



Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG

ROLAND MÜLLER



ANDRÉ BOMATTER

Viele Kleinbetriebe mit familiären Verbindungen sind als juristische Personen organisiert und führen dabei einen Franchisebetrieb. Ob solche Gesellschaften als Familienbetriebe i.S.v. Art. 4 ArG gelten können und somit vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind, wird in der kantonalen Verwaltungspraxis unterschiedlich beurteilt. Dieser Aufsatz zeigt anhand der Auslegung von Art. 4 ArG, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch juristische Personen als Familienbetriebe zu qualifizieren sind. Wesentlich ist dabei insbesondere, dass der Betrieb über einen engen personenbezogenen Hintergrund verfügt und sämtliche Gesellschafter Familienmitglieder i.S.v. Art. 4 Abs. 1 ArG sind. Aufgrund ihrer personenbezogenen Konzeption eignet sich die GmbH hierzu grundsätzlich besser als die AG.

Wird der Familienbetrieb als Franchisebetrieb geführt, sind weitere spezifische Voraussetzungen zu erfüllen, damit eine Qualifikation als Familienbetrieb in Frage kommt. Der Familienbetrieb als Franchisenehmer muss die alleinige wirtschaftliche Haftung tragen, über die organisatorische Unabhängigkeit verfügen und es darf keine Beteiligung des Franchisegebers am Familienbetrieb bestehen.

De nombreuses petites entreprises exploitées par des personnes d'une même famille sont organisées comme des personnes morales et exploitent des franchises. Les administrations cantonales ne traitent pas de la même manière la question de savoir si de telles sociétés peuvent être considérées comme des entreprises familiales au sens de l'art. 4 LTr, auquel cas elles sont exclues du champ d'application de la loi. Cet essai montre, sur la base de l'interprétation de l'art. 4 LTr, que dans certaines conditions, des personnes morales peuvent aussi être qualifiées d'entreprises familiales. Des critères essentiels sont que l'entreprise soit fortement liée aux personnes et que tous les associés soient des membres de la famille au sens de l'art. 4 al. 1 LTr. Conçue en relation avec les personnes, la Sàrl s'y prête en principe mieux que la SA.

Lorsque l'entreprise familiale est exploitée comme une franchise, il y a lieu de remplir des conditions supplémentaires spécifiques pour qu'une qualification en tant qu'entreprise familiale soit envisageable. L'entreprise familiale doit, en qualité de preneur de franchise, assumer l'entière responsabilité économique, présenter une indépendance organisationnelle et aucune de ses parts ne doit être détenue par le donneur de franchise.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Problemstellung
 2. Geltungsbereich
- II. Der Familienbetrieb gemäss Arbeitsgesetz
 1. Gesetzesnorm
 2. Entstehungsgeschichte
 3. Sinn und Zweck der Norm
- III. Qualifikation des Familienbetriebs i.S. des Arbeitsgesetzes
 1. Qualifikation des Betriebs im Allgemeinen
 2. Fehlende Legaldefinition des Familienbetriebs
 3. Definition des Begriffs durch Auslegung von Art. 4 ArG
 - a. Überblick der Auslegungsmethoden
 - b. Die grammatikalische Auslegung
 - c. Die teleologische Auslegung
 - d. Die historische Auslegung
 - e. Die geltungszeitliche Auslegung
 - f. Die systematische Auslegung
 - g. Die verfassungs- und völkerrechtliche Auslegung
 4. Die Anwendung in der Praxis
 5. Zwischenergebnis
- IV. Franchisebetriebe
 1. Keine gesetzliche Einschränkung
 2. Voraussetzungen für Franchisebetriebe als Familienbetriebe
 3. Kriterien für einen Franchisevertrag
- V. Zusammenfassung

ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Staat/SG Universitäten St. Gallen und Bern.

ANDRÉ BOMATTER, lic. iur. HSG, Juristischer Mitarbeiter bei Müller Eckstein Rechtsanwälte.

I. Einleitung

1. Problemstellung

Gemäss Art. 4 des Arbeitsgesetzes sind Familienbetriebe vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen. Dies ermöglicht Familienbetrieben eine flexible Ausgestaltung ihrer Geschäftspolitik, da sie den Schutzmechanismen des Arbeitsgesetzes nicht unterworfen sind. So können denn etwa Familienbetriebe ihre Geschäfte auch an Sonntagen oder in der Nacht öffnen und haben sich nicht zwingend an Höchstarbeitszeitlimits etc. zu halten¹.

Umstritten ist dabei die Frage, ob unter den Begriff Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG auch juristische Personen subsumiert werden können. Literatur und Rechtsprechung haben sich mit dieser Problematik bis anhin noch kaum auseinandergesetzt und die Praxis der kantonalen Behörden weist erhebliche Differenzen auf. Für viele kleine Familienunternehmen im Kleid einer juristischen Person besteht demnach eine erhebliche Rechtsunsicherheit betreffend der Frage, ob sie dem Arbeitsgesetz unterstellt sind oder nicht. Auch all jene Familienbetriebe, welche ihre Unternehmen (z.B. Tankstellen-Shops) als

¹ Vorbehalten bleiben freilich die kantonalen Bestimmungen über die Ladenöffnungszeiten.

Franchisebetriebe führen, wissen oft nicht genau, ob sie noch als Familienbetriebe im Sinne von Art. 4 ArG gelten oder ob der Franchisegeber als «indirekter» Arbeitgeber (Dritter mit delegiertem Weisungsrecht) zu betrachten ist.

Zur Klärung dieser Rechtsunsicherheiten soll in diesem Aufsatz auf folgende Fragestellungen eingegangen werden:

1. Kann es sich bei einem Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG generell auch um eine juristische Person handeln?
2. Bestehen für die Qualifikation einer juristischen Gesellschaft als Familienbetrieb gegebenenfalls bestimmte Voraussetzungen, die es zu erfüllen gilt?
3. Unter welchen Voraussetzungen können juristische Personen, welche als Franchisenehmer tätig sind, als Familienbetrieb gelten?

2. Geltungsbereich

Das Arbeitsgesetz dient dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine vollständige Kodifikation des Arbeitsschutzrechtes². Das Arbeitsgesetz enthält zahlreiche Mechanismen zum Schutz der Arbeitnehmerschaft. Es stellt unter anderem Schutzbestimmungen auf betreffend Gesundheitsschutz, Höchstarbeitszeiten (wöchentlich und täglich), Überzeitarbeit, Ruhezeit, Nacharbeit und Sonntagsarbeit. Die Sonntagsarbeit ist beispielsweise gemäss Art. 18 ArG zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr grundsätzlich untersagt. Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit bedürfen der Bewilligung³.

Das Arbeitsgesetz ist, unter Vorbehalt der Art. 2 bis 4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe (Art. 1 ArG). Der Geltungsbereich erfasst entgegen des irreführenden Titels «Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel» sämtliche Wirtschaftszweige⁴. Das Gesetz sieht in Art. 2 Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich⁵ und in Art. 3 Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich⁶ vor. Ungeachtet des-

sen sind jedoch die Vorschriften über den Gesundheitsschutz nach Art. 6, 35 und 36a ArG auf die in Art. 3a ArG aufgezählten Betriebs- und Personenkategorien anwendbar. Bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern können zudem durch Verordnung von bestimmten Vorschriften ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist⁷.

In Art. 4 ArG werden schliesslich die Familienbetriebe vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen. Die reinen Familienbetriebe werden gemäss Art. 4 Abs. 1 ArG vom betrieblichen Geltungsbereich des Gesetzes nicht erfasst. Bei den gemischten Familienbetrieben nach Abs. 2 werden demgegenüber die engsten Verwandten im Sinne von Abs. 1 vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen⁸. Auf die übrigen Arbeitnehmer ist das Arbeitsgesetz vollumfänglich anwendbar.

II. Der Familienbetrieb gemäss Arbeitsgesetz

1. Gesetzesnorm

Gemäss Art. 4 ArG sind Familienbetriebe wie folgt vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen:

¹ Das Gesetz ist nicht anwendbar auf Betriebe, in denen lediglich der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner des Betriebsinhabers, seine Verwandten in auf- und absteigender Linie und deren Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner sowie seine Stiefkinder tätig sind.

² Sind im Betrieb auch andere als die in Absatz 1 erwähnten Personen tätig, so ist das Gesetz nur auf diese anwendbar.

³ Auf jugendliche Familienmitglieder im Sinne von Absatz 1 können einzelne Vorschriften des Gesetzes durch Verordnung anwendbar erklärt werden, soweit dies zum Schutze von Leben und Gesundheit der Jugendlichen oder zur Wahrung der Sittlichkeit erforderlich ist.

Das Gesetz sieht keine weitere Definition der Begriffe Familienbetrieb oder Betriebsinhaber vor. Die Ausnahme vom Geltungsbereich des Gesetzes nach Art. 4 erfasst nur Betriebe und Arbeitnehmer, die ansonsten gemäss Art. 1 bis 3 ArG dem Gesetz unterstehen würden⁹.

2. Entstehungsgeschichte

Die Arbeitsschutzgesetzgebung gehört in historischer Hinsicht zu einem eher jungen Rechtsgebiet, welches sich

² HANS PETER TSCHUDI/THOMAS GEISER/RÉMY WYLER, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), ArG-Kommentar, Bern 2005, Einleitung N 1 f.

³ Art. 19 Abs. 1 ArG. Die Kantone können darüber hinaus höchstens vier Sonntage pro Jahr bezeichnen, an denen Arbeitnehmer in Verkaufsgeschäften ohne Bewilligung beschäftigt werden dürfen.

⁴ ROLAND A. MÜLLER, Kommentar Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009, Art. 1 ArG N 1.

⁵ Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden, Unternehmen des öffentlichen Verkehrs, Landwirtschaftsbetriebe, Gärtnereibetriebe, Fischereibetriebe sowie private Haushaltungen.

⁶ Z.B. Leitende Arbeitnehmer, Wissenschaftler, Künstler, Heimarbeiter, Handelsreisende etc.

⁷ Art. 27 Abs. 1 ArG.

⁸ Vgl. WALTHER HUG, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, Vorbemerkungen N 1; ROLAND A. MÜLLER (FN 4), Art. 4 ArG N 1 f.

⁹ ROLAND A. MÜLLER (FN 4), Art. 4 ArG N 1.

im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit der Industrialisierung und der damit einhergehenden Situation in den Fabriken entwickelt hat. Zum Schutz der Gesundheit der Fabrikarbeiter griff der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Bestimmungen ein. Nachdem bereits einige Kantone entsprechende Regelungen erlassen hatten¹⁰, erfolgte 1877 auf Bundesebene das Fabrikgesetz, welches 1914 weitreichend ausgebaut wurde. Für Arbeitnehmer in anderen Gewerben bestanden hingegen noch keine umfassenden Schutzbestimmungen auf Bundesebene¹¹. Mit der Schaffung des Arbeitsgesetzes wurde das Ziel verfolgt, den Geltungsbereich der Arbeitsschutzgesetzgebung des Bundes auf diejenigen Arbeitnehmer auszudehnen, welche noch nicht dem Geltungsbereich des Fabrikgesetzes unterstellt waren¹².

Die Bestimmung, wonach Familienbetriebe vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind, wurde unter expliziter Bezugnahme auf Art. 3 lit. a^{bis} der Vollzugsverordnung zum Fabrikgesetz sowie den von der Schweiz ratifizierten internationalen Übereinkommen Nr. 5, 6, 14 und 89 erlassen¹³. Der Bundesrat vertrat die Ansicht, dass es nicht mit den erwähnten Völkerrechtsverträgen im Einklang stehen würde, in die familienrechtlichen Verhältnisse einzugreifen¹⁴. Der Gesetzesentwurf sah vor, dass das Gesetz nicht anwendbar sein soll auf Betriebe, in denen lediglich der Ehegatte des Arbeitgebers, seine Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie und deren Ehegatten sowie seine Stief- und Adoptivkinder tätig sind¹⁵. Auf weitere Familienmitglieder (z.B. Geschwister oder Nichten/Neffen) sollte das Gesetz in vollem Umfang anwendbar erklärt werden. Der Bundesrat begründete dies mit dem weniger engen familienrechtlichen Verhältnis und dem Umstand, dass diese Personen in der Regel nicht in Hausgemeinschaft leben würden¹⁶.

In den parlamentarischen Beratungen war Abs. 1 – ganz im Gegensatz zur Regelung der gemischten Familienbetriebe nach Abs. 2 – unbestritten. Diese Bestimmung bezweckt, dem Grundsatz Rechnung zu tragen, dass sich das öffentliche Recht nicht in familienrechtliche Verhältnisse zwischen Ehegatten und zwischen Eltern

und Kindern einmischen solle¹⁷. Auf Vorschlag der ständerätlichen Kommission wurde in Abs. 1 im Sinne einer Terminologievereinheitlichung der Begriff «Arbeitgeber» mit dem Begriff «Betriebsinhaber» ersetzt¹⁸. Weder die Botschaft noch das Parlament äusserten sich explizit zur Frage, ob juristische Personen als Familienbetriebe gelten können. Für den Gesetzgeber war offensichtlich klar, dass diese Unterscheidung nicht von Bedeutung ist. Im Mittelpunkt standen vielmehr die familienrechtlichen Banden und deren Personenkreis und weniger die gesellschaftsrechtliche Organisationsform.

3. Sinn und Zweck der Norm

Die Bestimmung von Art. 4 ArG soll verhindern, dass sich der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Bestimmungen in innerfamiliäre Verhältnisse einmischt. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die familiären Banden und Verpflichtungen einen genügenden Schutz bieten und öffentlich-rechtliche Bestimmungen deshalb obsolet seien¹⁹. Diese Schlussfolgerung wird in der Lehre teilweise kritisiert, weil in der Praxis gerade auch in Familienverhältnissen die Gefahr von Ausbeutung und Überforderung der Arbeitnehmer bestehen würde²⁰.

III. Qualifikation des Familienbetriebs i.S. des Arbeitsgesetzes

1. Qualifikation des Betriebs im Allgemeinen

Als Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes gilt gemäss Art. 1 Abs. 2 ArG jede Arbeitsorganisation, in der mindestens ein Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt wird. Feste Betriebseinrichtungen oder Anlagen werden nicht zwingend vorausgesetzt²¹. Der Begriff Betrieb umfasst grundsätzlich sämtliche Gesellschaftsformen. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person, eine Person des öffentlichen

¹⁰ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Pionierrolle, welche der kleine Bergkanton Glarus in der Entwicklung des Arbeitnehmerschutzes gespielt hat.

¹¹ TSCHUDI/GEISER/WYLER (FN 2), Einleitung N 3 ff.

¹² BBl 1960 914.

¹³ Zu diesen Bestimmungen siehe hinten III.3.d.

¹⁴ BBl 1960 949 f.

¹⁵ BBl 1960 1033.

¹⁶ BBl 1960 950.

¹⁷ Sten. Bull. NR 1962 154 ff.; Sten. Bull. SR 1963 29 ff.

¹⁸ Sten. Bull. SR 1963 30; BBl 1964 I 558.

¹⁹ THOMAS GEISER, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 4 ArG N 3; GERHARD GERHARDS/PETER METZGER, Repetitorium zum schweizerischen Arbeitsrecht, 2. A., Bern 1997, 103.

²⁰ ROLAND A. MÜLLER (FN 4), Art. 4 ArG N 1; GERHARDS/METZGER (FN 19), 103.

²¹ SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, 5. Überarbeitung, Bern 2010, Art. 1 Abs. 2 ArG.

oder des privaten Rechts handelt oder ob die Rechtspersönlichkeit gänzlich fehlt²². Der Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes ist nicht zwingend mit dem Arbeitgeber identisch²³. Er ist jenes Unternehmen, welches die Direktionsgewalt ausübt beziehungsweise die Arbeit organisiert²⁴.

2. Fehlende Legaldefinition des Familienbetriebs

Im Gegensatz zum Begriff des Betriebs enthält das Arbeitsgesetz keine Definition für den Begriff Familienbetrieb und hat auch nie eine solche enthalten. Aus dem Gesetzestext ist zu schliessen, dass das wesentliche Definitionskriterium des Familienbetriebs in der familienrechtlichen Beziehung zwischen dem Betriebsinhaber und den Arbeitnehmern liegt. Sind mehrere Personen Inhaber eines Betriebs, so darf kein Mitinhaber eine nicht verwandte oder verschwägte Person im Sinne von Art. 4 ArG sein, ansonsten kann kein Familienbetrieb vorliegen. Für die familienrechtliche Beziehung ist auf die Formalbeziehung abzustellen. Unwesentlich ist, ob diese Beziehung real gelebt wird oder ob eine Hausgemeinschaft besteht oder nicht²⁵. Ein weiteres Merkmal des Familienbetriebs besteht darin, dass der Betriebsinhaber und seine Familienmitglieder die alleinige wirtschaftliche Haftung für den Betrieb tragen. Die Geschäftsführung muss des Weiteren zwingend in der Hand des Betriebsinhabers liegen²⁶.

Gemäss Art. 4 Abs. 1 ArG muss die familienrechtliche Beziehung zwischen dem Mitarbeiter und dem Betriebsinhaber bestehen. Die rechtliche Unsicherheit, ob eine juristische Person als Familienbetrieb gelten kann oder nicht, liegt im Wesentlichen darin begründet, dass der Begriff des Betriebsinhabers vom Gesetz nicht klar definiert wurde. GEISER vertritt die Ansicht, dass der Betriebsinhaber jene Person sei, welcher der Betrieb gehört und diesen auch leitet. Eine juristische Person komme somit nicht als Familienbetrieb in Frage, da zwischen einer juristischen Person und einem Arbeitnehmer kein verwandtschaftliches Verhältnis bestehen könne. Diese Aussage beruht

auf der impliziten Annahme, dass die juristische Person mit dem Betriebsinhaber gleichzusetzen sei²⁷. In der Lehre finden sich darüber hinaus keine weiteren expliziten Stellungnahmen zur Definition des Betriebsinhabers im Sinne von Art. 4 ArG. Immerhin deutet die Definition von Art. 4 ArG durch REHBINDER, wonach das Arbeitsgesetz nicht für Familienbetriebe gelte, in denen ausschliesslich Angehörige derselben Familie beschäftigt sind, darauf hin, dass juristische Personen auch als Familienbetriebe gelten können²⁸. Diese Meinung wird beispielsweise auch in ständiger Praxis vom Regierungsrat beziehungsweise vom Arbeitsinspektorat des Kantons Basel-Stadt vertreten²⁹.

3. Definition des Begriffs durch Auslegung von Art. 4 ArG

Aufgrund der fehlenden Legaldefinition und den bestehenden Unklarheiten ist die wahre Bedeutung der Gesetzesnorm von Art. 4 Abs. 1 ArG anhand der verschiedenen Auslegungsmethoden zu ermitteln. Gestützt auf diese Auslegung kann letztlich die Frage beantwortet werden, ob juristische Personen als Familienbetriebe gelten können oder nicht.

a. Überblick der Auslegungsmethoden

Ausgangspunkt der Auslegung einer Gesetzesnorm bildet ihr Wortlaut. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung von Normen ist nach dem Methodenpluralismus vorzugehen, der keiner Auslegungsmethode einen

²² GERHARDS/METZGER (FN 19), 103; HUG (FN 8), Art. 1 ArG N 12.

²³ Sten. Bull. SR 1963 30; GEISER (FN 19), Art. 1 ArG N 7 f. Der Begriff Betrieb nach ArG ist weiter gefasst, als der Betriebsbegriff, den das OR bei der Betriebsübernahme nach Art. 333 f. OR verwendet.

²⁴ RUDOLF CANNER/RENÉ SCHOOP, Arbeitsgesetz, 2. A., Zürich 1976, Art. 1 ArG N 6.

²⁵ GEISER (FN 19), Art. 4 ArG N 6.

²⁶ SECO (FN 21), Art. 4 ArG Allgemeines.

²⁷ GEISER (FN 19), Art. 4 ArG N 7.

²⁸ MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, N 429.

²⁹ Regierungsratsbeschluss vom 10. Mai 2011 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt (WSU/P115061); Bewilligungsgesuch-formular für Familienbetriebe des Arbeitsinspektorats des Kantons Basel-Stadt (siehe <http://www.awa.bs.ch/ladenoeffnungszeiten-gesuch-familienbetreffendpdf>, besucht am 18.5.2012). Anderer Meinung ist hingegen der Kanton Basel-Landschaft; vgl. Merkblatt 06/10 des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit BL (<http://www.baselland.ch/fileadmin/baselland/files/docs/vsd/kiga/merkblatt/verkauf.pdf>, besucht am 18.5.2012).

grundsätzlichen Vorrang zuerkennt. Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht³⁰. Aus Art. 27 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969³¹ ergibt sich überdies die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts.

b. Die grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut von Art. 4 ArG schliesst juristische Personen als Familienbetriebe (franz.: *entreprises familiales*; ital.: *aziende familiari*) nicht explizit aus. Ein Familienbetrieb kann von seiner Wortbedeutung her ohne Weiteres auch eine juristische Person sein. Wesentliches Merkmal des Familienbetriebs ist gemäss dem Gesetzestext die familienrechtliche Beziehung der Arbeitnehmer zum Betriebsinhaber. GEISER geht davon aus, dass der Betriebsinhaber bei einer juristischen Person die Gesellschaft selbst sei und demnach auch kein Verwandtschaftsverhältnis zu den Arbeitnehmern bestehen könne³². Dieser engen Auslegung ist nicht zu folgen, denn der Begriff Betriebsinhaber unterscheidet sich gerade von den Begriffen Betrieb oder Arbeitgeber. Dass diese Begriffe nicht gleichzusetzen sind, ergibt sich bereits aus dem historischen Willen des Gesetzgebers³³. Beim Betriebsinhaber handelt es sich um den Besitzer und Leiter der Gesellschaft³⁴. Während die juristische Person demnach als Betrieb beziehungsweise Arbeitgeber zu qualifizieren ist, trifft dies nicht per se auf den Begriff Betriebsinhaber zu. So liegen die Leitung und der Besitz einer GmbH, in welcher lediglich der Familienvater oder das Ehepaar Gesellschafter und Geschäftsführer sind, bei diesen natürlichen Personen. Folglich kann auch ein Verwandtschaftsverhältnis zu diesen Betriebsinhabern bestehen.

Dass es sich beim Betriebsinhaber einer juristischen Person nicht zwingend um die Gesellschaft selbst handelt, geht auch aus dem französischen Gesetzestext (*chef de l'entreprise*) hervor. Dies verdeutlicht, dass es sich beim Betriebsinhaber um jene Person handelt, welche als Befehlsgeber beziehungsweise als Geschäftsführer die Arbeitsorganisation leitet und gegenüber den Arbeitgebern Weisungen erteilt und eben nicht zwingend mit der

juristischen Form der Gesellschaft gleichzusetzen ist³⁵. Auch das Bundesgericht geht in diese Richtung, wenn es schreibt, dass *Geschäftsinhaber* und ihre Familienangehörigen nicht dem Arbeitsgesetz unterstehen³⁶.

c. Die teleologische Auslegung

Die Ausnahme der Familienbetriebe vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes soll verhindern, dass sich der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Bestimmungen in innerfamiliäre Angelegenheiten mischt. Die familiären Verpflichtungen und Banden würden einen genügenden Schutz der familieninternen Arbeitnehmer bieten³⁷. Bezüglich des Sinns und Zwecks der Norm gibt es keine ersichtlichen Gründe, weshalb ein Familienbetrieb nicht als juristische Person organisiert sein könnte. Entscheidend sind einzig die familienrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und dem Betriebsinhaber beziehungsweise, dass lediglich Angehörige derselben Familie im Betrieb beschäftigt sind. Es ist nicht schlüssig, weshalb es bei einer GmbH, in welcher lediglich Familienangehörige beteiligt und beschäftigt sind, zu einer staatlichen Einmischung in innerfamiliäre Verhältnisse kommen soll, derselbe Betrieb jedoch vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen wäre, wenn er als Kollektivgesellschaft oder Einzelunternehmen organisiert wäre.

d. Die historische Auslegung

Der Gesetzgeber wollte mit der Schaffung von Art. 4 ArG verhindern, dass sich das öffentliche Recht in familienrechtliche Verhältnisse zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern einmischt³⁸. Die juristischen Personen wurden nicht explizit von den Familienbetrieben aufgenommen. Aus dem historischen Willen ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen hätte machen wollen. Darauf kam es ihm ja gerade nicht an, solange die familienrechtlichen Banden zwischen den Angestellten und dem Betriebsinhaber vorliegen. Ein klares Indiz dafür, dass der Gesetzgeber die juristischen Perso-

³⁰ BGE 133 V 57, E. 6.1; BGE 131 II 697, E. 4.1; siehe zum Ganzen auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008, Rz. 90 ff., 127 ff., 148 ff. und 162 ff.

³¹ SR 0.111.

³² GEISER (FN 19), Art. 4 ArG N 7.

³³ Vgl. Sten. Bull. SR 1963 30 und vorne II.2.

³⁴ GEISER (FN 19), Art. 4 ArG N 7.

³⁵ Diese Unterscheidung zwischen Betriebsinhaber und der Rechtsform der Gesellschaft macht auch das Arbeitsinspektorat des Kantons Basel-Stadt in seinem Bewilligungsgesuch für Familienbetriebe (siehe FN 29).

³⁶ BGE 130 I 279 E.2.3.1.

³⁷ GEISER (FN 19), Art. 4 ArG N 3; HUG (FN 8), Art. 4 ArG N 1; GERHARDS/METZGER (FN 19), 103.

³⁸ Sten. Bull. NR 1962 154 ff.; Sten. Bull. SR 1963 29 ff.

nen nicht von den Familienbetrieben ausschliessen wollte, besteht in der Änderung des Begriffs «Arbeitgeber» zu «Betriebsinhaber» im Rahmen der parlamentarischen Debatte³⁹. Innerhalb einer juristischen Person kann also durchaus ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen einem Arbeitnehmer und einem Betriebsinhaber (im Gegensatz zum Arbeitgeber) bestehen.

Als Familienbetriebe verstand der Gesetzgeber nicht industrielle Betriebe, sondern kleinste Familienbetriebe, in denen das soziale Bedürfnis nach öffentlich-rechtlichem Schutz nicht vorhanden ist⁴⁰. Die Ausnahme der reinen Familienbetriebe vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes erfolgte in Anknüpfung an Art. 3 lit. a^{bis} der Vollzugsverordnung zum Fabrikgesetz sowie den von der Schweiz ratifizierten internationalen Übereinkommen Nr. 5, 6, 14 und 89⁴¹. Gemäss Art. 3 lit. a^{bis} der Vollzugsverordnung zum Fabrikgesetz galten Angehörige der Familie des Betriebsinhabers, die in seinem Betriebe beständig ohne Mitwirkung von Drittpersonen arbeiten, nicht als Arbeiter im Sinne von Art. 2 der Verordnung⁴². Das Übereinkommen betreffend die gewerbliche Nachtarbeit der Jugendlichen vom 28. November 1919⁴³ nimmt in Art. 2 Abs. 1 Betriebe vom Geltungsbereich aus, in denen lediglich Mitglieder ein und derselben Familie beschäftigt sind. Das Übereinkommen über den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben vom 17. November 1921⁴⁴ gibt den Mitgliedsstaaten in Art. 3 die Kompetenz, Personen in gewerblichen Betrieben, in denen lediglich Mitglieder derselben Familie beschäftigt sind, vom Geltungsbereich auszunehmen. Diese Ausführungen zeigen deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht auf die gesellschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen angekommen ist. Da davon auszugehen ist, dass viele Fabriken bereits damals als juristische Personen organisiert waren, ist klar, dass die Ausnahme der Familienmitglieder vom Geltungsbereich auch innerhalb einer juristischen Personengesellschaft galt. Zweck der Fabrikverordnung einerseits und der internationalen Übereinkommen andererseits war, dass Arbeiter mit engen familienrechtlichen Beziehungen zum Betriebsinhaber (bzw. Besitzer und Leiter des Betriebs)

nicht den Bestimmungen unterstanden. Dieser Leitgedanke wurde unverändert in das Arbeitsgesetz übernommen.

e. Die geltungszeitliche Auslegung

Die Revision des GmbH-Rechts, welche am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, hatte in erster Linie den Zweck, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft auszugestalten. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, welche auf der Kapitalbeteiligung der Aktionäre aufbaut und deren Persönlichkeit von geringer Bedeutung bleibt, wurde für die GmbH ein rechtliches Konzept gestaltet, welches den konkreten beteiligten Personen und den Umständen des Einzelfalls möglichst weitgehend Rechnung trägt. Das revidierte GmbH-Recht ist auf die Bedürfnisse von Unternehmen mit einem beschränkten, eher eng gefassten Kreis von Gesellschaftern zugeschnitten. Demgegenüber ist die Aktiengesellschaft in erster Linie auf kapitalmarktbezogene Gesellschaften mit einem grösseren Kreis von Beteiligten zugeschnitten. Die Personenbezogenheit der GmbH zeigt sich insbesondere in ihrem Innenverhältnis, so können etwa Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, Regelungen zur Treuepflicht oder zu Konkurrenzverboten in die Statuten aufgenommen werden⁴⁵.

Es ist davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Entstehung des Arbeitsgesetzes kleine Familienbetriebe noch sehr selten im Rechtskleid einer juristischen Person ausgestaltet waren. Dies erklärt das gesetzgeberische Schweigen zur Frage, ob juristische Personen Familienbetriebe sein können. Seither sind wesentliche gesetzliche Änderungen in Bezug auf die GmbH erfolgt und die GmbH ist mittlerweile eine Gesellschaftsform, welche gerade auch auf kleine Familienbetriebe zugeschnitten ist⁴⁶.

f. Die systematische Auslegung

Die grundsätzliche Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich der Familienbetriebe⁴⁷ zeigt bereits auf, dass es bei dieser Norm weniger um Personenfragen (natürliche oder juristische Person) als vielmehr um die betriebliche Qualifikation als Familienbetrieb geht. Art. 4 Abs. 2 ArG regelt die gemischten Familienbetriebe, womit offen-

³⁹ Sten. Bull. SR 1963 30.

⁴⁰ Sten. Bull. NR 1962 157.

⁴¹ BBI 1960 949; FRIEDRICH-WALTER BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. A., Zürich 1986, 35.

⁴² AS 39 279 und AS 35 789.

⁴³ Übereinkommen Nr. 6, SR 0.822.711.6.

⁴⁴ Übereinkommen Nr. 14, SR 0.822.712.4. Die beiden in der Botschaft weiter erwähnten Übereinkommen regelten die Ausnahme vom Geltungsbereich identisch (vgl. BBI 1960 932).

⁴⁵ BBI 2001 3149, 3154 f.. Siehe zu diesem Thema: RETO BERTHEL, Das neue GmbH-Recht, die Änderungen von Bestimmungen weiterer Rechtserlasse und die Übergangsbestimmungen aus notarieller und registerrechtlicher Sicht, St. Gallen 2008, N 7 ff.

⁴⁶ Vgl. hierzu BBI 2001 3186, wonach Familienklauseln in den Statuten die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen begründen können.

⁴⁷ Siehe vorne I.2.

sichtlich ist, dass auch grössere Betriebe als Familienbetriebe gelten können⁴⁸. So wurde in der parlamentarischen Debatte mehrmals auf Saisonbetriebe als Beispielfälle verwiesen⁴⁹. Hätte der Gesetzgeber juristische Personen als Familienbetriebe nicht zulassen wollen, dann hätte er dies spätestens im Zusammenhang mit Saisonbetrieben erwähnt.

g. Die verfassungs- und völkerrechtliche Auslegung

Art. 27 BV statuiert das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, welches garantiert, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen privatwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben zu können. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet die persönliche, wirtschaftliche und insbesondere die berufliche Entfaltung der Einzelnen⁵⁰. Sie garantiert einen Anspruch direkter Konkurrenten auf Gleichbehandlung durch den Staat⁵¹. Dabei handelt es sich nicht um eine absolute Garantie. Eine Ungleichbehandlung kann durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden⁵². Des Weiteren schützt die Wirtschaftsfreiheit die freie Wahl der Unternehmensform (Einzelfirma, Personen- oder Kapitalgesellschaft)⁵³. Grundsatzkonforme Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig⁵⁴. Dementsprechend sind eine gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit sowie die Beachtung des Kerngehalts notwendig. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.

Eine restriktive Auslegung des Art. 4 ArG, wonach juristische Personen in keinem Fall als Familienbetriebe gelten können, verletzt den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, da Unternehmen in ihrer freien Wahl der Rechtsform eingeschränkt werden und diese Auslegung zu einer Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten führt. Ein überwiegendes öffentliches Interesse mag zwar im Schutz der Arbeitnehmer gesehen werden, doch ist nicht einzusehen, weshalb dieses öffentliche Interesse bei juristischen Personen grösser sein soll als bei natürlichen

Personen. Diese Ungleichbehandlung ohne das Vorliegen hinreichender Gründe widerspricht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit.

Art. 4 ArG wurde unter anderem gestützt auf von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen erlassen⁵⁵. Diese internationalen Übereinkommen gelten nicht für Betriebe, in denen lediglich Mitglieder ein und derselben Familie beschäftigt sind. Eine Ungleichbehandlung von juristischen und natürlichen Personen ist in diesen Übereinkommen nicht vorgesehen.

4. Die Anwendung in der Praxis

Die Frage, ob juristische Personen auch als Familienbetriebe gelten können, wird in der Praxis unterschiedlich beantwortet. Der Vollzug des Arbeitsgesetzes und von dessen Verordnungen liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone⁵⁶. Bei Zweifeln über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf bestimmte Betriebe entscheidet die zuständige kantonale Vollzugsbehörde darüber⁵⁷. Dementsprechend besteht keine einheitliche Praxis. So anerkennt beispielsweise der Kanton Basel-Stadt Kollektivgesellschaften und juristische Personen als Familienbetriebe, vorausgesetzt sie erfüllen die entsprechenden Anforderungen⁵⁸. Im Kanton Basel-Landschaft werden juristische Personen hingegen vom Begriff der Familienbetriebe ausgeschlossen⁵⁹. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) äussert sich in seiner Wegleitung zum Arbeitsgesetz nicht zu dieser Frage, schliesst die juristischen Personen also auch nicht explizit aus. Es stellt lediglich die Bedingungen auf, dass in einem Familienbetrieb der Betriebsinhaber und seine Familienmitglieder die alleinige wirtschaftliche Haftung für den Betrieb tragen müssen und die Geschäftsführung ausschliesslich in der Hand des Betriebsinhabers liegen muss⁶⁰. Das Bundesgericht hatte bis anhin noch nie die Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern.

⁴⁸ Das Arbeitsgesetz ist in diesen Fällen lediglich auf Nicht-Familienmitglieder im Sinne von Abs. 1 anwendbar.

⁴⁹ Sten. Bull. SR 1963 30.

⁵⁰ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 1042 ff.

⁵¹ BGE 121 I 129.

⁵² MÜLLER/SCHEFER (FN 50), 1057.

⁵³ MÜLLER/SCHEFER (FN 50), 1060.

⁵⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 30), Rz. 668 ff.

⁵⁵ Siehe dazu vorne III.3.d.

⁵⁶ Art. 41 Abs. 1 ArG. Die Oberaufsicht über den Vollzug obliegt gemäss Art. 42 Abs. 1 ArG hingegen dem Bund. Dazu kann er den kantonalen Vollzugsbehörden auch Weisungen erteilen.

⁵⁷ Art. 41 Abs. 3 ArG.

⁵⁸ Regierungsratsbeschluss vom 10. Mai 2011 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt (WSU/P115061); Bewilligungsgesuchformular für Familienbetriebe des Arbeitsinspektorats des Kantons Basel-Stadt (siehe <http://www.awa.bs.ch/ladenoeffnungszeiten-gesuch-familienbetreffendpdf>, besucht am 18.5.2012).

⁵⁹ Merkblatt 06/10 des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit BL (<http://www.baselland.ch/fileadmin/baselland/files/docs/vsd/kiga/merkblatt/verkauf.pdf>, besucht am 18. 5.2012).

⁶⁰ SECO (FN 21), Art. 4 ArG Allgemeines.

5. Zwischenergebnis

Die Auslegung von Art. 4 ArG hat deutlich gezeigt, dass juristische Personen nicht per se als Familienbetriebe ausgeschlossen sind. Bereits der Gesetzgeber schloss dies nicht aus. Wesentliches Kriterium bei der Qualifikation als Familienbetrieb ist nicht die Frage der Rechtsform des Betriebs, sondern die familienrechtliche Beziehung zwischen den Arbeitnehmern sowie den leitenden und geschäftsführenden Personen (innerfamiliäre Verhältnisse). Sind Angehörige derselben Familie bei einem Betrieb (natürliche oder juristische Person) beschäftigt, dann liegt grundsätzlich ein Familienbetrieb vor. Es mag sein, dass viele juristische Personen aufgrund ihrer Konstituierung nicht als Familienbetriebe in Frage kommen. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass es in Einzelfällen nicht möglich sein kann. Insbesondere Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) können aufgrund ihrer personenbezogenen Ausgestaltung als Familienbetriebe gelten. Bei entsprechender Ausgestaltung ist in Einzelfällen aber auch denkbar, dass eine AG als Familienbetrieb zu qualifizieren ist, auch wenn dies grundsätzlich problematisch erscheint. Insbesondere Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien kommen als Familienbetriebe grundsätzlich nicht in Frage, da bei dieser Ausgestaltung in der Regel nicht hinreichend überprüfbar ist, welche (natürlichen oder juristischen) Personen hinter der AG stehen.

IV. Franchisebetriebe

1. Keine gesetzliche Einschränkung

Das Franchising enthält Elemente des Gesellschafts-, des Kaufs-, des Auftrags- sowie des Lizenz- und Know-how-Vertrages und ist demnach als gemischter Vertrag zu qualifizieren. Das Franchising kann als Dauerschuldverhältnis definiert werden, bei welchem der Franchisegeber dem Franchisenehmer ein Marketingkonzept (inkl. laufender Schulung, Instruktion, Know-how und Nutzungsrechte an gewerblichen Schutzrechten) überlässt. Es soll ein Produkt, welches durch Namen, Warenzeichen, Ausstattung etc. zumindest eine überregionale Marktgeltung hat, durch ein einheitliches Marketingkonzept vertrieben werden (z.B. McDonalds, Hilton-Hotel). Der Franchisenehmer führt seinen Betrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung⁶¹. Er tritt gleichzeitig auch als Reprä-

sentant des Franchisegebers auf und bietet eine ausgewählte Leistung an, ist aber in der Regel rechtlich und wirtschaftlich selbständig. Grundsätzlich trägt er auch das volle Betriebsrisiko, wobei der Franchisegeber je nach Ausgestaltung des Vertrags wichtige Entscheidungen fällen kann⁶².

Das Gesetz schliesst die Qualifizierung von Franchisenehmern als Familienbetriebe nicht aus und auch den Materialien ist nichts zu entnehmen, was in diese Richtung deuten würde.

2. Voraussetzungen für Franchisebetriebe als Familienbetriebe

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) stellt in seiner Wegleitung zum Arbeitsgesetz einige Voraussetzungen auf, damit ein Franchisebetrieb als Familienbetrieb gelten kann. Wenn der Franchisegeber über eine grosse Entscheidungskompetenz verfügt, kann das Franchising als Subordinationsverhältnis zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer aufgefasst werden. Damit wird der Franchisegeber zum «indirekten» Arbeitgeber. Franchisenehmer können demgegenüber dann als Familienbetriebe gelten, wenn sie die alleinige wirtschaftliche Haftung tragen und in der Geschäftsführung unabhängig sind. Dem Franchisenehmer muss aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Franchisevertrags ein genügender unternehmerischer Spielraum belassen werden. Er darf durch den Franchisevertrag nicht wirtschaftlich gebunden sein (z.B. keine Gewinnbeteiligung des Franchisegebers) und keine arbeitsorganisatorische Verpflichtungen in Bezug auf die Personalpolitik, Öffnungszeiten etc. eingehen. Nicht mit einem Familienbetrieb vereinbar sind etwa Anordnungen des Franchisegebers, dass bestimmte Öffnungszeiten eingehalten werden müssen⁶³. Die Ausführungen in diesem Artikel betreffen in erster Linie juristische Personen, grundsätzlich gelten für Einzelunternehmen oder Personengesellschaften als Franchisenehmer jedoch die gleichen Voraussetzungen.

Entscheidendes Kriterium ist demnach, ob der betreffende Betrieb als unabhängiger Arbeitgeber oder der Franchisegeber aufgrund des Subordinationsverhältnisses als «indirekter» Arbeitgeber gilt. Diese Frage ist anhand des konkreten Vertrags im Einzelfall zu prüfen. Diese Konstellation weist einige Gemeinsamkeiten auf mit Verwaltungsräten, welche bei Vorliegen eines Subor-

⁶¹ HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 426 f.

⁶² SECO (FN 21), Art. 4 ArG Allgemeines.

⁶³ GEISER (FN 19), Art. 1 ArG N 12; SECO (FN 21), Art. 4 ArG Allgemeines.

dinationsverhältnisses beziehungsweise bei Weisungsgebundenheit – auch unbewusst – als Arbeitnehmer gelten können⁶⁴.

3. Kriterien für einen Franchisevertrag

Im Folgenden wird dargelegt, worauf bei einem Vertrag zwischen Franchisegeberin und Franchisnehmerin zu achten ist, damit die Franchisnehmerin weiterhin als selbständige Arbeitgeberin gilt und sich damit auch als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG konstituieren kann.

- Im Vertrag sollte vereinbart werden, dass der Betrieb als Familienbetrieb geführt wird und die Franchisnehmerin die gesetzlichen Bedingungen des Familienbetriebs zu erfüllen hat.
- Die Franchisegeberin darf in keiner Weise an der Gesellschaft der Franchisnehmerin beteiligt sein. Insbesondere darf die Franchisegeberin nicht Verwaltungsrätin oder Aktionärin der Franchisnehmerin oder sonst wie finanziell daran beteiligt sein.
- Die Öffnungszeiten des Geschäfts dürfen auf keinen Fall durch die Franchisegeberin verbindlich festgelegt werden. Allenfalls können bestimmte Öffnungszeiten empfohlen werden, die endgültige Entscheidung darüber muss aber der Franchisnehmerin obliegen.
- Die Arbeitnehmer schliessen die Arbeitsverträge mit der Franchisnehmerin ab. Für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer (Lohn, Arbeitszeiten, Schichtbetrieb, Ferien etc.) ist einzig die Franchisnehmerin zuständig. Zwar kann die Franchisegeberin gewisse Empfehlungen abgeben, den Inhalt der Arbeitsverträge bestimmt letztlich aber einzig und allein die Franchisnehmerin.
- Welche Arbeitnehmer eingestellt werden und welche Personalpolitik verfolgt wird, ist die alleinige Entscheidung der Franchisnehmerin.
- Weisungsbefugt gegenüber dem Arbeitnehmer ist einzig die Franchisnehmerin.
- Die Franchisnehmerin hat auf eigene Rechnung zu wirtschaften. D.h., der Geschäftserlös muss ihr vollumfänglich zustehen und die Franchisegeberin darf am Gewinn nicht beteiligt sein. Freilich ist es zulässig, dass sich der Pachtzins für das Geschäftslokal am Umsatz bemisst.

- Sämtliche Kosten für die Buchführung und Revision müssen zulasten der Franchisnehmerin gehen.
- Die Franchisnehmerin trägt das alleinige wirtschaftliche Risiko. Bei einer Schliessung des Geschäfts der Franchisnehmerin darf sie keinen Anspruch auf finanzielle Entschädigung jeglicher Art besitzen.
- Die Franchisegeberin darf grundsätzlich keine Verkaufspreise verbindlich festlegen. Allerdings kann es zulässig sein, dass Höchstpreise für Produkte vereinbart werden.
- Die Franchisegeberin kann die Artikel des Warensortiments vorschlagen und auch die Lieferanten bestimmen, bei welchen die Franchisnehmerin die Produkte zu bestellen hat. Bezüglich der angebotenen Waren muss der Franchisnehmerin jedoch trotzdem ein gewisses Mitspracherecht vorbehalten bleiben.
- Das Layout der Sortimentgestaltung kann durch die Franchisegeberin festgelegt werden. Allerdings sollte auch hier die Franchisnehmerin ein gewisses Mitspracherecht besitzen.
- Eine Konkurrenzverbotsklausel, in welcher der Franchisnehmerin verboten wird, die Franchisegeberin sowie deren Lieferanten in irgendeiner Form zu konkurrenzieren, namentlich durch den Verkauf von Konkurrenz-Produkten, ist zulässig.

Jeder Franchisevertrag ist im Einzelfall anhand der erwähnten Kriterien auszulegen und daran zu messen, ob die Franchisnehmerin als unabhängige Arbeitgeberin sowie als unabhängiger Familienbetrieb zu qualifizieren ist oder ob ein Subordinationsverhältnis besteht und somit die Franchisegeberin selbst als Arbeitgeberin auftritt. Die Franchisnehmerin muss insbesondere in ihrer gesamten Personalpolitik und in ihren arbeitsrechtlichen Weisungen an die Arbeitnehmer frei und unabhängig bleiben. Dies schliesst aber nicht aus, dass die Franchisegeberin gewisse Richtlinien zur Empfehlung abgibt. Der Betriebsinhaber darf in seiner Leitung und Geschäftsführung nicht so eingeschränkt sein, dass er faktisch nicht mehr Geschäftsführer des Betriebs ist. Es dürfen aus dem Franchisevertrag mithin keine direkten rechtlichen Beziehungen zwischen den Arbeitnehmern und der Franchisegeberin entstehen. Für die Arbeitnehmer gelten diejenigen Weisungen, welche sie direkt vom Geschäftsführer der Franchisnehmerin erhalten, und nicht etwa der Inhalt des Franchisevertrags. Der Franchisevertrag muss demnach von den betreffenden Gesellschaftern namens der Gesellschaft der Franchisnehmerin unterzeichnet sein. Wenn sich also die Geschäftsführer nicht an den Franchisevertrag halten, dann hat dies keine direkte Wirkung auf den Arbeitsvertrag, sondern es besteht lediglich eine Schaden-

⁶⁴ ROLAND MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, 478.

ersatzpflicht der Franchisenehmerin gegenüber der Franchisegeberin.

Das wirtschaftliche Risiko des Betriebs muss vollumfänglich bei der Franchisenehmerin liegen, d.h., sie muss auf eigene Rechnung wirtschaften. Die Verantwortung liegt letztlich gar vollumfänglich bei den Betriebsinhabern der Franchisenehmerin (z.B. Ehepaar). Handeln sie in Abweichung von gesetzlichen oder statuarischen Vorschriften (z.B. durch Anstellung eines Nichtfamilienmitglieds am Sonntag), haften sie grundsätzlich in vollem Umfang und persönlich⁶⁵.

V. Zusammenfassung

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen können die eingangs aufgeworfenen Fragestellungen zusammenfassend wie folgt beantwortet werden:

1. Kann es sich bei einem Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG generell auch um eine juristische Person handeln?

Juristische Personen können per se weder als Familienbetriebe ausgeschlossen noch als solche qualifiziert werden. Es hängt vielmehr von der konkreten Ausgestaltung des Betriebs ab. Damit ein Betrieb als Familienbetrieb qualifiziert werden kann, muss er über einen engen personenbezogenen Hintergrund verfügen. Familienbetriebe in der Rechtsform der Aktiengesellschaft sind aufgrund ihrer kapitalbezogenen Natur grundsätzlich problematisch. Insbesondere Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien kommen als Familienbetriebe prinzipiell nicht in Frage, da bei dieser Ausgestaltung nicht hinreichend überprüfbar ist, welche (natürlichen oder juristischen) Personen hinter der Gesellschaft stehen. Aufgrund der personenbezogenen Ausgestaltung können Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) unter bestimmten Voraussetzungen hingegen als Familienbetriebe gelten.

2. Bestehen für die Qualifikation einer juristischen Gesellschaft als Familienbetrieb gegebenenfalls bestimmte Voraussetzungen, die es zu erfüllen gilt?

Wesentliche Voraussetzung ist, dass sämtliche Gesellschafter und im Handelsregister eingetragene Personen einer juristischen Person Familienmitglieder im

Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG sind, was eine Beteiligung juristischer Personen an der Gesellschaft grundsätzlich ausschliesst⁶⁶. Weitere Personen als die Familienmitglieder dürfen an der Gesellschaft nicht beteiligt sein. Eine GmbH, in welcher z.B. ein Ehepaar die beiden einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer sind, ist hingegen als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG zu qualifizieren.

Besteht ein gemischter Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 Abs. 2 ArG, ist zu beachten, dass das Arbeitsgesetz für alle Arbeitnehmer, welche nicht unter die Familienpersonen nach Art. 4 Abs. 1 ArG fallen, vollumfänglich anwendbar ist.

3. Unter welchen Voraussetzungen können juristische Personen, welche als Franchisenehmer tätig sind, als Familienbetrieb gelten?

Im Zusammenhang mit Familienbetrieben, welche als Franchiseunternehmen tätig sind, gilt es weitere spezifische Voraussetzungen zu beachten. Franchisenehmer müssen als selbständige (und nicht etwa «indirekte») Arbeitgeber gelten, damit sie als Familienbetriebe im Sinne von Art. 4 ArG in Frage kommen. Das Arbeitsverhältnis muss direkt zwischen dem Arbeitnehmer und dem Franchisenehmer bestehen, der Franchisegeber darf also keinen direkten Einfluss auf das Arbeitsverhältnis ausüben. Dies bedeutet insbesondere, dass der Franchisenehmer über die arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit verfügt und er keine zwingenden Vorgaben bezüglich Personalpolitik, Öffnungszeiten etc. zu befolgen hat. Die wirtschaftliche Haftung muss voll und ganz beim Franchisenehmer liegen. Der Franchisegeber darf somit weder als Gesellschafter eingetragen noch darf er sonst wie finanziell an der Gesellschaft beteiligt sein. Der Franchisevertrag ist darüber hinaus durch die Gesellschaft selbst abzuschliessen.

⁶⁵ Vgl. hierzu ROLAND MÜLLER/PATRICK KÖNIG, GmbH und AG in der Schweiz, in Deutschland und Österreich – Gesellschaftsrecht, Corporate Governance und Statistik, Zürich/St. Gallen 2011, 35.

⁶⁶ Als Ausnahme wäre allenfalls höchstens denkbar, dass ein Familienmitglied nicht direkt beteiligt ist, sondern über eine von ihm alleine gehaltene GmbH.