, in: METZLAFF, Praxishandbuch Franchising, § 13 Rn. 15). Unterlässt er diesen Schutz kann er sich Schadenersatzansprüchen anderer Franchisenehmer aussetzen.

- **Einfluss auf die Preisgestaltung im Franchisesystem**

Das Gericht sieht weiterhin eine unangemessene Einschränkung der Rechte des Franchisenehmers darin, dass er über die **Preisgestaltung** für die vom Franchisegeber gelieferten und vorgeschriebenen Waren „bewusst“ im unklaren gelassen wird und ihm deshalb eine Überprüfung und eine Einflussnahme auf die Preisgestaltung von vornherein unmöglich sei.

Man mag sich in diesem Zusammenhang fragen, inwieweit ungebundene Käufer überhaupt die Preisgestaltung eines Verkäufers erkennen können? Kennen sie wirklich die Gestehungspreise? Können sie dann die Handelsspanne des Wiederverkäufers einschätzen und die Angemessenheit der Verkaufspreise überprüfen? Dies wird doch wohl regelmäßig zu verneinen sein. Zudem ist es überflüssig. Denn letztlich können die Käufer die Angemessenheit der Einkaufspreise weitaus besser kontrollieren indem sie nämlich den **Markt vergleichbarer Waren**, die dem „freien“ Wettbewerb unterliegen überprüfen.

In diesem Zusammenhang geht das OLG Düsseldorf auch auf die Vertragsbestimmung ein, in der der Franchisegeber offen legt, dass er **Rückvergütungen und Bonifikationen** von den Lieferanten und Dienstleistern, bei denen die Franchisenehmer Umsätze tätigen, erhält.

Diese Offenlegung von Rückvergütungen wiederum entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH aus dem „Sixt“-Urteil (BB 1999, 860 ff.), das durch das „Apollo“-Urteil (BB 2003, 2254 = DB 2003, 2434) fortgeführt wurde. Beiden Urteilen ist zu entnehmen, dass es für eine Verpflichtung des Franchisegebers, an ihn gezahlte Rückvergütungen an den Franchisenehmer abzuführen, keine gesetzliche Grundlage gibt, sondern diese lediglich vertraglich herzuleiten ist (so heißt es etwa im „Sixt“-Urteil, BB 1999, 864: „Eine rechtliche Verpflichtung des Franchisegebers, seinen Vertragspartnern alle Vorteile aus dem Bezug bei von ihm erschlossenen Einkaufsquellen zu überlassen, kennt die Rechtsordnung nicht“). Hieraus wurde im Interesse der Franchisenehmer durch die beratende Rechtsanwaltschaft die **Konsequenz** gezogen, dass es fairer sei, auf die Ziehung von derartigen Vorteilen hinzuweisen, als diesen Umstand zu verschweigen.

Ist die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Franchisenehmers durch diese Umstände unangemessen beeinträchtigt? Wohl kaum, denn bei **Abschluss des Franchisevertrages** konnte der Franchisenehmer - vorausgesetzt, dass er richtig aufgeklärt worden war (worüber sich die Entscheidung ausschweigt) - den Preislisten entnehmen, ob die der Bezugspflicht unterliegenden Produkte wettbewerbsfähig sind. Wenn sich der Franchisegeber i. S. einer verdeckten Franchisegebühr hierfür von den Lieferanten und Dienstleistern bezahlen lässt und dieses dem Franchisenehmer bei Vertragsschluss offenlegt, ist dieses Ausdruck einer Kalkulation des Franchisegebers, die der Franchisenehmer berücksichtigen konnte, als er den Vertrag schloss. Damit unterscheidet sich die Situation nicht von dem Risiko, das jeder eingeht, der eine Ware kauft ohne den Einkaufspreis des Verkäufers zu kennen - und dies ist der **Regelfall**.

Hinweis:

Man fragt sich an dieser Stelle, ob das Gericht eine um die **Rückvergütung erhöhte Franchisegebühr** genauso bewertet hätte. Schließlich legt auch ein Eigenhändler nicht offen, welche Zwischenhändler in welcher Weise an der Ware verdienen, ohne dass dies zur Folge hätte, dass dadurch der Wert der Ware durch Transporte, Verarbeitung oder ähnliches erhöht wird.

- **Abweichung von Preisvorgaben**

Erstaunlich ist ein weiterer Aspekt, den das Gericht als Unterscheidungskriterium zwischen „Abhängigkeit“ und „Unabhängigkeit“ des Franchisenehmers im Rahmen der Rechtswegprüfung anspricht: Das Gericht sah es für die Beurteilung als maßgeblich an, dass der Franchisenehmer keinen wesentlichen Einfluss auf die **Gestaltung seiner Verkaufspreise** hat. Wie nämlich der Franchisenehmer im Verfahren belegt habe, so werbe

der Franchisegeber für die vom Franchisenehmer abzusetzenden Produkte unter Angabe von Preisen. Zwar sei diese Preisangabe unverbindlich, bewirke jedoch als „**Preisvorgabe**“, dass der Franchisegeber faktisch nicht mehr in der Lage sei, seinerseits höhere Preise zu verlangen.

Unverbindliche Preisempfehlungen sind kartell-vertriebsrechtlich zulässig, wie sich aus Art. 4 Buchst. a Vertikal-GVO ergibt. Allerdings muss der **Hinweis auf die Unverbindlichkeit** so deutlich erfolgen, dass der Franchisenehmer nicht indirekt zu einem Preis gezwungen wird. Ein Verstoß gegen das **Preisbindungsverbot** führt dazu, dass sämtliche wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen des Vertrages, d. h. auch wenn sie nicht mit der Preisgestaltung im Zusammenhang stehen, unzulässig sind (vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGNER, Vertikal-GVO, Praxiskommentar, Art. 4 Rn. 390).

Tatsächlich wäre also eine Klausel mit einer direkten oder indirekten Preisvorgabe in der Konsequenz nichtig (vgl. Art. 81 Abs.2 EGV). Somit ist eine wirksame **Beeinträchtigung** des Franchisenehmers, die sich auf die Rechtswegzuständigkeit auswirken würde, gerade **nicht gegeben**. Auch in diesem Punkt ist also die Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht nachvollziehbar. Schließlich war es dem Franchisenehmer tatsächlich möglich, höhere eigene Verkaufspreise von seinen Kunden zu verlangen, möglicherweise war bereits im Hinblick auf diese Bestimmung der gesamte Franchisevertrag aufgrund von § 139 BGB nichtig.

- **Erreichbarkeit für den Franchisegeber**

Ein weiterer Grund, der das OLG Düsseldorf veranlasste, beim Franchisenehmer von einer arbeitnehmerähnlichen Person auszugehen, war die Tatsache, dass der Franchisenehmer über ein **Mobiltelefon** werktags von 9.00 bis 18.00 Uhr **erreichbar sein musste** und jedes Gespräch nach zweimaligem Klingeln anzunehmen hatte. Zudem war ihm vorgeschrieben worden, wie er sich in seinem geschäftlichen Tagesablauf zu verhalten habe.

Die Gewährleistung üblicher Öffnungszeiten und die jederzeitige Erreichbarkeit gehört zu den **Selbstverständlichkeiten** einer jeglichen gewerblichen Tätigkeit und liegt im **eigenen Interesse** des Franchisenehmers. Wenn es dem Franchisegeber vorgeschrieben wird, dem Franchisenehmer das wesentliche Know-how zu vermitteln, dann gehört hierzu auch die Tatsache, dass während der üblichen Öffnungszeiten der Unternehmer erreichbar sein sollte. Eine **weitergehende Regulierung** des Arbeitsablaufes ist sicherlich **zunehmend problematisch** und kann, wenn etwa im Handbuch detaillierte Ausführungen über das vorzuhaltende Warensortiment, die Beladung eines Verkaufsfahrzeugs sowie die Erschließung des Vertragsgebiets mittels Tages- und Wochentourenplänen gemacht werden (wie im nachfolgend unter IV. dargestellten Fall „Eismann“), zu einer starken Weisungsgebundenheit und Unfreiheit des Franchisenehmers führen.

Ob dieses hier bereits gegeben war erscheint aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts fraglich. Man muss sich hier fragen, ob eine **rechtliche Verpflichtung** bestand oder ob es sich nur um eine Soll-Vorschrift handelt. Ferner stellt sich die Frage, welche vertraglichen Konsequenzen ein Verstoß gegen diese Regelung zur Folge gehabt hätte. Hierzu erfährt man in der mitgeteilten Entscheidung nichts.

- **Offenlegung der eigenen betriebswirtschaftlichen Daten**

Als nächstes Kriterium für eine Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person nennt das OLG Düsseldorf die Verpflichtung des Franchisenehmers zur **Offenlegung der betriebswirtschaftlichen Daten**. Es schlussfolgert aus dieser Pflicht, dass der Franchisenehmer keinen Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Preisgestaltung habe, weil der Franchisenehmer aus einem günstigen Geschäftsverlauf herrührende finanzielle Vorteile möglicherweise sofort an die Franchisegeberin weiterreichen müsse.

Ohne den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt im Einzelnen zu kennen, verblüfft auch diese Wertung des Senats. Üblicherweise müssen die betriebswirtschaftlichen Unterlagen vorgelegt werden (GIESLER, in: GIESLER/NAUSCHÜTT, Franchiserecht, § 5 Rn. 165), weil der Franchisegeber die Pflicht hat, den Franchisenehmer auch betriebswirtschaftlich zu beraten (METZLAFF, in: METZLAFF, Praxishandbuch Franchising, § 8 Rn. 87 f.). Der Franchisenehmer muss seine Zahlen also offenlegen, um dem Franchisegeber die Möglichkeit zu geben, betriebswirtschaftliche Analysen vorzunehmen, um so **drohenden Fehlentwicklungen** entgegen zu wirken. Dies erfolgt einerseits meist über einen anonymisierten Betriebsvergleich aller Franchiseunternehmen und andererseits auf der Grundlage einer Einzelanalyse.

Darüber hinaus gibt es einen weiteren **wichtigen Aspekt**, der für die Offenlegung der betriebswirtschaftlichen Zahlen des Franchisenehmers spricht: Dies ist die sehr häufig (möglicherweise auch im entschiedenen Fall des OLG Düsseldorf) vereinbarte **prozentuale Beteiligung** des Franchisegebers am Ergebnis des Franchisenehmers durch die laufende Franchisegebühr (METZLAFF, in: METZLAFF, Praxishandbuch Franchising, § 8 Rn. 266). Der Franchisenehmer wird häufig verpflichtet, seine Umsätze offenzulegen, so dass der Franchisegeber selbst nachprüfen kann, ob ihm die richtigen Zahlen genannt werden oder ob möglicherweise an ihm und dem Finanzamt „vorbei“ Umsätze gemacht werden, die auch dem Franchisegeber verschwiegen werden. Hierfür werden beispielsweise entsprechende **Kalkulationen** angestellt, die aus der Relation zwischen Einkauf und Umsatz erkennen lassen, ob die vorgelegten Zahlen realistisch sind.

- **Abstimmung von Werbemaßnahmen**

Schließlich hat das OLG Düsseldorf eine wesentliche Beeinträchtigung des Franchisenehmers darin gesehen, dass der Franchisenehmer seine **Werbung**, die er in der eige-

nen Region auf eigene Rechnung vornehme, dem Franchisegeber zur Genehmigung vorzulegen habe.

Üblicherweise wird - und so scheint es auch hier gewesen zu sein - die **überregionale Werbung** durch den Franchisegeber durchgeführt. Die **örtliche Werbung** kann der Franchisenehmer dagegen individuell durchführen, allerdings muss diese natürlich mit der überregionalen Werbung abgestimmt werden, damit keine Widersprüche entstehen. Es liegt auch hier vor allem im **Interesse aller Systemteilnehmer**, dass die "corporate identity" zur werblichen Identifikation des Systems aufrechterhalten wird.

- **Nebeneinkünfte**

Ergänzend hat das Gericht ein weiteres Argument bemüht: Der Beklagte habe faktisch keine andere Möglichkeit, sich **Einkünfte außerhalb der Tätigkeit** als Franchisenehmer zu verschaffen, da es ihm nicht gestattet sei, ohne Zustimmung des Franchisegebers selbst oder durch Dritte nebenbei ein anderes Unternehmen zu betreiben oder sich an einem anderen Unternehmen zu beteiligen.

Üblicherweise gilt ein **Wettbewerbsverbot** nur für **Konkurrenzgeschäfte** und nicht für jegliche Berufstätigkeit. Ein solches wäre nämlich unzulässig (GIESLER, Franchiseverträge, C § 13 Rn. 558; ERDMANN, in: METZLAFF, Praxishandbuch Franchising, § 17 Rn. 105). Wenn im vorliegenden Fall eine derartiges - nicht durchsetzbares - Verbot für jegliche Tätigkeiten aufgestellt wurde, dann sicherlich auch deshalb, weil dem Franchisenehmer aus **guten Gründen** nahegelegt wird, sich um sein Unternehmen mit vollem zeitlichen Einsatz zu kümmern und sich nicht zu „verzetteln“.

III. Systemimmanente Einschränkung der freien wirtschaftlichen Betätigung im Franchising

Dem Franchising ist - wie eingangs dargestellt - wesenseigen, dass ein „freier Unternehmer“ sich **freiwillig** der Entscheidung eines anderen unterwirft, weil er an dessen Erfahrungsschatz und Erfolg teilhaben möchte.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass jedenfalls für die Mehrzahl der referierten Klauseln gute Gründe ins Feld geführt werden können, da sie i. S. eines "favor negotii" den durch die Vertragsparteien F sichern sollen. Der Franchisenehmer gliedert sich regelmäßig bewusst in ein System ein und begibt sich eines wesentlichen Teils seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Dieses dient auch bei objektiver Betrachtung der Aufrechterhaltung des Vertragszwecks und liegt somit gleichermaßen im Interesse des betroffenen Franchisenehmers und des Franchisegebers.

Hinweis:

Man mag sich darüber hinaus fragen, wo heute im arbeitsteiligen Wirtschaftsprozess die vom OLG Düsseldorf gesuchten **unternehmerischen Freiheiten** noch zu finden sind. Der Schluss des Gerichts, dass der im vorliegenden Fall beschriebene „typische“ Franchisenehmer gegenüber dem Franchisegeber in einer dem Verhältnis von Arbeitnehmer zu Arbeitgeber vergleichbaren Weise abhängig und schutzbedürftig sei, kann jedenfalls nicht aus den herangezogenen Kriterien hergeleitet werden.

Erstaunlich ist, dass das Gericht die arbeitnehmerähnliche Schutzbedürftigkeit des Franchisenehmers nicht an hand des Kriteriums geprüft hat, ob der **Franchisenehmer selbst wesentliche Arbeitgeberfunktionen** wahrnimmt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Franchisenehmer sich in einer arbeitgebertypischen Funktion befindet oder selbst eine Vergütung erhält, die einer Position mit arbeitgebertypischer Verantwortung gleichsteht (etwa eines Geschäftsführers oder eines Vorstandsmitgliedes). Die **arbeitnehmerähnliche Schutzbedürftigkeit entfällt** jedenfalls, wenn der Betroffene seinerseits wie ein Unternehmer eigene Angestellte beschäftigt oder jedenfalls beschäftigen kann (WITT, in: GIESLER, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 1 Rn. 117 m.w. N.).

IV. Unterschiede zur „Eismann“-Rechtsprechung

Der BGH und das BAG haben die **Arbeitsgerichte** in einem anderen Fall als **zuständig** in einer franchiserechtlichen Auseinandersetzung angesehen, da es sich bei dem dortigen Franchisenehmer der Firma „Eismann“ zumindest um eine arbeitnehmerähnliche Person i. S. v. § 5 Abs. 1, S. 1, 2 ArbGG gehandelt habe.

Der „Eismann“-Franchisevertrag enthielt **folgende Regelungen**: Der Franchisenehmer hatte die Verpflichtung übernommen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung unter Nutzung der Marke des Franchisegebers, die im Eigentum des Franchisegebers stehende Tiefkühlkost in einem Vertragsgebiet auf der Grundlage der jeweils gültigen Preisliste des Franchisegebers an Endverbraucher zu verkaufen. Das Handbuch enthielt **detaillierte Regelungen** über die bereitzuhaltende Ware, die Aufstellung von Tourenplänen und die wöchentlichen Einsatzzeiten. Die Endverbraucher-Preise der Waren, die der Franchisenehmer vom Franchisegeber zum Weiterverkauf erworben hatte, wurden aufgrund einer dem Franchisegeber erteilten Abbuchungsermächtigung von dessen Konto abgebucht (vgl. auch BGHZ 140, 11 ff.; vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 8. 11.2005, ZIP 2006, 228). Das BAG (BAGE 86, 183 f. = OB 1997, 1524) erkannte die wirtschaftliche Abhängigkeit des Franchisenehmers aus einer **Ge-**

samschau der engen vertraglichen Bindung an den Franchisegeber. Die Gestaltung des Vertragsverhältnisses beanspruchte den Franchisenehmer derart, dass er neben der Tätigkeit keine nennenswerte weitere Erwerbstätigkeit ausüben könnte. Auch die „Auszahlungen“ und die Bindung an das Warensortiment ließen seine **wirtschaftliche Abhängigkeit** deutlich erkennen. Zu einer Bejahung der sozialen Schutzbedürftigkeit kam das Gericht, da sich der Franchisenehmer zur persönlichen Arbeitsleistung als Verkaufsfahrer verpflichtet hatte und keine nennenswerte eigene Unternehmens- oder Betriebsorganisation mit Ausnahme des vom Franchisegeber gemieteten Lieferwagens unterhielt. Deshalb sei er einem **angestellten Verkaufsfahrer** gleichzustellen.

Es wird im direkten Vergleich der Entscheidungen deutlich, dass der **Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit** im Rahmen des „Eismann“-Franchisevertrages **bei weitem größer** war als dies bei der vorliegenden Entscheidung der Fall ist. BGH und BAG haben weit stärker auf die Rolle von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und nicht so sehr auf die **Intensität der Eingliederung** in das Vertriebssystem des Franchisegebers abgestellt. Diese Auffassung wird auch noch einmal durch die bereits zitierte Entscheidung des BGH v. 16. 10.2002 bestätigt.

V. Resümee

Es spricht viel dafür, dass die Zivilgerichte die Annahme des Tatbestandsmerkmals der „**wirtschaftlichen Unselbständigkeit**“ i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG im Franchiserecht künftig **einschränkend** handhaben sollten. Im Ergebnis ist für die Rechtsanwendung nur dann etwas gewonnen, wenn zugleich viel für eine **Arbeitnehmerstellung** des Franchisenehmers spricht. Darüber hinaus sind die Zivil- und Kartellrechtskammern grundsätzlich wohl als geeigneter anzusehen, Franchiseverhältnisse fachkundig zu beurteilen als die Arbeitsgerichte.

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Franchiseverhältnisse würde in der Praxis bedeuten, dass die Arbeitsrichter sich mit Sachfragen zu befassen hätten, die der Gesetzgeber diesen nicht zugeordnet hat. **Franchisetypische Streitigkeiten** sind allgemeine **vertragsrechtliche Fragen** aus dem kaufmännischen Bereich mit regelmäßig **kartellrechtlichen Berührungspunkten**.

- Die „normale“ Subordination im Franchising erfüllt den Tatbestand des § 5 Abs. 1 S.2 ArbGG i. S. d. „wirtschaftlichen Unselbständigkeit“ regelmäßig nicht.
- Nur dann, wenn der Franchisegeber regelmäßig wie ein Arbeitgeber in den **Entscheidungsspielraum** des Franchisenehmers eingreift und wenn zugleich der Franchiseneh-

mer selbst nicht **Arbeitgeberfunktion** wahrnimmt oder zumindest wahrnehmen kann, kann von einer Arbeitnehmerähnlichkeit des Franchisenehmers ausgegangen werden.

- Liegt ersichtlich keine Arbeitnehmereigenschaft des Franchisenehmers vor, führt die Abgabe an das **Arbeitsgericht** im Ergebnis zur Zuständigkeit eines für den Rechtsstreit **wenig geeigneten** Spruchkörpers, ohne dass ein gesteigerter sozialer Schutz auch nur annähernd gewährleistet werden kann.