BÜRO FÜR ARBEITS- UND SOZIALPOLITISCHE STUDIEN BASS AG
KONSUMSTRASSE 20 · CH-3007 BERN · TEL +41 (0)31 380 60 80 · FAX +41 (0)31 398 33 63
INFO@BUEROBASS.CH · WWW.BUEROBASS.CH

BASS

Franchising im Detailhandel

Schlussbericht

Im Auftrag
Gewerkschaft Unia
Natalie Imboden, Mitglied Sektorleitung Tertiär / Dienstleistungsberufe

Dr. Philipp Dubach, Livia Bannwart

Bern, 17. Juni 2014

BASS

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung II

Résumé X

1 Ausgangslage und Fragestellung 1

2 Was ist Franchising? 3

2.1 Definition 3

2.2 Abgrenzung gegenüber anderen Vertriebs- und Organisationsformen 4

2.3 Typen des Franchising 6

3 Verbreitung des Franchising in der Schweiz 8

4 Rechtliche Grundlagen des Franchising in der Schweiz 10

4.1 Rechtsnatur von Franchiseverträgen 10

4.2 Inhalte von Franchiseverträgen 11

4.3 Gestaltungsspielraum 12

5 Weshalb Franchising? 13

5.1 Theoretische Ansätze zur Erklärung des Franchising 13

5.2 Motive der Franchisegeber 15

5.3 Motive der Franchisenehmer 15

6 Stellung und rechtlicher Schutz der Franchisenehmerin 17

6.1 Selbständige und unselbständige Erwerbsarbeit im Vertragsrecht und Sozialversicherungsrecht 18

6.2 Vertragsrechtliche Qualifikation von Franchiseverträgen 20

6.2.1 Vertragsrechtliche Qualifikation und arbeitsrechtlicher Schutz 20

6.2.2 Gerichtspraxis: Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag 21

6.2.3 Gerichtspraxis: Abgrenzung von Partnerschafts- und Subordinationsfranchising 24

6.2.4 Fazit 26

6.3 Rechtlicher Schutz von Franchisenehmer/innen 27

6.3.1 Vorvertragliche Aufklärungspflicht 28

6.3.2 Schliessen von Vertragslücken 28

6.3.3 Schranken der Inhaltsfreiheit 29

6.3.4 Franchisebetriebe als Familienbetriebe 31

7 Fallbeispiele 33

7.1 Coop Pronto Shops 33

7.2 Migrolino 36

7.3 Spar 38

7.4 Esprit 39

7.5 Tally Weijl 40

8 Gewerkschaftliche Handlungsfelder 42

8.1 Stellung der Angestellten von Franchisenehmer/innen 42

8.2 Franchisebetriebe als Familienbetriebe 43

8.3 Stellung der Franchisenehmer/innen 43

9 Zitierte Literatur 46

Zusammenfassung

1. Einleitung

In der jüngeren Vergangenheit ist die Gewerkschaft Unia wiederholt mit dem Thema Franchising konfrontiert worden. Dabei steht zum einen die Stellung der Franchisenehmer/innen zur Diskussion, zum anderen der arbeitsrechtliche Schutz ihrer Angestellten. Die Unia wird das Franchising zum Thema an ihrer Fachtagung «Detailhandel» vom 20. Juni 2014 machen. Zur Vorbereitung hat sie das Büro BASS mit der Erarbeitung eines Analysepapiers beauftragt, welches das Franchising aus ökonomischer und rechtlicher Perspektive beleuchten soll. Die Verhältnisse im Detailhandel sollen anhand von fünf Fallbeispielen untersucht werden: Coop Pronto, Migrolino und Spar sowie den beiden Modekonzernen Esprit und Tally Weijl.

2. Was ist Franchising?

Das Franchising ist ein auf Partnerschaft beruhendes Vertriebs- oder Absatzsystem mit dem Ziel, den Verkauf von Waren, Dienstleistungen oder Technologien zu fördern. Als erstes Franchisesystem gilt gemeinhin dasjenige der US-amerikanischen Nähmaschinenherstellerin Singer aus der Mitte des 19. Jahrhunderts. Franchising im heute bekannten Sinn hat sich jedoch erst nach dem 2. Weltkrieg entwickelt und lässt sich durch folgende **Merkmale** definieren:

- Im Franchising **kooperieren zwei Parteien** bzw. Vertragspartner, die Franchisegeberin und die Franchisenehmerin.
- Die Franchisegeberin gewährt der Franchisenehmerin das Recht, bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu vertreiben. Sie erlaubt ihr zu diesem Zweck die **Nutzung eines einheitlichen Konzepts**, das in der Regel aus folgenden Elementen besteht: a) Image, Namen, Marken und sonstige Schutzrechte; b) technisches und gewerbliches Know-How; c) ein bestehendes Organisations- und Marketingsystem.
- Die Franchisegeberin gewährt der Franchisenehmerin **Ausbildung, Rat und Beistand**.
- Die Franchisenehmerin entrichtet der Franchisegeberin **Gebühren** für die Nutzung von Rechten und die von der Franchisegeberin erbrachten Leistungen. Diese bestehen häufig aus drei Elementen: a) einmalige Eintrittsgebühr für Pre-Opening-Leistungen der Franchisegeberin; laufende Franchisegebühr für laufende Leistungen; c) Marketingebühr für überregionale Werbung der Franchisegeberin.
- Die Franchisenehmerin bleibt **rechtlich selbständig und handelt auf eigene Rechnung**.
- Die Franchisegeberin überwacht die Einhaltung der geschäftlichen Systempolitik und setzt diese durch **Weisungen** durch.

3. Typen des Franchising

In der Literatur zum Franchising haben sich diverse Typologien herausgebildet, deren Nutzen jedoch stark von den jeweiligen Erkenntnisinteressen und Handlungszusammenhängen abhängt. Mit Blick auf die arbeitsrechtliche Stellung der Franchisenehmer/innen ist vor allem die Unterscheidung zwischen Subordinations- und Partnerschaftsfranchising relevant. Im **Subordinationsfranchising** tragen die Franchisenehmer/innen zwar das unternehmerische Risiko, sind ansonsten aber stark in das Marketing- und Vertriebskonzept der Franchisegeberin integriert und damit auch in ihrer Entscheidungsgewalt eingeschränkt. Im **Partnerschaftsfranchising** dagegen sind beide Parteien grundsätzlich gleichberechtigt und haben die Franchisenehmer/innen an allen für das System relevanten Entscheidungen teil.

Diese Unterscheidung wird in der juristischen Lehre teilweise sehr kritisch diskutiert. Insbesondere wird moniert, dass ein reines Partnerschaftsfranchising in der Praxis nicht vorkomme und vielmehr darauf zu achten sei, wie stark partnerschaftliche und hierarchische Elemente innerhalb eines konkreten Franchiseverhältnisses vertreten seien. Gleichwohl ist die Unterscheidung in der Schweizer Gerichtspraxis etabliert: Das Bundesgericht wendet die Differenzierung schon länger an und hat 2011 die vorinstanzliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Partnerschaftsfranchising bestätigt. Auch Verfechter/innen dieser Typologie gestehen aber zu, dass das Partnerschaftsfranchising in der Praxis eine Ausnahme bildet.

4. Verbreitung in der Schweiz

Eine öffentliche Statistik zur Entwicklung und Verbreitung des Franchising in der Schweiz gibt es nicht. Schätzungen zufolge zählte man in der Schweiz zu Beginn der 1970er Jahre ungefähr 20 Franchisesysteme mit 400 Franchisenehmer/innen, im Jahr 2000 rund 150 Franchisesysteme. Zu beachten ist, dass auf dem Schweizer Markt mehrheitlich ausländische Franchisesysteme vertreten sind; zu den bekanntesten gehören Fast Food-Unternehmen wie McDonald's und Burger King oder Hotel-Ketten wie Hilton und Marriott.

Interessenverband der im Franchising aktiven Wirtschaft ist der **Franchise Verband Schweiz**. Er zählt aktuell 30 Franchisegeberinnen und Masterfranchisenehmerinnen als Mitglieder. Die Grundsätze für ein professionelles Franchising hat der Verband in einem Ehrenkodex niederge-

legt, der im Wesentlichen dem European Code of Ethics for Franchising der European Franchise Federation (EFF) entspricht.

5. Rechtliche Grundlagen in der Schweiz

Der Franchisevertrag ist im schweizerischen Recht nirgends eigens geregelt und gilt deshalb als sogenannter **Innominatvertrag**. Gemäss dem Bundesgericht treten «Franchiseverträge (…) in derart vielgestaltigen Erscheinungsformen auf, dass weder eine hinreichend scharfe begriffliche Umschreibung dieses Vertragstypus möglich erscheint, noch ein für allemal gesagt werden könnte, welchen Rechtsregeln solche Verträge unterstehen (…). Das anwendbare Recht muss deshalb in jedem Einzelfall aufgrund des konkreten Vertrages ermittelt werden» (BGE 118 II 157 E.4.1 S. 160).

Der Franchisevertrag ist in der Regel ein **Formular- bzw. Standardvertrag**, d.h. er wird von der Franchisegeberin einseitig erstellt und ist für eine Mehrzahl von Vertragsabschlüssen vorgesehen. An einem einheitlichen Marktauftritt und einer konsequenten Regelung, Durchsetzung und Kontrolle des ganzen Konzepts haben grundsätzlich alle Beteiligten ein Interesse, weil die Reputation des ganzen Systems vom Image einer jeden Franchisenehmerin abhängt. Allerdings kann die Vorgabe der Vertragsinhalte auch dazu führen, dass die marktmächtigere Franchisegeberin Vertragsrisiken einseitig auf die Gegenpartei verschiebt. Sofern die Gerichte einen Franchisevertrag als Formularvertrag einstufen, unterliegt dieser deshalb einer Inhaltskontrolle, welche die schwächere Vertragspartei schützt (vgl. auch Abschnitt 8 der Zusammenfassung).

Die Inhalte von Franchiseverträgen können innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung grundsätzlich beliebig festgelegt werden. Neben den zwingenden, d.h. nicht veränderbaren Vorschriften des Vertragsrechts bildet bei Franchiseverträgen insbesondere auch das **Kartellrecht** eine wichtige Schranke. Die Sicherung eines einheitlichen Marktauftritts kann erhebliche wettwerbliche Auswirkungen auf Verbraucher/innen und Konkurrent/innen, aber auch auf die Beteiligten innerhalb des Franchisesystems haben. Insbesondere Gebietsschutzvereinbarungen, Bezugsbindungen, vertragliche und nachvertragliche Wettbewerbsverbote, Vertragsstrafen, Preisbindungen und Preisempfehlungen müssen mit dem Kartellrecht konform gehen.

6. Weshalb Franchising?

Um die Verbreitung des Franchising aus Sicht der Franchisegeberinnen zu erklären, werden in der Ökonomie hauptsächlich zwei Ansätze verwendet: die Prinzipal-Agent-Theorie und die Theorie der Ressourcenknappheit, wobei erstere in empirischen Studien insgesamt besser gestützt wird. Die **Prinzipal-Agent-Theorie** untersucht Beziehungen beteiligter Partner/innen in Kooperationsbeziehungen. Sie postuliert, dass der Prinzipal (Betriebsinhaber/in) zunehmend auf das Franchisesystem wechselt, wenn die Kosten für das Monitoring der Filialen zu stark steigen und es effizienter wird, anstelle von aufwändiger direkter Beobachtung und Kontrolle vermehrt auf Anreize des Franchising zu setzen. Weil die Franchisenehmer/innen erhebliche Investitionen tätigen und der erwartete Profit stark von ihrem persönlichen Engagement abhängt, sind sie stark motiviert und zu hohem Einsatz bereit.

Die Prinzipal-Agent-Theorie behauptet nicht eine grundsätzliche Überlegenheit des Franchisesystems gegenüber einem Filialsystem, sondern macht diese davon abhängig, wie hoch die Monitoringkosten im Filialsystem sind. Franchising erscheint deshalb vor allem für ländliche, weit entlegene oder ausländische Betriebseinheiten vorteilhaft, wo die Kontrolle mit hohen Reise- oder Personalkosten verbunden ist und es der Zentrale schwer fällt, die Leistungen der Filialleiter/innen in wenig bekannten Märkten zu beurteilen. Auch bei kleinen Filialen können die Monitoringkosten unvorteilhaft ausfallen.

Löst man sich von spezifischen Theorieansätzen, so lassen sich die **Vorteile und Motive der Franchisegeber/innen** in folgenden Punkten zusammenfassen:

- Zugang zu Fremdkapital, das von Franchisenehmer/innen eingebracht wird.
- Effiziente Personalrekrutierung durch positive Selbstselektion der Bewerber/innen für die Führung eines Franchisebetriebs zutrauen.
- Risikosenkung durch Abgabe der spezifischen Anfangsinvestitionen und des Geschäftsrisikos an die Franchisenehmerin.
- Möglichkeit zur raschen Expansion, weil der Bedarf an Eigenressourcen verhältnismässig gering ist.
- Grössere Effizienz bei dezentralisierter Kontrolle durch selbständige Franchisenehmer/innen.
- Kundennähe und Akkumulierung von lokalem Wissen dank örtlich verankerten Franchisenehmer/innen.
- Hohe Einsatzbereitschaft der Franchisenehmer/innen wegen starker intrinsischer Motivation und finanziellen Anreizen.
- Optimierung der Rentabilität durch geschickten Mix von Filial- und Franchisebetrieben.

Studien, die sich mit den **Motiven von Franchisenehmer/innen** auseinandersetzen, sind deutlich seltener als solche zu den Franchisegeber/innen. Abstrahiert man davon, dass sich die Gründe je nach beruflichen Hintergrund der

Franchisenehmer/innen (frühere Angestellte oder Selbständige) unterscheiden und sich auch im Verlaufe des Franchiseverhältnisses wandeln können, lassen sich folgende Vorteile und Motive der Franchisenehmer/innen festhalten:

- Selbständigkeit im Rahmen des Franchisesystem: Die Franchisenehmer/innen führen den Franchisetrieb eigenverantwortlich, stellen selber Personal an, treten in eigenem Namen auf und sind auf eigene Rechnung tätig.
- Vermindertes Risiko bei der Existenzgründung, weil ein umfassendes und erprobtes Geschäftskonzept vorliegt.
- Bekannte Marke der Franchisegeberin erleichtert Kundenbindung und verstärkt Konkurrenzfähigkeit.
- Einfacherer Zugang zu Kapital wegen verminderten Risiken bei der Existenzgründung und bei gutem Ruf der Franchisegeberin.
- Laufende Unterstützung durch Franchisegeberin bei Standortwahl, Ladengestaltung, Marketing, Rechtsberatung, Schulung und Verkaufstrainings; dadurch auch geringerer Managementaufwand.
- Einfachere Beschaffungskonditionen dank grosser Bestellmengen der Franchisegeberin.

7. Rechtliche Stellung der Franchisenehmer/innen

Die aufgeführten Motive und Vorteile erklären, weshalb sich Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen für das Franchising entscheiden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Interessen der beiden Parteien deckungsgleich sind und ihr Verhältnis konfliktfrei wäre. Während die ökonomische Forschung den Gefahren des **Missbrauchs oder opportunistischen Verhaltens** von Franchisegeberin und Franchisenehmerin ungefähr die gleiche Bedeutung beimisst, geht die juristische Literatur viel stärker von einem **Kräfteungleichgewicht** aus, das in vielen Fällen eine besondere Schutzbedürftigkeit der Franchisenehmer/innen begründet.

Ausschlaggebend ist dabei, wie die Stellung der Franchisenehmerin aufgrund des Franchisevertrags beurteilt wird. Diese Einschätzung muss nicht mit ihrer Stellung im Sozialversicherungsrecht übereinstimmen, weil die Unterscheidungskriterien zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbsarbeit im Vertragsrecht und im Sozialversicherungsrecht nicht völlig identisch sind.

Ob und in welchem Ausmass Franchisenehmer/innen den Schutz von arbeitsrechtlichen Bestimmungen beanspruchen können, ist von Antworten auf folgende Fragen abhängig:

- **Franchisevertrag oder Arbeitsvertrag**: Handelt es sich beim Vertrag tatsächlich um einen Franchisevertrag oder nicht doch um einen Arbeitsvertrag? Falls letzteres zutrifft, ist das Arbeitsvertragsrecht integral anwendbar.
- **Subordinations- oder Partnerschaftsfranchising**: Falls ein Franchisevertrag vorliegt – handelt es sich um ein Subordinationsfranchising oder ein Partnerschaftsfranchising? Beim Subordinationsfranchising können arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen partiell angewendet werden, beim Partnerschaftsfranchising ist dies nicht der Fall.

In der Praxis entscheidend ist schliesslich auch die Frage, ob Franchisenehmer/innen **ein vereinfachtes arbeitsrechtliches Verfahren** erwirken können – oder ob sie einen normalen Zivilprozess führen müssten. Es ist zu vermuten, dass sie im zweiten Fall das Prozessrisiko vielfach als zu hoch einstufen und deshalb auf eine Klage verzichten. Dies könnte auch erklären, weshalb es in der Schweiz nur wenige Gerichtsurteile in Konflikten zwischen Franchisenehmer/innen und Franchisegeber/innen gibt.

In der Gerichtspraxis und in der juristischen Lehre hat sich bisher noch **kein eindeutiger Konsens** herausgebildet, wann ein Franchisevertrag als Arbeitsvertrag einzustufen ist oder wann die unternehmerische Freiheit von Franchisenehmer/innen derart stark beschränkt ist, dass man von einer arbeitnehmerähnlichen Stellung sprechen muss. Bestimmte Sachverhalte kristallisieren sich aber gleichwohl heraus.

Festzuhalten ist, dass die **Weisungsgebundenheit** der Franchisenehmerin an und für sich noch keinen arbeitnehmerähnlichen Status begründet. Detaillierte Weisungen können notwendig sein, um den einheitlichen **Marktauftritt und die Qualität** des Franchiseprodukts zu garantieren. Dies trifft ganz besonders dann zu, wenn es sich beim Franchiseprodukt um eine Dienstleistung handelt, die von der Franchisenehmer/in erbracht wird und entsprechend präzise normiert sein muss. Die Einhaltung solcher Vorgaben ist für das Überleben und den Erfolg eines Franchisesystems elementar und liegt grundsätzlich im Interesse aller Beteiligten.

Entscheidend ist, ob und in welchem Ausmass der Handlungsspielraum der Franchisenehmer/innen zusätzlich in Bereichen eingeschränkt ist, die für die Marke- und Qualitätspflege nicht entscheidend sind. Dies betrifft namentlich die **betriebliche und zeitliche Organisation der Arbeit**. Bei der entsprechenden Beurteilung von Franchiseverhältnissen haben die Gerichte unter anderem **folgende Aspekte** gewürdigt:

- Kann die Franchisenehmerin frei über den Umfang ihrer Arbeitstätigkeit entscheiden (persönliche Anwesenheit im Betrieb, Ferien, Erlaubnis zusätzlicher Erwerbstätigkeit)?

■ Kann die Franchisenehmerin selbständig Personal einstellen und über dessen Entlöhnung bestimmen?
■ Kann die Franchisenehmerin frei über die Zusammenarbeit mit externen Leistungserbringen (z.B. Versicherungen, Buchhaltungsstelle) entscheiden, sofern die vorgegebenen Standards eingehalten werden?
■ Sofern die Franchisenehmerin Waren verkauft, kann sie einen Teil ihres Sortiments frei bestimmen und ist sie dabei frei in der Wahl der Lieferanten?
■ Sofern die Franchisenehmerin Dienstleistungen mit einem engen und länger dauernden Kundenverhältnis anbietet, ist sie in der Auswahl der Klient/innen frei?
■ Sofern der Franchisebetrieb als juristische Person konstituiert ist (z.B. AG, GmbH), hat die Franchisenehmerin die Stimmenmehrheit?

Werden diese Fragen klar verneint, so spricht dies tendenziell für eine arbeitnehmerähnliche oder gar arbeitnehmergleiche Stellung der Franchisenehmerin. Für ein stark partnerschaftlich geprägtes Franchiseverhältnis spricht umgekehrt, wenn die Franchisenehmer/innen selber Mitbestimmungsrechte bei der Ausgestaltung des Franchisesystems haben – also gemeinsam über die Normen bestimmen können, nach denen sie einen Teil ihrer Tätigkeit als Franchisenehmer/innen ausrichten müssen.

Zur Qualifikation des Vertragsverhältnisses berücksichtigen die Gerichte teilweise weitere Kriterien, die darüber Auskunft geben, wie stark die Franchisenehmer/innen wirtschaftliche Risiken eingegangen sind und Schritte unternommen haben, die auf eine Selbständigkeit hindeuten. Als **Indizien für eine Selbständigkeit** werden unter anderem gewertet:

■ Von Franchisenehmer/in getätigte Investitionen
■ Eintrag des Franchisebetriebs im Handelsregister
■ Selbständige Abrechnung der Franchisenehmerin mit der AHV
■ Erfolgsabhängiges Einkommen der Franchisenehmer/in anstelle eines fixen Lohnbezugs.

8. Rechtlicher Schutz von Franchisenehmer/innen

In der Praxis haben die **Schweizer Gerichte** spezifische Franchisingverhältnisse unterschiedlich qualifiziert. In zwei jüngeren Urteilen haben das Bundesgericht und das Obergericht des Kantons Zürich zwei **Franchiseverträge als Partnerschaftsfranchising** eingestuft und die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen bzw. die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ausdrücklich negiert. Umgekehrt gibt es mehrere Urteile, die konstatieren, dass die Franchisenehmer/innen zumindest in einzelnen Aspekten einen **arbeitnehmerähnlichen Status besitzen** und deshalb die Anwendung zwingenden Arbeitsrechts angezeigt sei. Wegweisend ist hierbei ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1992, das die **«sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften»** auf ein Franchisingverhältnis als gerechtfertigt ansieht, weil faktisch eine Abhängigkeit der Franchisenehmerin von der Franchisegeberin bestehe, «die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe kommt» (BGE III 118 II 157, E.4a/bb S. 164).

Die juristische Lehre verweist zudem auf folgende Rechtsprinzipien, welche zum Schutz der Franchisenehmer/innen beitragen:

■ **Vorvertragliche Aufklärungspflicht**: Wegen des grossen Informationsgefälles besteht eine umfassende vorvertragliche Aufklärungspflicht der Franchisegeberin gegenüber der Franchisenehmerin. Sie wird nicht aus dem Vertragsrecht abgeleitet – ein Vertrag ist zu dem Zeitpunkt noch nicht etabliert – sondern aus Art. 2 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben als Rechtspflicht für jedermann). Zu dieser Aufklärungspflicht gehört, dass die Franchisegeberin die Franchisenehmerin auf Risiken hinweist, ohne allerdings eine Rentabilitätsgarantie abgeben zu müssen. Verletzt eine Vertragspartei ihre vorvertraglichen Pflichten und kommt es zu einem für die andere Seite nachteiligen Vertragsabschluss, so ist die benachteiligte Partei zu einer ganzen oder teilweisen Aufhebung des Franchisevertrags berechtigt.
■ **Verletzung der Persönlichkeit durch übermässige Bindung**: Die Franchisenehmerin kann geltend machen, dass ein unausgeglichener Vertrag ihre Persönlichkeit verletzt (Art. 27 Abs. 2 ZGB) – also ein «Knebelvertrag» vorliegt, der unter das Kriterium der Sittenwidrigkeit fällt (Art. 20 OR). Konkrete Anwendungen dieses Rechtsprinzips beim Franchising scheinen allerdings selten. Insbesondere leistet es nur einen schwachen Schutz, wenn die Franchisenehmerin unvorteilhafte finanzielle Verpflichtungen eingeht. Denn laut dem Bundesgericht verbiete der einschlägige Artikel niemandem, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten (BGE 95 II 58). Es scheint deshalb sinnvoller, dass sich unerfahrene Franchisenehmer/innen in solchen Fällen auf eine Übervorteilung und die daraus folgende Vertragsungültigkeit berufen (Art. 21 OR).

■ **Inhaltskontrolle**: Handelt es sich beim Franchisevertrag um einen Formularvertrag, den die Franchisegeberin einseitig vorgibt, so bedarf die Franchisenehmerin eines besonderen Schutzes, indem die Regeln zur rechtlichen Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

auch auf Formularverträge angewendet werden. In der Gerichtspraxis hat das Bundesgericht zudem die Regeln entwickelt, wonach überraschende Bestimmungen in AGB nicht Vertragsbestandteil sind («Ungewöhnlichkeitsregel») und mehrdeutige Klauseln gegen die Partei ausgelegt werden, die den Vertrag verfasst hat («Unklarheitsregel»). Bei der Inhaltskontrolle wird unterschieden zwischen einer Abschlusskontrolle und einer verdeckten Inhaltskontrolle. Die Abschlusskontrolle stellt lediglich sicher, dass die schwächere Vertragspartei die Möglichkeit hat, die Bestimmungen zur Kenntnis zu nehmen. Die (offene) Inhaltskontrolle geht weiter und nimmt eine direkte Kontrolle vor. Sie ist in der Schweiz jedoch auf Formularverträge mit Konsument/innen beschränkt. In der juristischen Lehre wird stark bezweifelt, dass die Abschlusskontrolle für Franchisenehmer/innen einen ausreichenden Schutz bietet, weil sie in der Regel juristisch zu wenig geschult sind, um die Tragweite der einschlägigen Bestimmungen zu erkennen.

Eine wichtige Rolle für die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen spielt schliesslich die Frage, ob und inwieweit Franchisebetriebe als **Familienbetriebe** gelten können. Dies deshalb, weil Familienbetriebe vom Arbeitsgesetz ausgenommen sind. Kaum zufällig suchen beispielsweise Coop Pronto und Migrolino als Franchisenehmer/innen ausdrücklich Personen, welche die Shops als Familienbetriebe führen. Erst kürzlich hat das Bundesgericht nun aber festgehalten, dass Arbeitgeber, die juristische Personen sind, keine Familienbetriebe bilden können. Da viele Franchisebetriebe die Rechtsform einer GmbH oder AG besitzen, ist es somit nicht möglich, sie auf diese Weise von den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auszunehmen.

9. Fallbeispiele

Weil keine zuverlässigen Angaben zur Entwicklung des Franchising in der Schweiz vorliegen und weil Franchiseverträge im Detail sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können, wurden in Absprache mit der Auftraggeberin fünf Franchisesysteme im Detailhandel für eine genauere Darstellung ausgewählt, davon zwei aus der Modebranche: Migrolino, Coop Pronto, Spar, Esprit und Tally Weijl.

Für diese Fallbeispiele sollen die Entwicklung und Verbreitung des jeweiligen Systems, die Stellung der Franchisenehmer/innen und diejenige ihrer Angestellten näher beleuchtet werden. Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass keines der Unternehmen auf Anfrage bereit war, nähere Angaben zu den Franchisebedingungen zu machen. Die folgenden Darstellungen stützen sich deshalb zu wesentlichen Teilen auf Medienberichte, Geschäftsberichte und Selbstdarstellungen der Franchisesysteme im Internet.

Coop Pronto

Das Convenience-Geschäft ist einer der grössten Wachstumszweige des Schweizer Lebensmittelhandels. Die Coop Mineralöl AG (CMAG), die als Coop Pronto auf dem Markt auftritt, gilt als Marktführerin. 2013 gab es 261 Coop Pronto-Shops, davon waren mehr als 200 einer Tankstelle angegliedert. Pro Standort schafft Coop Pronto gemäss eigenen Angaben rund 10 bis 12 Arbeitsplätze.

Die **Konditionen des Franchising** von Coop Pronto haben in den letzten Jahren mehrmals für **Schlagzeilen** gesorgt. Mindestens zwei Franchisenehmer/innen haben gegen die CMAG Klage eingereicht. Umstritten ist dabei nicht allein der Sachverhalt, dass die CMAG die Tätigkeit der Shop-Betreiber/innen detailliert regelt und über umfassende Weisungsbefugnisse verfügt. Dazu kommt, dass die CMAG in den Geschäftsleitungen der Pronto Shops, die als GmbH konstituiert sind, die Stimmenmehrheit hat, obwohl die Franchisenehmer/innen 90% des Startkapitals einbringen. Auch die Konditionen des Warenbezugs stehen in der Kritik.

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt gab es in den letzten fünf Jahren **Konkursmeldungen** von insgesamt 23 Betreiber/innen von Coop Pronto-Shops, fast die Hälfte davon im Jahr 2009. Dies dürfte unter anderem damit zusammenhängen, dass die CMAG – vermutlich 2009 – den Pachtzins neu vom Umsatz abhängig machte. Gemäss Medienberichten konnte dies im Einzelfall bedeuten, dass sich der Pachtzins um das Achtfache erhöhte.

Neben der massiven Kritik an den Unternehmensbedingungen der Franchisnehmer/innen geriet Coop Pronto zudem in die Schlagzeilen, weil in Stellenausschreibungen für Shop-Betreiber/innen ausdrücklich **Grossfamilien** gesucht werden. Auch nach dem Entscheid des Bundesgerichts, wonach juristische Personen nicht Arbeitgeber eines Familienbetriebs sein können, hielt Coop Pronto daran fest.

Was die Arbeitsbedingungen von Angestellten der Shop-Betreiber/innen betrifft, **empfiehlt** die CMAG den Shop-Betreiber/innen, ihre **Mitarbeiter/innen nach Bedingungen des GAV** für Coop-Angestellte zu beschäftigen.

Migrolino

Die Migros startete ursprünglich mit den Avec-Shops, einer Kooperation mit Valora und SBB, in den Convenience-Bereich. 2008 wurde das Joint Venture zwischen Migros und Valora aufgelöst, nachdem die SBB bereits 2005 ausgestiegen

war. 60 Standorte wurden unter dem Namen Migrolino weitergeführt. 2013 gab es mehr als 200 Migrolino-Shops, ungefähr drei Viertel davon an Tankstellen.

Anders als Coop Pronto gab es über Migrolino in den letzten Jahren keine Presseberichte, die Hinweise auf missbräuchliche Bestimmungen in Franchiseverträgen enthielten. Jedoch sind mehrere Fälle bekannt, in denen Mitarbeitende von Migrolino-Shopbetreiber/innen zu **Löhnen deutlich unter GAV-Niveau** angestellt waren und unter Umständen zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften verletzt wurden. Ähnlich wie Coop Pronto suchte Migrolino in Stellenausschreibungen für Franchisenehmer/innen zeitweise aktiv nach **Grossfamilien**.

Spar

Im Unterschied zu Coop Pronto und Migrolino geht es beim Fallbeispiel Spar nicht primär um Franchising im Convenience-Markt. Das Familienunternehmen Spar Schweiz verkauft Lebensmittel im Detailhandel über drei Absatzkanäle: Die «normalen» Spar-Supermärkte, die grösseren Eurospar-Märkte sowie Spar-Express im Convenience-Bereich. Alles in allem zählte Spar Ende 2013 insgesamt 184 Standorte.

Erfahrungen mit Franchising hat Spar Schweiz hat seit der Gründung vor 24 Jahren. Heute werden rund zwei Drittel der Spar-Märkte von Franchisenehmer/innen geführt – 116 Supermärkte und 9 Spar-Express. Die übrigen Märkte sind unternehmenseigene Filialen.

Medienberichte über missbräuchliche Bestimmungen im Franchisesystem von Spar wurden keine gefunden. Am Rande eine Rolle spielte das Franchising beim **Streik von Angestellten** des Dättwiler Spar-Tankstellenshops im Sommer 2013: Wie sich herausstellte, sollte der Shop in derselben Phase aus dem Filialsystem an eine selbständige Franchisenehmer/in überführt werden. Der geplante Wechsel war jedoch kein direkter Grund für den Streik; dieser hatte seine Ursachen in den Arbeitsbedingungen im Filialsystem. Gemäss Spar wären die Anstellungsverhältnisse im Franchisesystem unverändert geblieben, allerdings hätte Spar dafür nicht mehr die direkte Verantwortung getragen.

Esprit

In der Kleiderbranche gibt es mehrere Franchisesysteme – neben den hier betrachteten Fallbeispielen gehören dazu beispielsweis auch Benetton und Mango. Der internationale Modekonzern Esprit eröffnete in den 1980er Jahren erste Geschäfte in der Schweiz. Aktuell verfügt er hier über 76 Geschäfte, wovon 27 als Franchisebetriebe geführt werden. Die **Zahl der Franchisebetriebe hat seit 2009 stark abgenommen**, was gemäss Auskunft von Esprit hauptsächlich auf Geschäftsschliessungen zurückzuführen ist. Zudem wurden einige Franchisebetriebe in das Filialsystem von Esprit übernommen.

Trotz des Rückgangs an Esprit-Franchisebetrieben verzeichnete das Handelsamtsblatt in den letzten fünf Jahren nur eine Konkursmeldung. In den Medien konnten keine Berichte über missbräuchliche oder problematische Bedingungen für Franchisenehmer/innen gefunden werden. Bekannt ist, dass Esprit in den vergangenen Jahren weltweit mit markanten Umsatzeinbussen zu kämpfen hatte und deshalb umgebaut wird. International wurden schlecht laufende Läden geschlossen und Stellen abgebaut; auch zog sich der Konzern aus einigen Ländern zurück.

Tally Weijl

Das 1984 in der Schweiz gegründete Unternehmen entwickelte Anfang der 1990er-Jahre ein eigenes Storekonzept und eröffnete erste Geschäfte mit Franchisepartner/innen. Die Expansion ausserhalb der Landesgrenzen setzte 1997 ein. Heute ist Tally Weijl mit 799 eigenen und per Franchising geführten Läden in 38 Ländern vertreten; die Zahl der Mitarbeiter/innen in der Schweiz wurde 2009 mit 500 angegeben. Nähere Angaben zur Anzahl der Franchisbetriebe in der Schweiz waren bei Tally Weijl auf mehrfache Anfrage nicht erhältlich.

Die Medienberichterstattung zu Tally Weijl ist zwar aus mehreren Gründen kritisch (mangelnde Transparenz, Arbeitsbedingungen in Herstellerbetrieben, Werbekampagnen, Lohnpolitik), soweit ersichtlich sind die Konditionen der Franchisenehmer/innen aber nicht ein Teil davon. Tally Weijl gehört zu den Textilkonzernen, die auch im brancheninternen Vergleich unterdurchschnittliche Löhne zahlen. Dieser Sachverhalt lässt sich jedoch kaum direkt mit dem Franchisesystem in Verbindung bringen.

10. Gewerkschaftliche Handlungsfelder

Wie ist das Franchising im Detailhandel nun aus gewerkschaftlicher Sicht zu beurteilen? Wo eröffnen sich Handlungsfelder und wie könnte die Unia darin aktiv werden?

Stellung der Angestellen von Franchisenehmer/innen

Weil es im Detailhandel keinen allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag gibt, sind die Angestellten von Franchisenehmer/innen in der Regel nicht dem GAV des Franchisegebers unterstellt. Dieser Sachverhalt ist aus gewerkschaftlicher Sicht als sehr problematisch einzustufen.

Ob das Franchisesystem in der Absicht aufgezogen wurde, einen GAV zu umgehen oder nicht, ist dabei letzten Endes unerheblich: Entscheidend ist, dass der Schutz des GAV für die Arbeitnehmenden in einem Umfeld entfällt, das durch tiefe Löhne und prekäre Arbeitsbedingungen gekennzeichnet ist.

Das Problem wäre gelöst, wenn für die gesamte Schweiz gelingen würde, **im Detailhandel einen Branchen-GAV abzuschliessen** und die Voraussetzungen für dessen **Allgemeinverbindlichkeit** zu erreichen. Bezüglich der Allgemeinverbindlich könnte allerdings gerade das Franchising eine Herausforderung bilden, weil es deswegen eine Vielzahl von kleinen Arbeitgeber/innen (d.h. Franchisenehmer/innen) gibt, die in beträchtlicher Zahl dem GAV beitreten müssen, damit das erforderliche Quorum erreicht ist (mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber/innen und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer/innen müssen am GAV beteiligt sein).

Als alternative Lösungsansätze sind unterschiedliche Strategien denkbar, die allerdings alle gewisse Lücken oder Nachteile aufweisen:

■ **GAV mit Verband der Tankstellenshop-Betreiber/innen**: Entsprechende Verhandlungen hat die Unia bereits aufgenommen. Das Problem des fehlenden GAV-Schutzes für Angestellte von Franchisenehmer/innen könnte damit in einem sehr wichtigen Bereich, aber nicht vollständig gelöst werden. Vermutlich wären bereits die Convenience-Shops an anderen Standorten (Bahnhöfe, City-Lagen, Autobahnraststätten) davon ausgenommen und selbstredend alle Angestellten von Franchisenehmer/innen im Detailhandel ausserhalb des Convenience-Geschäfts.

■ **Erweiterung bestehender Firmen-GAV auf die Angestellten von Franchisenehmer/innen**: Dieser Vorschlag ist von der Unia bereits mehrfach lanciert worden; soweit ersichtlich, ist es aber bisher noch nirgends gelungen, eine solche Erweiterung durchzusetzen. Vereinzelt ist eine fakultative Erweiterung möglich: So hat die Valora seit 2012 einen GAV, dem sich Agenturen und Franchisebetriebe freiwillig anschliessen können. Inwieweit eine verbindlichere Regelung allenfalls an rechtliche Schranken stössen würde, wäre genauer abzuklären.

■ **Integration entsprechender Bestimmungen in die Franchiseverträge**: Grundsätzlich wäre es denkbar, dass die Arbeitsbedingungen von Angestellten der Franchisebetriebe in den Franchiseverträgen festgehalten werden. Diese Bestimmungen hätten dann allerdings nicht den Charakter eines GAV, weil sie lediglich in einem Einzelvertrag festgehalten wären. Der mögliche Einwand, dass auf diese Weise die unternehmerische Freiheit der Franchisenehmer/innen unzulässig beschnitten würde, erscheint nicht sehr zwingend: Immerhin sind auch die analogen GAV-Bestimmungen mit der unternehmerischen Freiheit der darauf verpflichteten Unternehmen vereinbar.

■ **Aufnahme entsprechender Bestimmungen in den Ehrenkodex des Franchiseverbandes**: Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Franchiseverband ein Interesse daran hat, die Qualität und Professionalität des Franchising zu sichern. Ob er bereit wäre, den Ehrenkodex um Bestimmungen zur Anstellung von Beschäftigten in Franchisebetrieben zu erweitern, wäre zu prüfen. Ein Vorbehalt des Verbandes könnte darin bestehen, dass sich der Ehrenkodex eng an das Vorbild des Ehrenkodex der European Franchise Federation (EFF) anlehnt, der keine solchen Bestimmungen enthält. Aus gewerkschaftlicher Sicht ist anzumerken, dass der Ehrenkodex nicht rechtsverbindlich und der Organisationsgrad des Franchiseverbandes begrenzt ist.

Relativ gut dürften die Chancen sein, **die Öffentlichkeit für das Problem zu sensibilisieren**: Gerade Migros und Coop geniessen den Ruf von Arbeitgebern mit sozialer Verantwortung. Dass sie die Ausstrahlung ihrer Marke für das Franchising nutzen, ohne aber den Erwartungen an ihre soziale Verantwortung gerecht zu werden, dürfte in der breiten Öffentlichkeit kaum auf Verständnis stossen. Auch wäre allenfalls zu prüfen, inwieweit zweifelhafte Franchisingpraktiken in der Debatte um die «Corporate Social Responsability» von Unternehmen aufgegriffen und thematisiert werden können.

Franchisebetriebe als Familienbetriebe

Hauptsächlich im Convenience-Geschäft mit den typischerweise langen Öffnungszeiten versuchen Franchisegeber/innen offenkundig, die arbeitsrechtlichen Vorschriften zu umgehen, indem Franchisebetriebe als Familienbetriebe konzipiert werden. Dieses Handlungsfeld ist von der Unia seit längerem erkannt.

Stellung der Franchisenehmer/innen

Es besteht kein Zweifel, dass Franchisesysteme im Detailhandel für die Franchisenehmer/innen teilweise ausgesprochen nachteilig ausgestaltet sind. Das deutlichste Beispiel hierfür ist Coop Pronto. Gleichzeitig kann Coop Pronto aber nicht als typischer Fall von Franchising gelten. Auch wäre es unzutreffend, alle Franchisenehmer/innen gewissermassen per Definition als Arbeitnehmende oder Scheinselbständige zu bezeichnen. Diese Auffassung findet in der Rechtsprechung keinen Rückhalt.

Wie die juristische Lehre anerkennt aber, dass dem Franchising in vielen Fällen systembedingt ein **Kräfteungleichgewicht zwischen Fran-**

chisegeber/innen und Franchisenehmer/innen inhärent ist. Das macht sie anfällig auf Missbrauch seitens der Franchisegeber/innen. Zwar können sich die Franchisenehmer/innen in solchen Situationen auf rechtliche Schutzbestimmungen beziehen. Dies allein stärkt ihre Position aber noch nicht hinreichend. Dass Gerichtsurteile zum Franchising in der Schweiz eine Ausnahme sind, dürfte auch damit zusammenhängen, dass das Prozessrisiko für die Franchisenehmer/innen gross ist – zumal dann, wenn sie kein vereinfachtes arbeitsgerichtliches Verfahren erwirken können.

Für die Franchisenehmer/innen kann sich eine verstärkte Selbstorganisation auszahlen. Aus Sicht der Unia stellt sich die Frage, inwieweit es eine gewerkschaftliche Aufgabe bildet, sich in diesem Sinne für die Franchisenehmer/innen einzusetzen. Unseres Erachtens gibt es mehrere Gründe, die dagegen sprechen, dies generell und unterschiedslos zu tun:

- **Divergierende Interessen**: Viele Franchisenehmer/innen sind einerseits den Franchisegeber/innen, andererseits aber selber auch Arbeitgeber/innen. Also solche können ihre Interessen erheblich von gewerkschaftlichen Anliegen abweichen (z.B. Mindestlohn-Initiative).
- **Selbstverständnis**: Die meisten Franchisenehmer/innen dürften sich aus freien Stücken dafür entschieden haben, einem Franchisesystem beizutreten. Inwieweit sie sich durch Gewerkschaften angesprochen oder vertreten fühlen, ist fraglich.
- **Aufwand**: Festzustellen, ob Franchiseverträge die Franchisenehmer/innen benachteiligen, ist im Detail sehr komplex, weil dies stark vom konkreten Franchiseprojekt und vertraglichen Einzelheiten abhängt. Ob sich für eine Gewerkschaft der Aufwand lohnt, sich dieses Fachwissen anzueignen, ist fraglich.

Grenzt man das Handlungsfeld stärker ein, so eröffnen sich aber durchaus Optionen:

- **Fokus auf besonders schwachen Franchisenehmer/innen**: Gewerkschaftliches Engagement macht grundsätzlich für Franchisenehmer/innen Sinn, die sich in einer besonders schwachen Position befinden und sich kaum als Unternehmer/innen verstehen. Das trifft zum einen auf Personen zu, die aus einem Angestelltenverhältnis hinaus in ein Franchisesystem gedrängt wurden. Zum anderen fallen darunter Franchisenehmer/innen, die wegen missbräuchlicher Franchiseverträge keine unternehmerische Freiheit besitzen und faktisch den Status von Arbeitnehmer/innen haben.
- **Missbrauch im Franchising anprangern**: Franchising im Detailhandel generell an den Pranger zu stellen, ist eine nicht ganz unproblematische Strategie, weil sie mit starken Vereinfachungen arbeitet und ausblendet, dass es durchaus für alle Beteiligten funktionierende Franchisesysteme geben kann. Es dürfte die Glaubwürdigkeit der Unia stärken, wenn sie nicht das Franchising an sich, sondern den Missbrauch im Franchising anprangert. Zudem eröffnen sich damit strategisch neue Möglichkeiten: Es gibt Hinweise dafür, dass die Missbrauchsbekämpfung auch dem Schweizer Franchise Verband ein ernstes Anliegen ist. Angesichts dessen wäre beispielsweise zu prüfen, ob ein Gütesiegel im Franchising (z.B. «Gutes Franchising und gute Arbeitsbedingungen») entwickelt werden könnte.
- **Aufklären und Rechtssicherheit schaffen**: Wie erwähnt besteht momentan weder in der Gerichtspraxis noch in der juristischen Lehre Einigkeit darüber, wann Franchisenehmer/innen als Arbeitnehmer/innen gelten. Urteile in hängigen Prozessen könnten in den kommenden Jahren für mehr Klarheit sorgen. Wenn es der Unia gelingt, diese Abgrenzung mit eingängigen Slogans und gleichzeitig sachlich zutreffend auf de Punkt zu bringen, könnte dies ihre Position als Anwältin der besonders benachteiligten Franchisenehmer/innen festigen. Gleichzeitig wären damit Kriterien zur Hand, um die Zielgruppe besser zu fassen. Für diese könnte die Unia durchaus massgeschneiderte Strategien entwickeln – beispielsweise wenn es darum geht, Franchising-Prozesse vor Arbeitsgericht (im vereinfachten Verfahren) statt vor allgemeine zivilgerichtliche Instanzen zu bringen.

Résumé

1. Introduction

Ces dernières années, le syndicat Unia a régulièrement été confronté à la question du franchisage. Outre le statut des franchisés, la discussion a porté sur la protection en droit du travail de leur personnel. C'est ce qui a conduit à faire du franchisage le thème de la journée nationale du commerce de détail d'Unia, le 20 juin 2014. A cet effet, le bureau BASS a été chargé de rédiger une analyse du franchisage d'un point de vue à la fois économique et juridique. Il s'agissait d'étudier la situation du commerce de détail à partir de cinq cas concrets, soit Coop Pronto, Migrolino, SPAR et les chaînes de mode Esprit et Tally Weijl.

2. Qu'est-ce que le franchisage?

Le franchisage est un système de commercialisation et de distribution misant sur le partenariat pour promouvoir la vente de marchandises, de services ou de technologies. On attribue généralement au fabricant américain de machines à coudre Singer la création du premier système de franchise, au milieu du 19e siècle, Le franchisage au sens actuel du terme ne s'est toutefois développé qu'après la deuxième guerre. Ses principales **caractéristiques** sont les suivantes:

- Le franchisage requiert la **coopération de deux parties** ou partenaires contractuels, le franchiseur et le franchisé.
- Le franchiseur accorde au franchisé le droit de distribuer un certain nombre de marchandises ou services. Il lui permet à cet effet d'**utiliser un concept uniforme**, comprenant généralement les éléments suivants: a) image, nom, marques et autres droits de protection; b) savoir-faire technique et industriel; c) système d'organisation et de marketing en place.
- Le franchiseur fournit au franchisé des prestations de **formation, de conseil et d'assistance**.
- Le franchisé verse au franchiseur des **redevances**, en échange des prestations dont il obtient la jouissance. Elles consistent souvent en trois éléments: a) taxe d'entrée unique, pour les prestations du franchiseur pendant la phase de préouverture; taxe périodique pour les prestations courantes; c) taxe marketing, pour la publicité suprarégionale du franchiseur.
- Le franchisé reste **juridiquement indépendant et agit pour son propre compte**.
- Le franchiseur contrôle le respect de sa politique commerciale et édicte à cet effet des **directives**.

3. Types de franchisage

La littérature scientifique sur le franchisage a établi diverses typologies, dont l'utilité dépend largement des centres d'intérêt et du contexte. Si l'on considère le statut des franchisés en droit du travail, une distinction s'impose entre le franchisage sous forme de subordination ou bien de partenariat. Dans le **modèle de subordination**, les franchisés ont beau supporter le risque entrepreneurial, ils sont fortement intégrés dans le concept de marketing et de distribution du franchiseur et leur pouvoir décisionnel reste limité. Dans le **modèle de partenariat** par contre, les deux parties jouissent des mêmes droits, et les franchisés participent à toutes les décisions importantes pour le système.

Cette distinction est parfois vivement critiquée dans la doctrine juridique. Cette dernière rappelle qu'il n'existe pas dans la pratique de véritable partenariat, et qu'il faut plutôt examiner jusqu'à quel point un contrat de franchise spécifique renferme des éléments de nature partenariale ou hiérarchique. Une telle distinction est néanmoins bien établie dans la jurisprudence suisse: le Tribunal fédéral procède depuis longtemps à une différenciation dans ce sens et a confirmé en 2011 la qualification de partenariat donnée par l'instance précédente à un contrat de franchise. Mais les partisans d'une telle typologie admettent eux-mêmes qu'en pratique, le partenariat reste l'exception dans le franchisage.

4. Diffusion en Suisse

Il n'existe pas de statistique officielle du développement et de la diffusion du franchisage en Suisse. Selon des estimations, on comptait en Suisse au début des années 1970 env. 20 systèmes de franchise (400 franchisés), et en 2000 près de 150 systèmes. Il faut garder à l'esprit que les systèmes étrangers sont majoritaires sur le marché suisse. Parmi les plus connus figurent des chaînes de restauration rapide (McDonald's, Burger King) et des chaînes d'hôtels (Hilton, Marriott).

L'association professionnelle du secteur est la **Fédération suisse de la franchise**. Elle compte actuellement parmi ses membres 30 franchiseurs ou détenteurs d'une franchise-cadre. Cette association a fixé les principes du franchisage professionnel dans un code de déontologie, qui correspond en gros au European Code of Ethics for Franchising édicté par la European Franchise Federation (EFF).

5. Bases juridiques en Suisse

Le contrat de franchise n'est nulle part expressément réglé en droit suisse, ce qui en fait un **contrat innommé**. Comme l'a dit en substance

le Tribunal fédéral, le contrat de franchise est concrétisé sous des formes multiples, au point qu'il ne semble possible ni de donner une description suffisamment précise de ce genre de contrat, ni de dire une fois pour toutes à quelles règles de droit il est soumis. Il faut ainsi déterminer dans chaque cas particulier le droit applicable, à partir du contrat concret (ATF 118 II 157 consid.4.1 p. 160).

Le contrat de franchise est en règle générale un **contrat formulaire**, ou **contrat standardisé**. Autrement dit, il est établi unilatéralement par le franchiseur et prévu pour plusieurs accords. Dans l'intérêt de tous les protagonistes, la présentation sur le marché sera homogène, et donc le concept entier fera l'objet d'une réglementation, d'une application et de contrôles rigoureux, sachant que la réputation du système dépend de l'image de chaque franchisé. Or le contenu des contrats peut aussi aboutir à ce que le franchiseur, plus puissant sur le marché, répercute unilatéralement les risques contractuels sur l'autre partie. Si les tribunaux assimilent un contrat de franchise à un contrat formulaire, ce dernier sera soumis à un contrôle du contenu destiné à protéger la partie en position de faiblesse (voir ci-dessous point 8).

Les contenus des contrats de franchise peuvent être définis librement, dans les limites de l'ordre juridique. Outre les prescriptions contraignantes, et donc non modifiables du droit des contrats, le **droit des cartels** en particulier fixe d'importantes limites aux contrats de franchise. La garantie d'une présence uniforme sur le marché peut avoir un réel impact concurrentiel sur les consommateurs et la concurrence, ainsi que sur les participants au système de franchise. En particulier, les accords visant à protéger un territoire, les obligations d'achat exclusif, les clauses de non-concurrence pendant le contrat et au-delà, les peines conventionnelles, les prix de vente imposés ou les recommandations de prix doivent être conformes au droit des cartels.

6. Pourquoi le franchisage?

Afin d'expliquer l'intérêt des franchiseurs pour ce mode de collaboration, la science économique recourt à deux grands modèles – la théorie de l'agence et la théorie de la rareté, la première étant la mieux étayée par des études empiriques. La **théorie de l'agence** étudie les relations entre les partenaires d'une coopération. Elle postule que le principal (propriétaire d'entreprise) a tendance à passer au système de franchise parce que les coûts de surveillance de ses succursales deviennent trop lourds et qu'il est plus efficace, au lieu de s'astreindre à l'observation et aux contrôles directs, de miser sur les incitations du franchisage. Comme les franchisés effectuent de lourds investissements et le profit attendu dépend fortement de leur engagement personnel, ils sont très motivés et prêts à d'importants efforts.

La théorie de l'agence ne prétend pas que le système de franchise soit par principe supérieur à un système à succursales, le facteur déterminant étant le niveau des coûts de surveillance du système à succursales. Le franchisage semble donc particulièrement indiqué pour les établissements ruraux, éloignés voire situés à l'étranger, où les contrôles impliquent des frais de voyage ou de personnel élevés, et pour lesquels la centrale a du mal à évaluer les prestations des responsables de succursales dans des marchés peu familiers. De même, les coûts de surveillance de petites succursales peuvent être excessifs.

Sans se référer au modèle théorique spécifique, les **avantages et motifs des franchiseurs** peuvent être résumés comme suit :

- Accès aux capitaux apportés par les franchisés.
- Efficience accrue du recrutement de personnel, grâce à la fructueuse auto-sélection des candidats à la gestion d'un établissement franchisé.
- Diminution des risques, grâce au report sur le franchisé des investissements de départ et du risque commercial.
- Possibilité d'expansion rapide, grâce aux besoins limités de fonds propres.
- Efficience accrue des contrôles décentralisés, faits par les franchisés.
- Proximité de la clientèle et vaste savoir local des franchisés, découlant de leur implantation locale.
- Grande disponibilité des franchisés, à cause d'une forte motivation intrinsèque et des incitations financières.
- Optimisation de la rentabilité, grâce à un bon équilibre entre les succursales et les établissements franchisés.

Les études consacrées aux **motifs des franchisés** sont bien plus rares que celles consacrées aux franchiseurs. Indépendamment du fait que les motifs peuvent varier selon le parcours professionnel des franchisés (anciens employés, indépendants) ou évoluer durant le contrat de franchise, on relève à propos des franchisés les avantages ou motifs suivants:

- Indépendance dans le cadre du système de franchise: les franchisés gèrent l'établissement sous leur propre responsabilité, recrutent eux-mêmes leur personnel, agissent en leur propre nom et sont à leur propre compte.
- Moindre risque lors de la création de l'entreprise, grâce à l'existence d'un modèle d'affaires détaillé ayant fait ses preuves.

■ La notoriété de la marque du franchiseur aide à la fidélisation et rend l'établissement plus concurrentiel.
■ L'accès au capital est plus aisé, grâce aux moindres risques au stade de la création et à la bonne réputation du franchiseur.
■ Soutien constant du franchiseur (choix de l'emplacement, agencement du local, marketing, assistance juridique, formation et cours de vente); d'où de moindres coûts de gestion.
■ Conditions d'achat simplifiées, grâce aux grandes quantités commandées par le franchiseur.

7. Statut juridique des franchisés

Les motifs et avantages énumérés plus haut expliquent pourquoi les franchiseurs et les franchisés optent pour le franchisage. Cela ne signifie pas pour autant que les intérêts des deux parties soient identiques et leur relation exempte de conflit. Alors que selon la recherche économique, les risques d'**abus ou de comportement opportuniste** sont globalement équivalents chez les franchiseurs et les franchisés, la littérature juridique insiste beaucoup plus sur le **déséquilibre des forces** qui, dans bien des cas, justifie un besoin particulier de protection des franchisés.

L'élément déterminant à cet égard est le statut conféré au franchisé par son contrat de franchise. Cette appréciation n'est pas nécessairement identique au statut en droit des assurances sociales. En effet, les critères de distinction entre une activité indépendante ou salariée ne sont pas rigoureusement identiques en droit des contrats et en droit des assurances sociales.

Les franchisés peuvent-ils prétendre à la protection prévue en droit du travail, et si oui dans quelle mesure? Tout dépend de la réponse donnée aux questions suivantes:

■ **Contrat de franchise ou contrat de travail**: a-t-on réellement affaire à un contrat de franchise, ou alors quand même à un contrat de travail? Dans le second cas, le droit du contrat de travail s'applique intégralement.
■ **Franchisage sous forme de subordination ou de partenariat**: s'il s'agit d'un contrat de franchise, y a-t-il subordination ou partenariat ? En effet, les dispositions protectrices du droit du travail peuvent s'appliquer ponctuellement en cas de franchisage sous forme de subordination, mais pas en cas de partenariat.

Une dernière question est cruciale dans la pratique, soit si les franchisés ont accès à une **procédure simplifiée de droit du travail** – ou s'il leur faut engager une procédure civile normale. Tout porte à croire que dans le second cas, ils considèrent souvent le risque de procès trop élevé et renoncent à porter plainte. Cela pourrait expliquer la rareté en Suisse des arrêts rendus lors de conflits entre des franchisés et des franchiseurs.

Il n'y a **pas jusqu'ici de véritable consensus**, dans la jurisprudence et la doctrine, indiquant quand un contrat de franchise peut être qualifié de contrat de travail et quand la liberté entrepreneuriale des franchisés est limitée au point de rendre leur position comparable à celle d'un salarié. Toutefois, certains faits émergent:

On constate que l'**assujettissement à des instructions** ne suffit pas pour conclure à une position comparable à celle d'un salarié. Des instructions détaillées peuvent s'avérer nécessaires pour garantir la cohérence de la **présence sur le marché et la qualité** du produit en franchise. A fortiori s'il s'agit d'une prestation de service fournie par le franchisé et qui doit donc être précisément normée. Le respect de telles exigences est essentiel pour la survie et le succès du système de franchise, et sert l'intérêt de tous les protagonistes.

Il est déterminant de savoir si et dans quelle mesure la marge de manoeuvre des franchisés est également restreinte dans des domaines qui ne sont pas cruciaux pour promouvoir la marque et la qualité. Soit notamment l'**organisation opérationnelle et temporelle du travail**. Pour analyser sur ce point les contrats de franchise, les tribunaux ont notamment examiné les **aspects suivants**:

■ Le franchisé peut-il librement décider de l'étendue de son activité professionnelle (présence personnelle dans l'entreprise, vacances, permission d'assumer une activité accessoire)?
■ Le franchisé a-t-il la possibilité d'embaucher lui-même du personnel et de décider de sa rémunération?
■ Le franchisé est-il libre de collaborer avec des fournisseurs de prestations externes (p. ex. assureurs, bureau de comptabilité), moyennant le respect des standards prescrits?
■ Si le franchisé vend des marchandises, peut-il définir librement une partie de son assortiment et le choix des fournisseurs lui appartient-il ?
■ Si le franchisé propose des prestations de service supposant une relation étroite et à long terme avec la clientèle, peut-il librement choisir ses clients?
■ Si l'établissement franchisé est constitué comme personne morale (p. ex. SA, sàrl), le franchisé y détient-il la majorité des voix?

Au cas où la réponse à ces questions serait un non catégorique, le statut du franchisé serait similaire à la position d'un salarié. On aura par contre affaire à un contrat de franchise basé sur le partenariat si les franchisés ont leur mot à dire sur le système de franchise – donc s'ils peuvent

se prononcer ensemble sur les normes selon lesquelles ils devront effectuer une partie de leur activité de franchisés.

Pour qualifier les rapports contractuels, les tribunaux retiennent parfois d'autres critères qui indiquent jusqu'à quel point les franchisés ont pris des risques économiques et entrepris des démarches indiquant leur indépendance. Constituent notamment des **indices d'indépendance**:

- les investissements effectués par le franchisé;
- l'inscription de l'établissement franchisé au registre du commerce;
- le décompte indépendant du franchisé avec l'AVS;
- l'obtention par le franchisé d'un revenu basé sur le résultat, en lieu et place d'un salaire fixe.

8. Protection juridique des franchisés

Dans la pratique, les **tribunaux suisses** ont porté des jugements différents sur des contrats de franchise spécifiques. Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral et la Cour suprême du canton de Zurich ont rangé deux **contrats de franchise** dans la catégorie du **partenariat** et nié expressément l'applicabilité des normes de droit du travail et la compétence du tribunal des prud'hommes. Par contre, plusieurs arrêts constatent qu'à certains égards au moins, les franchisés **possèdent une position comparable à celle d'un salarié**, et donc qu'il est indiqué de leur appliquer le droit du travail impératif. Un arrêt du Tribunal fédéral de 1992 a fait ici jurisprudence, en jugeant justifiée l'**application par analogie des dispositions protectrices du droit du travail** à un contrat de franchise comportant une relation de subordination suffisante entre le franchisé et le franchiseur pour s'apparenter de très près à un contrat de travail (ATF III 118 II 157, consid.4a/bb p. 164).

La doctrine renvoie en outre aux principes juridiques suivants, qui contribuent à la protection des franchisés:

- **Obligation précontractuelle d'information**: du fait de l'immense fossé de l'information, le franchiseur a une obligation précontractuelle d'informer en détail le franchisé. Elle ne découle pas du droit des contrats – il n'y a pas encore de contrat à ce stade – mais de l'art. 2 CC (devoir général d'agir selon les règles de la bonne foi). Ce devoir d'information implique que le franchiseur signale les risques au franchisé, sans être toutefois tenu de lui donner de garantie en matière de rentabilité. Si une des parties enfreint ses obligations précontractuelles et s'il en résulte un accord défavorable à l'autre partie, la partie lésée pourra résilier dans sa totalité ou en partie le contrat de franchise.

- **Atteinte à la personnalité par un engagement excessif**: le franchisé peut faire valoir qu'un contrat déséquilibré porte atteinte à sa personnalité (art. 27, al. 2, CC) – et donc qu'il s'agit d'un «contrat léonin», contraire aux moeurs (art. 20 CO). Or les cas d'application concrète de ce principe juridique semblent rares dans le franchisage. En particulier, il n'offre qu'une faible protection si le franchisé prend des engagements financiers lui étant défavorables. Car selon le Tribunal fédéral, cet article ne saurait interdire à quiconque de s'engager au-delà de ses possibilités financières (ATF 95 II 58). Il paraît donc plus judicieux qu'en pareil cas, les franchisés peu expérimentés invoquent une lésion et la nullité du contrat qui s'ensuit (art. 21 CO).

- **Contrôle du contenu**: si le contrat de franchise est un contrat formulaire imposé unilatéralement par le franchiseur, le franchisé a besoin d'une protection particulière, puisque les règles d'appréciation juridique des conditions générales (CG) s'appliquent aussi aux contrats formulaires. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a en outre développé les règles en vertu desquelles les dispositions inattendues des CG ne peuvent faire partie du contrat («règle de l'insolite») et les clauses ambiguës seront interprétées en défaveur de la partie ayant rédigé le contrat («règle en cas de doute»). A propos des contrôles du contenu, une distinction est faite entre le contrôle final et les contrôles discrets du contenu. Le contrôle final ne sert qu'à s'assurer que la partie contractante en position de faiblesse a la possibilité de prendre connaissance des dispositions. Les contrôles (ouverts) du contenu vont plus loin et consistent en vérifications directes. Ils se limitent toutefois, en Suisse, aux contrats formulaires conclus avec des consommateurs. La doctrine émet de sérieux doutes sur le caractère suffisant de la protection offerte par le contrôle final aux franchisés, qui ne sont pas suffisamment formés sur le plan juridique pour saisir la portée des dispositions contractuelles.

La dernière question importante pour savoir si les dispositions protectrices du droit du travail s'appliquent consiste à savoir si et dans quelle mesure les établissements franchisés peuvent être assimilés à des **entreprises familiales**. En effet, les exploitations de type familial sont exclues du champ de la loi sur le travail. Ce n'est pas un hasard si Coop Pronto et Migrolino recherchent expressément comme franchisés des personnes qui exploiteront les shops en tant qu'entreprises familiales. Ce n'est que dernièrement que le Tribunal fédéral a rappelé que les employeurs ayant le statut de personnes morales ne peuvent constituer des entreprises familiales. Et comme de nombreux établissements franchi-

sés ont la forme juridique d'une sàrl ou d'une SA, il ne leur est pas possible de se soustraire de cette manière aux dispositions de la loi sur le travail.

9. Exemples pratiques

Il n'existe pas de données fiables sur l'évolution du franchisage en Suisse, et les contrats dans ce domaine sont loin d'être homogènes. Aussi les auteurs ont-ils choisi, d'entente avec le mandant, de présenter plus en détail cinq systèmes de franchise dans le commerce de détail, dont deux dans la branche de la mode: Migrolino, Coop Pronto, SPAR, Esprit et Tally Weijl.

Il s'agissait à chaque fois d'indiquer l'évolution et la diffusion du système adopté, le statut des franchisés et celui de leur personnel. Il convient d'ajouter qu'aucune des entreprises n'a consenti à donner des détails sur ses conditions de franchise. Les présentations ci-après puisent donc surtout aux comptes rendus des médias, aux rapports d'activité et aux informations publiées sur eux-mêmes dans Internet par ces systèmes.

Coop Pronto

Le segment Convenience est en plein essor dans le commerce de détail helvétique. Coop Mineralöl AG (CMAG), connu sur le marché sous l'enseigne Coop Pronto, est considéré comme le leader du marché. En 2013, on dénombrait 261 shops Coop Pronto, dont plus de 200 dotés d'une station-service. Coop Pronto crée selon ses propres dires 10 à 12 postes de travail par site.

Ces dernières années, les **conditions de franchisage** de Coop Pronto ont fait les **gros titres** à plusieurs reprises. Au moins deux franchisés ont porté plainte contre CMAG. Il lui était reproché non seulement de régler en détail l'activité des exploitants de shops, mais aussi de s'octroyer des pouvoirs décisionnels étendus. A cela s'ajoute que CMAG détient la majorité des voix dans les directions des shops Pronto constitués comme sàrl, alors même que les franchisés apportent 90% du capital de départ. Les conditions d'achat des marchandises ont également été critiquées.

La Feuille officielle suisse du commerce a signalé, au cours des cinq dernières années, 23 **demandes de faillite** d'exploitants de shops Coop Pronto, dont près de la moitié en 2009. Une situation notamment due à ce qu'à un moment donné – probablement dès 2009 - CMAG a fixé le loyer en fonction du chiffre d'affaires. Selon les médias, il en est parfois résulté une multiplication par huit du loyer.

Outre les vives critiques portant sur les conditions d'affaires imposées aux franchisés, Coop Pronto a fait les gros titres pour ses offres d'emploi recherchant expressément de **grandes familles** pour l'exploitation de ses shops. Coop Pronto a maintenu cette pratique même après la décision du Tribunal fédéral en vertu de laquelle les personnes morales ne peuvent être employeurs d'une exploitation familiale.

Quant aux conditions de travail des employés de shops, CMAG **recommande** aux exploitants d'employer leur **personnel selon les conditions prévues dans la CCT** de Coop.

Migrolino

Migros a débuté dans le segment Convenience par les shops Avec, en coopération avec Valora et les CFF. La joint-venture entre Migros et Valora a été dissoute en 2008, les CFF l'ayant déjà quittée en 2005. Quelque 60 sites ont poursuivi leur activité sous le nom de Migrolino. En 2013, on dénombrait plus de 200 shops Migrolino, dont les trois quarts étaient liés à des stations-service.

Contrairement à Coop Pronto, les médias n'ont guère signalé ces dernières années de dispositions abusives dans les contrats de franchise de Migrolino. Mais plusieurs cas sont connus de personnes employées par des gérants de shops à des **salaires bien inférieurs au niveau de la CCT**, et à des conditions violant le cas échéant les prescriptions impératives du droit du travail. Comme Coop Pronto, Migrolino a ponctuellement recherché activement des **grandes familles** dans ses offres d'emploi pour franchisés.

SPAR

A la différence de Coop Pronto et Migrolino, SPAR n'est pas en premier lieu un système de franchise sur le marché Convenience. L'entreprise familiale SPAR Suisse vend des denrées alimentaires dans le commerce de détail selon trois concepts: les supermarchés SPAR «normaux», les magasins plus grands (EUROSPAR) et les petits points de vente du segment Convenience (SPAR express). Au total, SPAR disposait à fin 2013 de 184 points de vente.

SPAR Suisse a acquis de l'expérience dans le domaine du franchisage depuis sa création il y a 24 ans. Aujourd'hui, près des deux tiers des marchés SPAR sont gérés par des franchisés – soit 116 supermarchés et 9 SPAR express. Les autres marchés sont des succursales de l'entreprise.

Aucun article de presse qui ferait part de dispositions abusives dans le système de franchise SPAR n'a été trouvé. Le franchisage n'a joué qu'un rôle marginal dans la **grève des employés** du shop de station-service SPAR de Dättwil, survenue en été 2013: Comme on l'a appris à

l'époque, le shop devait passer durant cette phase du système de succursales à un franchiseur indépendant. Le changement prévu n'était toutefois pas la raison directe de la grève, qui visait à dénoncer les conditions de travail dans les succursales. Selon SPAR, les conditions d'engagement n'auraient pas changé dans le système de franchise, mais SPAR n'en aurait plus assumé la responsabilité directe.

Esprit

On trouve plusieurs systèmes de franchise dans la branche de l'habillement – outre les exemples examinés ici, on peut citer p. ex. Benetton et Mango. L'enseigne de mode internationale Esprit a ouvert ses premiers commerces en Suisse dans les années 1980. Elle y dispose aujourd'hui de 76 commerces, dont 27 gérés en franchise. Le **nombre d'établissements franchisés a fortement reculé depuis 2009**, principalement en raison de la fermeture de magasins selon les propres dires d'Esprit. En outre, plusieurs établissements ont été repris dans le système de succursales d'Esprit.

Malgré la diminution du nombre d'établissements franchisés, la Feuille officielle suisse du commerce n'a enregistré ces dernières années qu'une seule annonce de faillite. Les médias n'ont pas découvert de conditions abusives ou problématiques pour les franchisés. On sait que ces dernières années, Esprit a subi au niveau mondial une baisse de chiffre d'affaires qui a nécessité une restructuration. Les magasins peu rentables ont été fermés et des emplois supprimés; le groupe s'est également retiré de plusieurs pays.

Tally Weijl

L'entreprise créée en 1984 en Suisse a lancé au début des années 1990 son propre concept de boutiques et ouvert ses premiers magasins avec des partenaires sous franchise. L'expansion au-delà des frontières remonte à 1997. Aujourd'hui, Tally Weijl est implanté dans 38 pays, avec 799 succursales ou magasins en franchise. En 2009, le groupe faisait état de 500 emplois en Suisse. Nos demandes répétées n'ont pas permis d'en savoir davantage sur le nombre d'établissements en franchise de Tally Weijl présents en Suisse.

Les médias ont beau être sévères à l'égard de Tally Weijl pour plusieurs raisons (manque de transparence, conditions de travail des fournisseurs, campagnes publicitaires, politique salariale), les conditions faites aux franchisés ne sont pas en cause. Tally Weijl fait partie des entreprises du textile versant des salaires inférieurs à la moyenne de la branche. Cette situation n'est toutefois pas directement liée au système de franchise.

10. Champs d'action pour les syndicats

Que faut-il penser, dans une optique syndicale, du franchisage dans le commerce de détail? Quels sont les champs d'action et de quelle façon le syndicat Unia pourrait-il s'engager sur ce terrain?

Statut du personnel des franchisés

Faute de CCT déclarée de force obligatoire dans le commerce de détail, le personnel des franchisés n'est généralement pas soumis à la CCT du franchiseur. Une telle situation s'avère problématique du point de vue syndical. Peu importe ici, en dernier lieu, de savoir si le système de franchise a été adopté ou non dans le but de contourner une CCT: l'aspect déterminant est que la main-d'oeuvre est privée de la protection d'une CCT, dans un contexte caractérisé par de bas salaires et des conditions de travail précaires.

Le problème serait réglé s'il était possible de **conclure dans le commerce de détail une CCT de branche** valable dans toute la Suisse et de réunir les conditions nécessaires à sa **déclaration de force obligatoire (DFO)**. Le franchisage pourrait toutefois constituer un obstacle à une DFO, car il faudrait que beaucoup de petits employeurs (franchisés) adhèrent à la CCT pour atteindre le quorum requis (plus de la moitié des employeurs et plus de la moitié des travailleurs/euses devant être affiliés à la CCT).

Diverses stratégies seraient certes envisageables comme alternative, mais toutes comportent des lacunes ou des inconvénients:

- **CCT avec l'Association des exploitants de shops de stations-service**: Unia a déjà entamé les négociations. Le problème de l'absence de protection conventionnelle du personnel des franchisés disparaîtrait certes d'un secteur-clé, mais pas complètement. Les shops Convenience situés à d'autres emplacements (gares, centres-villes, aires de repos des autoroutes) en seraient probablement exceptés, et a fortiori les employés de franchisés du commerce de détail ne faisant pas partie du segment Convenience.
- **Extension des conventions d'entreprise existantes au personnel des franchisés**: Unia a déjà lancé à plusieurs reprises cette proposition; mais visiblement il n'a nulle part été possible d'obtenir jusqu'ici une telle extension. Une extension facultative est certes ponctuellement possible. Ainsi, Valora possède depuis 2012 une CCT à laquelle ses agences et établissements franchisés peuvent s'affilier de leur plein gré. Il faudrait vérifier ici dans quelle mesure une ré-

glementation plus contraignante se heurterait, le cas échéant, à des barrières juridiques.

■ **Spécifications dans les contrats de franchise**: en principe, il serait envisageable que les contrats de franchise précisent les conditions de travail du personnel des établissements franchisés. De telles dispositions n'auraient toutefois pas le caractère d'une CCT, car elles n'apparaîtraient que dans des contrats individuels. Le reproche de restreindre ainsi de manière illégale la liberté entrepreneuriale des franchisés n'aurait guère de poids - après tout, les dispositions analogues des CCT sont conciliables avec la liberté entrepreneuriale des entreprises qui y sont soumises.

■ **Spécifications dans le code de déontologie de la Fédération suisse de la franchise**: on peut partir de l'idée que la Fédération suisse de la franchise a tout intérêt à garantir la qualité et le professionnalisme du franchisage. Il faudrait donc vérifier si elle consentirait à compléter son code de déontologie, en précisant les conditions d'engagement du personnel des établissements franchisés. La fédération pourrait toutefois objecter que son code de déontologie s'inspire de près de celui de l'EFF (European Franchise Federation), qui ne comporte pas ce genre de dispositions. D'un point de vue syndical, il convient d'ajouter que ce code de déontologie n'est pas juridiquement contraignant, et surtout que le taux d'organisation de cette fédération est limité.

Les chances de **sensibiliser l'opinion publique au problème** sont relativement bonnes. Migros et Coop en particulier ont la réputation d'être des employeurs qui assument leurs responsabilités sociales. La population ne comprendrait guère qu'ils misent dans le cadre du franchisage sur le prestige de leurs marques, sans répondre aux attentes de responsabilité sociale. Le cas échéant, il faudrait vérifier dans quelle mesure les pratiques douteuses de franchisage pourraient alimenter le débat sur la responsabilité sociale des entreprises (*corporate social responsability*).

Établissements franchisés gérés comme entreprises familiales

Dans le segment Convenience en particulier, caractérisé par de longues heures d'ouverture, les franchiseurs cherchent visiblement à contourner les prescriptions du droit du travail en assimilant les établissements franchisés à des entreprises familiales. Ce problème est depuis longtemps un champs d'activité d'Unia.

Statut des franchisés

Il est hors de doute que les systèmes de franchise du commerce de détail présentent parfois de sérieux inconvénients pour les franchisés. Le meilleur exemple en est Coop Pronto. Il est vrai que Coop Pronto n'est pas un cas typique de franchisage. Il serait également inexact de qualifier en bloc les franchisés de simples travailleurs ou de faux indépendants. La jurisprudence ne soutient nullement une telle vision des choses.

Mais comme le reconnaît la doctrine juridique, le franchisage implique de fait dans de nombreux cas un **déséquilibre des forces entre les franchiseurs et les franchisés**. Cela rend les franchisés vulnérables aux abus par les franchiseurs. Il est vrai que dans de telles situations, les franchisés peuvent se référer aux dispositions protectrices prévues dans le droit. Cela renforce certes leur position, mais pas suffisamment. Les arrêts des tribunaux sur le franchisage sont rarissimes en Suisse, sans doute parce que le risque de procès est trop grand pour les franchisés – a fortiori s'ils n'ont pas accès à une procédure simplifiée de droit du travail.

Il vaudrait la peine pour les franchisés de s'organiser collectivement. D'où la question pour Unia de savoir dans quelle mesure il lui incombe de s'engager au profit des franchisés. A nos yeux, plusieurs raisons dictent de ne pas prévoir d'action syndicale à grande échelle et sans distinction:

■ **Intérêts divergents**: bien qu'étant subordonnés à un franchiseur, beaucoup de franchisés sont eux-mêmes employeurs. A ce titre, leurs intérêts peuvent être radicalement différents des préoccupations syndicales (p. ex. initiative sur les salaires minimums).

■ **Image de soi**: la plupart des franchisés ont librement décidé d'adhérer à un système de franchise. Il paraît donc douteux qu'ils soient attirés par les syndicats et se sentent représentés par eux.

■ **Coût élevé**: il est très complexe d'établir en détail si des contrats de franchise pénalisent les franchisés, car cela dépend fortement du projet de franchise concret et des modalités contractuelles. On peut douter qu'il vaille la peine pour un syndicat d'acquérir l'expertise nécessaire.

Mais si l'on délimite mieux le champ d'action, des options d'action syndicale seraient envisageables:

■ **Accent sur les franchisés vulnérables**: l'engagement syndical en vaut en principe la peine pour les franchisés particulièrement vulnérables et ne se percevant pas eux-mêmes comme des employeurs. C'est le cas, d'une part, des personnes forcées à quitter leur condition salariée pour un système de franchise. Cela vaut aussi, d'autre part, pour les franchisés n'ayant aucune liberté entrepreneuriale en raison d'un

contrat de franchise abusif et ayant de fait le statut de travailleurs.

■ **Dénonciation des abus**: une stratégie dénonçant systématiquement le franchisage dans le commerce de détail serait problématique, en reposant sur des simplifications abusives et en passant sous silence qu'il peut y avoir des systèmes fonctionnant bien pour tous les acteurs. Unia gagnerait en crédibilité en dénonçant non pas le franchisage en soi, mais les abus du système. En outre, une telle stratégie ouvrirait de nouvelles possibilités: tout indique que la lutte contre les abus est aussi prioritaire pour la Fédération suisse de la franchise. Dans ces conditions, il y aurait lieu d'envisager p. ex. la création d'un label de qualité dans le franchisage (p. ex. «bon système de franchise et bonnes conditions de travail»).

■ **Information et sécurité juridique**: comme indiqué plus haut, il n'y a pas de consensus à ce jour, dans la jurisprudence ou la doctrine, pour dire quand les franchisés sont en réalité des salariés. La situation devrait se clarifier dans les années à venir, à l'issue des procès en cours. Si Unia parvient à bien montrer cette délimitation à l'aide de slogans accrocheurs et pertinents, sa position d'avocat des franchisés discriminés se renforcera. En même temps, de nouveaux critères serviraient à mieux cerner ce groupe-cible. Unia pourrait dès lors prévoir des stratégies sur mesure – p. ex. pour régler les procès de franchisage devant le tribunal des prud'hommes (en procédure simplifiée), au lieu de devoir les soumettre aux instances ordinaires de droit civil.

1 Ausgangslage und Fragestellung

In den letzten Jahren ist die Gewerkschaft Unia wiederholt mit dem Thema Franchising konfrontiert worden. Dabei ging es grundsätzlich um zwei Sachverhalte:

■ Erstens um das **Verhältnis von Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen** und die Risiken, welche Franchisenehmer/innen eingehen.
■ Zweitens um die **arbeitsrechtliche Stellung von Personen, die bei Franchisenehmer/innen angestellt sind**: Weil es im Detailhandel keinen allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag gibt, sind diese Beschäftigten in der Regel nicht dem GAV des Franchisegebers unterstellt.

Die Unia wird das Franchising zum Thema an ihrer Fachtagung «Detailhandel» vom 20. Juni 2014 machen. Zur Vorbereitung der Tagung hat sie das Büro BASS mit der Erarbeitung eines Analysepapiers beauftragt, das die in **Tabelle 1** aufgeworfenen Fragen diskutiert. Die Fragen sollen einerseits durch eine Analyse der wirtschaftswissenschaftlichen und juristischen Literatur zum Franchising beantwortet werden.[1] Zum anderen wurden fünf Fallbeispiele aus dem Detailhandel zu näheren Betrachtung ausgewählt: Coop Pronto, Migrolino, Spar, Esprit und Tally Weijl. Das Analysepapier soll abschliessend gewerkschaftlich-politische Handlungsfelder entwickeln und Vorschläge machen, ob und wie Gewerkschaften Beschäftigte in Franchisebetrieben organisieren können.

Tabelle 1: Fragen zum Franchising im Detailhandel

Bereich	Frage
Rechtliche Fragen / Definitionen	■ Was ist Franchising? Definition? Unterschied zu Agentursystem? ■ Gibt es unterschiedliche Typen von Franchising? ■ Rechtliche Fragen rund um Franchising-Modelle (rechtliche Organisation, unternehmerische und betriebliche Verantwortung, Wettbewerbsrecht, Familienbetriebe) ■ Ausgestaltung von Franchiseverträgen? Form und Modelle? Verankerung von arbeitsrechtlichen Vorgaben?
Betriebliche/ Unternehmerische Logik	■ Ökonomische Einordnung (Sinn und Nutzen von Franchisemodellen gegenüber normalen Filialen) ■ Betriebswirtschaftlich: Funktionieren eines Franchise-Modells? Grenzen? ■ Franchisenehmer/in: erhöhtes Konkursrisiko?
Arbeitsrechtliche Fragen	■ Arbeitsrechtliche Fragen und GAV für Arbeitnehmende in Franchising-Betrieben ■ Stellenwert des Franchise-Verbandes und seines Ehrenkodex sowie der «Hinweise zur vorvertraglichen Aufklärung» (allenfalls GAV-Partner?)
Ausmass / Verbreitung / Entwicklung	■ Verbreitung von Franchisemodellen in der Schweiz im Detailhandel/Grosshandel? Im Besonderen Verbreitung bei den Kleiderketten? (Ausmass, Entwicklung, etc).

Quelle: Arbeitspapier Unia vom 13.1.2014

Die Ergebnisse werden im Folgenden in acht Kapiteln präsentiert:

■ **Kapitel 2** definiert das Franchising, grenzt dieses gegenüber anderen Vertriebs- und Organisationsformen ab und diskutiert unterschiedliche Typologisierungen von Franchisesystemen.
■ **Kapitel 3** trägt die verfügbaren Informationen zur Verbreitung des Franchising in der Schweiz zusammen.
■ **Kapitel 4** beleuchtet die Grundlagen des Franchising aus rechtlicher Sicht. Es befasst sich mit der Rechtsnatur von Franchiseverträgen und gibt dessen typischen Inhalte wieder.

[1] Für Unterstützung und wichtige Hinweise bei der Aufarbeitung der juristischen Literatur und der Gerichtspraxis zum Franchising danken wir Prof. Dr. Kurt Pärli, Leiter des Zentrums für Sozialrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZAHW.

■ **Kapitel 5** erörtert aus ökonomischer Perspektive die Frage, wie die Verbreitung von Franchisesystemen erklärt werden kann und welche Motive Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen dazu bewegen, sich in Franchisesystemen zu engagieren.

■ **Kapitel 6** diskutiert die Frage, ob Franchisenehmer/innen tatsächlich als selbständige Unternehmer/innen oder nicht viel eher als Arbeitnehmer/innen zu betrachten sind und welche rechtlichen Schutzmöglichkeiten für Franchisenehmer/innen bestehen. Die Ausführungen beruhen auf Gerichtsurteilen und juristischen Lehrmeinungen in der Schweiz.

■ **Kapitel 7** stellt die fünf Fallbeispiele dar. Soweit Informationen verfügbar waren, wird geschildert, welchen Umfang die betreffenden Franchisesysteme besitzen, wie sich dieser in der jüngeren Vergangenheit entwickelt hat, welche Konditionen die Franchisenehmer/innen eingehen, wie häufig in der letzten fünf Jahren Konkurse angemeldet wurden und inwieweit Konflikte zwischen Franchisenehmer/innen und Franchisegeber/innen öffentlich wurden.

■ **Kapitel 8** diskutiert gewerkschaftliche Handlungsfelder, die sich aus der Analyse der fünf Fallbeispiele ergeben.

2 Was ist Franchising?

Das Franchising ist ein auf Partnerschaft beruhendes Vertriebs- oder Absatzsystem mit dem Ziel, den Verkauf von Waren, Dienstleistungen oder Technologien zu fördern. Als solches bedingt es eine spezifische betriebliche Organisationsform. Weil Unternehmen auch auf andere Vertriebs- und Organisationsformen setzen können – beispielsweise ein Filialsystem – kann Franchising auch als eine Unternehmensstrategie verstanden werden.

«Franchising» geht terminologisch auf den französischen Begriff «franchise» zurück. Dieser bedeutete im Mittelalter die Freiheit von Abgaben; zugleich diente er zur Bezeichnung von Priviliegien, die weltliche und kirchliche Herrscher gegen die Zahlung von Gebühren an Dritte vergaben und diese befugten, hoheitliche Rechte wie z.B. die Nutzung von Wäldern, das Abhalten von Messen und Märkten oder die Steuereintreibung auszuüben (Wasser 1999, S. 34; Garmaier 2009, S. 4; Stein-Wigger 1999, S. 6). Der Begriff veränderte und erweiterte seine Bedeutung vor allem nach der Übernahme in den englischen Sprachraum und wurde zunehmend verwendet, wenn Geschäftsleute anderen die Erlaubnis erteilten, ihnen gehörende Rechte kommerziell zu nutzen (Stein-Wigger 1999, S. 6).

Die ersten Vertriebssysteme, die dem heutigen Verständnis von Franchising nahekommen, entstanden Mitte des 19. Jahrhunderts in den USA. Als erstes Franchisesystem gilt gemeinhin dasjenige der Nähmaschinenherstellerin Singer, die reisenden Händlern Exklusivrechte zum Verkauf ihrer Erzeugnisse einräumte. Erst nach dem 2. Weltkrieg entstanden jedoch Franchisesysteme, in welchen die Franchisenehmer/innen nicht bloss autorisierte Händler/innen waren, sondern in ein detailliertes Vertriebs- und Marketingkonzept mit entsprechenden Kontroll- und Weisungsbefugnissen der Franchisegeberin eingebunden waren (Vogel 2007, S. 14f.).

2.1 Definition

Das Bundesgericht definiert das Franchising folgendermassen: «Franchiseverträge dienen dem Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über selbständige Händler oder Unternehmer, aber nach einer einheitlichen Vertriebskonzeption. Der einzelne Franchisenehmer vertreibt die vom Franchisegeber hergestellten bzw. organisierten Waren und Dienstleistungen zwar auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, befolgt dabei aber das einheitliche Absatz- und Werbekonzept, das ihm der Franchisegeber zur Verfügung stellt, erhält dessen Beistand, Rat und Schulung und verwendet dessen Namen, Marken, Ausstattungen oder sonstige Schutzrechte. Der Franchisegeber behält sich in der Regel das Recht vor, Weisungen zu erteilen und eine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit auszuüben.» (BGE 118 II 157 E.2 S. 160; mit identischem Wortlaut: BGE 4A.148/2011 vom 8. September 2011 E.4.2).

Etwas systematischer und detaillierter dargestellt, lässt sich das Franchising durch folgende **Merkmale** definieren (vgl. Wildhaber 1991, S. 50f.):

■ Im Franchising kooperieren zwei Parteien bzw. Vertragspartner, die Franchisegeberin und die Franchisenehmerin
■ Die Franchisegeberin gewährt der Franchisenehmerin das Recht, bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu vertreiben. Sie erlaubt ihr zu diesem Zweck die Nutzung eines einheitlichen Konzepts, das in der Regel aus folgenden Elementen besteht:
a) Image, Namen, Marken und sonstige Schutzrechte
b) technisches und gewerbliches Know-How (d.h. geheimes, aber nicht rechtlich geschütztes Wissen)
c) ein bestehendes Organisations- und Marketingsystem
■ Die Franchisegeberin gewährt der Franchisenehmerin Ausbildung, Rat und Beistand.

■ Die Franchisenehmerin entrichtet der Franchisegeberin Gebühren für die Nutzung von Rechten und die von der Franchisegeberin erbrachten Leistungen. Diese bestehen häufig aus drei Elementen (Nebel/Schulz/Wessels 1999, S. 177):
a) einmalige Eintrittsgebühr für Pre-Opening-Leistungen der Franchisegeberin
b) laufende Franchisegebühr für laufende Leistungen
c) Marketingebühr für überregionale Werbung der Franchisegeberin
■ Die Franchisenehmerin bleibt rechtlich selbständig und handelt auf eigene Rechnung.
■ Die Franchisegeberin überwacht die Einhaltung der geschäftlichen Systempolitik und setzt diese durch Weisungen durch.

Häufig enthalten Franchiseverträge auch **Exklusivitätsklauseln**, in denen die Franchisegeberin zusichert, im vertraglich vereinbarten Gebiet keine weiteren Franchisen zu vergeben oder keine eigenen Vertriebsaktivitäten zu entwickeln. Ein solcher Gebietsschutz ist aber kein notwendiges Begriffselement von Franchiseverhältnissen (Wildhaber 2012, S. 79).

Im Deutschen wird unter dem Begriff Franchisesystem in der Regel nur das Verhältnis zwischen der Franchisegeberin und ihren Franchisenehmer/innen verstanden. Der englische Begriff des «franchising system» ist insofern weiter, als er der Franchisegeberin und alle deren Betriebseinheiten umfasst, sowohl Franchisebetriebe als auch unternehmenseigene Filialen (Hass 2010, S. 11f.). Wir halten uns im Folgenden an die deutsche Begrifflichkeit, jedoch darf darob nicht vergessen werden, dass Mischformen von Franchise- und Filialsystem weit verbreitet sind.

2.2 Abgrenzung gegenüber anderen Vertriebs- und Organisationsformen

Betriebswirtschaftlich gelten Franchisesysteme als eine sogenannt **hybride Organisationsform**, die Steuerelemente des Marktes und der Hierarchie miteinander verbinden. Das **marktliche Element** besteht darin, dass die Franchisenehmer/innen auf eigenes Risiko wirtschaften; das **hierarchische Element** im straffen Kontroll- und Weisungssystem der Franchisegeberin, das dem Schutz der Reputation des Gesamtsystems und der Einnahmen aller Systembeteiligten dient. Je nach konkreter Form des Franchisesystems können marktliche und hierarchische Elemente unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Die Übergänge zu anderen Organisationsformen sind fliessend. Eine rein marktliche Organisationsform bildet beispielsweise die Verbundgruppe, in der mehrere selbständige Unternehmen freiwillig kooperieren, um günstige Kooperationen auf dem Beschaffungsmarkt zu erreichen. Eine rein hierarchische Organisation ist dagegen das Filialsystem als unternehmenseigene Absatzorganisation mit mehreren räumlich voneinander getrennten Verkaufsstellen, die unter einheitlicher Leitung mit weisungsgebundenen Arbeitnehmer/innen stehen.

Die **juristische Lehre** grenzt den Franchisevertrag gegen diverse andere Vertragstypen ab, welche die Vertriebs- bzw. Absatzorganisation von Waren und Dienstleistungen regeln. Relevant sind insbesondere die folgenden Abgrenzungen:

Vertrieb über Vertragshändler/innen

Vertragshändler/innen sind selbstständige Kaufleute, die aufgrund vertraglicher Verpflichtung im eigenen Namen für eigene Rechnung Waren eines oder mehrerer bestimmter Hersteller bzw. Lieferanten vertreiben. Insofern besteht eine grosse Nähe zum Franchising. Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass die Vertragshändler/innen lediglich den Vertrieb des Gutes übernehmen und nicht in ein umfassendes Geschäfts- und Vertriebskonzept eingebunden sind. Auch sind sie weniger stark auf eine Marke konzentriert wie die Franchisenehmer/innen, sondern können durchaus Produkte verschiedener Marken vertrieben. Schliesslich ist der Vertrieb über Vertragshändler/innen auf Waren beschränkt, während viele Franchisesys-

teme die Vermittlung von Dienstleistungen bezwecken (z.B. Gastronomie, Hotellerie, Fitness; Vogel 2007, S. 31f.)

Agenturvertrag

Rechtlich besteht eine klare Abgrenzung zwischen Franchising und Agenturvertrag, der im Gegensatz zum Franchisevertrag gesetzlich geregelt ist (Art. 418a bis Art. 418v OR). Der Agent oder die Agentin (Handelsvertreter/in) handelt in fremden Namen und auf fremde Rechnung, d.h. er oder sie vermittelt Geschäfte oder schliesst solche als direkte/r Vertreter/in des Unternehmers in dessen Namen und auf dessen Rechnung ab; das Geschäftsrisiko liegt beim Unternehmen. Der Agent oder die Agentin erhält als Gegenleistung eine Provision. Die Agentur kann sich jedoch dem Franchising annähern, wenn sie als Dauervertrag ausgestaltet ist, vor allem bei der Kommissionsagentur (Koller/Zirlick 2001, S. 53): Bei dieser verpflichten sich Kommissionsagent/innen, gegen Provision dauernd in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers Waren zu verkaufen bzw. zu kaufen.

Im Agentursystem betrieben werden beispielsweise seit 2010 die «k kioske» von Valora. Gemäss Zeitungsberichten müssen die Geschäftsführer/innen der Kioskagenturen ein Startkapital zur Gründung einer GmbH einbringen. Sie stellen ihr Personal selber ein und entlöhnen es auch. Ihr unternehmerische Risiko ist geringer als im Franchisesystem. Der Hauptunterschied besteht darin, dass sie das Warenrisiko nicht selber tragen, d.h. Abschreiber für nicht verkaufte Ware gehen auf das Konto von Valora (Tages-Anzeiger vom 25.5.2010; Handelszeitung vom 26.5.2011).

Alleinvertriebsvertrag

Alleinvertreter/innen kaufen vom Hersteller zum Zweck des Weiterverkaufs Waren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Sie geniessen in der Regel Exklusivität für ein bestimmtes Verkaufsgebiet oder einen bestimmten Kundenkreis. Als Gegenleistung sind sie gewöhnlich zur Abnahme von Mindestmengen verpflichtet. Die Franchisenehmer/innen sind im Gegensatz zu den Alleinvertreter/innen stärker in das Absatzsystem der Franchisegeberin integriert; in der Regel treten sie nur noch mit der Kennzeichnung der Franchisegeberin auf dem Markt auf. Auch entrichten die Franchisenehmer/innen ein Entgelt für die ständige Unterstützung durch den Vertragspartner, was beim Alleinvertriebsvertag nicht der Fall ist (Wildhaber 2012, S. 78; Huguenin u.a. 2012, S. 1081).

Lizenzvertrag

In einem Lizenzvertrag räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer oder der Lizenznehmerin das Recht ein, gegen Bezahlung einer Lizenzgebühr Rechte an immateriellen Gütern (z.B. Patente, Marken) oder Knowhow zu nutzen, um in einem bestimmten Gebiet Waren herzustellen oder zu vertreiben. Zwischen dem Lizenzvertrag und dem Franchisevertrag bestehen hauptsächlich zwei Unterschiede: Erstens sind auch hier die Franchisenehmer/innen viel stärker in das Vertriebs- und Organisationskonzept der Franchisegeberin integriert, als dies bei Lizenznehmer/innen der Fall ist. Zweitens sind die Franchisenehmer/innen in einem Ausmass verpflichtet, sich unternehmerisch für den Absatz von Waren oder Dienstleistungen einzusetzen (Absatzförderungspflicht), das weit über den Zwang zur Benutzung einer Lizenz hinausgeht (Wildhaber 2012, S. 78; Huguenin u.a. 2012, S. 1081).

Gesellschaftsvertrag

Ein Franchisevertrag kann nicht als Gesellschaftsvertrag gemäss Art. 530 OR qualifiziert werden, mit dem sich mehrere Personen «zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln» zu einer einfachen Gesellschaft verbinden. Dies deshalb, weil im Franchiseverhältnis ein gemeinsamer Zweck bzw. eine Interessengemeinschaft fehlt. Zwar sind Franchisegeberin und Franchisenehmerin beide an einem möglichst hohen Umsatz oder Gewinn interessiert. Diesen erzielen sie jedoch auf unter-

schiedliche Weise: Die Franchisegeberin durch den Vertrieb von Waren und Lizenzen an die Franchisenehmerin, die Franchisenehmerin durch einen hohen Absatz der Vertragsgüter an die Endkunden (Wildhaber 2012, S. 77f.).

2.3 Typen des Franchising

Um die grosse Vielfalt an Franchisesystemen übersichtlich zu gliedern, sind in der Literatur diverse Typologien des Franchising entwickelt worden. Die gängigsten Typologien lassen sich danach unterscheiden, welche Sachverhalt sie als Unterscheidungskriterium ins Zentrum stellen (Huguenin u.a. 2012, S. 1080f.; Vogel 2007, S. 39-44; Marsch 1999, S. 10-12; Baudenbacher/Rommé1989, S. 1-3):

Leistungsinhalt

Hier wird in der Regel unterschieden, ob sich das Franchisesystem auf den Vertrieb von Produkten (**«Produktefranchising»**, **«Warenfranchising»**) oder auf Dienstleistungen (**«Dienstleistungsfranchising»**) bezieht. Diese Unterscheidung ist in der Franchisingliteratur weit verbreitet, wobei durchaus Mischformen möglich sind, zumal das Produktefranchising meistens auch einen erheblichen Anteil an Service enthält.[2] Gemeinsam ist beiden Typen des Franchising, dass sie auf einem einheitlichen Vertriebskonzept aufbauen und das Franchising somit immer ein vorgegebenes und detailliertes Organisations- und Absatzsystem umfasst.

Wirtschaftsstufen

In diesem Sinn werden üblicherweise vier Konstellationen unterscheiden: (1) Hersteller – Grosshändler, (2) Hersteller – Einzelhändler, (3) Grosshändler – Einzelhändler, (4) Dienstleistungszentrale – Dienstleistungseinzelbetrieb. Neben diesen einstufigen gibt es auch mehrstufige Konstellationen, die aber relativ selten sind.

Anzahl Betriebe der Franchisenehmerin

Hier unterscheidet insbesondere die US-amerikanische Forschung zwischen **«single unit franchising»** und **«multi unit franchising»**. Die letzte Form wurde lange vernachlässigt, hat aber in der jüngeren Vergangenheit an Beachtung gewonnen, weil sie mit verbreiteten Ansätzen zur Erklärung des Franchising (z.B. Kundennähe der Franchisenehmerin) nur bedingt vereinbar ist (Dant/Grünhagen/Windsperger 2011, S. 256).

Entstehungsart

Als **Gründersysteme** gelten solche, bei welchen das Vertriebssystem erst aufgebaut wird und dieser Aufbau zumindest teilweise über Franchisebetriebe geschieht. Davon zu unterscheiden sind **umstrukturierende Systeme**, die aus der Neuordnung bestehender Vertriebssysteme entstehen.

Macht- und Interessenkonstellation

Auf Martinek (1987) zurück geht die vor allem im deutschen Sprachraum diskutierte Unterscheidung zwischen Subordinations- und Partnerschaftsfranchising. Im **Subordinationsfranchising** tragen die Franchisenehmer/innen zwar das unternehmerische Risiko, sind ansonsten aber stark in das Marketing- und Vertriebskonzept der Franchisegeberin integriert und damit auch in ihrer Entscheidungsgewalt einge-

[2] Zu beachten ist, dass «(straight) product franchising» im Englischen teilweise eine engere Bedeutung hat und bloss den Warenvertrieb über autorisierte Händler/innen meinen kann. In diesem Sinn kann der Begriff dem «business format franchising» gegenübergestellt werden, das für die Zurverfügungstellung eines umfassenden Organisations- und Geschäftskonzepts steht. Im europäischen Rechtskontext ergibt diese Unterscheidung jedoch wenig Sinn, weil «(straight) product franchising» rechtlich nicht als Franchising gilt; es entspricht auch nicht der in Abschnitt 2.1 angeführten Franchising-Definition des schweizerischen Bundesgerichts.

schränkt. Ihre Aufgabe besteht im Wesentlichen darin, das Vertriebskonzept der Franchisegeberin präzise nach deren Vorstellungen umzusetzen. Im **Partnerschaftsfranchising** dagegen sind beide Parteien grundsätzlich gleichberechtigt und haben die Franchisenehmer/innen an allen für das System relevanten Entscheidungen teil.

Diese Unterscheidung wird in der juristischen Lehre teilweise sehr kritisch diskutiert und moniert, dass partnerschaftlich-gleichberechtigte Franchisesysteme in der Praxis nicht vorkämen (vgl. die Hinweise bei Stein-Wigger 1999, S. 20f., Fussnote 84; Wildhaber 1991, S. 84; Kull 2013, S. 934). Auch Verfechter/innen dieser Typologie gestehen zu, dass das Subordinationsfranchising in der Praxis die Regel darstellen dürfte, während Partnerschaftsfranchising vermutlich eine Ausnahme bildet. Das schweizerische Bundesgericht hat 1992 in einem Leitentscheid zum Franchisevertrag die Unterscheidung zwischen Subordinations- und Partnerschaftsfranchising aufgenommen; 2011 bestätigte es die vorinstanzliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Partnerschaftsfranchising und beleuchtete die Rechtsfolgen (BGE 4A.148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3; vgl. unten Abschnitt 6.2.3).

3 Verbreitung des Franchising in der Schweiz

Eine Statistik zur Entwicklung und Verbreitung des Franchising in der Schweiz gibt es nicht. Auch die öffentlichen Statistiken des Bundesamtes für Statistik, die sich mit ökonomischen Themen beschäftigen, enthalten dazu keine Angaben (z.B. Schweizerische Arbeitskräfteerhebung, Betriebszählung). Zwar wird in der Datenerhebung für das Betriebs- und Unternehmensregister die Information erhoben, ob es sich beim Betrieb um einen «Genossenschafter, Franchise- oder Lizenznehmer» (eine gemeinsame Kategorie) handelt. Diese Information wird aber anschliessend nicht statistisch aufbereitet. Andere Informationen zum Franchising gibt es im BFS gemäss Angaben mehrerer Auskunftspersonen nicht.

Schätzungen zufolge zählte man in der Schweiz zu Beginn der 1970er Jahre ungefähr 20 Franchisesysteme mit 400 Franchisenehmer/innen (Baudenbacher 1992, S. 369), Mitte der 1980er Jahre rund 100 Franchisesysteme mit 1500 Franchisenehmer/innen (Wildhaber 1991, S. 52). Für das Jahr 2000 ging der Geschäftsführer des Schweizer Franchiseverbandes von rund 150 Franchisesystemen aus (Koller/Zirlick 2001, S. 49 Fussnote 2). Eine Zusammenstellung der auf Franchiserecht spezialisierten Anwaltskanzlei Bürgi Nägeli führt für das Jahr 2012 insgesamt 91 Franchisesysteme auf, davon je ungefähr ein Viertel in der Systemgastronomie (z.B. McDonald's, Dunkin' Donuts, Natura Güggeli), in der Hotellerie und im Einzelhandel.[3] Eine markant höhere Zahl nennt ein Artikel der Zeitschrift Beobachter, der im selben Jahr erschienen ist: Er beruft sich auf (nicht näher bezeichnete) Schätzungen, denen zufolge «hierzulande rund 4500 Unternehmen Vertriebsmodelle mit franchiseähnlichen Strukturen an[bieten] – Tendenz steigend» (Beobachter vom 20.1.2012, S. 38).

Auf dem Schweizer Markt sind mehrheitlich ausländische Franchisesysteme vertreten. Daneben finden sich schweizerische Systeme, die entweder auf den Schweizer Mark beschränkt sind oder (auch) Franchisenehmer/innen im Ausland haben wie z.B. Bally oder Mövenpick (Baudenbacher 1992, S. 367f.; Koller/Zirlick 2001, S. 49 Fussnote 2). In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Schweizer Markt wegen seiner Überschaubarkeit für das Franchising nur bedingt geeignet sei; er lasse sich nämlich bereits mit einem System aus mehreren Dutzend Filialen gut erschliessen. Bei internationalen Franchisesystemen ist teilweise zu beobachten, dass sie den Schweizer Markt nicht unter mehreren Franchisenehmer/innen aufteilen, sondern eine Tochtergesellschaft oder einen einzigen Franchisenehmerbetrieb gründen, die dann ihrerseits Filialen zu errichten haben (z.B. Herz, Avis, Manpower; vgl. Baudenbacher 1992, S. 369f.).

Interessenverband der im Franchising aktiven Wirtschaft ist der **Franchise Verband Schweiz**. Er zählt gemäss seiner Homepage 30 Franchisegeber/innen und Masterfranchisenehmer/innen als Mitglieder (inkl. assoziierte Mitglieder) sowie 11 Fördermitglieder, die hauptsächlich in der Franchise- und Rechtsberatung tätig sind.[4] Der Verband setzt sich für Qualität, Transparenz und Nachhaltigkeit im Franchising ein.[5] Die Grundsätze für ein professionelles Franchising hat der Verband in einem Ehrenkodex niedergelegt, der im Wesentlichen dem European Code of Ethics for Franchising der European Franchise Federation (EFF) entspricht.[6]

---

[3] http://www.franchising-law.ch/wp-content/uploads/006_anbieter-franchise-systeme.pdf (eingesehen am 5.5.2014). Die Kriterien, nach denen die Liste zusammengestellt wurde, gab die Anwaltskanzlei auf Anfrage nicht bekannt. Sie behandelt ihre «Recherche- und Redaktionsarbeiten aus grundsätzlichen Überlegungen als vertraulich» (E-Mail vom 5.5.2014).

[4] http://www.franchiseverband.ch/Home/FRANCHISE-SYSTEME/Mitglieder.aspx; http://www.franchiseverband.ch/Home/FRANCHISE-SYSTEME/Foerdermitglieder.aspx (eingesehen am 2.6.2014).

[5] Für das Vertriebskonzept des Filialsystems gibt es – gewissermassen als Pendat zum Franchiseverband – ebenfalls eine Vereinigung, den Verband Schweizerischer Filialunternehmungen VSF (http://www.vsf-schweiz.ch/; eingesehen am 2.6.2013). Zumindest in Einzelfällen (z.B. Esprit) sind Unternehmen Mitglieder beider Verbände.

[6] http://eff-franchise.com/spip.php?rubrique13 (eingesehen am 13.5.2014).

Obwohl eine Mitgliedschaft nur für Franchisegeber und Masterfranchisenehmer möglich ist, betont der Verband, dass sein Einsatz für ein professionelles Franchising auch den Franchisenehmer/innen zugute komme. Eine Interessenvereinigung von Franchisenehmer/innen, wie sie beispielsweise in Deutschland mit dem Deutschen Franchise-Nehmer Verband besteht,[7] fehlt unseres Wissens in der Schweiz.

[7] http://www.dfnv.de/ (eingesehen am 13.5.2014).

4 Rechtliche Grundlagen des Franchising in der Schweiz

4.1 Rechtsnatur von Franchiseverträgen

Im Unterschied zu Ländern wie den USA, Frankreich oder Spanien (vgl. Koller/Zirlick 2001, S. 55), ist der Franchisevertrag im schweizerischen Recht nirgends eigens geregelt. Er gilt deshalb als **Innominatvertrag**. Als solcher kann er die Form eines gemischten Vertrags («mixti generis») oder einer Vertrags eigener Art («sui generis») annehmen (Koller/Zirlick, S. 51). Gemischte Verträge enthalten eine Kombination von Elementen verschiedener Vertragstypen; es kann somit sein, dass in einem gemischten Vertrag auch Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts Anwendung finden, beispielsweise Normen zum Kündigungsschutz. Verträge sui generis stellen dagegen eigentliche Neuschöpfungen der Vertragspraxis(Huguenin u.a. 2012, S. 9), auch hier ist es jedoch möglich, dass für bestimmte Fragen arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen zur Anwendung kommen dar (vgl. dazu Abschnitt 6.3). .

Welche Folgen hat diese Qualifikation des Franchisevertrags für die Gerichtspraxis? Gemäss dem Bundesgericht treten «Franchiseverträge (…) in derart vielgestaltigen Erscheinungsformen auf, dass weder eine hinreichend scharfe begriffliche Umschreibung dieses Vertragstypus möglich erscheint, noch ein für allemal gesagt werden könnte, welchen Rechtsregeln solche Verträge unterstehen (…). Das anwendbare Recht muss deshalb in jedem Einzelfall aufgrund des konkreten Vertrages ermittelt werden. Dabei wird der Vertrag selten einheitlich einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet werden können (...). In der Regel muss vielmehr für jede sich stellende Rechtsfrage gesondert geprüft werden, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen oder nach welchen Rechtsgrundsätzen sie zu beurteilen ist.» (BGE 118 II 157 E.4.1 S. 160f.)

Der Franchisevertrag hat den Charakter eines **Rahmenvertrags** (Wildhaber 2012, S. 78; Koller/Zirlick 2001, S. 51). Er bildet das statische Element und das Fundament der Vertragsbeziehungen von Franchisegeberin und Franchisenehmerin. Ergänzt wird er durch das dynamische Element von Richtlinien, Sammlungen, Systemgrundlagen, Handbüchern und elektronischen Systemen (z.B. Intranet), die der Vermittlung systemtypischen Knowhows durch die Franchisegeberin dienen (Wildhaber 2012, S. 78f.). In der Rechtsanwendung wird dieser ganzen «commitment structure» zwischen Franchisegeberin und Franchisenehmerin Beachtung geschenkt – und nicht allein dem Vertrag, der zwangsläufig gewisse Regelungslücken aufweist.

Der Franchisevertrag ist in der Regel ein **Formular- bzw. Standardvertrag**, d.h. er wird von der Franchisegeberin einseitig erstellt und ist für eine Mehrzahl von Vertragsabschlüssen vorgesehen. Die Standardisierung verbessert die Übersichts-, Kontroll- und Weisungsmöglichkeiten der Franchisegeberin. Sie kann allenfalls auch dazu genutzt werden, dass die marktmächtigere Franchisegeberin Vertragsrisiken einseitig auf die Gegenpartei verschiebt (Wildhaber 1991, S. 87). Um diese zu schützen, unterliegen Formularverträge einer – allerdings beschränkten – gerichtlichen Inhaltskontrolle (vgl. unten Abschnitt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

Die Vorteile der Standardisierung liegen aber nicht einseitig bei der Franchisegeberin. Grundsätzlich profitieren alle Mitglieder des Franchisesystems von einem einheitlichen Marktauftritt und einer konsequenten Regelung, Durchsetzung und Kontrolle des ganzen Konzepts, weil die Reputation des ganzen Systems vom Image einer jeden Franchisenehmerin abhängt (Vermeidung von «free riding»; vgl. Koller/Zirlick 2001, S. 73). Franchisesysteme sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nach aussen ähnlich wie Filialssysteme auftreten. Ein einheitliches Erscheinungsbildung und gleichförmige Leistungserbringung sind Hauptmerkmale des Franchising. Die Kundschaft soll den einzelnen Franchisebetrieb nicht als eigenständiges Unternehmern wahrnehmen, sondern als uniformes Glied einer Kette (Stein-Wigger 1999, S. 23). Die

individuelle Aushandlung eines Franchisevertrags würde der üblichen Konzeption eines Franchisesystems als einheitlich ausgestaltetem Vertriebssystem widersprechen.

Die Gerichtspraxis behandelt allerdings nicht alle Franchiseverträge als Formularverträge: Das Bundesgericht stützte 2002 ein Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau, das einen Franchisevertrag nicht als Formularvertrag, sondern als individuell ausgehandelten Vertrag qualifizierte (BGE 4P.135/2002 vom 28. November 2002). Ausschlaggebend war dabei, dass der von der Franchisegeberin ausgearbeitete Vertragsentwurf an mehreren Sitzungen mit der Franchisenehmerin diskutiert worden war und die Franchisenehmerin mit teilweisem Erfolg mehrere Änderungen des Entwurfs verlangt hatte. Da es sich zudem um den ersten Vertrag innerhalb des Franchisesystems gehandelt habe, spreche die Absicht der Franchisegeberin, die im Vertrag enthaltenen Regelungen auf weitere Geschäftsbeziehungen anzuwenden, nicht für einen Formularvertrag, sondern einen Mustervertrag. Deshalb seien auch die für Formularverträge geltenden Vorschriften zum Schutz der schwächeren Vertragspartei (vgl. unten Abschnitt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**) nicht anwendbar.

4.2 Inhalte von Franchiseverträgen

Trotz ihres Rahmenvertragscharakters sind Franchiseverträge meistens **komplexe Vertragswerke**, die zahlreiche gegenseitige Leistungspflichten regeln. Dies einerseits wegen ihres Innominatcharakters (keine Regelung des Vertrags im geltenden Recht) und andererseits, weil (einfache) Rückgriffsmöglichkeiten auf gesetzliche Normen fehlen. Häufige **Elemente von Franchiseverträgen** betreffen folgende Rechtsbereiche: Auftragsrecht, Miet- oder Pachtrecht, Kaufrecht, Werkvertragsrecht, Leasingrecht, Lizenz- oder Knowhow-Recht, Arbeitsvertragsrecht, Agenturvertragsrecht, Alleinvertriebsvertragsrecht (Koller/Zirlick 2001, S. 52; Huguenin u.a. 2012, S. 1080f.).

Ein Franchisevertrag mit einem gut strukturierten Aufbau nimmt typischerweise folgende Gestalt an (vgl. Nebel/Schulz/Wessels 1999, S. 160f.):

- **Vertragliche Grundlagen**
  - Präambel
  - Gegenstand des Vertrags
  - ev. Exklusivität, Marktbearbeitungsgebiet
  - Vertragspartner/innen
  - Vertragsprodukte, -dienstleistungen
- **Leistungen der Franchisegeber/in**
  - Lizenzrechte
  - Handbücher
  - Schulungen
  - Weiterentwicklung von Know-How
  - Werbung und Marketing
  - Betreuung und Coaching
  - ev. Lieferung der Vertragswaren
  - Sonstige Leistungen
- **Leistungen der Franchisenehmer/in**
  - Absatzförderung, Verkauf der Vertragsprodukte und –dienstleistungen
  - Mitwirkung, Informationspflichten
  - Geschäftsbetrieb der Franchisenehmerin, Ausstattung
  - ev. Bezug von Waren

- Werbung und Marketing
- Gebühren, Zahlungsregeln
- Sonstige Leistungen

■ **Leistungssicherung**
- Qualitätssicherung
- Umsatzmeldungen, Berichtswesen und Kontrollrechte
- ev. Konkurrenzverbot
- Gewerbliche Schutzrechte
- Geheimhaltung
- Abtretung oder Übertragung von Rechten und Pflichten

■ **Vertragsdurchführung**
- Inkrafttreten, Dauer und Beendigung des Vertrags
- Folgen der Vertragsbeendigung
- Verantwortung der Vertragspartei, Haftungsbeschränkung

■ **Allgemeine Vertragsbestimmungen**

4.3 Gestaltungsspielraum

Die Inhalte von Franchiseverträgen können innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung grundsätzlich beliebig festgelegt werden. Neben den zwingenden, d.h. nicht veränderbaren Vorschriften des Vertragsrechts bildet bei Franchiseverträgen insbesondere auch das **Kartellrecht** eine wichtige Schranke. Für Franchisesysteme ist der einheitliche Marktauftritt von zentraler Bedeutung. Dessen Sicherung kann erhebliche wettwerbliche Auswirkungen auf Verbraucher/innen und Konkurrent/innen, aber auch auf die Beteiligten innerhalb des Franchisesystems haben. Die vertikalen Absprachen zwischen der Franchisegeberin und Franchisenehmer/innen innerhalb eines Systems betreffen daher die klassische Materie des Kartellrechts. Insbesondere Gebietsschutzvereinbarungen, Bezugsbindungen, vertragliche und nachvertragliche Wettbewerbsverbote, Vertragsstrafe, Preisbindungen und Preisempfehlungen müssen mit dem Kartellrecht konform gehen (vgl. Baudenbacher 1992, S. 389f.; zu konkreten kartellrechtlichen Problemen bei einem Fallbeispiel vgl. unten Abschnitt 7.1).

5 Weshalb Franchising?

Empirische Forschung zum Franchising wird in mehreren Disziplinen der Wirtschaftswissenschaften betrieben. Dazu gehören insbesondere die Organisationsforschung und die Marketingforschung, teilweise auch die Finanzwissenschaften. Zentrale Forschungsfragen betreffen erstens die Verbreitung des Franchising bzw. das optimale Mischverhältnis zwischen Franchise- und Filialbetrieben innerhalb eines Unternehmens, zweitens die Beziehung zwischen Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen sowie drittens das Überleben und das Wachstum von Franchisesystemen (vgl. Hass 2010, S. 28-33). Meistens ist die Franchisingforschung dabei auf die Franchisegeber/innen gerichtet oder nimmt tendenziell deren Perspektive ein; in der jüngeren Vergangenheit zeigt sich jedoch ein verstärkter Trend zu Franchisenehmer/innen-orientierten Studien. Nahezu inexistent sind dagegen Arbeiten, welche Franchisesysteme aus der Kundenperspektive untersuchen (Dant/Grünhagen/Windsperger 2011, S. 255).

Wir konzentrieren uns im Folgenden auf die Frage, aus welchen Gründen sich Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen für das Franchising entscheiden. Dabei präsentierten wird zunächst die beiden wichtigsten Ansätze zur Erklärung des Franchising aus Unternehmenssicht. Anschliessend führen wir zusammenfassend die wichtigsten Vorteile und Motive auf, die Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen zum Franchising bewegen.

5.1 Theoretische Ansätze zur Erklärung des Franchising

Zur Erklärung, weshalb Unternehmen auf Franchising setzen, konkurrieren im Wesentlich zwei Theorien: Erstens die Theorie der Ressourcenknappheit («resource scarcity theory»), zweitens die Prinzipal-Agent-Theorie («principal agent theory»).

Theorie der Ressourcenknappheit

Wegweisend für die Anwendung der Theorie der Ressourcenknappheit in der Franchisingforschung sind die Untersuchungen von Oxenfeld und Kelly (1968). Ihre Kernthese besagt, dass Franchising vor allem für **junge und kleine Unternehmen** attraktiv ist, die über **schmale Ressourcen** verfügen. Dank dem Franchising ist es ihnen möglich, kosteneffizient Kapital und andere Mittel – namentlich das lokale Wissen der Franchisenehmer/innen – zu gewinnen. Das Unternehmen kann schneller wachsen, wenn es das Kapital und die lokalen Kenntnisse der Franchisenehmer/innen nutzt, als wenn es selber Kapital zwecks Filialgründungen beschaffen und anschliessend die Filialeiter/innen rekrutieren und ausbilden muss.

Gemäss Oxenfeld und Kelly ist das Franchising allerdings nur **eine Phase im Lebenszyklus eines Unternehmens**. Reichert das Unternehmen allmählich Ressourcen an und hat es die wichtigsten Märkte erschlossen, verlagert es gemäss Oxenfeld und Kelly seine Strategie vermehrt weg vom reinen Wachstum und bemüht sich stärker um eine Verbesserung der Rentabilität. Weil Filialen rentabler seien, kauften die Firmen in späteren Phasen die lukrativeren Franchisebetriebe auf und konzentrierten sich bei Neueröffnungen auf Filialen.

Empirische Studien stützen allerdings die Theorie der Ressourcenknappheit nur sehr bedingt. Zwar gibt es Hinweise darauf, dass Ressourcenknapptheit tatsächlich zu erklären vermag, weshalb sich Firmen für Franchising entscheiden. Viele Firmen bleiben jedoch dem Franchising über diese Anfangsphase hinaus treu. Es scheint nicht, dass Franchising dem Lebenszyklus einer Firma folgt und nach einer gewissen Dauer in eine Phase des vollständigen Unternehmensbesitzes mit einem Filialsystem («full company ownership») mündet (Gillis/Castrogiovanni 2012, S. 81).

Prinzipal-Agent-Theorie

Die Prinzipal-Agent-Theorie untersucht Beziehungen beteiligter Partner/innen in Kooperationsbeziehungen (vgl. für die folgenden Ausführungen vor allem Gillis/Castrogiovanni 2012, S. 81-88; Castrogiovanni/Combs/Justis 2006, S. 26f.). Sie beruht auf der Annahme, dass sowohl der Prinzipal (Betriebsinhaber/in bzw. Franchisegeber/in) als auch der Agent (Filialleiter/in bzw. Franchisenehmer/in) risikoavers sind, begrenzt rational handeln und ihre Eigeninteressen verfolgen. Weil beide zumindest partiell unterschiedliche Ziele haben, stellt sich für den Prinzipal die Frage, wie er gewährleisten kann, dass der Agent in seinem – des Prinzipals – Sinne handelt. Die Prinzipal-Agent-Theorie postuliert nun, dass der Prinzipal zunehmend auf das Franchisesystem wechselt, wenn **die Kosten für das Monitoring der Filialen zu stark steigen** und es effizienter wird, anstelle von aufwändiger direkter Beobachtung und Kontrolle vermehrt auf Anreize des Franchising zu setzen. Weil die Franchisenehmer/innen erhebliche Investitionen tätigen und der erwartete Profit stark von ihrem persönlichen Engagement abhängt, sind sie stark motiviert und zu hohem Einsatz bereit.

Die Prinzipal-Agent-Theorie behauptet nicht eine grundsätzliche Überlegenheit des Franchisesystems gegenüber einem Filialsystem, sondern macht diese davon abhängig, wie hoch die Monitoringkosten im Filialsystem sind. Franchising erscheint deshalb vor allem für **ländliche, weit entlegene oder ausländische Betriebseinheiten** vorteilhaft, wo die Kontrolle mit hohen Reise- oder Personalkosten verbunden ist und es der Zentrale schwer fällt, die Leistungen der Filialleiter/innen in wenig bekannten Märkten zu beurteilen. Auch bei kleinen Filialen können die Monitoringkosten unvorteilhaft ausfallen.

Die Prinzipal-Agent-Theorie stellt zudem in Rechnung, dass Franchising auch mit Kosten verbunden sein kann. Dies insbesondere deshalb, weil für Franchisenehmer/innen, die kaum wiederkehrende Kundschaft haben, ein **Anreiz zum Trittbrettfahren** besteht. Die Trittbrettfahrer/innen profitieren vom Image der Marke und bieten unterdurchschnittliche Dienstleistungen, um den Profit ihres Franchisebetriebs zu maximieren. Angesichts dessen postuliert die Prinzipal-Agent-Theorie nicht, dass Franchising möglichst stark ausgedehnt oder möglichst stark reduziert werden sollte, sondern vielmehr einen optimalen Mix von Franchising- und Filialsystem.

Empirische Studien bestätigen mehrere Forschungshypothesen, die sich aus der Prinzipal-Agent-Theorie ableiten lassen. Grundsätzlich stützen sie die Ansicht, dass die Wahl zwischen Franchise- und Filialsystem stark von der Höhe der (potenziellen) Monitoringkosten abhängt. Wenig Belege gibt es dafür, dass Unternehmen das Franchising wegen Möglichkeiten zum Trittbrettfahren begrenzen: Offenkundig übertrifft das Sparpotenzial beim Monitoring die entsprechenden Bedenken.

Fazit und Ausblick auf andere theoretische Ansätze

Darüber, in welchem Ausmass sich die Theorie der Ressourcenknappheit und die Prinzipal-Agent-Theorie widersprechen oder ergänzen, herrschen in der Forschung unterschiedliche Auffassungen. Obwohl sie empirisch besser abschneidet, weist die Prinzipal-Agent-Theorie durchaus gewisse **Erklärungslücken** auf. Gillis und Castriogiovanni (2012) identifizieren vor allem drei Defizite: Erstens vermag sie nicht zu erklären, weshalb gewisse Firmen vollständig auf das Franchisesystem wechseln – auch bei Einheiten, die sehr nahe am Betriebszentrum liegen. Zweitens lässt sie offen, weshalb es im selben geographischen Raum sowohl Franchise- wie Filialsysteme gibt. Und drittens liefert sie keine zufriedenstellende Erklärung für das «multi unit franchising», in dem eine Franchisenehmerin mehrere Franchisebetriebe übernimmt.

Angesichts dessen kann es sinnvoll sein, weitere theoretische Ansätze zu verfolgen, die bisher weniger breit angewendet worden sind und dazu beitragen können, die Neigung von Unternehmen zum Franchising zu erklären. Dazu gehören **Theorien des Organisationalen Lernens** (Informations- und Wissensgewinn), **Suchkostentheorie** (Outsourcen von Suchkosten über lokale Absatzmärkte), **Signaling-**

Theorie (zur Erklärung des Mischverhältnisses von Filialsystem und Franchising) sowie **Institutionentheorie** (Bedeutung institutionenbezogener sozialer und ökonomischer Faktoren sowie Franchising als eigenständige institutionelle Norm).

5.2 Motive der Franchisegeber

Löst man sich von spezifischen Theorieansätzen, so lassen sich die Vorteile und Motive des Franchising für die Franchisegeber/innen in folgenden Punkten zusammenfassen (vgl. auch Hass 2010, S. 20f.; Schuh 2008, S. 21f.):

■ **Zugang zu Fremdkapital**: Die Franchisegeber/in erhält durch die Franchisenehmer/innen Zugang zu Fremdkapital. Zusätzlich zu ihrem Startkapital entrichten die Franchisenehmer/innen zudem eine Franchisegebühr und meistens auch eine Lizenzrate.
■ **Effiziente Personalrekrutierung**: Durch den Einsatz von Franchisenehmer/innen ergibt sich für die Franchisegeber/in die Möglichkeit einer vereinfachten Personalbeschaffung sowie geringerer Personalkosten. Es wird eine positive Selbstselektion der Bewerber/innen vermutet: Es melden sich nur Personen als Franchisenehmer/in, die gute Gründe haben, sich das selbständige Führen eines Filialbetriebs zuzutrauen.
■ **Risikosenkung**: Durch Abgabe der spezifischen Anfangsinvestitionen und des Geschäftsrisikos an die Franchisenehmerin vermindert die Franchisegeberin ihr eigenes Risiko. Das Risiko des Scheiterns eines Betriebs trägt nicht wie bei einer unternehmenseigenen Filiale die Franchisegeberin, sondern die Franchisenehmerin.
■ **Rasche Expansion**: Weil der Ressourcenbedarf gering ist, eignet sich das Franchising zur raschen Expansion und Erschliessung von neuen Märkten. Ist das Franchisesystem einmal aufgebaut, erprobt und wettbewerbsfähig, kann es mit geringem Finanzaufwand rasch expandieren. Voraussetzung dabei ist jedoch, dass die Einhaltung der Leistungsstandards sichergestellt ist.
■ **Grössere Effizienz**: Die dezentralisierte Kontrolle durch selbständige Franchisenehmer/innen führt meist zu einem effizienteren Einsatz von Personal und Betriebsmitteln. Das kann das Franchisesystem gegenüber Konkurrenzsystemen wettbewerbsfähiger machen.
■ **Kundennähe und Akkumulierung von lokalem Wissen**: Ein Franchisesystem sorgt für eine grosse Kundennähe. Über die Franchisenehmer/innen ist die Franchisegeberin über die Bedürfnisse des lokalen Marktes versorgt und kann die Kundschaft vor Ort mit gezielten Massnahmen ansprechen. Zudem kann sie bei Bedarf das lokale Wissen in das gesamte Franchisesystem einfliessen lassen.
■ **Motivation der Franchisenehmer/innen**: Es wird angenommen, dass Franchisenehmer/innen stärker intrinsisch motiviert sind als Manager/innen von unternehmenseigenen Filialen und eine höhere Flexibilität und Innovationsbereitschaft besitzen. Zudem werden die Franchisenehmer/innen extrinsisch durch variable Anreize wie Gewinnbeteiligungen motiviert.
■ **Optimale Mischung von Filial- und Franchisesystem**: Die Franchisenehmer/innen haben in der Regel keine freie Wahl hinsichtlich des Standortes ihres Betriebs. Die Franchisegeber/innen können die Rentabilität des gesamten Unternehmens steigern, indem sie gezielt diejenigen Standorte mit Franchisebetrieben abdecken, die im Filialsystem (z.B. wegen hoher Monitoringkosten) oder allgemein weniger profitabel sind.

5.3 Motive der Franchisenehmer

Studien, die sich mit den Motiven von Franchisenehmer/innen auseinandersetzen, sind deutlich seltener als solche zu den Franchisegeber/innen. Sie beruhen in der Regel auf Umfragen unter Franchisenehmer/innen oder unter Personen, die – beispielsweise auf Messen – ein Interesse an der Übernahme eines Franchisebetriebs bekunden.

Etwas zugespitzt formuliert, lassen sich vor allem **zwei Bündel von Motiven** identifizieren, welche Personen bewegen, einem Franchisesystem beizutreten. Das erste Bündel besteht aus **stark intrinsischen Motiven** wie etwa dem Anliegen, Selbständigkeit auszuüben, sein eigener Boss zu sein oder eine höhere Zufriedenheit im Beruf zu haben. Das zweite Bündel besteht aus Elementen, welche die **Risiken beim Gang in die Selbständigkeit reduzieren**: die Möglichkeit, von einer etablierten Marke zu profitieren, in ein gut funktionierendes Vertriebssystem integriert zu werden oder auf die Unterstützung und Schulung der Franchisegeberin zählen zu können. Bemerkenswert ist, dass Absichten, das Erwerbseinkommen zu steigern, demgegenüber eine untergeordnete Rolle zu spielen scheinen. Teilweise bestreiten Franchisenehmer/innen sogar vehement, dass finanzielle Motive für ihren Einstieg ins Franchising ausschlaggebend sind (Grünhagen/Mittelstaedt 2001, S. 77).

Zumindest partiell hängen die Motive vom **früheren beruflichen Hintergrund** der Franchisenehmer/innen und ihren Franchiseerfahrungen ab: ehemals selbständige (Klein-)Unternehmer/innen haben mitunter andere Erwartungen als ehemals Angestellte, zudem können sich die Motive mit zunehmender Erfahrung im Franchising verändern. Gerade das Bedürfnis nach beruflicher Unabhängigkeit scheint bei ehemaligen Angestellten stärker ausgeprägt als bei Unternehmer/innen, die womöglich unliebsame Erfahrungen mit den Risiken der Selbständigkeit gemacht haben (Tuunanen/Hyrsky 2001, S. 50).

Abstrahiert man von solchen Karriere- und Lebenslaufeffekten, so lassen sich folgende Vorteile und Motive unterscheiden, die Franchisenehmer/innen zum Einstieg ins Franchising bewegen (vgl. auch Schuh 2008, S. 24f.):

■ **Selbständigkeit**: Die Franchisenehmer/innen sind zwar in ein System eingebunden, handeln aber rechtlich selbständig. Sie führen den Franchisetrieb eigenverantwortlich, stellen selber Personal an, treten in eigenem Namen auf und sind auf eigene Rechnung tätig. Die Höhe ihres Einkommens hängt zumindest zu einem gewissen Grad von ihrem persönlichen Engagement ab.
■ **Vermindertes Risiko bei der Existenzgründung**: Die Franchisenehmer/innen finden im Idealfall ein vollständig ausgearbeitetes und bereits erprobtes Geschäftskonzept vor. Dieses umfasst unter anderem Einkauf, Buchhaltung, Marketingkonzept und Einrichtung des Geschäftslokals. Auf diese Weise reduziert sich das Risiko der Existenzgründung.
■ **Bekannte Marke**: Die Franchisenehmer/innen können davon profitieren, dass die Marke der Franchisegeberin bereits etabliert ist. Die Kunden kennen sie und vertrauen auf die damit verbundene Qualität. Auch ist es für die Franchisenehmer/innen damit einfacher, mit erfolgreichen Einzelunternehmen, Ketten und anderen Franchisebetrieben zu konkurrieren.
■ **Einfacherer Zugang zu Kapital**: Die verminderten Risiken bei der Existenzgründung und ein guter Ruf der Franchisegeberin können dazu führen, dass die Franchisenehmer/innen einfacheren Zugang zu Kapital finden.
■ **Laufende Unterstützung durch Franchisegeberin**: Im Idealfall unterstützt die Franchisegeberin laufend die Franchisenehmer/innen: durch Beratung bei Standortwahl, Ladengestaltung und Marketing, mit Empfehlungen einer Hausbank und einer Versicherung, durch Rechtsberatung, Schulung und Verkaufstrainings. Die Franchisenehmer/innen erhalten somit kontinuierlich Knowhow zur Verfügung gestellt und können ihre Kompetenzen erweitern.
■ **Geringerer Managementaufwand**: Das erprobte Geschäftskonzept und die laufende Unterstützung durch die Franchisegeberin können den Managementaufwand für die Franchisenehmer/innen reduzieren.
■ **Einfachere Beschaffungskonditionen**: Grosse Bestellmengen ermöglichen den Franchisegeber/innen günstigere Konditionen, die sie grösstenteils auch an die Franchisenehmer/innen weitergeben sollten. Zudem ist mit Grosseinkäufen meistens eine höhere Kulanz bei mangelhaften Produkten verbunden.

6 Stellung und rechtlicher Schutz der Franchisenehmerin

Die oben aufgeführten Motive und Vorteile erklären, weshalb sich Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen für das Franchisesystem entscheiden. Dieser Entscheid ist jedoch auch **mit gewissen Risiken behaftet**. Dazu kommt, dass sich die Interessen der beiden Parteien nur bedingt decken. Die wirtschaftswissenschaftliche Forschung spricht deshalb auch von einem **«double-sided moral hazard»** (Argyres/Bercovitz 2009; Lafontaine 1992), d.h. dass sowohl Franchisegeberin wie Franchisenehmerin durch opportunistisches Verhalten versuchen können, sich auf Kosten der Gegenseite Vorteile zu verschaffen.

Bei den **Franchisegeber/innen** geht es in erster Linie darum, dass sie Franchisebetriebe in grosser Nähe zu bereits bestehenden Betrieben derselben Marke platzieren und damit die Gewinnmöglichkeiten der Franchisenehmer/innen reduzieren («encroachment problem»). Zudem können sie versucht sein, die Preise oder Abgaben der Franchisenehmer/innen zu erhöhen, nachdem sich diese mit Investitionen an das Franchisesystem gebunden haben Bei den **Franchisenehmer/innen** hat die Forschung das bereits erwähnte Trittbrettfahren im Blick, dessen Voraussetzungen vor allem dann gegeben sind, wenn es wenig wiederkehrende Kundschaft gibt: In dem Fall kann es sich für Franchisenehmer/innen auszuzahlen, vom Image einer Marke zu profitieren und selber Leistungen zu einem unterdurchschnittlichen Standard anzubieten, um den eigenen Gewinn zu erhöhen.

Tendenziell gilt, dass die **wirtschaftswissenschaftliche Forschung** den Möglichkeiten zu opportunistischem Verhalten von Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen eine vergleichbare Bedeutung beimisst. Weil sie häufig eine Franchisegeber/innen-orientierte Perspektive einnimmt, hat sie den «moral hazard» der Franchisenehmer/innen eher breiter untersucht als denjenigen der Franchisegeber/innen. Dabei geht es nicht zuletzt um die Frage, welcher Effekt stärker ist: Das «shirking» von Filialleiter/innen, die mangels Risiko- bzw. Gewinnbeteiligung ihren Einsatz für das Unternehmen zurückfahren, oder das «free riding» von Franchisenehmer/innen (vgl. Kidwell/Nygaard 2011, S. 468). Dass zwischen Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen ein strukturelles Ungleichgewicht besteht oder Franchiseverträge die Franchisegeber/innen tendenziell bevorteilen, ist in der ökonomischen Forschung dagegen kaum ein Thema. Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass diese in der Regel auf der Modellannahme aufbaut, wonach Individuen rational handeln und ihr Eigeninteresse verfolgen: Unter diesen Voraussetzungen wäre nur sehr bedingt erklärbar, weshalb sich Menschen auf Franchisesysteme einlassen, die sie strukturell benachteiligen.

Anders verhält es sich mit der **juristischen Literatur** zum Franchising, zumindest den für die Schweiz vorliegenden Untersuchungen: Hier wird in der Regel deutlich betont, dass Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen ungleich lange Spiesse haben. Daraus wird eine besondere **rechtliche Schutzbedürftigkeit der Franchisenehmer/innen** abgeleitet. Wir beleuchten die Stellung der Franchisenehmer/innen deshalb im Folgenden aus einer vorwiegend juristischen Perspektive. Dies erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil für die Auftraggeberin letztlich entscheidend ist, welche Stellung Franchisenehmer/innen in rechtlicher Hinsicht haben und wie sie gegebenenfalls besser geschützt werden können. Dazu kommt, dass die Möglichkeiten opportunistischen bzw. missbräuchlichen Verhaltens breit sind, weil Franchiseverträge in unterschiedlichen Branchen abgeschlossen werden und verschiedenen Inhalts sein können. Es scheint deshalb zweckmässig, sich auf Konfliktpotenziale und ihre rechtliche Regelung zu beschränken, die sich aus der strukturellen Ungleichheit von Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen ergeben.

Dabei gehen wir in drei Schritten vor:

■ **Vertragsrecht und Sozialversicherungsrecht**: Einleitend ist darauf aufmerksam zu machen, dass der rechtliche Status von Franchisenehmer/innen als Arbeitnehmer/innen oder Selbständige je nach Rechtszweig unterschiedlich beurteilt werden kann. Wir erörtern in Abschnitt 6.1 die unterschiedlichen Kriterien des Vertragsrecht und des Sozialversicherungsrechts. Die anschliessenden Ausführungen konzentrieren sich auf das Vertragsrecht.
■ **Rechtliche Qualifikation von Franchiseverträgen**: Ob und in welchem Ausmass Franchisenehmer/innen den Schutz arbeitsrechtlicher Bestimmungen beanspruchen können, ist davon abhängig, ob das Verhältnis von Franchisegeberin und Franchisenehmerin als Arbeitsverhältnis, als Subordinationsfranchising oder als Partnerschaftsfranchising eingestuft wird. In Abschnitt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** legen wir dar, wie die Schweizer Gerichte diese Abgrenzungen in der Praxis vornehmen.
■ **Rechtlicher Schutz der Franchisenehmer/innen**: In Abschnitt 6.3 werden die rechtlichen Schutzmöglichkeiten der Franchisenehmer/innen in Subordinationsverhältnissen näher dargelegt. Dabei wird unterschieden zwischen der vorvertragliche Aufklärungspflicht, dem Schliessen von Vertragslücken und der Verbindlichkeit von Vertragsbestimmungen, welche die Franchisenehmerin benachteiligen. Abschliessend diskutieren wir, inwieweit es möglich ist, Franchisebetriebe als Familienbetriebe zu konstituieren und sie damit vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes auszuklammern.

Die Ausführungen konzentrieren sich auf das **Verhältnis von Franchisenehmer/innen und Franchisegeber/innen**. Soweit ersichtlich, spielt die Stellung der **Angestellten von Franchisenehmer/innen** in der juristischen Lehre und der Gerichtspraxis keine bedeutende Rolle bzw. wird nicht als besonderes Problem des Franchising diskutiert. Wir kommen jedoch in Kapiteln 7 (vor allem Abschnitt 7.2) und Kapitel 8 (Abschnitt 8.3) auf dieses Thema zurück.

6.1 Selbständige und unselbständige Erwerbsarbeit im Vertragsrecht und Sozialversicherungsrecht

Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen: Was ein/e Arbeitnehmer/in und ein/e Selbständige/r ist, ist je nach Rechtszweig leicht unterschiedlich definiert (vgl. Lanz 1997). Besonders relevant ist im Zusammenhang mit dem Franchising die Unterscheidung zwischen dem Vertragsrecht und dem Sozialversicherungsrecht. Das Obligationenrecht sieht eine Reihe von Vertragstypen vor, die das Leisten von Arbeit der einen Partei für eine andere Partei regeln, so namentlich den Auftrag, den Werkvertrag und der Arbeitsvertrag. Nur wenn vertragsrechtlich ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 OR vorliegt, besteht ein umfassender Anspruch auf die entsprechenden arbeitsvertraglichen Schutzvorschriften.

Im Sozialversicherungsrecht hat die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbsarbeit ebenfalls weit reichende Auswirkungen – beispielsweise auf die Höhe des AHV-Beitragssatzes und die Bemessung der AHV-Beiträge oder die obligatorische Versicherung in der sozialen Unfallversicherung, der beruflichen Vorsorge und der Arbeitslosenversicherung (Lanz 1997, S. 1464, 1478).

Der **Arbeitsvertrag** ist nach Art. 319 OR durch folgende Kriterien gekennzeichnet, die gemeinsam vorliegen müssen:

■ Der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin stellt dem Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberin gegen Lohn Arbeitszeit zur Verfügung und ist dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert.
■ Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation liegt in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht vor; es besteht ein umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin.

Für Definition des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin im **Sozialversicherungsrecht** ist dagegen nicht die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien ausschlaggebend. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Verhältnisse. Als Arbeitnehmer/in gilt eine Person, welche die folgenden beiden Kriterien gemeinsam erfüllt (Kieser 2012, S. 52f.; Lanz 1997, S. 1464-1475):

- Sie befindet sich in einer betriebswirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit gegenüber dem Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberin.
- Sie trägt kein Unternehmerrisiko.

Weil diese Kriterien nicht vollständig deckungsgleich sind, ist es in gewissen Fällen möglich, dass die Stellung einer Person als selbständig oder unselbständige Erwerbstätige in den beiden Rechtszweigen **unterschiedlich eingestuft** wird. Dies gilt im besonderen auch für Franchiseverträge: Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug kam 1982 in einem Einzelfall zum Schluss, dass das Einkommen eines Franchisenehmers sozialversicherungsrechtlich als Einkommen aus unselbständiger Erwerbsarbeit zu qualifizieren sei. Dies zum einen deshalb, weil der Franchisenehmer nach Einschätzung des Gerichts sein Geschäft nicht in der Art eines freien Unternehmers führen und ungehindert disponieren konnte. Zum anderen habe der Franchisenehmer nur das Delcredere-Risiko (Risiko von Forderungsausfällen) getragen, das nicht dem umfassenden Unternehmerrisiko entspreche (GVP 1981/82, S. 55, Urteil vom 16.3.1982).

Die juristische Literatur zum Franchising legt auf diesen Unterscheid ebenfalls Wert, hat häufig aber gerade den umgekehrten Sachverhalt im Auge. So hält Wildhaber (1991, S. 102) fest, dass ein Franchisenehmer auch dann, wenn er vertragsrechtlich wegen der Weisungsgebundenheit gegenüber dem Franchisegeber eine arbeitnehmerähnliche Stellung einnehme, unter «AHV-rechtlichen Gesichtspunkten […] gerade in Anbetracht des nach wie vor bestehenden Unternehmerrisikos grundsätzlich als Selbständiger» zu betrachten sei.

Tabelle 2 stellt das **Verhältnis von Arbeitsvertragsrecht und Sozialversicherungsrecht** in der Qualifikation der Franchisenehmerin als selbständig oder unselbständig dar. Ausgangspunkt bildet der Sachverhalt, dass ein Franchisevertrag vertragsrechtlich unterschiedlich qualifiziert werden kann (vgl. zur entsprechenden Gerichtspraxis ausführlich Abschnitt 6.2): a) als reiner Arbeitsvertrag, b) als Subordinationsfranchising, c) als Partnerschaftsfranchising.

Tabelle 2: Qualifikation der Franchisenehmerin im Vertragsrecht und Sozialversicherungsrecht

Vertragsrechtliche Qualifikation	Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation
Arbeitsvertrag	Einkommen ist immer massgebender Lohn, also Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit
Subordinationsfranchising (Vertrag enthält arbeitsvertragliche Elemente)	Einkommen entweder massgebender Lohn oder Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (je nach Vorliegen der sozialversicherungsrechtlichen Kriterien)
Partnerschaftsfranchising (Vertrag enthält keine arbeitsvertraglichen Elemente)	Einkommen in der Regel Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (ausser es fehle am Unternehmerrisiko)

Je nach vertragsrechtlicher Einstufung variieren auch die Möglichkeiten, die Position der Franchisenehmerin sozialversicherungsrechtlich zu qualifizieren:

- **Arbeitsvertrag**: Der Franchisevertrag bildet faktisch einen reinen Arbeitsvertrag; die Franchisenehmer/in ist als Arbeitnehmerin anzusehen. In diesem Fall gilt auch das Einkommen sozialversicherungsrechtlich zwingend als Einkommen aus unselbständiger Erwerbsarbeit.
- **Subordinationsfranchising**: Der Vertrag enthält arbeitsvertragliche Elemente und etabliert ein Subordinationsfranchising, d.h. die Franchisenehmerin ist der Franchisegeberin in einzelnen Punkten in einer Art

und Weise untergeordnet, die einem Verhältnis von Arbeitgeberin zu Arbeitnehmerin entspricht. In diesem Fall kann das Einkommen sozialversicherungsrechtlich je nach Sachlage als massgeblicher Lohn oder als Einkommen aus unselbständiger Erwerbsarbeit eingestuft werden.

■ **Partnerschaftsfranchising**: Der Vertrag enthält keine arbeitsvertraglichen Elemente und etabliert ein Partnerschaftsfranchising, d.h. Franchisenehmerin und Franchisegeberin sind grundsätzlich gleichgestellt. In diesem Fall dürfte das Einkommen in der Regel als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit eingestuft werden – es sei denn, aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht trägt die Franchisenehmerin kein Unternehmensrisiko.

Da im Folgenden der arbeitsrechtliche Schutz von Franchisenehmer/innen im Zentrum steht, behandeln die weiteren Ausführungen ausschliesslich die vertragsrechtliche Stellung der Franchisenehmer/innen als Arbeitnehmer/innen oder Selbständige.

6.2 Vertragsrechtliche Qualifikation von Franchiseverträgen

6.2.1 Vertragsrechtliche Qualifikation und arbeitsrechtlicher Schutz

Die unterschiedliche rechtliche Qualifikation von Franchiseverträgen hat nun insbesondere auch Auswirkungen darauf, in welchem Umfang Franchisenehmer/innen den Schutz von arbeitsrechtlichen Bestimmungen beanspruchen können (vgl. Tabelle 3):

■ **Arbeitsvertrag**: Handelt es sich beim Franchisevertrag faktisch um einen Arbeitsvertag, so kommt das Arbeitsrecht integral zu Anwendung

■ **Subordinationsfranchising**: Etabliert der Vertrag ein Subordinationsfranchising, so kommen – je nach Ausgestaltung des Vertrags – bestimmte zwingende Normen des Arbeitsrechts zur Anwendung, beispielsweise Normen zum Kündigungsschutz.

■ **Partnerschaftsfranchising**: Etabliert der Vertrag ein Partnerschaftsfranchising, so kommt grundsätzlich kein Arbeitsrecht zur Anwendung; massgeblich sind die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts.

Tabelle 3: Vertragsrechtliche Qualifikation und Anwendung von Arbeitsrecht

Vertragsrechtliche Qualifikation	Anwendung Arbeitsrecht
Arbeitsvertrag	Integrale Anwendung des Arbeitsrechts
Subordinationsfranchising (Vertrag enthält arbeitsvertragliche Elemente)	Anwendung einzelner Bestimmungen des Arbeitsrechts (abhängig von konkreter Ausgestaltung des Franchisevertrags)
Partnerschaftsfranchising (Vertrag enthält keine arbeitsvertraglichen Elemente)	Keine Anwendung von Arbeitsrecht; massgeblich sind die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts

Die vertragsrechtliche Qualifikation von Franchiseverträgen ist auch deshalb relevant, weil davon abhängen kann, welcher Rechtsweg der Franchisenehmerin offen steht und welche **Prozessrisiken** sie trägt. Ob Franchisenehmer/innen das Risiko einer Klage auf sich nehmen, dürfte entscheidend davon abhängen, ob sie ein vereinfachtes arbeitsgerichtliches Verfahren erwirken können oder ob sie einen normalen Zivilprozess führen müssten. Es ist zu vermuten, dass sie im zweiten Fall das Prozessrisiko vielfach als zu hoch einstufen und deshalb auf eine Klage verzichten. Dies könnte auch erklären, weshalb es in der Schweiz nur wenige Gerichtsurteile in Konflikten zwischen Franchisenehmer/innen und Franchisegeber/innen gibt.

Wir gehen in den folgenden beiden Abschnitten ausführlicher darauf ein, wie Schweizer Gerichte die unterschiedlichen Vertragstypen voneinander abgrenzen. Abschnitt 6.2.2 behandelt die Abgrenzung von

Franchise- und Arbeitsvertrag, Abschnitt 6.2.3 die Abgrenzung von Subordinations- und Partnerschaftsfranchising. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich weder in der Gerichtspraxis noch in der juristischen Lehre ein eindeutiger Konsens über die Abgrenzung der drei Kategorien etabliert hat. Wir referieren deshalb die einschlägigen Gerichtsurteile verhältnismässig ausführlich und ziehen in Abschnitt 6.2.4 ein Fazit.

6.2.2 Gerichtspraxis: Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag

Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2006

Das Bundesgericht hat 2006 in einem Urteil erwogen, ob ein als Franchisevertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis tatsächlich einen Franchisevertrag oder nicht vielmehr einen Arbeitsvertrag darstelle (BGE 4P.104/2006 vom 25. September 2006). Es lehnte dabei eine staatsrechtliche Beschwerde der Franchisenehmerin einer Tankstellen-Service-Station ab und stützte die Einschätzung des Obergerichts des Kantons Zürich, wonach es sich um einen Franchisevertrag handle. Die rechtliche Qualifikation des Vertrags war erforderlich, weil die Zuständigkeit des von der Franchisenehmerin ursprünglich angerufenen Arbeitsgerichts in Frage stand. Das Obergericht hatte folgende **Indizien vorgebracht, die gegen ein Arbeitsverhältnis sprächen**:

- Betitelung der Verträge als Franchiseverträge
- Tätigung diverser Investitionen durch die Franchisenehmerin gleich einer Selbständigerwerbenden
- Leasingverträge der Franchisenehmerin für Autowaschanlage und vier Hochleistungsstaubsauger
- Bankgarantie der Franchisenehmerin
- Eintrag der Franchisenehmerin als Einzelfirma im Handelsregister
- Abrechnung mit der AHV durch die Franchisenehmerin selbst
- Keine fixe Entlöhnung durch die Franchisegeberin, sondern Privatbezüge, offenbar finanziert über einen aus Tankstelleneinnahmen gespeisten Bankkredit
- Die Franchisenehmerin musste keine festen Arbeitszeiten einhalten und ihre Ferien nicht melden
- Die Franchisegeberin schrieb zwar die Öffnungszeiten vor, doch konnte die Franchisenehmerin über die persönliche Anwesenheit und den Umfang ihrer Arbeitstätigkeit frei entscheiden
- Die Franchisenehmerin war berechtigt und verpflichtet, auf eigene Rechnung Hilfspersonen zur Führung der Station anzustellen und über deren Entlöhnung zu entscheiden

Das Obergericht anerkannte an, dass der Vertrag eine Einbindung der Franchisenehmerin in das Vertriebskonzept der Franchisegeberin bedingte. Die damit einhergehende Weisungsgebundenheit (Abnahme- und Lieferantenverpflichtungen, Grundsätze für Verkauf und Präsentation, Öffnungszeiten, Weiterbildung usw.) und andere Vorgaben betreffend Budgetplanung, Rechnungsführung und Präsenz in der Station hätten zwar in die unternehmerische Freiheit der Franchisenehmerin eingegriffen. Die Einschränkungen seien jedoch nicht so schwer wiegend gewesen, um eine Qualifikation des Vertrags als Arbeitsvertrag zur rechtfertigen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass es bei Abschluss des Vertrages auch der Wille der Beschwerdeführerin gewesen sei, ihre formelle Selbständigkeit zu wahren und dennoch am Vertriebssystem der Beschwerdegegnerin teilzunehmen.

Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Neuenburg vom 12. Januar 2001

Das Kassationsgericht des Kantons Neuenburg hob 2001 ein Urteil des kantonalen Arbeitsgerichts auf, das sich in einer Rechtsstreitigkeit um die Kündigung eines Franchisevertrags als nicht zuständig erklärt hatte (Receuil des jurisprudence neuchâteloise 2001, S. 83-89). Es stützte damit die Position der Franchisenehmerin, welche die Kündigung mit dem Argument angefochten hatte, beim Vertrag handle es sich faktisch um einen Arbeitsvertrag, womit das Vertragsverhältnis dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz unterliege. Das Kassationsgericht bezeichnete den Vertrag zwar nicht explizit als Arbeitsvertrag. Es vertrat

jedoch die Auffassung, dass zwischen Franchisegeberin und Franchisenehmerin ein Subordinationsverhältnis bestanden habe, das die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen rechtfertige. Dabei stützte es sich auf ein Leiturteil des Bundesgerichts von 1992 (BGE 118 II 157; vgl. unten Abschnitt 6.3.2).

Die Franchisenehmerin war als Lehrerin in Aqua-Gymnastik tätig gewesen. Das Kassationsgericht hob folgende Punkte des Vertrags hervor, welche eine **arbeitnehmerähnliche Subordination der Franchisenehmerin** begründeten:

■ Die Preise der Gymnastikkurse wurden von der Franchisegeberin bestimmt.
■ Die Franchisenehmerin musste über die Kursteilnehmer/innen Buch führen; die Kundenkartei gehörte der Franchisegeberin und musste ihr nach Vertragsbeendigung übergeben werden.
■ Neu eingeschriebene Kursteilnehmer/innen mussten von der Franchisegeberin gutgeheissen («validés») werden, die ihnen auch ihre Kundenkarten aushändigte.
■ Die Franchisenehmerin musste die Franchisegeberin über alle Änderungen während der Kurse informieren.
■ Die Franchisenehmerin durfte nur von der Franchisegeberin zur Verfügung gestellte Dokumente verwenden; während der Kurse musste die Franchisenehmerin vorgeschriebenes didaktisches Material verwenden
■ Reklamationen von Kund/innen mussten der Franchisegeberin übermittelt werden, die darauf die erforderlichen Massnahmen ergriff.
■ Die Franchisenehmerin war verpflichtet, zu Administrationszwecken ein Datenverwaltungssystem zu verwenden, auf das auch die Franchisegeberin Zugriff hatte. Teil dieses Systems war auch die Buchführung, welche die Franchisegeberin alle zwei Wochen zu aktualisieren hatte.
■ Der Franchisebetrieb trat gegen aussen als Glied des Franchisegebers auf und musste dessen Werbematerial und Werbetechniken verwenden.
■ Die Franchisegeberin erhielt Kommissionen pro Teilnehmer/in; sowohl das Einkommen der Franchisenehmerin wie der Franchisegeberin war damit von der Teilnehmerzahl abhängig. Das wirtschaftliche Risiko lag somit nicht einseitig bei der Franchisenehmerin.
■ Die Franchisenehmerin musste die Gymaniastikmethode persönlich vermitteln und war nicht befugt, zu diesem Zweck Drittpersonen anzustellen.
■ Der Franchisevertrag enthielt wie ein Arbeitsvertrag Kündigungsbedingungen und –fristen sowie Gründe für eine unmittelbare Vertragsauflösung.

Aktuelle Klage gegen die Coop Mineralöl AG (Coop Pronto)

Zurzeit hängig ist eine Klage eines ehemaligen Pächters gegen Coop Mineralöl AG (CMAG), welche die Coop Pronto-Verkaufsstellen betreibt (ausführlicher zum Franchisesystem von Coop Pronto: Abschnitt 7.1). Inwieweit die Gerichte dazu Stellung nehmen müssen, ob das Vertragsverhältnis als Franchisevertrag oder als Arbeitsvertrag einzustufen ist, lässt sich aufgrund der uns zur Verfügung stehenden Informationen nicht eindeutig beantworten. Zeitungsberichte und ein Artikel des Anwalts des Franchisenehmers legen jedoch eine solche Vermutung nahe.

Im Artikel beurteilen der Anwalt und sein Mitautor das vertriebsrechtliche Konstrukt von Coop Pronto (Kull/Fierz 2013). Sie halten fest, dass die CMAG als Betreiberin der Tankstellenshops das Gesamtkonstrukt mit den Tankstellenbetreiber/innen zwar wiederholt als Franchisevertrag bezeichnet habe. Faktisch aber werde kein solcher abgeschlossen. Vielmehr wirkten ein Paket von Verträgen zusammen, zu denen jedoch kein Franchisevertrag gehöre (sondern: Pacht-, Betreuungs-, Arbeits- und Gesellschaftsvertrag). Gemäss Auffassung der Autoren sprechen folgende Gründe dafür, das Verhältnis zwischen den Tankstellenbetreiber/innen und der CMAG als Arbeitsvertrag zu qualifizieren:

■ Das Vertragskonstrukt wird von der CMAG zwingend vorgegeben.
■ Die Art der Tätigkeit, der zeitliche Rahmen sowie die Struktur sind von der CMAG bis ins letzte Detail vorgegeben.
■ Die CMAG verfügt über ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber den Tankstellenbetreiber/innen.
■ Die Tankstellenbetreiber/innen sind verpflichtet, eine GmbH zu gründen, die gegenüber der Franchisegeberin als Pächterin auftritt. Das Zwischenschalten der GmbH dient jedoch ausschliesslich den Interessen der CMAG.
■ Zwei Angestellte der CMAG fungieren gemeinsam mit dem Tankstellenbetreiber bzw. der Tankstellenbetreiberin als Geschäftsführer/innen der GmbH.
■ Der bzw. die Tankstellenbetreiber/in als Geschäftsführer/in verfügt lediglich über eine Kollektivunterschrift und ist damit für jeden Beschluss auf die Mitwirkung der von CMAG eingesetzten Mitglieder angewiesen.
■ Unternehmerische Entscheide werden von der CMAG gefällt und können auch gegen den Widerstand der Tankstellenbetreiber/innen durchgesetzt werden, selbst deren Absetzung.
■ Die CMAG verfügt über eine Lastschrift-Berechtigung auf dem GmbH-Konto, weshalb sie vor jeglichen Drittgläubigern mittels Verrechnung ihre eigenen Forderungen tilgen kann.
■ Vertragsänderungen werden einseitig angeordnet und umgesetzt.
■ Die CMAG gibt die Buchhaltungsstelle zwingend vor.
■ Der Treibstoff geht nicht ins Eigentum des Tankstellenbetreibers oder der GmbH über, sondern letztere wird lediglich prozentual am Umsatz beteiligt.
■ Sämtliche Arbeitsverträge der GmbH mit den Angestellten werden von der CMAG zwingend vorgegeben, auch die Lohnhöhe.

Die Autoren kommen zum Schluss, dass bezüglich der Entscheidungskompetenzen und der Selbständigkeit der Tankstellenbetreiber/innen kein Unterschied zu direkt angestellten Filialleiter/innen auszumachen sei. Die GmbH diene lediglich der Verschleierung und sei deshalb als rechtlich inexistent zu behandeln. Die vertragliche Beziehung zwischen der CMAG und den Tankstellenbetreiber/innen sei als direktes Arbeitsverhältnis einzustufen, auf welches zeigende arbeitsrechtliche Schutznormen anzuwenden seien. Aufgrund dessen haben die Tankstellenbetreiber/innen von Coop Pronto gemäss Einschätzung der Autoren unabdingbare Ansprüche auf:

■ Rückerstattung ihrer Investitionen
■ einen angemessenen Lohn für ihre Tätigkeiten
■ die Übernahme des Arbeitgeberanteils an den Lohnnebenabgaben
■ eine Entschädigung der Überstunden samt der gesetzlichen Zuschläge sowie
■ eine Entschädigung für allenfalls nicht bezogene Ferien

Zudem sind nach Ansicht der Autor/innen auch allenfalls nicht befriedigte Drittkreditoren der GmbH von der CMAG zu entschädigen, insbesondere andere Angestellte. Im Blick haben die Autoren vor allem Familienangehörige der Tankstellenbetreiber/innen, die in der Regel ebenfalls keinen angemessenen Lohn für ihre Tätigkeiten aus der GmbH beziehen würden und deren Überstunden und nicht bezogenen Ferien die CMAG ebenfalls abzugelten habe.

Das Regionalgericht Emmental-Oberaargau, das sich erstinstanzlich mit dem Fall beschäftigt hat, trat am 9. Juli 2013 auf die Klage ein und unterbreitete den Parteien im August einen Vergleichsvorschlag. Diesem zufolge erkennt die Coop Mineralöl AG, dem Kläger per saldo aller Ansprüche einen Betrag von 60‘000 Franken schuldig zu sein. Dabei – so der Tages-Anzeiger – habe es den Konflikt nach Arbeitsrecht beur-

teilt. Die Coop Mineralöl AG hat den Vergleichsvorschlag ausgeschlagen, sodass das Verfahren an die nächste Instanz geht (Tages-Anzeiger vom 5.9.2013).

Das Vertragsverhältnis der Coop Pronto-Shops wurde auch im Zusammenhang mit der Qualifikation der Shops als Familienbetriebe und die Gültigkeit arbeitsgesetzlicher Bestimmungen zum Verbot der Sonntagsarbeit diskutiert. Sowohl das Seco wie auch mehrere Behörden des Kantons Waadt kamen zum Schluss, dass die Abhängigkeit der Pächter/innen von der CMAG zu gross sei, um die Coop Pronto-Shops als Familienbetriebe einzustufen (vgl. Abschnitt 6.3.4).

6.2.3 Gerichtspraxis: Abgrenzung von Partnerschafts- und Subordinationsfranchising

Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2011

Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung zum Franchising schon länger davon aus, dass es einen Unterschied zwischen Subordinationsfranchising und Partnerschaftsfranchising gibt (vgl. oben Abschnitt 2.3). In einem Urteil von 2011 **qualifizierte das Bundesgericht erstmals ein Vertragsverhältnis explizit als Partnerschaftsfranchising** und erwog die Rechtsfolgen, die sich daraus ergeben. Es wies dabei die Beschwerde einer Franchisenehmerin ab, die eine vorzeitige Kündigung des Franchisevertrags durch die Franchisegeberin angefochten hatte. Konkret war die Rechtmässigkeit von Bestimmungen des Franchisevertrags strittig gewesen, welche die vorzeitige Auflösung des Vertrags regelten. Die Franchisenehmerin hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass diese Bestimmungen nicht rechtens seien, weil sie als Franchisenehmerin eine arbeitnehmerähnliche Stellung einnehme und deshalb den Schutz arbeitsvertrags- und agenturvertragsrechtlicher Normen geniesse. Das Bundesgericht dagegen teilte die Auffassung der Vorinstanz, dass es sich um ein Partnerschaftsfranchising handle und sich deshalb **eine Anwendung von arbeits- und agenturrechtlichen Normen verbiete**.

Das Urteil ist in der juristischen Lehre **kritisch kommentiert** worden (Kull 2013). Zum einen wurde moniert, dass die Unterscheidungskriterien des Bundesgerichts unzureichend seien. Die Vertragspunkte, die das Bundesgericht als Belege für ein Partnerschaftsfranchising anführt, fänden sich auch in einer Vielzahl von Subordinations-Franchiseverträgen oder würden nicht ausreichen, um ein Verhältnis als partnerschaftlich zu qualifizieren (z.B. freie Bestimmbarkeit der Räume und des Personals, Abführung einer umsatzabhängigen Franchisegebühr, Konzerngesellschaft als Franchisenehmerin). Zum anderen wurde kritisiert, dass eine kategoriale Gegenüberstellung von Partnerschafts- und Subordinationsfranchising wirklichkeitsfremd sei. Vielmehr gelte es jeweils im Einzelfall zu prüfen, wie stark in einem Franchisevertrag Subordinationselemente und Partnerschaftselemente vorhanden seien. Ein gleichberechtigtes, partnerschaftliches Franchisesystem sei praktisch kaum vorstellbar. Deshalb sei es auch fragwürdig, durch die Qualifikation eines Franchisevertrags als Partnerschaftsfranchising jeglichen Rückgriff auf arbeits- oder agenturrechtliche Normen kategorisch auszuschliessen.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2013

Das Obergericht des Kantons Zürich hat kürzlich sehr ausführlich erwogen, **ob ein Franchisevertrag als Subordinations- oder Partnerschaftsfranchising einzustufen ist** und sich für das letztere entschieden (Obergericht des Kanton Zürich, LB120080). Strittig war dabei die Frage, ob die im Franchisevertrag enthaltene Gerichtsstandsklausel rechtens sei, die Zürich als Gerichtsstand festlegte. Der im Ausland wohnende Franchisenehmer hatte argumentiert, dass dies nicht der Fall sei und angeführt, dass er als Franchisenehmer eine arbeitnehmerähnliche Position einnehme oder es sich sogar um einen Arbeitsvertrag handle. Deshalb sei die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften bezüglich der Gerichtsstandsklausel geboten. Das Obergericht vertrat demgegenüber die Auffassung, dass es sich **um ein Partner-**

schaftsfranchising handle und nicht um ein «arbeitsvertragsähnliches Subordinationsfranchiseverhältnis». Diese Einschätzung wurde ausführlich mit folgenden Argumenten begründet:

■ Der Vertrag legt dem Franchisenehmer keine Absatzförderungspflicht auf.
■ Der Franchisenehmer musste seine Arbeitskraft nicht vollumfänglich oder in einem zeitlich definierten Umfang in den Dienst der Franchisegeberin stellen; er war frei in der Bestimmung des zeitlichen Umfangs seiner Arbeit.
■ Der Franchisenehmer trug das wirtschaftliche Risiko alleine. Abgesehen von einer gewissen Gewinnbeteiligung erhielt er kein Arbeitsentgelt von der Franchisegeberin, dieses bestand grundsätzlich aus den Honorarzahlungen seiner Kunden. Das Risiko einer allfälligen Erfolgslosigkeit seiner Akquisitions- und Beratungsbemühungen oder eines Honorarausfalls bei zahlungsunfähigen oder -unwilligen Kunden traf allein den Franchisenehmer.
■ Bezüglich der betrieblichen und zeitlichen Organisation seiner Tätigkeit und der dafür benötigten Infrastruktur war der Franchisenehmer weitgehend weisungsfrei. Die Franchisegeberin kontrollierte die Aktivitäten des Franchisenehmers weder inhaltlich noch zeitlich noch verlangte sie irgendwelche Rapporte oder sonstwie Rechenschaft. Es stand dem Franchisenehmer 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.
■ Die Franchisegeberin schrieb vor, dass der Franchisenehmer eine Einführungsschulung besuchen musste, und behielt sich vor, die vom Franchisenehmer angeworbenen Mitarbeitenden selber zu schulen. Zudem konnte sie die Berater/innen zur Teilnahme an sporadisch veranstaltenden Meetings verpflichten. Das Obergericht stufte dies als Massnahmen ein, die der Qualitätssicherung, einer einheitlichen Corporate Identity und dem legitimen Schutz vor Konkurrenz dienten. Für die vertragsrechtliche Beurteilung der Dienstleistung als abhängig oder selbständig seien sie nicht von Bedeutung.
■ Die Franchisegeberin erliess detaillierte Weisungen über den Inhalt und das Vorgehen bei der Abwicklung der Beratungstätigkeit beim Kunden (Verwendung von Drucksachen mit vorgeschriebenen Logo, Schalten von Personalsuchinseraten über vorbestimmte Medienagentur, voreingerichtete Homepage, Entfaltung von Werbe- und PR-Aktivitäten nur nach Absprache mit der Franchisegeberin). Das Obergericht räumt ein, dass in diesen Vorschriften eine gewisse Einschränkung der selbständigen Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers gesehen werden könne. Sie seien jedoch zur Markenpflege im Sinne eines einheitlichen Auftritts des Franchisesystems nach aussen unvermeidbar und daher als jedem Franchisesystem immanent zu qualifizieren. Weil der Franchisenehmer ebenfalls von einem einheitlichen Marktauftritt profitiere, könne daraus nicht auf ein Abhängigkeitsverhältnis des Franchisenehmers geschlossen werden. Einzig die Vorschrift bezüglich der zu berücksichtigten Medienagentur bei Suchinseraten gehe unter dem Aspekt der Markenpflege wohl zu weit, rechtfertige es allein aber nicht, das Vertragsverhältnis als Subordinationsfranchising einzustufen.
■ Ähnlich beurteilt das Obergericht die Weisungen für den Ablauf der Beratertätigkeit (Auftreten, einzuhaltende Fristen, Kundenorientierungen, telefonische Erreichbarkeit oder telefonischer Auftritt). Sie dienten der Kennzeichnung und Pflege des Franchiseprodukts. Weil das Franchisingprodukt in einer Dienstleistung bestehe, sei es unvermeidbar, dass dieses durch vorgegebene und typisierte Arbeitsleistungen und Abläufe definiert werde. Es handle sich dabei um inhaltliche bzw. fachliche Weisungen, die für die rechtliche Qualifizierung des Vertrages irrelevant seien. Ausschlaggebend dafür sei einzig das Weisungsrecht bezüglich der betrieblichen Einordnung des Franchisenehmers.
■ Der Vertrag sieht die Möglichkeit vor, dass die Berater/innen die Organisationsregeln des Franchisesystems durch Mehrheitsbeschluss ändern können. Gemäss Obergericht wäre dies für abhängige Arbeitnehmer/innen eine «völlig atypische Kompetenz».

■ Zur Schlichtung von Verstössen gegen die Organisationsregeln und zur Streitbeilegung sieht der Vertrag ein organisationsinternes Schiedsgericht vor. Dem Obergericht zufolge hätte eine solche Art der Streitschlichtung «in einem arbeitsvertraglichen Abhängigkeitsverhältnis […] nichts zu suchen, hier würde der Arbeitgeber mittels einer organisatorischen Weisung allein entscheiden.»

Der gegen den Bundesgerichtsentscheid angeführten Einwand, die kategoriale Gegenüberstellung von Partnerschaftsfranchising und Subordinationsfranchising bilde eine zu starke Vereinfachung von komplexen Vertragsverhältnissen mit einem Mix an partnerschaftlichen und hierarchischen Elementen, dürfte auch hier zutreffen. Mit Blick auf die Konflikte, die jüngst um das Franchising im Detailhandel entbrannt sind, ist zudem festzahlten, dass der in Frage stehende Vertrag offensichtlich ein sehr anderes Franchiseverhältnis definierte, in dem der Franchisenehmer einen grösseren Freiraum und vor allem stärkere Mitbestimmungsrechte besass – unabhängig davon, ob man diese Verhältnis nur generell als «Partnerschaftsfranchising» einstuft oder nicht. Dass bei Franchiseverhältnissen wie bei Coop Pronto (vgl. Abschnitte **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** und 7.1) ein Rückgriff auf arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen entfallen würde, weil der Vertrag rechtlich als Partnerschaftsfranchising qualifiziert wird, erscheint sehr unwahrscheinlich.

6.2.4 Fazit

In der Gerichtspraxis hat sich bisher noch kein eindeutiger Konsens herausgebildet, wann ein Franchisevertrag als Arbeitsvertrag einzustufen ist (Abschnitt 6.2.2) oder wann die unternehmerische Freiheit von Franchisenehmer/innen derart stark beschränkt ist, dass man von einer arbeitnehmerähnlichen Stellung sprechen muss (Abschnitt 6.2.3). Bestimmte Sachverhalte kristallisieren sich aber gleichwohl heraus.

Festzuhalten ist, dass die **Weisungsgebundenheit** der Franchisenehmerin an und für sich noch keinen arbeitnehmerähnlichen Status begründet. Detaillierte Weisungen können notwendig sein, um den einheitlichen **Marktauftritt und die Qualität** des Franchiseprodukts zu garantieren. Dies trifft ganz besonders dann zu, wenn es sich beim Franchiseprodukt um eine Dienstleistung handelt, die von der Franchisenehmer/in erbracht wird und entsprechend präzise normiert sein muss. Die Einhaltung solcher Vorgaben ist für das Überleben und den Erfolg eines Franchisesystems elementar und liegt grundsätzlich im Interesse aller Beteiligten.

Entscheidend ist, ob und in welchem Ausmass der Handlungsspielraum der Franchisenehmer/innen zusätzlich in Bereichen eingeschränkt ist, die für die Marke- und Qualitätspflege nicht entscheidend sind. Dies betrifft namentlich die **betriebliche und zeitliche Organisation der Arbeit**. Bei der entsprechenden Beurteilung von Franchiseverhältnissen haben die Gerichte unter anderem **folgende Aspekte** gewürdigt:

■ Kann die Franchisenehmerin frei über den Umfang ihrer Arbeitstätigkeit entscheiden (persönliche Anwesenheit im Betrieb, Ferien, Erlaubnis zusätzlicher Erwerbstätigkeit)?
■ Kann die Franchisenehmerin selbständig Personal einstellen und über dessen Entlöhnung bestimmen?
■ Kann die Franchisenehmerin frei über die Zusammenarbeit mit externen Leistungserbringen (z.B. Versicherungen, Buchhaltungsstelle) entscheiden, sofern die vorgegebenen Standards eingehalten werden?
■ Sofern die Franchisenehmerin Waren verkauft, kann sie einen Teil ihres Sortiments frei bestimmen und ist sie dabei frei in der Wahl der Lieferanten?
■ Sofern die Franchisenehmerin Dienstleistungen mit einem engen und länger dauernden Kundenverhältnis anbietet, ist sie in der Auswahl der Klient/innen frei?
■ Sofern der Franchisebetrieb als juristische Person konstituiert ist (z.B. AG, GmbH), hat die Franchisenehmerin die Stimmenmehrheit?

Werden diese Fragen klar verneint, so spricht dies tendenziell für eine arbeitnehmerähnliche oder gar arbeitnehmergleiche Stellung der Franchisenehmerin. Für ein stark partnerschaftlich geprägtes Franchiseverhältnis spricht umgekehrt, wenn die Franchisenehmer/innen selber Mitbestimmungsrechte bei der Ausgestaltung des Franchisesystems haben – also gemeinsam über die Normen bestimmen können, nach denen sie einen Teil ihrer Tätigkeit als Franchisenehmer/innen ausrichten müssen.

Zur Qualifikation des Vertragsverhältnisses berücksichtigen die Gerichte teilweise weitere Kriterien, die darüber Auskunft geben, wie stark die Franchisenehmer wirtschaftliche Risiken eingegangen sind und Schritte unternommen haben, die auf eine Selbständigkeit hindeuten. Als **Indizien für eine Selbständigkeit** werden unter anderem gewertet:

- Von Franchisenehmer/in getätigte Investitionen
- Eintrag des Franchisebetriebs im Handelsregister
- Selbständige Abrechnung der Franchisenehmerin mit der AHV
- Erfolgsabhängiges Einkommen der Franchisenehmer/in anstelle eines fixen Lohnbezugs

6.3 Rechtlicher Schutz von Franchisenehmer/innen

Grundsätzlich gilt: Zahlreiche Personen leisten Arbeit in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, ohne dass sie aber im strikten arbeitsvertraglichen Sinn als Arbeitnehmer/innen zu bezeichnen wären. Neben dem (Subordinations-)Franchising ist dies etwa auch bei Alleinvertriebs- und Factoringverträgen der Fall, bei Hauswart- und Immobilienverwaltungsverträgen, Lastwagen und Taxichauffeuren, Heimarbeiter/innen, Unterakkordant/innen, EDV-Fachleuten, Journalist/innen als «freien Mitarbeiter/innen», Buchautor/innen oder Künstler/innen. Diese Personen laufen Gefahr, dass ihnen der vom Arbeitsrecht angestrebte Sozialschutz entgeht. Sie werden in der juristischen Lehre teilweise als «arbeitnehmerähnliche Personen» oder «Scheinselbständige» bezeichnet. Allerdings sind die Begriffe nicht klar definiert und in der juristischen Praxis von geringer Bedeutung (Streiff/von Kaenel/Rudolph 2012, N2).

Relativ oft sind solche Arbeitsverhältnisse, die zur Abhängigkeit einer Partei führen, aber keine Arbeitsverträge bilden, in Innominatverträgen geregelt. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in solchen Situationen ausgehend vom Einzelfall zu prüfen, welche Bedeutung den einzelnen Vertragsbestandteilen zukommt und welche zwingenden Rechtsnormen hinzugezogen werden können. Auf diese Weise ist es möglich, dass Personen, die sich in einer arbeitnehmerähnlichen Abhängigkeit befinden, durch die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts geschützt sind – auch wenn der Vertrag als solcher nicht als Arbeitsvertrag gilt (Streiff/von Kaenel/Rudolph 2012, N2)

Im Zusammenhang mit dem Franchising spricht die juristische Lehre teilweise auch von einem Paradoxon, das dem (Subordinations-)Franchising systembedingt innewohnt: Die Franchisenehmer/innen seien zwar in rechtlicher Hinsicht selbständig, aber in wirtschaftlicher Hinsicht abhängig von der Franchisegeberin. In mehrerlei Hinsicht bestehe ein «ausgeprägtes Kräfteungleichgewicht» (Koller/Zirlick 2001, S. 52; vgl. auch Stein-Wigger 1999, S. 27): Zwischen Franchisenehmer/innen und Franchisegeberin besteht häufig ein grosses Informationsgefälle, den Franchisenehmer/innen mangelt es nicht selten an unternehmerischer Erfahrung und sie haben aufgrund ihrer schwächeren Marktposition wenig Verhandlungs- und Gestaltungsspielraum. Dazu kommen teilweise umfassende Weisungs-und Kontrollbefugnisse der Franchisegeber/innen, die in unterschiedlichem Ausmass zwingend sein können, um den einheitlichen Marktauftritt sowie die Erkennbarkeit und Qualität des Franchiseprodukts zu sichern. Aus diesem Ungleichgewicht leitet die juristische Lehre eine besondere Schutzbedürftigkeit der Franchisenehmer/innen ab. Wir diskutieren im Folgenden, in welchen Punkten sich dieser Schutz beim Abschluss und dem Vollzug von Franchiseverträgen konkret manifestiert.

6.3.1 Vorvertragliche Aufklärungspflicht

Beim Abschluss von Franchiseverträgen hat man es häufig mit einer «Fachmann/Laien»-Konstellation zu tun (Wildhaber 2012, S. 85). Dazu kommt, dass die Franchisenehmerin in der Regel keine detaillierte Kenntnis vom Geschäftskonzept der Franchisegeberin hat. Wegen des grossen Informationsgefälles besteht eine umfassende **vorvertragliche Aufklärungspflicht** der Franchisegeberin gegenüber der Franchisenehmerin. Sie wird nicht aus dem Vertragsrecht abgeleitet – ein Vertrag ist zu dem Zeitpunkt ja noch nicht etabliert – sondern aus Art. 2 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben als Rechtspflicht für jedermann).

Weil die Franchisegeberin meistens ein legitimes Interesse hat, diese Geschäftsinformationen nicht öffentlich zu machen, werden in der Praxis regelmässig Vertraulichkeitsvereinbarungen abgeschlossen, falls die Vertragsverhandlungen scheitern. Zur Aufklärungspflicht gehört, dass die Franchisegeberin die Franchisenehmerin auf Risiken hinweist, wenn davon ausgehen ist, dass diese der Franchisenehmerin nicht bekannt sind.

Verletzt eine Vertragspartei ihre vorvertraglichen Pflichten und kommt es zu einem für die andere Seite nachteiligen Vertragsabschluss, so ist die benachteiligte Partei zu einer ganzen oder teilweisen Aufhebung des Franchisevertrags berechtigt (Wildhaber 2012, S. 85). Allerdings muss die Franchisegeberin **keine Rentabilitätsgarantie** abgeben: «Scheitert der Franchisenehmer, so kann daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt worden seien; der Franchisenehmer geht ein unternehmerisches Risiko ein. Aufklärungspflichtig sind nur Punkte, von denen der Franchisegeber annahmen muss, dass die für die Investitionsentscheidung des Franchisenehmers von entscheidender Bedeutung sind» (Wildhaber 2012, S. 86).

6.3.2 Schliessen von Vertragslücken

Kommt es nach Abschluss des Vertrags zu Konflikten, so lassen sich grundsätzlich zwei Situationen unterscheiden: Erstens Konflikte um Rechtsfragen, die im Vertrag selber nicht oder nicht vollständig geregelt sind. Zweitens Konflikte um Vertragsbestimmungen, deren Rechtmässigkeit von Seiten der Franchisenehmerin in Frage gestellt wird. Wir behandeln in diesem Abschnitt (6.3.2) Konflikte des ersten Typs und gehen im nächsten Abschnitt (**Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**) auf Konflikte des zweiten Typs ein.

Wenn der Franchisevertrag selber keine Regel enthält, um einen Konflikt zu entscheiden, muss das Gericht ergänzendes Recht beziehen. Grundsätzlich geschieht dies bei Innominatverträgen auf dieselbe Art und Weise wie bei gesetzlich geregelten Vertragstypen (vgl. Koller/Zirlick 2001, S. 56-60). In diesem Sinn hat das Bundesgericht **arbeitsrechtliche Vorschriften** zum Kündigungsschutz der Franchisenehmerin auf einen Franchisevertrag angewandt. Dies mit dem Argument, dass sich die Franchisenehmerin aufgrund der weit reichenden Weisungsbefugnisse der Franchisegeberin in einer Abhängigkeit befinde, «die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe kommt». Konkret hervorgehoben wurden folgende Punkte:

- Unter den Vertragspflichten der Franchisenehmerin stand die Arbeitsleistung im Vordergrund. Sie musste sich der Aufgaben vollberuflich annehmen, die Ausübung einer anderweitigen Erwerbstätigkeit war ihr ausdrücklich untersagt.
- Die Geschäftstätigkeit der Franchisenehmerin war detailliert vorgeschrieben; mit präzisen Anordnungen über die Erstellung und Nachführung der Kundenkartei, der Lagerkartei, der Absatzstatistik, über den Umfang des Warenlagers und über die Ladenöffnungszeiten.
- Die Franchisenehmerin war in umfassender Weise verpflichtet, die allgemeinen und speziellen Weisungen und Empfehlungen der Franchisegeberin hinsichtlich Verkaufstechniken und Werbung zu befolgen.

■ Die Franchisenehmerin übte ihre Geschäftstätigkeit mit den Betriebsmitteln aus, die ihr von der Franchisegeberin zur Verfügung gestellt wurden, insbesondere auch die Räumlichkeiten.

Angesichts der arbeitnehmerähnlichen Stellung der Franchisenehmerin, so das Bundesgericht, «rechtfertigt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften» (BGE 118 II 157 E.4a/bb S. 164).

Gemäss der juristischen Lehre können auf diese Weise auch Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz von Arbeitnehmenden im Franchising Anwendung finden (Art. 328 OR, Art. 6 und 33-36 Arbeitsgesetz; Art. 81-88 UVG; vgl. Wildhaber 1991, S. 101f.; Koller/Zirlick 2001, S. 58). Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass der Handlungsspielraum der Franchisenehmerin vertraglich derart stark eingeschränkt ist, dass sie faktisch einen arbeitnehmerähnlichen Status besitzt.

Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass in derselben Weise auch Bestimmungen aus Gesamtarbeitsverträgen und dem Ehrenkodex des Franchiseverbandes Anwendung finden können:

■ Gemäss Geiser (1996, S. 67) können **Bestimmungen aus Gesamtarbeitsverträgen** auf Franchiseverhältnisse übertragen werden: «Werden zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts auch auf Innominatverträge angewendet, besteht kein Grund, gleiches nicht auch mit den normativen Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge zu tun. Auch hier trägt das Argument, dass der Gesetzgeber für die Innominatverträge ihrem Wesen nach keine ausdrücklichen Normen über Kollektivverträge vorsehen konnte.»
■ Gemäss der Auffassung von Kull (2002) sollte in der Rechtsanwendung zudem der **Ehrenkodex des Schweizer Franchiseverbands als Gewohnheitsrecht** berücksichtigt werden. Kull bezieht sich dabei auf ein Urteil des Bundesgerichts, in dem zur Bestimmung der anwaltlichen Berufspflichten auf die Standesregeln des Anwaltsverbands zurückgegriffen wurde (BGE 106 Ia 107). Ansatzpunkte zum Schutz der Franchisenehmer/innen enthält der Ehrenkodex insofern, als er von beiden Parteien Fairness fordert (Ziffer 2.4), zweideutige oder irreführende Werbung zur Gewinnung von Franchisenehmer/innen ablehnt (Ziffer 3.1) sowie sachliche Korrektheit und Unmissverständlichkeit aller Angaben verlangt, welche die Franchisegeberin zu möglichen zukünftigen Ergebnissen, Zahlen oder Verdiensten der Franchisenehmerin macht (Ziffer 3.2).[8] Zudem setzt sich der Franchiseverband mit ergänzenden dafür ein, dass seine Mitglieder einen Mindeststandard bei der vorvertraglichen Aufklärung einhalten.[9]

6.3.3 Schranken der Inhaltsfreiheit

Steht die Rechtmässigkeit von Bestimmungen des Franchisevertrags in Zweifel, so sind die Franchisenehmer/innen durch zwei Rechtsprinzipien geschützt: Erstens darf der Vertragsinhalt ihre Persönlichkeit nicht durch eine übermässige Bindung verletzen; zweitens unterliegt der Franchisevertrag einer Inhaltskontrolle, sofern es sich um einen vorformulierten Standardvertrag handelt (vgl. oben Abschnitt 4.1).

Verletzung der Persönlichkeit durch übermässige Bindung

Die Franchisenehmerin kann geltend machen, dass ein unausgeglichener Vertrag ihre Persönlichkeit verletzt – also ein «Knebelvertrag» vorliegt. Denn gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand «seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Gra-

[8] http://www.franchiseverband.ch/sfv/media/_doc/pdf_VerbandIntern/SFV_Ehrenkodex.pdf (eingesehen am 2.6.2014).
[9] http://www.franchiseverband.ch/sfv/media/_doc/pdf_VerbandIntern/SFV_EhrenkodexVorvertraglich.pdf; http://www.franchiseverband.ch/sfv/media/_doc/pdf_VerbandIntern/SFV_EhrenkodexHinweis.pdf (eingesehen am 2.6.2014).

de beschränken». Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung fallen derart persönlichkeitsverletzende Verträge unter das Kriterium der Sittenwidrigkeit gemäss Art. 20 OR.[10]

Eine solche Knebelwirkung kann in der Dauer oder Intensität der Vertragsbindung begründet sein – wobei in beiden Fällen auch die Gegenleistung und Verpflichtung der Franchisegeberin zur würdigen ist. Bezüglich der Intensität der Vertragsbindung nimmt das Bundesgericht eine übermässige Einschränkung der «wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit» erst dann an, «wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind» (BGE 111 II 337).

Wird eine solche Persönlichkeitsverletzung festgestellt, so eröffnen sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten:

■ In krassen Fällen kann eine «Knebelung» bzw. «Versklavung» zur Nichtigkeit des ganzen Vertrags führen (Koller/Zirlick 2001, S. 79)
■ Die entsprechende Klausel wird für nichtig erklärt und auf analoges Recht zurückgegriffen, das den Interessen der beiden Vertragsparteien gerecht wird. Für die Stellung der Franchisenehmerin können solche Nichtigkeitserklärungen in zwei Richtungen gehen: Zum einen ist es möglich, dass zu weit reichende Vorschriften zurückgestutzt oder aufgehoben werden, um die unternehmerische Eigenverantwortlichkeit der Franchisenehmerin zu stärken. Zum anderen ist es aber auch möglich, dass die entsprechende Weisungsgebundenheit der Franchisenehmerin grundsätzlich bestehen bleibt und zum Schutz des Franchisenehmers Schutzvorschriften aus anderen Rechtsbereichen übernommen werden (vgl. oben Abschnitt 6.3.2). Angenommen beispielsweise, es entspricht einer systembedingten Notwendigkeit oder dem Parteiwillen, dass eine Arbeitszeitenregel besteht, so erscheint es unter Umständen gerechtfertigt, die Franchisegeberin zu verpflichten, dass sie der Franchisenehmerin Überstunden entschädigt (bzw. die Franchisegebühr mindert; vgl. Wildhaber 1991, S. 102; Koller/Zirlick 2001, S. 58).

Als mögliche Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 2 ZGB nennt die juristische Literatur namentlich die folgenden Beispiele (Koller/Zirlick 2001, S. 79-81):

■ Aufgrund der Weisungsbefugnis der Franchisegeberin ist der Franchisenehmerin in ihrer Dispositionsfreiheit so stark eingeschränkt, dass sie gewissermassen zum Angestellten eines Betriebs degradiert wird.
■ Der Franchisevertrag enthält obligatorische Verpflichtungen (z.B. zum Bezug von Waren), die ohne Auflösungsmöglichkeit «auf ewige Zeiten» abgeschlossen worden sind.
■ Der Franchiseverbot enthält ein übermässiges Konkurrenzverbot, d.h. er verbietet der Franchisenehmerin für eine zu lange Dauer, die Franchisegeberin nach einer Vertragsbeendigung nicht mit ähnlichen Waren oder Dienstleistungen zu konkurrieren.

Konkrete Anwendungen von Art. 27 Abs. 2 ZGB beim Franchising scheinen allerdings selten. Die in der juristischen Literatur erwähnten Beispiele formulieren mehrheitlich hypothetische Fälle und nur selten konkrete Gerichtsurteile. Insbesondere leistet Art. 27 Abs. 2 ZGB nur einen schwachen Schutz, wenn die Franchisenehmerin finanzielle Verpflichtungen eingeht, die sehr unvorteilhaft sind oder in gar in seiner Existenz gefährdet. Denn laut dem Bundesgericht verbiete der Artikel niemandem, «sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten» (Koller/Zirlick 2001, S. 81; BGE 95 II 58). Weil diese Messlatte sehr hoch ist, empfiehlt Kull (2002), dass sich unerfahrene Franchisenehmer/innen in solchen Fällen besser auf eine Übervorteilung und die daraus folgende Vertragsungültigkeit gemäss Art. 21 OR berufen.[11]

[10] «[Abs. 1:] Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig. [Abs. 2:] Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.»

[11] «[Abs. 1:] Wird ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt

Inhaltskontrolle

Ein anderer Schutz der Franchisenehmer/innen besteht in der Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen. Der typische Franchisevertrag ist ein Standardvertrag, der einseitig von der Franchisegeberin formuliert wird (vgl. oben 4.1). Die Franchisenehmerin hat nur die Wahl, den Vertrag als solchen anzunehmen oder aber auf das Eingehen des Vertragsverhältnisses zu verzichten. Für diesen Moment bedarf sie eines besonderen Schutzes, indem die Regeln zur rechtlichen Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auch auf Standardverträge angewendet werden (Marsch1999, S. 34f.; Wildhaber 1991, S. 87f.; Koller/Zirlick 2001, S. 73-78). In der Gerichtspraxis hat das Bundesgericht zudem die «Ungewöhnlichkeitsregel» (BGE 135 III 225; BGE 135 III 1) und die «Unklarheitsregel» (BGE 122 III 118) entwickelt. Gemäss der ersten Regel werden Klauseln in AGB, die eine Person überraschen, nicht Vertragsbestandteil; an ihre Stelle tritt das entsprechende Gesetzesrecht. Gemäss der zweiten Regel werden mehrdeutige Klauseln gegen die Partei ausgelegt, die den Vertrag verfasst hat – hier die Franchisegeberin.

Als Vertragselemente, die der Franchisegeberin ein wesentliches Übergewicht verleihen und zu einer ungerechten Risikoverteilung führen, gelten namentlich die folgenden Punkte (Marsch 1999, S. 35; Baudenbacher 1992, S. 384f.):

- Klauseln über den Ausschluss der Haftung der Franchisegeberin für Produkte und Systemkonzept (vgl. auch Koller/Zirklick 2001, S. 82f.).
- Bestimmungen, die der Franchisegeberin ein Kündigungsrecht bei Nichterreichen eines (oft unverhältnismässigen) Mindestumsatzes vorenthalten.
- Klauseln betreffend Kontroll- und Weisungsrechten der Franchisegeberin, wenn letztere einseitig abänderbar sind und so möglicherweise die Weisungsbindung der Franchisenehmerin ausgedehnt werden könnte.

Dabei wird unterschieden zwischen einer offenen und verdeckten Inhaltskontrolle bzw. zwischen Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle. Die Abschlusskontrolle stellt lediglich sicher, dass die schwächere Vertragspartei die Möglichkeit hat, die Bestimmungen zur Kenntnis zu nehmen und vor Überraschungsklauseln geschützt ist. Die (offene) Inhaltskontrolle geht weiter und nimmt eine direkte Kontrolle vor (Marsch 1999, S. 35; Wildhaber 1991, S. 87). Trotz vehementer Forderungen der Lehre lehnte das Bundesgericht eine offene Inhaltskontrolle lange Zeit ab. Mit der Revision des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 8) wurde sie zwar 2012 eingeführt, blieb aber auf Standardverträge mit Konsument/innen beschränkt. Gemäss Wildhaber (1991, S. 88) wäre für einen wirksamen Schutz der Franchisenehmer/innen eine offene Inhaltskontrolle notwendig, weil die durchschnittliche Franchisenehmerin in der Regel juristisch zu wenig geschult sei, um die Tragweite der einschlägigen Bestimmungen zu erkennen. Mit einer blossen Abschlusskontrolle sei der Franchisenehmerin wohl in den seltensten Fällen geholfen.

6.3.4 Franchisebetriebe als Familienbetriebe

Eine wichtige Rolle für die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen spielt schliesslich die Frage, ob und inwieweit Franchisebetriebe als Familienbetriebe gelten können. Dies deshalb, weil Familienbetriebe vom Arbeitsgesetz ausgenommen sind (Art. 4 ArG).

Dieses Thema spielte in der jüngeren Vergangenheit vor allem im Zusammenhang mit Sonntagsarbeit für Schlagzeilen. Das Arbeitsinspektorat der Stadt Lausanne hatte 2011 zwei Betreiber/innen von Coop Pronto-Shops untersagt, am Sonntag Angestellte zu beschäftigen. Die beiden Betreiber/innen rekurrierten

---

worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen. [Abs. 2:] Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages.»

gegen diesen Entscheid bis vor Bundesgericht. In den Rechtsstreitigkeiten spielten zwei Punkte eine zentrale Rolle:

■ Erstens, ob eine Firma, in welcher der Arbeitgeber eine juristische Person ist, einen Familienbetrieb bilden kann.
■ Zweitens, ob die Coop Pronto-Shops über ausreichende unternehmerische Freiheiten verfügen, um als Familienbetriebe zu gelten.

Das Bundesgericht nahm in seinem Urteil vom 1. Juli 2013 einzig zur ersten Frage Stellung (BGE 2C_129/2013 E.3.2): Mit Verweis auf ein Leiturteil vom Vorjahr hielt es fest, dass von einem Familienbetrieb nur dann gesprochen werden könne, wenn eine direkte familiäre Verbindung zwischen Arbeitgeber und Angestellten bestehe. Dies sei per Definition ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber eine juristische Person sei.

Zur zweiten Frage hatten zuvor das Amt für Wirtschaft und Sport des Kantons Waadt, das Staatssekretariat für Wirtschaft Seco sowie Verwaltungsgericht des Kantons Waadt Stellung genommen. Sie waren übereinstimmend zum Schluss gekommen, dass die Abhängigkeit der Franchisebetriebe von Coop zu gross sei, um von Familienbetrieben zu sprechen.

Welche Schlüsse lassen sich daraus für die arbeitsrechtliche Stellung von Franchisenehmer/innen und ihren Angestellten ziehen?

■ In der Praxis sind Franchisebetriebe häufig als GmbH oder AG konstituiert – teilweise um zu verhindern, dass die Franchisenehmer/innen als Scheinselbständige qualifiziert werden und zwingendes Arbeits- oder Agenturrecht auf das Vertragsverhältnis angewendet wird (Kull/Fierz 2013, S. 359). In diesen Fällen ist es den Betrieben gemäss dem Bundesgerichtsurteil nicht möglich, für ihre Angestellten die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes zu umgehen, weil diese nicht als Mitarbeitende innerhalb eines Familienbetriebs gelten. Die Umsetzung des Urteils in den Kantonen steht allerdings noch aus. Die Unia verfügt über Hinweise dafür, dass sich Franchisegeber eine Ausweichstrategie haben einfallen lassen, indem sie die Franchisebetriebe als Kollektivgesellschaften konstituieren, die nicht als juristische Personen gelten.
■ Dass Franchisebetriebe eine GmbH oder AG bilden, ist aber keineswegs zwingend. Sofern die Franchisenehmerin eine natürlich Person ist, lässt sich das Bundesgerichtsurteil nicht auf den Franchisebetrieb anwenden. Es stellt sich dann die Frage, ob die Franchisenehmerin über ausreichende unternehmerische Freiheiten verfügt, damit ihr Betrieb als Familienbetrieb gelten kann.
■ Wie bereits ausführlich dargelegt, handelt es sich bei Coop Pronto um Franchisesystem, das den Franchisenehmer/innen einen ausgesprochen engen Handlungsspielraum überlässt. Die Einschätzung des Seco und der kantonalen Behörden, wonach die Abhängigkeit von Coop es nicht zulasse, die Pronto-Shops als Familienbetriebe einzustufen, kann nicht generell auf Franchisebetriebe erweitert werden. Zumindest das Seco ist jedoch in der Frage, ob Franchisebetriebe Familienbetriebe bilden können, zurückhaltend und bürdet die Beweislast tendenziell den Franchisenehmerinnen auf. In der Wegleitung zum Arbeitsgesetz hält es fest, dass der Franchisebetrieb wegen der Weisungsbefugnis der Franchisegeberin in der Regel nicht einem Familienbetrieb gleichzustellen sei. Weil beide Parteien grosse Freiheiten bei der Ausgestaltung des Franchisevertrags besässen, sei es jedoch nicht auszuschliessen, dass «in manchen Fällen Franchisenehmer doch als Familienbetriebe gelten. Voraussetzung dafür wären die alleinige wirtschaftliche Haftung und die unabhängige Geschäftsführung. Im Zweifelsfall muss der Franchisenehmer beweisen, dass er durch den Vertrag nicht wirtschaftlich gebunden ist (z.B. keine Gewinnbeteiligung des Franchisegebers) und das Geschäft unabhängig führen kann, d.h. es dürfen keine arbeitsorganisatorischen Verpflichtungen in Bezug auf die Personalpolitik, Öffnungszeiten, etc. im Vertrag festgelegt sein» (Seco 2012, 004-1/004-2).

7 Fallbeispiele

Weil keine zuverlässigen Angaben zur Entwicklung des Franchising in der Schweiz vorliegen und weil Franchiseverträge im Detail sehr unterschiedlich ausgestaltet sein können, wurden in Absprache mit der Auftraggeberin fünf Franchisesysteme im Detailhandel für eine genauere Darstellung ausgewählt, davon zwei aus der Modebranche: Migrolino, Coop Pronto, Spar, Esprit und Tally Weijl.

Für diese Fallbeispiele sollen die Entwicklung und Verbreitung des jeweiligen Systems, die Konditionen des Franchising, Konkurse von Franchisenehmerinnen und allfällige Arbeitskonflikte dargestellt werden. Letztere betreffen nicht nur das Verhältnis von Franchisenehmer/innen und Franchisegeber/innen, sondern auch die Arbeitsbedingungen der Angestellten von Franchisenehmer/innen. Unsere Recherchen stützen sich dabei auf folgende Quellen:

- Im Internet auffindbare Informationen, insbesondere Selbstdarstellungen der Franchisesysteme
- Geschäftsberichte der Franchisegeber/innen
- Zeitungsberichte
- Direkte Nachfragen bei Franchisegeberinnen (Telefon, E-Mail)
- Konkursmeldungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt
- Von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellte Dokumente

Die Recherche entpuppte sich als schwierig. Keine der Franchisegeber/innen war auf Anfrage bereit, nähere Informationen zu den Vertragsbedingungen oder gar einen Beispielvertrag zu übermitteln. Auch statistische Kennzahlen zur Verbreitung der Franchisesysteme wurden nur in Ausnahmefällen zugestellt. Die Geschäftsberichte – sofern veröffentlicht – enthalten zwar in der Regel einige Eckwerte zum Franchising, erlauben aber keine vertiefteren Analysen. Der Detailgrad der folgenden Ausführungen ist deshalb stark davon abhängig, wie weit die ausgewählten Franchisesysteme Gegenstand von Medienberichten waren.

7.1 Coop Pronto Shops

Verbreitung

Grundsätzlich: Das Convenience-Geschäft gilt als der grösste Wachstumszweig des Schweizer Lebensmittelhandels. Unter Convenience-Shops werden dabei kleinflächige Geschäfte mit einem eher hochpreisigen und schmalen Sortiment verstanden, das den Schwerpunkt im Lebensmittelbereich und dort auf sofort zu konsumierenden Produkten hat. Convenience Shops setzen auf die Bequemlichkeit ihrer Kunden und sind oft an externe Frequenzzubringer gebunden (Bahnhöfe, Tankstellen); typischerweise haben sie lange Öffnungszeiten. Das Umsatzvolumen des Convenience-Bereichs in der Schweiz wurde 2008 auf 4.3 Milliarden Franken geschätzt (Handelszeitung vom 8.7.2008).

Die Coop Mineralöl AG, die als Coop Pronto auf dem Markt auftritt, gilt als Marktführerin auf dem schweizerischen Convenience-Markt. Coop Mineralöl ist 1972 unter dem Namen OK Coop AG als hundertprozentige Tochtergesellschaft von Coop gegründet worden; seit 1988 ist die deutsche Tochtergesellschaft von ConocoPhillips mit einem Minderheitsanteil von 49 Prozent mitbeteiligt.[12]

1995 wurde das Shop-Konzept von Coop Pronto ganz auf die Convenience-Kundschaft ausgerichtet und in der Folge das Verkaufsnetz stark ausgebaut.[13] 2008 zählte Coop Pronto 208 Filialen, 2013 waren es

[12] http://de.wikipedia.org/wiki/Coop_Mineraloel (eingesehen am 2.5.2014)
[13] http://de.wikipedia.org/wiki/Coop_Mineraloel (eingesehen am 2.5.2014)

261 Shops (Geschäftsbericht 2013, S. 17). Etwas mehr als 200 Coop Pronto-Shops sind Tankstellen angegliedert, die übrigen befinden sie vor allem in Bahnhofsnähe und an Autobahnraststätten.[14]

Coop Mineralöl beschäftigt in den verschiedenen Unternehmensbereichen insgesamt rund 3'500 Mitarbeiter/innen. Pro Standort schafft Coop Pronto gemäss eigenen Angaben rund 10 bis 12 Arbeitsplätze (darunter auch Tankstellen ohne Shops). [15] Die Coop Pronto-Shops erwirtschafteten 2013 einen Nettoerlös von 742 Millionen Franken (Coop Geschäftsbericht 2013, S. 17).

Konditionen des Franchising

Coop Pronto selber bezeichnet die Organisationsform ihrer Shops als Franchisesystem und die Shop-Betreiber/innen als Franchisenehmer/innen.[16] Faktisch allerdings wird den Interessent/innen ein Pakt von Verträgen unterbreitet, dessen Herzstück ein Pachtvertrag für den jeweiligen Standort bildet, der im Eigentum der CMAG steht oder von dieser in Untermietete weitergegeben wird. Ein eigentlicher Franchisevertrag, der so bezeichnet würde, ist im Paket nicht enthalten (Kull/Fierz 2013, S. 358).

Die Tankstellenbetreiber/innen sind verpflichtet, eine GmbH zu gründen, die als Pächterin auftritt. Alle GmbH werden mit identischen Statuen bei einem von der CMAG bestimmten Notar gegründet. Das Stammkapital der GmbH von 50'000 Franken wird zu 90% von den Shop-Betreiber/innen und zu 10% von der CMAG aufgebracht. Innerhalb der GmbH sind die Mehrheitsverhältnisse jedoch diametral anders ausgestaltet: Dem Shop-Betreiber oder der Shop-Betreiberin sind zwei Mitarbeitende der CMAG als weitere Geschäftsführende zur Seite gestellt. Weil gemäss den vorgegebenen Gesellschaftsstatuen nach Kopfstimmen (und nicht nach Beteiligung am Stammkapital) abgestimmt wird, ist die GmbH faktisch von der CMAG kontrolliert (Kull/Fierz 2013, S. 358f.).

Die Unternehmensbedingungen der Betreiber/innen von Coop Pronto-Shops waren in den letzten Jahren mehrfach Gegenstand kritischer Medienberichte. Sie sind in Abschnitt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** bereits ausführlich dargestellt worden. Zusätzlich zu den dort aufgeführten Sachverhalten ist das Franchisesystem von Coop Pronto durch folgende Elemente gekennzeichnet:

■ Neben ihrem Anteil am Stammkapital der GmbH müssen die Shop-Betreiber/innen für die Erstbeschaffung des Inventars aufkommen. Dieses beläuft sich auf rund 100'000 Fr.
■ In den letzten Jahren hat die CMAG zumindest mit einzelnen Betrieber/innen Verträge von lediglich sechs Monaten Laufzeit abgeschlossen. Angesichts der Investitionen, welche die Shop-Betreiber/innen tätigen, ist diese Laufzeit sehr kurz und bietet keinen ausreichenden Investitionsschutz (Tages-Anzeiger vom 2.4.2012, S. 37).
■ Der Wohnsitz der Shop-Betreiber/innen sollte sich vorzugsweise in der Nähe des Arbeitsorts befinden.[17]

Konflikte und Konkurse

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt gab es in den letzten fünf Jahren **Konkursmeldungen** von insgesamt 23 Betreiber/innen von Coop Pronto-Shops, fast die Hälfte davon im Jahr 2009. Von allen fünf untersuchten Fallbeispielen ist dies mit Abstand die höchste Zahl. Sie dürfte unter anderem damit zusammenhängen, dass die CMAG – vermutlich 2009 – die Pachtzinsen neu regelte und keinen fixen Betrag mehr erhob, sondern diesen vom Umsatz abhängig machte. Gemäss Medienberichten konnte dies im

[14] http://www.coop-pronto.ch/home/ueber_uns/unternehmen/taetigkeitsbereiche.html (eingesehen am 2.5.2014). – Gemäss der Schweizer Erdöl-Vereinigung gab es in der Schweiz Anfang 2014 insgesamt 1328 Tankstellenshops (http://www.erdoel-vereinigung.ch/UserContent/Shop/Tankstellen_2013_Beilage_1.pdf; eingesehen am 2.6.2014). Weil die entsprechende Tabelle nur die Marke der Tankstellen enthält, sind keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die Unternehmenszugehörigkeit der Shops möglich.
[15] http://www.coop-pronto.ch/home/ueber_uns/unternehmen/taetigkeitsbereiche.html (eingesehen am 2.5.2014)
[16] http://www.coop-pronto.ch/home/stellenmarkt/jobs_shop-unternehmer/shop-unternehmer.html (eingesehen am 2.5.2014)
[17] http://www.coop-pronto.ch/home/stellenmarkt/jobs_shop-unternehmer/shop-unternehmer.html (eingesehen am 2.5.2014)

Einzelfall bedeuten, dass sich der Pachtzins um das Achtfache erhöhte (K-Tipp vom 21.4.2009; Beobachter vom 20.1.2012, S. 37ff.).

Zudem wurde moniert, dass die **Konditionen des Warenbezugs kartellrechtlich bedenklich** sind: Die Shop-Betreiber/innen müssen sämtliche Waren zu vorgegebenen Einkaufs- und Verkaufspreisen bei Coop bestellen. Zwar sind Bezugsvorschriften in den meisten Franchisesystemen zu finden. Doch geht es dabei meistens um Artikel einer bestimmten Marke, die Franchisegeberin ist, oder um ein System wie etwa McDonald's. Die Coop Pronto-Shops dagegen verkaufen mit Ausnahme der Eigenmarke von Coop Produkte, die es auch anderswo gibt. Die Shop-Betreiber/innen dürfen diese Produkte aber nicht bei Dritten kaufen. Dabei käme es sie teilweise – etwa bei Red Bull-Energydrinks – sogar günstiger, die Produkte zum Endverbrauchspreis in Coop-Supermärkten zu beschaffen (Tages-Anzeiger vom 2.4.2012, S. 37).

Mindestens zwei Shop-Betreiber/innen haben gegen die CMAG Klage eingereicht (Tages-Anzeiger vom 2.4.2012, S. 37). Einer dieser Fälle ist in Abschnitt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** näher dargelegt.

Neben der massiven Kritik an den Unternehmensbedingungen der Franchisenehmer/innen geriet Coop Pronto auch in die Schlagzeilen, weil in Stellenausschreibungen für Shop-Betreiber/innen ausdrücklich **Grossfamilien** gesucht werden. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom Juli 2013 hielt Coop Pronto daran fest. So wurde noch Anfang Mai 2014 eine Stelle für eine/n Shop-Betreiber/in ausdrücklich als «Familienbetrieb» ausgeschrieben und unter «Anforderungen» festgehalten: «Als Familienunternehmen nutzen Sie die Möglichkeiten und bieten Ihren Kunden an 365 Tagen im Jahr mit einem offenen Shop Convenience beim Einkauf an».[18] Gemäss Informationen der Unia werden zurzeit mehrere Coop Pronto-Shops von GmbH in Kollektivgesellschaften umgewandelt. Weil letztere keine juristischen Personen bilden, könnte es möglich sein, dass sie als Familienbetriebe gelten und das Bundesgerichtsurteil für sie wirkungslos bleibt.

Gemäss Angaben der CMAG wurden im Herbst 2013 7 von damals 57 Coop Pronto-Shops ohne Tankstelle als Familienbetriebe geführt (Tages-Anzeiger vom 5.9.2013).

Was die **Arbeitsbedingungen von Angestellten der Shop-Betreiber/innen** betrifft, empfiehlt die CMAG den Shop-Betreiber/innen, ihre Mitarbeiter/innen nach Bedingungen des GAV für Coop-Angestellte zu beschäftigen (Swissinfo vom 18.6.2012). In einer «Empfehlung für Mindestlöhne» hält die CMAG zuhanden der Franchisenehmer/innen fest, dass sie «faire und gute Anstellungsbedingungen für absolut zwingend [hält], um auf diese Weise motiviertes und qualifiziertes Personal zu gewinnen und längerfristig beschäftigen zu können». Das Dokument enthält Mindestlohnempfehlungen für Schüler/innen mit befristeten und unbefristeten Arbeitsverträgen, die (im Jahr 2011) von 14 Franken pro Stunde (netto) für 15-Jährige bis zu 20.80 Fr. für 20-Jährige und ältere reichen.[19] Für Hilfspersonal wird ein «angemessene[r] Lohn» empfohlen, «welcher entsprechend den Anforderungen der Arbeit tiefer als der empfohlene Mindestlohn festgelegt werden darf».

Eine Vorlage für einen Arbeitsvertrag, der vermutlich zum selben Dokument gehört, sieht bei einem Vollzeitpensum von 41 Stunden pro Woche einen Bruttolohn von 3'700 Fr. (2011; 2014: 3'800 Fr.[20]) vor. In ergänzenden Bestimmungen sind unter anderem Überstunden (Abgeltung mit Freizeit von gleicher Dauer

[18] http://www.coop-pronto.ch/home/stellenmarkt/jobs_shop-unternehmer/content/0/text_files/file2/document/Basel_Familie_Nov2013.pdf (eingesehen am 2.5.2014)

[19] 2014 beträgt die Empfehlung für 20-Jährige und ältere 21.35 Fr. (20 Minuten online vom 1.5.2014: http://www.20min.ch/schweiz/news/story/Migrolino-Personal-schuftet-zu-Tiefloehnen-25411606; eingesehen am 5.5.2014).

[20] 20 Minuten online vom 1.5.2014: http://www.20min.ch/schweiz/news/story/Migrolino-Personal-schuftet-zu-Tiefloehnen-25411606; eingesehen am 5.5.2014.

innerhalb von 6 Monaten oder Lohnzuschlag von 25%) geregelt, 13. Monatslohn, Ferien (5 Wochen pro Kalenderjahr bis zum 49. Altersjahr, danach 6 Wochen), Lohnzuschlag bei Sonn- bzw. Feiertagsarbeit (50% bei vorübergehender Sonn- und Feiertagsarbeit bis 6 Tage pro Kalenderjahr), Lohnfortzahlung bei Krankheit (100% von 1. bis 30. Krankheitstag, 80% von 31. bis 730. Krankheitstag), Lohnfortzahlung bei Unfall (100% von 1. bis 2. Unfalltag, 80% von 3. bis 730. Unfalltag), Lohnfortzahlung bei Mutterschaft (80% des Bruttolohns während 98 Tagen) und Kündigungsfristen (7 Tage während Probezeit, 1 Monat während 1. Dienstjahr, 3 Monat während 2. Dienstjahr, danach 3 Monate; sofortige Auflösung aus wichtigen Gründen vorbehalten.

Die Verbindlichkeit dieser Vertragsvorlage ist unklar. Teilweise wird von Medien und Shop-Betreiber/innen festgehalten, dass die Arbeitsbedingungen der Mitarbeitenden detailliert vorgegeben seien. Gemäss Darstellung der CMAG handelt es sich um Empfehlungen.[21]

7.2 Migrolino

Verbreitung

Die Migros startete ursprünglich mit den Avec-Shops, einer Kooperation mit Valora und SBB, in den Convenience-Bereich[22]. Die Idee bestand darin, kleinere und mittlere Bahnhöfe als Treffpunkte mit Einkaufsmöglichkeiten, Kiosk und Café aufzuwerten. 1999 wurden die ersten drei Avec-Standorte eröffnet, 2000 die Cevanova AG durch Migros, Valora und SBB gegründet. 2006 zählte man 51 Avec-Shops, 2008 96 Shops.

2008 wurde das Joint Venture zwischen Migros und Valora aufgelöst, nachdem die SBB bereits 2005 ausgestiegen war. Die bestehenden und geplanten Standorte wurden zwischen den ehemaligen Partnern aufgeteilt. Valora übernahm die Marke Avec, während die cenanova ag zu 100% eine Tochterfirma des Migros Genossenschafts-Bundes wurde. Die Cevanova AG führte rund 60 Standorte unter dem Namen Migrolino weiter (PME, Mai 2011, S. 55).

Im selben Jahr wurde eine Zusammenarbeit mit Shell aufgegleist: Die Migros räumt Shell das Recht ein, die grössten Migrol-Tankstellen zu beliefern; im Gegenzug wurden an ausgewählten Shell-Tankstellen neu Migrolino-Shops eröffnet (Handelszeitung vom 8.7.2008).[23] Die Zahl der Migrolino-Shops erhöhte sich bis Mitte 2011 auf 171 Standorte (Aargauer Zeitung vom 4.8.2011, S. 11), 2012 zählte man 194 Shops. Der Nettoerlös aus Lieferungen und Leistungen belief sich im selben Jahr auf 224 Mio Fr.[24]

Bis Ende 2013 sollten zusätzlich 55 Esso-Shops auf Migrolino umgerüstet werden. Basis bildet eine Zusammarbeit mit Socar, dem aserbeidschanischen Staatskonzern, welcher die Esso-Tankstellen in der Schweiz übernommen hat (Handelszeitung vom 11.4.2013, S. 10; Handelszeitung vom 14.6.2012, S. 13). Socar tritt dabei als Masterfranchisepartner in Erscheinung.[25] Sofern dieser Prozess termingerecht verlief, gab es Ende 2013 ungefähr 250 Migrolino-Shops; exakte Zahlen waren zum Zeitpunkt der Berichterstattung nicht verfügbar.

Migrolino ist aufgrund der Firmengeschichte traditionell stark an den Bahnhöfen, während die Expansion an den Tankstellen mit Verzögerung erfolgte. Ende 2012 befanden sich aber immerhin drei Viertel der

[21] 20 Minuten online vom 1.5.2014: http://www.20min.ch/schweiz/news/story/Migrolino-Personal-schuftet-zu-Tiefloehnen-25411606; eingesehen am 5.5.2014.

[22] Die Ausführungen in diesem und dem nächsten Abschnitt beruhen auf Angaben auf der Hompage von Avec (Über uns > Seit 1999 am Markt: http://www.avec.ch/de/ueberavec/geschichte/; aufgerufen am 2.5.2014).

[23] Vgl. auch http://www.migrol.ch/desktopdefault.aspx/tabid-90/135_read-111/ (eingesehen am 2.5.2014).

[24] http://m12.migros.ch/die-migros-gruppe/die-strategischen-geschaeftsfelder/handel (eingesehen am 2.5.2014)

[25] http://m12.migros.ch/die-migros-gruppe/die-strategischen-geschaeftsfelder/handel (eingesehen am 2.5.2014)

Migrolino-Shops an Tankstellen (WoZ vom 13.12.2012). Weitere Standorte sind Raststätten und attraktive City-Lagen.

Gemäss Angaben aus Presseberichten werden sämtliche Migrolino-Shops im Franchising betrieben (Aargauer Zeitung vom 4.8.2011, S. 11; Handelszeitung vom 14.6.2012, S. 13). Gemäss Selbstdarstellung auf der Migrolino-Hompage vergibt die Migrolino AG «ihr Konzept an individuelle Franchisenehmer, die ‚ihr' multifunktionales Dienstleistungszentrum auf eigene Rechnung und Verantwortung betreiben».[26]

Konditionen des Franchising

Gemäss den verfügbaren Informationen müssen die Franchisenehmer/innen von Migrolino-Shops die folgenden Leistungen erbringen und Bedingungen erfüllen:[27]

■ Startkapital bei Convenience Shop ohne Tankstelle: 150'000 Fr., davon 25'000 Fr. Systemgebühr, 75'000 Fr. Betriebskapital, 50'000 Fr. Garantieleistung.
■ Startkapital bei Convenience Shop mit Tankstelle: 225'000 bis 250'000 Fr., davon 25'000 Fr. Systemgebühr, 100'000 Fr. Betriebskapital, 100'000 Fr. Garantieleistung (bei GmbH: 125'000 Fr.).
■ Franchisegebühr für Nutzung des Objekts und Konzepts.
■ Wo gesetzlich möglich, bleibt der Convenience-Shop während 7 Tagen in der Woche geöffnet. Die Öffnungszeiten richten sich nach den lokalen Gegebenheiten.
■ Die Franchisenehmer/innen sollten nicht weiter als 20 bis 20 Minuten vom Standort entfernt wohnen
■ Das Shopsortiment basiert auf dem Migrolino-Konzept und ist zu einem Grossteil standardisiert. Die Preispolitik ist an Migros angelehnt (Grenchner Tagblatt vom 23.9.2010).

Die Migrolino AG als Franchisegeberin bietet ihrerseits die folgenden Leistungen:

■ Ladenlokal wird von der Franchisegeberin «schlüsselfertig und eingerichtet» gestellt
■ Ladenkonzept (multifunktionales Dienstleistungszentrum)
■ Individuelle Shoplösung (Lokalität, Billetverkauf, Shop im Shop) mit einem Mix aus Migros- und Markenprodukten
■ Langjährige Mietverträge, die von Franchisegeberin abgeschlossen werden
■ Schulung, Know-how, Ausbildung und Coaching
■ Brand und Brandwerbung
■ Kundenbindungsinstrumente (Cumulus)

Konflikte und Konkurse

Anders als Coop Pronto gab es über Migrolino in den letzten Jahren keine Presseberichte, die Hinweise auf missbräuchliche Bestimmungen in Franchiseverträgen enthielten. Auch die Zahl der **Konkursmeldungen** ist gering: Im Handelsamtsblatt wurde in den letzten fünf Jahren nur eine Konkursmeldung publiziert (2011).

Das Franchisesystem von Migrolino geriet aus zwei anderen Gründen in die Schlagzeilen: Wegen der Arbeitsbedingungen der Mitarbeitenden und der Qualifikation der Migrolino-Shops als Familienbetriebe.

Der Kassensturz berichtet 2011 über die **Arbeitsbedingungen einer Mitarbeiterin**, die als Angestellte eines Franchisenehmers zunächst in einem Shell- und dann in einem Migrolino-Shop arbeitete.[28] Sie

[26] http://www.migrolino.ch/portrait#franchising (eingsehen am 2.5.2012)
[27] Sofern nicht anders angegeben, stammen die Informationen aus der Homepage von Migrolino und dem dort abrufbaren Antragsformular: http://www.migrolino.ch/portrait#franchising (eingesehen am 2.5.2014)
[28] Sofern nicht anders vermerkt, beruhen die folgenden Ausführungen auf dem Bericht des Kassensturzes: http://www.srf.ch/konsum/themen/umwelt-und-verkehr/hungerloehne-bei-shell-und-migrolino (eingesehen am 2.5.2014)

leistete Arbeit auf Abruf für einen Netto-Stundenlohn von 16.65 Fr. und kam damit auf ein monatliches Einkommen von 1500 bis 2500 Fr. Vor Schichtbeginn und nach Schichtbeginn leistete sie stundenlange Gratisarbeit, weil die vorgesehenen beiden Viertelstunden für das Auffüllen der Regale, Brot backen, Putzen des Shops und Abrechnen der Kasse nicht ausreichten. Während der Arbeitszeit konnte sie keine Pause einlegen. Stimmte die Kase nicht, so konnte der Arbeitgeber (d.h. Franchisenehmer) laut Vertrag die Differenz vom Lohn abziehen.

Der Migros-Mediensprecher gestand gegenüber dem Kassensturz zu, dass im vorliegenden Fall nachgewiesenen Verletzungen von arbeitsrechtlichen Bestimmungen inakzpetabel seien. Der Migros seien aber die Hände gebunden, weil in betreffenden Fall eine Partnerschaft mit Shell vorliege und der Shop-Betreiber einen Franchisevertrag mit Shell habe. Es sei Sache von Shell, die Einhaltung des Arbeitsgesetzes durchzusetzen. Die Migros könne einzig in Gesprächen mit Shell darauf hinwirken. Rückblickend legte der Unternehmensleiter von Migrolino zudem Wert auf die Feststellung, dass es sich um einen Einzelfall gehandelt habe (WoZ vom 13.12.2012).

Erst kürzlich wurde aber ein weiterer Fall publik, in dem eine Mitarbeiter/in eines Migrolino-Shops lediglich einen Nettlohn von 17.25 Fr. erzielte. In diesem Fall führte die Migros nun als Begründung an, dass die Franchisenehmer/innen bei der Anstellung von Mitarbeitenden nicht an den GAV gebunden seien. Deshalb könne der Lohn der Verkäufer/innen – im Rahmen des Arbeitsrechts – von Shop zu Shop variieren.[29]

Ähnlich wie Coop Pronto suchte Migrolino in Stellenausschreibungen für Franchisenehmer/innen zeitweise aktiv nach **Grossfamilien**. Gemäss Auskunft der Migros wurden im Herbst 2013 aber nur zwei Migrolino-Standorte als Familienbetriebe geführt (Tages-Anzeiger vom 5.9.2013) – wobei allerdings aus dem Medienbericht nicht ganz klar hervorgeht, ob sich diese Zahl auf alle Shops oder nur diejenigen ohne Tankstelle bezieht.

7.3 Spar

Verbreitung

Im Unterschied zu Coop Pronto und Migrolino geht es beim Fallbeispiel Spar nicht primär um Franchising im Convenience-Bereich. Die Spar-Gruppe ist ein schweizerisches Familienunternehmen mit Sitz in Gossau. Im Jahr 1989 erwarb das Familien-unternehmen die Spar-Lizenz für die gesamte Schweiz von der in Amsterdam ansässigen Spar International.

Spar Schweiz verkauft Lebensmittel im Detailhandel über drei Absatzkanäle: Die «normalen» Spar-Supermärkte, Eurospar-Märkte mit einem erheblich erweiterten Angebot und grösseren Verkaufsfläche sowie Spar-Express im Convenience-Bereich. Ende 2013 zählt Spar insgesamt 184 Standorte, davon 158 Supermärkte, 11 Eurospar und 15 Spar-Express.[30] Der Umsatz betrug im selben Jahr 589 Mio. Fr. (Jahresbericht 2013 Spar Gruppe Schweiz, S. 7).

Spar ist erst 2012 in das Convenience-Geschäft eingestiegen, hat aber vor, in diesem Bereich stark zu expandieren. 2012 übernahm die Spar Gruppe die Tochtergesellschaft Contashop AG der Oettinger Davidoff Group als Betreiberin von 45 Tankstellenshops (Mediemitteilung Spar Gruppe vom 29.5.2012). Alle Shops mit 300 Mitarbeitenden wurden weitergeführt und werden nun teilweise auf Spar-Express umgestellt (NZZ am Sonntag vom 14.4.2013, S. 33).

[29] 20 Minuten online vom 1.5.2014: http://www.20min.ch/schweiz/news/story/Migrolino-Personal-schuftet-zu-Tiefloehnen-25411606; eingesehen am 5.5.2014.

[30] Spar Jahresbericht 2013, S. 7; Angaben zu Eurospar-Filialen gemäss Filialenverzeichnis auf der Spar-Homepage: http://www.spar.ch/spar-maerkte/ (eingesehen am 2.5.2014).

Erfahrungen mit Franchising hat Spar Schweiz hat seit der Gründung vor 24 Jahren. Heute werden rund zwei Drittel der Spar-Märkte von Franchisenehmer/innen geführt – 116 Supermärkte und 9 Spar-Express (Jahresbericht 2013 Spar Gruppe Schweiz, S. 7). Die übrigen Märkte sind unternehmenseigene Filialen.

Konditionen des Franchising

Gemäss der Homepage von Spar können Franchisenehmer/innen Spar-Märkte ab einer Ladenfläche von 300 m2 übernehmen.[31] Die Franchisenehmer/innen müssen ein Eigenkapital von 150'000 Fr. einbringen, dessen Aufteilung nach Verwendungszweck ist auf der Homepage nicht ersichtlich. Sie verpflichten sich zur Einhaltung von Richtlinien, die der Pflege der Marke Spar dienen.

Spar bietet den Franchisenehmer/innen Unterstützung bei Standortanalyse, Beratung und Unterstützung, Ladenbau und Ladenauftritt, Sortimentsvielfalt und -wahl, Kassenlösungen, Werbung und Treuhand.

Konflikte und Konkurse

In den letzten fünf Jahren wurde im Handelsamtsblatt ein **Konkurs** eines als Franchisebetrieb geführten Spar-Supermarktes gemeldet (2011). Medienberichte über missbräuchliche Bestimmungen im Franchisesystem von Spar wurden keine gefunden. Zwar gab es in der Lokalpresse vereinzelte Meldungen über Franchisenehmer/innen von Spar, die sich aus dem Geschäft zurückziehen. Die Berichte bringen dies jedoch nicht in Zusammenhang mit dem Franchising, sondern führen wachsender Konkurrenz im Detailhandel als Grund an (Aargauer Zeitung vom 11.8.2011, S. 38; Oltener Tagblatt vom 23.12.2009, S. 25).

Am Rande eine Rolle spielte das Franchising beim Streik von Angestellten des Dättwiler Spar-Tankstellenshops im Sommer 2013: Wie sich herausstellte, sollte der Shop in derselben Phase vom Filialsystem an eine selbständige Franchisenehmer/in überführt werden, die bereits einen anderen Spar-Markt in derselben Gemeinde betreute (Aargauer Zeitung vom 21.6.2013). Der geplante Wechsel war jedoch kein Grund für den Streik; dieser hatte seine Ursachen in den Arbeitsbedingungen im Filialsystem. Gemäss Spar wären die Anstellungsverhältnisse im Franchisesystem unverändert geblieben. Seitens der Unia wurde moniert, dass sich Spar auf diese Weise aus der Verantwortung ziehen wolle (Work vom 21.6.2013, S. 3). Zudem forderte die Unia von Spar, die über keinen Gesamtvertrag verfügt, einen solchen für alle Mitarbeitenden – inklusive der Angestellten in den Franchisebetrieben (St. Galler Tagblatt vom 12.9.2013, S. 9).

7.4 Esprit

Verbreitung

In der Kleiderbranche gibt es mehrere Franchisesysteme – neben den hier betrachteten Fallbeispielen gehören dazu beispielsweis auch Benetton und Mango.

Der internationale Modekonzern Esprit wurde 1968 in San Francisco gegründet. Erste Geschäfte in der Schweiz wurden in den 1980er Jahren eröffnet, ein Franchisesystem in der Schweiz besteht seit 1985. Neben den Franchisebetrieben verfügt Esprit in der Schweiz auch über Geschäfte, die im Filialsystem geführt werden.

Aktuell verfügt Esprit in der Schweiz über 27 Franchisebetriebe, wobei die Franchisenehmer/innen teilweise mehrere Stores betreiben (Multi unit-Franchising).[32] Die Store-Website verzeichnet für die Schweiz insgesamt 76 Geschäfte. Die Zahl der Franchisebetriebe hat in den letzten Jahren markant abgenommen. Mitte 2009 gab es in der Schweiz 81 Esprit-Stores, davon wurden 47 von Franchisenehmer/innen betrie-

[31] Sofern nicht anders vermerkt, beruhen die Ausführungen auf diesem und dem folgenden Abschnitt auf Informationen der Homepage von Spar Schweiz: http://www.spar.ch/franchising/spar-partner/konzeption/; http://www.spar.ch/franchising/spar-partner/voraussetzungen/ (beide eingesehen am 2.5.2014).

[32] E-Mail von Gaby Brönimann, Country Expansion Manager Switzerland von Esprit, 3.4.2014.

ben (franchiseErfolge, April/Mai 2010, S. 39). Gemäss Auskunft von Gaby Brönimann, Country Expansion Manager Switzerland von Esprit, hat dies hat in erster Linie mit Storeschliessungen zu tun, welche von den Partner nicht mehr weiterbetrieben wurden. Zudem wurden einige Franchisebetriebe in das Filialsystem von Esprit übernommen.[33]

Konditionen des Franchising

Über die Konditionen für die Franchisenehmer/innen ist in öffentlich zugänglichen Dokumenten fast nichts zu erfahren. Bekannt ist einzig, dass zur Erfolgskontrolle ein regelmässiges und detailliertes Reporting durchgeführt wird.[34]

Esprit bietet den Franchisenehmer/innen in folgenden Bereichen Unterstützung:

- Vermittlung von Know How; je nach Standort wird Storecluster ausgewählt, um eine optimale Sortimentstruktur zu gewährleisten
- Schulung des Personals, Weiterbildungen
- Professionelle Unterstützung bei Fragen der visuellen Verkaufsförderung und der Shop-Führung
- Weltweite «Point of Sale»-Display- Aktionen
- Individueller Werbeservice steht zur Verfügung
- Merchandising-Teams unterstützen Eröffnung

Esprit ist als einziges der fünf untersuchten Fallbeispiele Mitglied im Schweizer Franchise-Verband.

Konflikte und Konkurse

Trotz des starken Rückgangs an Esprit-Franchisebetrieben verzeichnete das Handelsamtsblatt in den letzten fünf Jahren nur eine Konkursmeldung (2012). In den Medien konnten keine Berichte über missbräuchliche oder problematische Bedingungen für Franchisenehmer/innen gefunden werden.

Bekannt ist, dass Esprit in den vergangenen Jahren weltweit mit markanten Umsatzeinbussen zu kämpfen hatte, wobei rund 80 Prozent der Waren auf dem europäischen Markt verkauft werden. 2008 hatte der Umsatz von Esprit seinen Höhepunkt erreicht und war der Modekonzern international die Nummer 4 hinter Gap, H&M und Zara. Seither ist der Umsatz um einen Fünftel zurückgegangen; im Geschäftsjahr 2012/13 schrieb der Konzern erstmals seit seinem Börsengang 1993 einen Verlust (Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 1.12.2013, S. 29; Frankfurter Allgemeine vom 20.7.2012, S. 17). Esprit wird deshalb umgebaut; international wurden schlecht laufende Läden geschlossen und Stellen abgebaut; auch zog sich der Konzern aus einigen Ländern zurück.[35]

7.5 Tally Weijl

Verbreitung

Das Unternehmen wurde 1984 von Tally Elfassi Weijl und Beat Grüring im Kanton Solothurn gegründet. Der erste Tally Weijl-Store wurde 1987 in Fribourg eröffnet. Anfang der 1990er-Jahre entwickelte Tally Weijl ein eigenes Storekonzept und eröffnete weitere Stores in der Schweiz mit ersten Franchisepartner/innen. Die Expansion ausserhalb der Landesgrenzen setzte 1997 ein.

[33] E-Mail von Gaby Brönimann, Country Expansion Manager Switzerland von Esprit, 5.5.2014.

[34] http://www.franchiseverband.ch/Home/FRANCHISE-SYSTEME/Mitglieder/ESPRIT-Switzerland-Distribution-AG.aspx (eingesehen am 5.5.2014)

[35] http://www.nzz.ch/wirtschaft/newsticker/textilkette-esprit-spart-sich-aus-der-krise-1.18227529 (eingesehen am 5.5.2014).

Heute ist Tally Weijl mit 799 eigenen und per Franchising geführten Läden in 38 Ländern vertreten und beschäftigt mehr als 3'000 Mitarbeiter/innen; die Zahl der Mitarbeiter/innen in der Schweiz wurde 2009 mit 500 angegeben.[36] Tally Weijl erwirtschaftete 2011 einen Aussenumsatz von 515 Millionen Euro.

Nähere Angaben zur Anzahl der Franchisebetriebe in der Schweiz waren bei Tally Weijl auf mehrfache Anfrage nicht erhältlich. Der Konzern publiziert keine öffentlich zugänglichen Geschäftsberichte.

Konditionen des Franchising

Sehr knapp sind auch die Angaben zu den Konditionen des Franchising. Bekannt ist, dass die Franchisenehmer/innen bereits über ein geeignetes Ladenlokal in bester Lage verfügen und Erfahrungen aus dem Einzelhandelsgeschäft mitbringen müssen. Das Ladenbaukonzept müssen die Franchisenehmer/innen selber finanzieren. Tally Weijl stelle den Franchisenehmer/innen umgekehrt Know-How, ein «bewährtes Konzept» und «ein umfangreiches Leistungspaket» zur Verfügung.[37]

Konflikte und Konkurse

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt erschienen in den letzten fünf Jahren keine Konkursmeldungen, die Tally Weijl betrafen. Die Medienberichterstattung zu Tally Weijl ist zwar aus mehreren Gründen kritisch (mangelnde Transparenz, Arbeitsbedingungen in Herstellerbetrieben, Werbekampagnen, Lohnpolitik), soweit ersichtlich gehören die Konditionen der Franchisenehmer/innen aber nicht dazu.

Tally Weijl gehört zu den Textilkonzernen, die auch im branchenineternen Vergleich deutlich unterdurchschnittliche Löhne zahlen. Zurzeit gibt es Verkäufer/innen, die trotz zweijähriger Ausbildung nur 3470 Fr. pro Monat (auf Vollzeit hochgerechnet) verdienen (Basellandschaftliche Zeitung vom 9.4.2014, S. 30). Dieser Sachverhalt lässt sich jedoch kaum direkt mit dem Franchisesystem in Verbindung bringen.

[36] http://www.franchiseportal.ch/franchise-news/Franchise-Geber-Tally-Weijl-plant-100-neue-Geschaefte.htm (eingesehen am 5.5.2014)

[37] https://www.tally-weijl.com/de/company/partner.html (eingesehen am 5.5.2014)

8 Gewerkschaftliche Handlungsfelder

Wie ist das Franchising im Detailhandel nun aus gewerkschaftlicher Sicht zu beurteilen? Wo eröffnen sich Handlungsfelder und wie könnte die Unia darin aktiv werden?

8.1 Stellung der Angestellten von Franchisenehmer/innen

Weil es im Detailhandel keinen allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag gibt, sind die Angestellten von Franchisenehmer/innen in der Regel nicht dem GAV des Franchisegebers unterstellt. Dieser Sachverhalt ist aus gewerkschaftlicher Sicht als sehr problematisch einzustufen.

Zwar lässt sich nicht belegen, dass die Franchisenehmer/innen die fehlende Verbindlichkeit von GAV-Bestimmungen *systematisch* ausnutzen: Bezüglich der Unterschreitung des dort festgelegten Lohnniveaus sind mehrere Fälle von Migrolino-Angestellten bekannt. Die schwierigen Arbeitsbedingungen in Spar-Tankstellenshops und die Niedriglohnpolitik von Tally Weijl lassen sich nicht ursächlich auf das Franchisesystem zurückführen, sie bestehen (auch) in Filialbetrieben. Das Franchisesystem macht es aber erheblich schwieriger, diesen Missbräuchen Einhalt zu gebieten, weil sich die mächtigen Franchisegeber aus der Verantwortung ziehen können. Denn für die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse der Franchisebetriebe sind die Franchisenehmer/innen als Kleinunternehmer/innen zuständig. Zudem scheint die Annahme plausibel, dass es einen Zusammenhang gibt zwischen ausbeuterischen Bedingungen für Franchisenehmer/innen und den Anstellungsverhältnissen ihres Personals: Je höher der Druck auf den Franchisenehmer/innen, desto schlechter dürfte tendenziell auch die Situation ihrer Angestellten sein.

Die fehlende Verbindlichkeit der GAV für die Angestellten von Franchisenehmer/innen wiegt besonders schwer, weil die Arbeitsbedingungen im Detailhandel generell häufig durch niedrige Löhne und prekäre Anstellungsverhältnisse gekennzeichnet sind. Speziell gilt dies für den Convenience-Bereich mit den typischerweise langen Öffnungszeiten. Der starke Ausbau dieses Boom-Bereichs geschah in den letzten Jahren hauptsächlich über das Franchising. Letztlich spielt es aber keine Rolle, ob das Franchisesystem in der Absicht aufgezogen wurde, einen GAV zu umgehen oder nicht: Fakt ist, dass der Schutz des GAV für die Arbeitnehmenden in einem besonders heiklen Umfeld entfällt.

Das Problem wäre gelöst, wenn für die gesamte Schweiz gelingen würde, was in einzelnen Kantonen (z.B. Neuenburg) bereits der Fall ist: Nämlich **im Detailhandel einen Branchen-GAV abzuschliessen** und die Voraussetzungen für dessen **Allgemeinverbindlichkeit** zu erreichen. Dazu gehört u.a. die Anforderungen, dass mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber/innen und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer/innen, auf die der Geltungsbereich ausgedehnt werden soll, am GAV beteiligt sind. Dabei könnte allerdings gerade die Bedeutung des Franchising im Detailhandel eine Herausforderung bilden, weil es wegen des Franchising eine Vielzahl von kleinen Arbeitgeber/innen (d.h. Franchisenehmer/innen) gibt, die in beträchtlicher Zahl dem GAV beitreten müssen, damit das erforderliche Quorum erreicht ist.

Als alternative Lösungsansätze sind unterschiedliche Strategien denkbar, die allerdings alle auch gewisse Lücken oder Nachteile aufweisen:

■ **GAV mit Verband der Tankstellenshop-Betreiber/innen**: Entsprechende Verhandlungen hat die Unia bereits aufgenommen. Das Problem des fehlenden GAV-Schutzes für Angestellte von Franchisenehmer/innen könnte damit in einem sehr wichtigen Bereich, aber nicht vollständig gelöst werden. Vermutlich wären bereits die Convenience-Shops an anderen Standorten (Bahnhöfe, City-Lagen, Autobahnraststätten) davon ausgenommen und selbstredend alle Angestellten von Franchisenehmer/innen im Detailhandel ausserhalb des Convenience-Geschäfts.

■ **Erweiterung bestehender Firmen-GAV auf die Angestellten von Franchisenehmer/innen**: Dieser Vorschlag ist von der Unia bereits mehrfach lanciert worden; soweit ersichtlich, ist es aber bisher noch

nirgends gelungen, eine solche Erweiterung durchzusetzen. Vereinzelt ist eine fakultative Erweiterung möglich: So hat die Valora seit 2012 einen GAV, dem sich Agenturen und Franchisebetriebe freiwillig anschliessen können. Inwieweit eine verbindlichere Regelung allenfalls an rechtliche Schranken stossen würde, wäre genauer abzuklären.

■ **Integration entsprechender Bestimmungen in die Franchiseverträge**: Grundsätzlich wäre es denkbar, dass die Arbeitsbedingungen von Angestellten der Franchisebetriebe in den Franchiseverträgen festgehalten werden. Diese Bestimmungen hätten dann allerdings nicht den Charakter eines GAV, weil sie lediglich in einem Einzelvertrag festgehalten wären. Der mögliche Einwand, dass auf diese Weise die unternehmerische Freiheit der Franchisenehmer/innen unzulässig beschnitten würde, erscheint nicht sehr zwingend: Immerhin sind auch die analogen GAV-Bestimmungen mit der unternehmerischen Freiheit der darauf verpflichteten Unternehmen vereinbar.

■ **Aufnahme entsprechender Bestimmungen in den Ehrenkodex des Franchiseverbandes**: Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Franchiseverband ein Interesse daran hat, die Qualität und Professionalität des Franchising zu sichern. Ob er bereit wäre, den Ehrenkodex um Bestimmungen zur Anstellung von Beschäftigten in Franchisebetrieben zu erweitern, wäre zu prüfen. Ein Vorbehalt des Verbandes könnte darin bestehen, dass sich der Ehrenkodex eng an das Vorbild des Ehrenkodex der European Franchise Federation (EFF) anlehnt, der keine solchen Bestimmungen enthält (vgl. oben Kapitel 3). Aus gewerkschaftlicher Sicht ist anzumerken, dass die Lösung nicht sehr durchschlagskräftig wäre: Der Ehrenkodex ist nicht rechtsverbindlich, der Organisationsgrad des Franchiseverbandes begrenzt.

Relativ gut dürften die Chancen sein, **die Öffentlichkeit für das Problem zu sensibilisieren**: Gerade Migros und Coop geniessen das Image von Arbeitgebern mit sozialer Verantwortung. Dass sie ihre Marke im Franchising einsetzen, ohne aber den Erwartungen an ihre soziale Verantwortung gerecht zu werden, dürfte in der breiten Öffentlichkeit kaum verstanden werden. Die Imagefrage präsentiert sich somit um einiges einfacher als die Rechtsfrage. Auch wäre allenfalls zu prüfen, inwieweit zweifelhafte Franchisingpraktiken in Debatte um die «Corporate Social Responsability» von Unternehmen aufgegriffen und thematisiert werden können.

8.2 Franchisebetriebe als Familienbetriebe

Hauptsächlich im Convenience-Bereich mit den typischerweise langen Öffnungszeiten versuchen Franchisegeber/innen offenkundig, die arbeitsrechtlichen Vorschriften zu umgehen, indem Franchisebetriebe als Familienbetriebe konzipiert werden. Dieses Handlungsfeld ist von der Unia seit längerem erkannt.

8.3 Stellung der Franchisenehmer/innen

Es besteht kein Zweifel, dass Franchisesysteme im Detailhandel für die Franchisenehmer/innen teilweise ausgesprochen nachteilig ausgestaltet sind. Das deutlichste Beispiel hierfür ist Coop Pronto. Der krass eingeschränkte Handlungsspielraum der Pächter/innen von Coop Pronto-Shops kann aber nicht als typischer Fall von Franchising gelten. Im Gegenteil ist fraglich, ob es sich bei Coop Pronto überhaupt um ein Franchisesystem handelt. Obwohl von der Coop Mineralöl AG so bezeichnet, fehlt dem Vertragspaket ein eigentlicher Franchisevertrag. Für die anderen untersuchten Franchisesysteme fehlen detaillierte Angaben zu den Franchiseverträgen, die es erlauben würden, den Status der Franchisenehmer/innen genauer zu bestimmen.

In der Gerichtspraxis ist die Abgrenzung von Franchisevertrag und Arbeitsvertrag nicht abschliessend geklärt. Fest steht jedoch, dass die Auffassung, wonach alle Franchisenehmer/innen gewissermassen per Definition Arbeitnehmer/innen oder Scheinselbständige sind, in der Rechtsprechung keinen Rückhalt findet. Die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Franchisegeber gilt als gerechtfertigt und mit der Selb-

ständigkeit der Franchisenehmer/innen vereinbar, wenn sie der Markenpflege, der Qualitätssicherung und dem einheitlichen Auftritt nach aussen dient. An deren Gewährleistung haben nicht nur die Franchisegeber/innen ein Interesse, sondern generell auch die Franchisenehmer/innen: Das Image und die Qualität der Marke sind für ihre wirtschaftlichen Erfolgschancen entscheidend.

Wie die juristische Lehre anerkennt, ist dem Franchising aber in den meisten Fällen systembedingt ein **Kräfteungleichgewicht zwischen Franchisegeber/innen und Franchisenehmer/innen** inhärent. Das macht sie anfällig auf Missbrauch seitens der Franchisegeber/innen. Zwar können sich die Franchisenehmer/innen genau aus diesem Grund auf rechtliche Schutzbestimmungen beziehen, insbesondere dann, wenn ihre Position klar dem Franchisegeber oder der Franchisegeberin ungeordnet ist. Dies allein stärkt ihre Position aber noch nicht hinreichend. Dass Gerichtsurteile zum Franchising in der Schweiz eine Ausnahme sind, dürfte auch damit zusammenhängen, dass das Prozessrisiko für die Franchisenehmer/innen gross ist – zumal dann, wenn sie kein vereinfachtes arbeitsgerichtliches Verfahren erwirken können.

Für die Franchisenehmer/innen kann sich eine verstärkte Selbstorganisation auszahlen. Studien aus den USA zeigen, dass Franchiseverträge in Systemen, in welchen die Franchisenehmer/innen Interessensverbände haben, für diese im Durchschnitt vorteilhafter ausfallen (Argyres/Bercovitz 2009). Soweit ersichtlich, ist der Organisationsgrad der Franchisenehmer/innen in der Schweiz gering. Für die Unia stellt sich die Frage, ob es eine gewerkschaftliche Aufgabe sein kann und soll, dem entgegenzusteuern. Unseres Erachtens gibt es mehrere Gründe, die dagegen sprechen, sich als Gewerkschaft generell und unterschiedslos für Franchisenehmer/innen einzusetzen und deren Organisationsgrad zu verbessern:

■ **Divergierende Interessen**: Viele Franchisenehmer/innen sind einerseits den Franchisegeber/innen, andererseits aber selber auch Arbeitgeber/innen. Also solche können ihre Interessen erheblich von gewerkschaftlichen Anliegen abweichen. Deutlich zeigte sich dies beispielsweise bei der Mindestlohn-Initiative: Hier wurde argumentiert, dass diverse Franchisebetriebe schliessen müssten, wenn die Initiative angenommen würde (Handelszeitung vom 30.4.2014, S. 5).
■ **Selbstverständnis**: Die meisten Franchisenehmer/innen dürften sich aus freien Stücken dafür entschieden haben, einem Franchisesystem beizutreten. Sie haben entweder bereits eine Geschichte als selbständige Unternehmer/innen hinter sich oder verlassen vermutlich sehr bewusst ein früheres Angestelltenverhältnis. Inwieweit sie sich durch Gewerkschaften angesprochen oder vertreten fühlen, ist fraglich. Bezeichnenderweise lehnt etwa der Präsident des Deutschen Franchise-Nehmer Verbandes – dem Namen zum Trotz – die Begriffe «Franchisenehmer/in» und «Franchisegeber/in» ab und zieht «Franchise-Unternehmer/in» (anstelle von Franchisenehmer/in) und «Systemleiter/in» vor.[38]
■ **Aufwand**: Festzustellen, ob Franchiseverträge die Franchisenehmer/innen benachteiligen, ist im Detail sehr komplex, weil dies stark vom konkreten Franchiseprojekt und vertraglichen Einzelheiten abhängt. Ob sich für eine Gewerkschaft der Aufwand lohnt, sich dieses Fachwissen anzueignen, ist fraglich.

Grenzt man das Handlungsfeld stärker ein, so eröffnen sich aber durchaus Optionen:

■ **Fokus auf besonders schwachen Franchisenehmer/innen**: Gewerkschaftliches Engagement macht grundsätzlich für Franchisenehmer/innen Sinn, die sich in einer besonders schwachen Position befinden und sich kaum als Unternehmer/innen verstehen. Das trifft zum einen auf Personen zu, die aus einem Angestelltenverhältnis hinaus in ein Franchisesystem gedrängt wurden (oder auch in ein Agentursystem wie bei den K-Kiosken von Valora). Zum anderen fallen darunter Franchisenehmer/innen, die wegen missbräuchlicher Franchiseverträge keine unternehmerische Freiheit besitzen und faktisch den Status von Arbeitnehmer/innen haben.

[38] http://www.dfnv.de/ (eingesehen am 6.5.2014).

■ **Missbrauch im Franchising anprangern**: Franchising im Detailhandel generell an den Pranger zu stellen, ist insofern ein nicht ganz unproblematische Strategie, als sie mit starken Vereinfachungen arbeitet und ausblendet, dass es durchaus für alle Beteiligten funktionierende Franchisesysteme geben kann. Die Unia braucht nicht zur aktiven Befürworter/in des Franchising zu werden – sie dürfte aber ihre Glaubwürdigkeit stärken, wenn sie nicht das Franchising an sich, sondern den Missbrauch im Franchising anprangert. Zudem eröffnen sich damit strategisch neue Möglichkeiten: Der Franchise Verband Schweiz reagiert auf Kritik an Franchisegeber/innen zwar häufig mit der Antwort, dass es überall schwarze Schafe gäbe. Jedoch spricht auch er sich für Nachhaltigkeit und gegen eine ausschliesslich expansive «Hü-Hott»-Politik von Franchisegeber/innen aus (Wildhaber 2014). Und es gibt Anzeichen dafür, dass die Missbrauchsbekämpfung dem Verband durchaus ein Anliegen ist. So ist beispielsweise der Anwalt, der einen Franchisenehmer gegen Coop Pronto vertritt, Fördermitglied des Franchise-Verbandes. Angesichts dessen wäre beispielsweise zu prüfen, ob ein Gütesiegel im Franchising (z.B. «Gutes Franchising und gute Arbeitsbedingungen») entwickelt werden könnte.

■ **Aufklären und Rechtssicherheit schaffen**: Wie erwähnt besteht momentan weder in der Gerichtspraxis noch in der juristischen Lehre Einigkeit darüber, wann Franchisenehmer/innen als Arbeitnehmer/innen gelten. Urteile in hängigen Prozessen, namentlich im Zusammenhang mit Coop Pronto, könnten in den kommenden Jahren für mehr Klarheit sorgen. Wenn es der Unia gelingt, diese Abgrenzung mit eingängigen Slogans und gleichzeitig sachlich zutreffend auf de Punkt zu bringen, könnte dies ihre Position als Anwältin der besonders benachteiligten Franchisenehmer/innen festigen. Gleichzeitig wären damit Kriterien zur Hand, um die Zielgruppe besser zu fassen. Für diese könnte die Unia durchaus massgeschneiderte Strategien entwickeln – beispielsweise wenn es darum geht, Franchising-Prozesse vor Arbeitsgericht (im vereinfachten Verfahren) statt vor allgemeine zivilgerichtliche Instanzen zu bringen.

9 Zitierte Literatur

Argyres, Nicholas, Janet Bercovitz (2009): The Impacts of Efficiendy and Bargaining Power on Contract Structure: Evidence from Franchising, Working Paper.

Baudenbacher, Carl (1992): Die Behandlung des Franchisevertrags im schweizerischen und europäischen Recht, in: Ernst A. Kramer (Hg.): Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern/Stuttgart/Wien, S. 365-419.

Dant, Rajiv P., Marko Grünhagen, Josef Windsperger (2011): Franchising Research Frontiers for the Twenty-First Century, in: Journal of Retailing 87 (3), S. 253–268.

Garmaier, Gerd (2009): Wirtschaftsethische Aspekte des Franchisings: Franchising als Instrument zur Überwindung von Dilemmastrukturen, Diss. phil. München.

Geiser, Thomas (1996): Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Erwin Murer (Hg.): Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? Freiburger Sozialrechtstag 1996, Bern, S. 43-90.

Gillis, William, Gary J. Castrogiovanni (2012): The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative, in: International Entrepreneurship and Management 8, S. 75–98

Grünhagen, Marko, Robert A. Mittelstaedt (2001), Franchising from the Franchisee Perspective: A Review of the Multi-Unit Franchising Paradox, in: International Journal of Entrepreneurship and Innovation, Heft 2, S. 73-80.

Hass, Jörg (2010): Steuerung und Kontrolle in Franchisesystemen. Diss. rer. pol. Berlin.

Huguenin, Claire u.a. (2012): Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich.

Kidwell, Roland E., Arne Nygaard (2011): A Strategic Deviance Perspective on the Franchise Form of Organizing, in: Entrepreneurship Theory and Practice 35 (3), S. 467-482.

Kieser, Ueli (2012): Alters- und Hinterlassenenversicherung (Rechtsprechung des bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht), 3. Auflage, Zürich.

Koller, Thomas, Beat Zirlick (2001): Rechtliche Einordnung, vorvertragliche Phase und Durchführung des Franchisevertrags im schweizerischen Recht, in:Reiner Schulze (Hg.): Franchising im europäischen Privatrecht, Baden-Baden, S. 49-84.

Kull, Michael (2002): Der Franchisevertrag im Schweizerischen Recht, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, Nr. 3., S. 101-104.

Kull, Michael (2013): Entscheidbesprechungen: Abgrenzung des Partnerschafts-Franchising zum Subordinations-Franchising und Folgen daraus, in: Aktuelle Juristische Praxis, Heft 6, S. 931-937.

Kull, Michael, Stefan Fierz (2013): Die Abgrenzungsproblematik zwishen aRbeits- und Franchisevertrag nach schweizerischem Recht, in: Zeitschrift für Vertriebsrecht 6, S. 358-361.

Lafontaine, Francine (1992):. Agency theory and franchising: Some empirical results, in: Rand Journal of Economics 23, S. 263-283.

Lanz, Raphael (1997): Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis, Nr. 12, S. 1463-1484.

Marsch, Diana (1999): Franchising im internationalen Rechtsverkehr. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung, Diss. Zürich.

Martinek, Martin (1987): Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, Heidelberg.

Nebel, Jürgen, Albrecht Schulz, Andrea Maria Wessels (1999): Das Franchise System. Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer, Neuwied.

Oxenfeldt, Alfred R., Anthony Kelly (1968): Will successful franchise systems ultimately become wholly-owned chains?, in: Journal of Retailing 44, S. 69-83.

Schuh, Pia-Maria (2008): Determinanten der Entscheidungen in Franchising-Netzwerken – empirische Analyse im österreichischen Franchisesektor, Diplomarbeit Universität Wien.

Stein-Wigger, Matthias (1999): Die Beendigung des Franchisevertrags. Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts, Diss. Basel.

Streiff, Ulli, Roger Rudolph, Adrian von Kaenel (2012): Arbeitsvertrag. Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich.

Tuunanen, Mika, Kimmo Hyrsky (2001): Entrepreneurial Paradoxes in Business Format Franchising: An Empirical Survey of Finnish Franchisees, in: International Small Business Journal 19 (4), S. 47-62.

Wasser, Ursula (1999): Franchising zwischen Arbeitsrecht und Handelsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Arbeitnehmerbegriff, Baden-Baden.

Wildhaber, Christoph (1991): Franchising im internationalen Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Schuldrechts und mit Hinweisen auf die Vertragsgestaltung namentlich unter IPR-Gesichtspunkten, Diss. St. Gallen.

Wildhaber, Christoph (2012): Vorb 184 ff / Franchisevertrag, in: Marc Amstutz, Amstutz, Peter Breitschmid Peter u.a. (Hg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich, S. 74-91.

Wildhaber, Christoph (2014): Franchising – schweizerischer als man denkt, in: Franchising Schweiz. Eine Themenzeitung von Mediaplanet.