KAPITEL 3
Arbeit im Konzern

Roland Müller

Inhaltsübersicht

I.	**Einleitung**		3
	A.	Problemstellung	3
	B.	Begriffe	4
II.	**Arbeitgeberin im Konzern**		5
	A.	Fehlende Rechtsfähigkeit eines Konzerns	5
	B.	Kriterien zur Bestimmung der Arbeitgeberin	6
	C.	Arbeitsvertrag mit einer einzelnen Konzerngesellschaft	8
	D.	Arbeitsvertrag mit mehreren Konzerngesellschaften	10
	E.	Delegation des Weisungsrechts im Konzern	11
III.	**Arbeitnehmer im Konzern**		12
	A.	Treuepflicht	12
	B.	Geheimhaltungspflicht	13
	C.	Arbeitsort und Arbeitsweg	14
	D.	Doppelstellung als Arbeitnehmer und Verwaltungsrat	22
IV.	**Sonderfragen**		30
	A.	Probezeit im Konzern	30
	B.	Haftung im Konzern	31
	C.	Kündigung im Konzern	33
	D.	Konkurrenzverbot im Konzern	34
V.	**Zusammenfassung und Empfehlungen**		36

Spezialliteratur

Albers-Schönberg Max, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980; Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001; Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012; Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009; Dennler Markus, Durchgriff im Konzern, Diss., Zürich 1984; Druey Nicolas/Vogel Alexander, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999; Flütsch Jürg, Personalverleih und Datenschutz, ARV 2002, 197 ff.; Forstmoser Peter, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; Geiser Thomas/Müller Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015; Geiser Thomas/Uhlig Kai-Peter, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139/2003, 757 ff.; Graf Damian K., Haftung im Konzernverhältnis, GesKR 2014, 63 ff.; Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979; Habscheid Walter J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990; Handschin Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994; Heiz Roman, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Bern 2005; Hensch Angela, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexter-

nen Krankenpflege, Pflegerecht, 2012, 11–27; Hutterli Claus, Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, Bern 1982; Kunz Peter V., Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz, Bern 2016; Maschmann Frank, Abordnung und Versetzung im Konzern, in: RdA 1996, 24 ff.; Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. Bern 2012; Müller Roland, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Habil., St. Gallen 2005 (zit. Verwaltungsrat als Arbeitnehmer); Müller Roland, Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, AJP 1999, 454 ff.; Müller Roland, Was ist Arbeitszeit?, ZBJV 2017, 453 ff.; Müller Roland/Hofer Céline/Stengel Manuel, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP 2015, S. 564 ff.; Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014; Müller Roland/Stengel Manuel, Berufskleidung im Arbeitsrecht – Vorschriften, Kostentragung, Depot, AJP 2011, 222 ff.; Müller Roland/Thalmann Philipp, Streitpunkt Arbeitszeugnis, 2. Aufl., Basel 2016; Neeracher Christoph, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001; Nobel Peter, Zur Frage des Konzerns als einfache Gesellschaft, in: FS für W. A. Stoffel, Zürich 2014, 105 ff.; Paulsen Terje/Meierhofer Peter, Vom Sklaven zum Aufseher der eigenen Risiken, in: ST 78/2004, 1066 ff.; Schiltknecht Reto, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, ASR Heft 592, Diss. Bern 1997; Schraner Marius, Kommentar zu Art. 74 OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1e, Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000; Stamm Marie-Louise, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel, Basel/Stuttgart 1977; Streiff Ullin/Pellegrini Bruno/von Kaenel Adrian, Vertragsvorlagen, Sammlung kommentierter Vertragsmuster für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 2008; von Büren Roland, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: Schweizerisches Privatrecht Band 8, Handelsrecht, Teilband 6, 2. Aufl. Basel 2005; von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011; Weber Ulrich, Der Anstellungsvertrag des Managers: aktuelle Standards und Modelle – konkrete Handlungsanleitungen – Musterverträge, Wien 1991; Weber Rolf H., Kommentar zu Art. 74 OR, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/1/4, Art. 68–96 OR, Bern 2005; Zürcher Fausch Nicole G., Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Diss. St. Gallen 2007.

I. Einleitung

A. Problemstellung

Konzernverhältnisse sind auch in der Schweiz weit verbreitet. So sind schätzungsweise 70 bis 90% der schweizerischen Aktiengesellschaften konzerniert.[1] Obwohl Konzernen eine erhebliche Bedeutung zukommt,[2] existiert in der Schweiz nach wie vor kein eigentliches Konzernrecht. Wohl sind einzelne Artikel im Gesellschaftsrecht zu finden, welche sich auf Konzerne beziehen,[3] doch fehlt es an einer Gesamtkodifikation. Dies führt arbeitsrechtlich immer wieder dahingehend zu Problemen, dass Unklarheit darüber bestehen kann, welche Partei allfällige Ansprüche gegenüber wem geltend machen kann. Dies ist jedoch nur gerade der erste offensichtliche Problempunkt. Weitere arbeitsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Konzernen sind insbesondere: 3.1

- die Bestimmung des formellen Arbeitgebers
- die Bestimmung des Arbeitsortes
- der Wechsel des Arbeitgebers innerhalb des Konzerns
- Arbeitsverträge mit mehreren Konzerngesellschaften
- die Delegation des Weisungsrechts
- GAV im Konzern[4]
- Personalverleih innerhalb des Konzerns[5]
- die Entsendung eines Arbeitnehmers
- die Treue- und Geheimhaltungspflicht im Konzern
- Haftung im Konzern
- Kündigung im Konzern

Vorliegend wird auf ausgewählte individualarbeitsrechtliche Problempunkte im Zusammenhang mit Konzernen eingegangen und werden Lösungsansätze aufgezeigt. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht unterscheidet nicht nach verschiedenen Arbeitnehmerkategorien. Die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag gelten grundsätzlich für alle Hierarchiestufen eines Unternehmens gleichermassen. Entscheidend ist immer nur die Frage, ob jemand Arbeitnehmer ist oder ob sein vertragliches Verhältnis in einer anderen Weise qualifiziert werden muss.[6] Wie im Ver- 3.2

1 Von Büren, 1.
2 Heiz, 7; Geiser/Uhlig, 757.
3 So z.B. Art. 963 ff. OR bezüglich der Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung; Art. 21 VegüV bezüglich unzulässiger Vergütungen im Konzern.
4 Dieses Thema wird im Kapitel 15 Rz. ■■■ behandelt.
5 Dieses Thema wird im Kapitel 13 Rz. ■■■ behandelt.
6 BGer, Urteil 4C.258/2003 vom 9. Januar 2014, E. 2.1.

tragsrecht üblich, kann es dabei nicht darauf ankommen, unter welchem Titel ein Vertrag geschlossen wurde, sondern muss dessen Natur aufgrund des Inhalts ermittelt werden.[7] Darum wird vorliegend keine Unterteilung in verschiedene Arbeitnehmerkategorien (wie z.B. höhere leitende Angestellte) vorgenommen, auch wenn ein Grossteil der Probleme bei Arbeitnehmern auftreten dürfte, welche regelmässig für verschiedene, dem Konzern angeschlossene Gesellschaften arbeiten.

B. Begriffe

1. Unternehmensgruppe

3.3 Unter einer Unternehmensgruppe wird die Gesamtheit von rechtlich selbständigen Unternehmen verstanden, welche aufgrund bestimmter Gemeinsamkeiten zusammengehören. Meist ist diese Gemeinsamkeit eine einseitige oder gegenseitige finanzielle Beteiligung.[8] Ist die Gemeinsamkeit rein vertraglicher Natur, so spricht man von einem Unternehmensverbund. Je nach Art der Führung und Kontrolle kann es sich bei einer Unternehmensgruppe um einen Konzern handeln, muss aber nicht.[9]

2. Konzern

3.4 Von einem Konzern wird dann gesprochen, wenn mehrere juristisch selbständige Unternehmen (in der Praxis meist Aktiengesellschaften) unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden zum Zweck der Bildung einer wirtschaftlichen Einheit.[10] Das Bundesgericht hat den Konzern ebenfalls in diese Richtung umschrieben.[11] Der Konzern kann fast alles erfassen, d.h. vom locker konzipierten Unternehmensverbund bis zum straff zentralisierten Einheitsunternehmen.[12] Stets existieren jedoch ein herrschendes Unternehmen, welches auch als Konzernleitung bezeichnet werden kann, sowie ein oder mehrere beherrschte Unternehmen, welche dem Willen

---

7 BGE 128 III 129, E. 1a/aa.

8 Gemäss Abschnitt III.C. des Anhangs zur Verordnung (EWG) Nr. 696/93 des Rates vom 15. März 1993 betreffend die statistischen Einheiten für die Beobachtung und Analyse der Wirtschaft in der Gemeinschaft vereinigt die «Unternehmensgruppe Unternehmen, die rechtlich-finanzielle Bedingungen untereinander haben».

9 Dies ist eine Besonderheit des schweizerischen Rechts. In anderen Rechtsgebieten wird eine Unternehmensgruppe immer als Konzern qualifiziert. So gilt z.B. in Österreich gemäss § 176 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG) als Unternehmensgruppe jede Gruppe von Unternehmen, die aus einem herrschenden und den von diesem abhängigen Unternehmen besteht; als herrschendes Unternehmen gilt dabei ein Unternehmen, das aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann.

10 Von Büren, 16; Heiz, 9.

11 BGE 113 II 31.

12 Heiz, 9.

der Konzernleitung unterworfen werden.[13] Diese können hierarchisch untereinander (sog. Unterordnungskonzern) oder nebeneinander (sog. Gleichordnungskonzern) stehen. Das neue Rechnungslegungsrecht spricht in diesem Zusammenhang von Kontrolle einer rechnungslegungspflichtigen juristischen Person über ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen (Art. 963 Abs. 1 OR).[14]

3. Doppelstellung

3.5 Eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer ist dann gegeben, wenn das organschaftliche und das arbeitsrechtliche Verhältnis rechtsgültig zur selben Zeit und zur gleichen Gesellschaft bestehen.[15] Unter dem Begriff «Arbeitnehmer-Verwaltungsrat» ist dagegen ein Arbeitnehmer zu verstehen, der dem Verwaltungsrat einer oder mehrerer Konzerngesellschaften angehört, ohne mit jenen Gesellschaften jedoch direkt in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.[16] Eine Doppelstellung im hier verstandenen Sinne liegt generell dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer einer Gesellschaft bei einer anderen Gesellschaft als Verwaltungsrat tätig ist. In solchen Fällen spricht man entweder vom abhängigen bzw. fiduziarischen Verwaltungsrat oder aber vom entsandten Verwaltungsrat.[17]

II. Arbeitgeberin im Konzern

A. Fehlende Rechtsfähigkeit eines Konzerns

3.6 Ein Konzern kann auf unterschiedliche Weise gebildet und organisiert werden. Bei der Bildung eines Konzerns wird dabei der der endogene[18] und der exogene[19] Konzernaufbau unterschieden. Die Vielfalt der Bildungsmöglichkeiten und die fehlenden gesetzlichen Normen führen dazu, dass bezüglich der Organisation von Kon-

13 Von Büren, 16.

14 Der Begriff der Kontrolle wird in Art. 963 Abs. 2 OR weiter spezifiziert: Nebst der direkten oder indirekten Stimmenmehrheit und dem direkten oder indirekten Recht, die Mehrheit des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen, genügt auch die Möglichkeit, aufgrund der Statuten, eines Vertrages oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss auszuüben.

15 Müller/Lipp/Plüss, 45; vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 2 f. In diesem Sinne wird der Begriff Doppelstellung erstmals verwendet von Hofer, 37.

16 Vgl. Schiltknecht, 3.

17 In Grosskonzernen ist das Entsenden von leitenden Arbeitnehmern in den Verwaltungsrat von Tochtergesellschaften ein echtes Bedürfnis, um eine einheitliche Leitung im Konzern sicherzustellen (vgl. Schiltknecht, 20).

18 Bspw. Gründung eines abhängigen Unternehmens oder Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (vgl. von Büren, 38).

19 Bereits bestehende Unternehmen oder Unternehmensteile werden der einheitlichen wirtschaftlichen Leitung des Konzerns unterstellt. Das kann durch Akquisition, Fusion, Quasifusion, unechte Fusion oder Vertrag geschehen (von Büren, 39 ff.).

zernen im Rahmen der Privatautonomie keine Grenzen gesetzt werden. In der Praxis sind jedoch jene Konzerne am häufigsten, welche dadurch entstehen, dass ein Unternehmen ein anderes durch eine hundertprozentige oder mehrheitliche Kapitalbeteiligung beherrscht (Unterordnungskonzern).[20] Damit kann das herrschende Unternehmen resp. die Konzernleitung die Entscheidungsfreiheit der Organe abhängiger Gesellschaften stark einschränken und dadurch eine einheitliche wirtschaftliche Leitung durchsetzen.[21] Trotz der wirtschaftlichen Verflechtung bleiben die einzelnen Unternehmen «zivilrechtlich selbständig».[22] Dies grenzt Konzerne primär von Filialen bzw. Zweigniederlassungen ab.[23] Das hat zur Folge, dass dem Konzern als solchem keine Rechtspersönlichkeit zukommt und dieser damit auch nie selber Vertragspartei sein kann.[24] Um die Vertrags- und Kreditwürdigkeit des Gesamtkonzerns für einzelne Konzernunternehmen fruchtbar zu machen, geben herrschende Unternehmen oft Patronats-, Garantie- oder Bürgschaftserklärungen ab, in denen die Zugehörigkeit des beherrschten Unternehmens zum Konzern verdeutlicht wird.[25] Je nach konkreter Ausgestaltung solcher Erklärungen kann dies zu einer unmittelbaren vertraglichen Haftung des herrschenden Unternehmens oder zu einer «Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen» führen.[26]

Mangels Rechtsfähigkeit des Konzerns stellt sich für Arbeitsverhältnisse im Konzern die zentrale Frage, wer arbeitgeberseitig Partei des Arbeitsvertrages ist. Diese Stellung kommt zwingend immer einer oder mehreren Konzerngesellschaft(en) zu.

B. Kriterien zur Bestimmung der Arbeitgeberin

3.7 Die Bedeutung der Arbeitgeberin in einem Arbeitsverhältnis ist beträchtlich. Nicht nur im Zusammenhang mit der Frage der Aktiv- und Passivlegitimation im Falle eines Prozesses, sondern bereits ganz grundsätzlich für die Festlegung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, wie bspw. der Treuepflicht, welche gegenüber der formellen Arbeitgeberin gilt.[27] Als Anschauungsbeispiel kann dabei folgender Fall dienen, dem ein tatsächlicher Fall zugrunde liegt: Ein Stellensuchender bewirbt sich auf eine Ausschreibung der Fantasia AG in St.Gallen. Für das Vorstellungsgespräch wird er an den Sitz der Fantasia Holding AG in Zürich eingeladen. Am Vorstellungsgespräch wird ihm mitgeteilt, dass er dafür eingestellt werde, eine Geschäftssparte der Fantasia AG so vorzubereiten, dass diese in die neu zu grün-

20 Meier-Hayoz/Forstmoser, §24 N 36; Geiser/Uhlig, 759.
21 Meier-Hayoz/Forstmoser, §24 N 37.
22 Handschin, 30.
23 Zürcher Fausch, S. 5 f.
24 BGE 138 III 775, E. 8.3: «(…) der Konzern als solcher [kann] nicht Vertragspartei sein»; Geiser/Uhlig, 760.
25 Meier-Hayoz/Forstmoser, §24 N 83.
26 Vgl. bspw. BGE 120 II 331 oder BGE 137 III 550, E. 2.3; im Zusammenhang mit der Haftung wird häufig auch die bis anhin noch ungelöste Frage diskutiert, ob es sich bei einem Konzern um eine einfache Gesellschaft handelt oder nicht (vgl. zur Diskussion, Kunz, Rz. 193 ff.).
27 Geiser/Uhlig, 765.

dende Imagin Ltd. mit Sitz in Dublin überführt werden könne. Danach werde er als CEO von der Imagin Ltd. übernommen. Der Arbeitsvertrag, auf dem Briefpapier der Fantasia Holding AG, führt als Arbeitgeberin auf: Fantasia AG bzw. Imagin Ltd. Unterschrieben wird der Arbeitsvertrag von zwei kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsräten der Fantasia AG, wobei einer der Unterzeichnenden zugleich Verwaltungsrat der Fantasia Holding AG ist, was dem Stellensuchenden so kommuniziert worden ist. Die Abklärung der Arbeitgeberin stellt in solchen Situationen eine besondere Herausforderung dar.

3.8 Art. 320 OR kann zur Beantwortung dieser Frage nicht herangezogen werden. Dieser hält fest, dass der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit – sofern gesetzlich nichts anderes vorgeschrieben ist – keiner besonderen Form bedarf.[28] Der Arbeitsvertrag ist vielmehr auch dann gültig, wenn die Arbeitgeberin Arbeit in ihrem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.[29] Mit dieser Bestimmung wurde jedoch nur eine gesetzliche Vermutung für den Abschluss eines Arbeitsvertrages geschaffen.[30] Sie regelt nicht, wer in diesem Fall Arbeitgeberin geworden ist.[31] Sie führt insbesondere nicht zu einem Arbeitsverhältnis mit einem Dritten, welcher die Arbeitsleistungen entgegennimmt, wenn diese Arbeitsleistungen in einem bereits vorhandenen Arbeitsverhältnis vergütet werden.[32] Entscheidend ist vielmehr in erster Linie der tatsächliche Wille der Parteien. In dieser Hinsicht sind bei einem Arbeitsvertrag die Vertragsparteien nicht anders zu bestimmen als bei jedem anderen Vertrag. Da Konzerngesellschaften wie jede andere juristische Person durch Organe handeln, ist mit Geiser/Uhlig davon auszugehen, dass der erste Anhaltspunkt die Frage ist, wessen Organe handelten resp. für welche Konzerngesellschaft die handelnden Personen vertretungsberechtigt waren.[33] In einem nächsten Schritt sind die abgegebenen Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.[34] Nicht alleine entscheidend kann also sein, welche Parteibezeichnungen in einem allfälligen schriftlichen Arbeitsvertrag verwendet worden sind.[35] Da für Dritte die Konzernstruktur oft nicht einfach zu durchschauen ist, trifft die für den Konzern handelnden Personen eine gewisse Informationspflicht, auf die sich der Dritte grundsätzlich verlassen darf.[36] Gibt die für den Konzern handelnde Person bekannt, für wen sie handelt und verfügt sie über die entsprechende Vertretungsmacht, so gilt dieses Konzernunternehmen als Arbeitgeberin.[37] Im zuvor dargelegten Beispiel handelten Organe der Fantasia AG und der Fantasia Holding AG. Als Arbeitgeberin fällt somit die auf dem Arbeitsvertrag als Arbeitgeberin angegebene Imagin Ltd. ausser Betracht. Unter-

28 Art. 320 Abs. 1 OR.
29 Art. 320 Abs. 2 OR.
30 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320, N 6; Heiz, 45.
31 Geiser/Uhlig, 769.
32 BGer, Urteil 4C.355/199 vom 29. Februar 2000, E. 3; Geiser/Uhlig, 769; Heiz, 46.
33 Geiser/Uhlig, 768.
34 Von Büren, 404.
35 Gl.M. Geiser/Uhlig, 764.
36 Chambre d'appel des prud'hommes GE, in: JAR 2001, 147.
37 Handschin, 223; von Büren, 404; Geiser/Uhlig, 764.

schrieben haben den Vertrag zwei Verwaltungsräte der Fantasia AG, wobei einer dieser Verwaltungsräte auch Verwaltungsrat der Fantasia Holding AG ist. In dieser Konstellation waren die Verwaltungsräte damit lediglich für die Fantasia AG vertretungsberechtigt, womit diese als Arbeitgeberin feststeht.

3.9 In Zusammenhang mit der Feststellung der Arbeitgeberin und deren Informationspflicht ist auf Art. 330*b* OR hinzuweisen. Demnach muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über einige zentrale Vertragselemente informieren, unter anderem über die Namen der Vertragsparteien.[38] Grundsätzlich hat der Gesetzgeber keine Sanktionen für Ausbleiben, Verspätung, Unwahrheit, Unvollständigkeit oder Formungültigkeit der Information vorgesehen. Verpasst es die Arbeitgeberin, diese Information an den Arbeitnehmer abzugeben, verletzt sie ihre gesetzliche Pflicht. Da diese Informationspflicht hauptsächlich der Beweissicherung dient,[39] stellt die Verletzung dieser Pflicht eine Beweisvereitelung dar, welche im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist.[40] Der Arbeitnehmer kann somit im Sinne einer Behauptung jene Arbeitgeberin einklagen, von der er denkt, sie sei die Arbeitgeberin. Ist die Beklagte der Meinung, sie sei nicht die Arbeitgeberin, hat sie die natürliche Vermutung zugunsten des Arbeitnehmers durch Gegenbeweis zu widerlegen. Von diesem Fall zu unterscheiden ist die Frage, was gilt, wenn die Arbeitgeberin eine falsche Information bezüglich des Namens der Vertragsparteien bekannt gibt. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass ein falscher Name angegeben worden ist, und klagt der Arbeitnehmer gestützt darauf die falsche juristische Person ein, so wird die Arbeitgeberin für die vergeblichen Prozesskosten schadenersatzpflichtig.[41] Die schriftlich abgegebene Information unterliegt als Privaturkunde dabei der freien richterlichen Beweiswürdigung.[42]

C. Arbeitsvertrag mit einer einzelnen Konzerngesellschaft

1. Identität von Tätigkeits- und Vertragsgesellschaft

3.10 Schliesst der Arbeitnehmer nur mit einer einzelnen Konzerngesellschaft einen Arbeitsvertrag ab, ist formell nur diese Gesellschaft die Arbeitgeberin. Es spielt aber auch hier eine Rolle, dass es sich um eine Konzerngesellschaft handelt. Letztlich können auch bei einem Arbeitsvertrag – wie bei jedem anderen Unternehmen – Vereinbarungen zugunsten Dritter geschlossen werden.

Ist der Arbeitnehmer von jener Konzerngesellschaft angestellt, für die er auch tätig ist, ergeben sich keine Probleme. Arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen dem

38 Art. 330b Abs. 1 lit. a OR.
39 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 330b, N 15.
40 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 330b, N 5.
41 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 330b, N 15.
42 Habscheid, Rz. 682.

Arbeitnehmer und anderen Konzernunternehmen bestehen in dieser Konstellation in der Regel nicht.

Komplexer gestaltet sich die Situation, wenn in einem Arbeitsvertrag die (teilweise) Tätigkeit in einem anderen Konzernunternehmen vorgesehen ist.

2. Abweichen der Tätigkeits- von der Vertragsgesellschaft

a) Herrschendes Unternehmen als Arbeitgeberin

3.11 Wird ein Arbeitnehmer durch die herrschende Konzerngesellschaft angestellt, kann vertraglich ohne Weiteres die Pflicht vorgesehen werden, vorübergehend[43] bei einem abhängigen Unternehmen zu arbeiten.[44] An der Arbeitgeberstellung der herrschenden Konzerngesellschaft ändert sich dadurch nichts. Das abhängige Unternehmen würde als Vertragspartei nur soweit berechtigt und verpflichtet, als die Regeln über die Stellvertretung ein Handeln des herrschenden Unternehmens für das abhängige Unternehmen zulassen.[45]

3.12 Durch den Vertragsschluss verpflichtet sich das herrschende Unternehmen gegenüber dem Dritten, hier gegenüber dem eigenen Arbeitnehmer, dafür zu sorgen, dass sich die abhängigen Gesellschaften vertragskonform verhalten.[46] Verhält sich das abhängige Unternehmen vertragswidrig, so rechtfertigt es sich, dies dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen, da dieses aufgrund der Konzernierung Einfluss auf das abhängige Unternehmen nehmen und seinen Willen diesem gegenüber durchsetzen kann.[47]

b) Abhängiges Unternehmen als Arbeitgeberin

3.13 Es besteht auch die Möglichkeit, dass ein abhängiges Unternehmen einen Arbeitsvertrag mit einem Dritten über den Einsatz im herrschenden Unternehmen abschliesst. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn eine Tochtergesellschaft die Abwicklung sämtlicher Arbeitgeberfunktionen übernimmt. Wie beim umgekehrten Fall wird auch hier das herrschende Unternehmen nur insoweit Vertragspartei, als es die Regeln über die Stellvertretung und die konzerninternen vertraglichen Abmachungen zulassen. Dies ist auch dann möglich, wenn das Gehalt von

---

43 Wird ein länger andauernder Einsatz in einer anderen Konzerngesellschaft vorgesehen, stellt sich irgendwann die Frage, ob es aufgrund von Art. 320 Abs. 2 OR hier zu einem neuen oder zusätzlichen Arbeitsverhältnis gekommen ist. Dies allerdings nur, wenn der Einsatzbetrieb auch den Lohn begleicht, da es bei einer Lohnzahlung für die dort geleistete Arbeit durch eine Drittgesellschaft an einer objektiven Voraussetzung für die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR fehlt. Vgl. hierzu auch BGer, Urteil 4C.355/1999 vom 29. Februar 2000, E. 3.

44 Von Büren, 405. Dieser Umstand ist im Arbeitszeugnis klar festzuhalten; vgl. Müller/Thalmann, 54.

45 Geiser/Uhlig, 773.

46 Von Büren, 405.

47 Geiser/Uhlig, 772; von Büren, 405.

einer Tochtergesellschaft bezahlt wird und auch diese gegenüber den Sozialversicherungen und den Steuerbehörden als Arbeitgeberin auftritt. Das bedeutet nämlich noch nicht, dass die Tochtergesellschaft nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien die Stellung der Arbeitgeberin im Einzelarbeitsvertrag übernimmt.[48]

D. Arbeitsvertrag mit mehreren Konzerngesellschaften

1. Unabhängige Arbeitsverhältnisse

3.14 Durch die hohe Mobilität der Arbeitnehmer innerhalb von Konzernen kann es angezeigt sein, mehrere Arbeitsverträge mit dem gleichen Arbeitnehmer zu schliessen. Hierbei stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Man kann für jeden einzelnen Einsatzbetrieb einen eigenen, von den anderen – zeitlich gestaffelt oder zeitgleich – bestehenden Arbeitsverträgen unabhängigen Arbeitsvertrag abschliessen. Aufgrund der gegebenen Konzernstruktur ist dies ein wohl eher selten vorkommender Fall. Zudem wäre, gerade bei zeitlich gestaffelten Arbeitsverträgen, zu überprüfen, ob allenfalls eine Umgehung der Entstehung von gesetzlichen Arbeitgeberpflichten vorliegt.

2. Zeitlich gestaffelte Arbeitsverhältnisse

3.15 Setzt man einen Arbeitnehmer nacheinander in verschiedenen Konzerngesellschaften ein, ist es möglich, für jeden Einsatz einen gesonderten Arbeitsvertrag abzuschliessen. In diesen Fällen erscheint es jedoch sinnvoll, wenn vorgängig mit dem Arbeitnehmer ein Rahmenvertrag – analog demjenigen beim Personalverleih – aufgesetzt wird. Damit wird einerseits gewährleistet, dass eine gewisse Konstanz bei wichtigen Punkten gegeben ist und die verschiedenen aufeinanderfolgenden Einsätze bei unterschiedlichen Konzernunternehmen als einheitliches Arbeitsverhältnis anzusehen sind.[49] Andererseits können auch Punkte geklärt werden, welche ansonsten unter Umständen immer wieder neu verhandelt werden müssten wie z.B. Tragung der Umzugskosten von einem Arbeitsort zum anderen, Ausbildungsbeiträge an die Kinder, Pensionskassenleistungen usw.[50]

3. Zeitgleiche Arbeitsverhältnisse

3.16 Selbstverständlich ist es auch ohne Weiteres möglich, mehrere Arbeitsverträge zeitgleich mit einem Arbeitnehmer abzuschliessen. Hierbei ist es wichtig, dass klar

48 Geiser/Uhlig, 773.
49 Was sich z.B. als wichtig erweist, wenn es darum geht, die Anzahl Betriebsjahre zu berechnen.
50 Von Büren, 407.

definiert wird, wie die verschiedenen Verträge miteinander verbunden sind. So müssen idealerweise z.B. die unterschiedlichen Tätigkeiten geregelt werden oder es sollte geklärt werden, was mit dem einen Vertrag geschieht, wenn der andere gekündigt wird.

Liegen mehrere Verträge vor, welche die gleiche Tätigkeit regeln, liegt trotzdem ein einheitliches Arbeitsverhältnis vor. Dieses Vorgehen kommt in einem Konzern immer wieder vor, wenn ein Arbeitnehmer mit der herrschenden Konzerngesellschaft vertraglich verbunden sein soll, aber in der abhängigen Konzerngesellschaft im Einsatz steht. Dabei können die beteiligten Gesellschaften auch eine einfache Gesellschaft bilden, was jedoch nicht zwingend der Fall sein muss.[51] 3.17

Das Bundesgericht hat zudem entschieden, dass eine Spaltung bei einem Arbeitsvertrag zwischen dem eigentlichen Arbeitsvertrag und dem Vertrag über die Zuweisung von Optionen oder Aktien (Bonusvertrag) möglich sei und der Bonusvertrag mit einer anderen Gesellschaft vereinbart und auch einem anderen Recht unterstellt werden könne.[52] 3.18

E. Delegation des Weisungsrechts im Konzern

Gemäss Art. 321*d* Abs. 1 OR kann die Arbeitgeberin über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen Weisungen erteilen. Dabei sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden, wenn ein Arbeitnehmer z.B. eine Organfunktion als Verwaltungsrat (VR) in einer Konzerngesellschaft wahrnimmt: 3.19

3.20

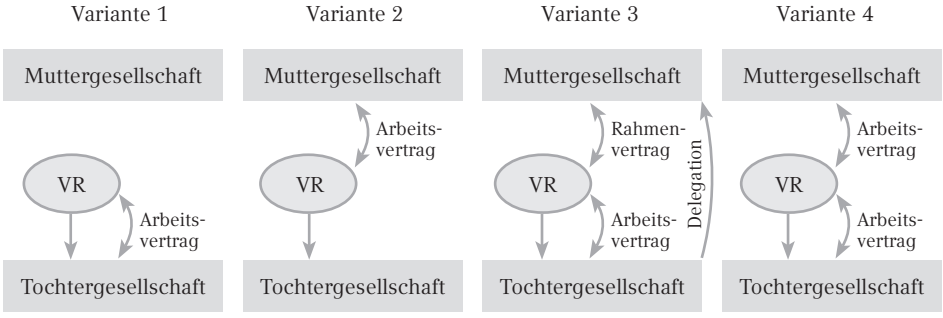


Abb. 3.1. Quelle: Roland Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 12.

Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.[53] Auch

51 Geiser/Uhlig, 776.
52 BGer, Urteil 4A_175/2014 vom 8. Juli 2014.
53 Art. 321d Abs. 2 OR.

in einem Konzern ist zunächst nur die rechtliche Arbeitgeberin weisungsbefugt.[54] Besteht wie im Fall der Variante 1 nur eine einzige arbeitsvertragliche Beziehung, was in aller Regel der Fall ist,[55] und ist der Arbeitnehmer auch für die betreffende Arbeitgeberin tätig, ändert sich dies auch nicht bei einem Arbeitsverhältnis im Konzern. Mit anderen Worten ist im Fall von Variante 1 lediglich die Tochtergesellschaft weisungsbefugt.

3.21 Ist der Arbeitnehmer wie im Fall von Variante 2 in einer Gesellschaft tätig, welche nicht die Arbeitgeberin ist, und soll diese weisungsbefugt sein, muss dem entsprechend Rechnung getragen werden und es bedarf einer rechtlichen Grundlage. Die Arbeitgeberin kann das Weisungsrecht ganz oder teilweise an Dritte delegieren.[56] Eine solche Delegation ist zulässig, ohne dass dadurch der weisungsberechtigte Dritte zur Arbeitgeberin wird.[57] Eine Grundlage kann in einem Vertrag, namentlich auch im Arbeitsvertrag, oder in einer Bevollmächtigung liegen.[58] Wird dies unterlassen und liegt auch keine klar erkennbare, konkludente Übertragung oder Bevollmächtigung vor, so sind Dritte, wie etwa Organe der Tochtergesellschaft, nicht weisungsberechtigt.[59]

3.22 Aus dem Konzernrecht allein lassen sich auch keine vertraglichen Verbindungen zwischen der Konzernmutter und den Arbeitnehmern einer Tochtergesellschaft und folglich auch kein arbeitsvertragliches Weisungsrecht ableiten.[60] Auch im Fall der Variante 3 ist daher eine Delegation notwendig, will die Muttergesellschaft berechtigt sein, dem Arbeitnehmer Weisungen zu erteilen. Dem Arbeitnehmer kann somit aufgrund der Missachtung der Weisung einer Konzernmutter nicht fristlos gekündigt werden, wenn diese aufgrund des Arbeitsvertrages zur Erteilung von Weisungen gar nicht berechtigt war.[61]

3.23 Liegen mehrere zeitgleiche Arbeitsverhältnisse vor, wie im Fall von Variante 4, ändert sich inhaltlich zum eben aufgeführten nichts. Hingegen sind erhöhte Ansprüche an die vertraglichen Regelungen zu stellen, wenn es darum geht, die einzelnen Einsatzbereiche (und damit auch die unterschiedlichen Arbeitgeberinnen) klar auseinander zu halten.

---

54 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d, N 8; BGer, Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002, E. 2.3.
55 BGer, Urteil 4C.62/2006 vom 21. April 2006, E. 3.3.2.
56 Staehelin, Zürcher Komm. OR, Art. 321d, N 13.
57 BGer, Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002, E. 2.4.
58 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d, N 8.
59 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O.
60 Heiz, 70.
61 BGer, Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002, E. 3.3.

III. Arbeitnehmer im Konzern

A. Treuepflicht

3.24 Hat ein Arbeitnehmer der Muttergesellschaft eine Organstellung bei der Tochtergesellschaft, so unterliegt er jeweils einer eigenen, funktionsspezifischen Treuepflicht. Diese Treuepflichten sind unterschiedlich ausgestaltet und können sich – vereint in einer Person – auch entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn ein zu fällender Entscheid zwar im Interesse der abhängigen Gesellschaft ist, bei der jemand eine Organstellung innehat, jedoch den Interessen der herrschenden Gesellschaft entgegensteht, bei welcher dieser eine Arbeitnehmerstellung hat.

3.25 Entscheidet sich der fragliche Arbeitnehmer in einem solchen Fall für die Interessen der Muttergesellschaft, verletzt er die Interessen der Tochtergesellschaft und haftet als deren Organ, da er sich nicht mit dem Argument der Treuepflicht gegenüber der Muttergesellschaft rechtfertigen kann.[62]

3.26 Entscheidet sich der Arbeitnehmer für die Interessen der Tochtergesellschaft, sind verschiedene Szenarios möglich. Existiert keine vertragliche Regelung, muss davon ausgegangen werden, dass die Muttergesellschaft mit der Delegation als Organ der Tochter diesen Konflikt bewusst in Kauf genommen hat. Diesfalls wird der Arbeitnehmer in aller Regel nicht aus Arbeitsvertrag haftbar gemacht werden können.

3.27 Besteht eine vertragliche Abmachung, welche den Arbeitnehmer verpflichtet, sich im Falle eines Interessenskonflikts für die Interessen der Muttergesellschaft zu entscheiden und diese sich gleichzeitig bereit erklärt, den Arbeitnehmer bei einer allfälligen Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft oder deren Gläubiger schadlos zu halten, muss er dem Folge leisten. Anderenfalls würde er aus Arbeitsvertrag haftbar gegenüber der Muttergesellschaft.

3.28 Allerdings muss sich auch diese Abmachung an den legalen Rahmen halten. Das heisst, sobald sich der Arbeitnehmer strafrechtlich verantworten müsste, wenn er die Interessen der Muttergesellschaft statt der Interessen der Tochtergesellschaft schützt, ist eine solche Vereinbarung hinfällig, da sie rechtswidrig ist.[63]

3.29 Grundsätzlich kann gesagt werden, dass es – eine anders lautende vertragliche Vereinbarung ausgenommen – kein übergeordnetes Konzerninteresse gibt, welches die arbeitsvertragliche Treuepflicht verdrängen kann.[64]

---

62 Geiser/Uhlig, 786; BGE 130 III 213, E. 2.2.1.
63 Art. 20 OR.
64 BGE 130 III 213, a.a.O.

B. Geheimhaltungspflicht

3.30 Auch in Konzerngesellschaften ist der Arbeitnehmer grundsätzlich an die Geheimhaltungspflicht von Art. 321a Abs. 4 OR gebunden. Dies kann aber für einen Konzern z.B. insofern hinderlich sein, als dass dann auch leitende Angestellte der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft nicht mehr rapportieren könnten. Da diese Bestimmung jedoch dispositiver Natur ist, werden die betroffenen Konzernunternehmen zumindest konkludent ihre Einwilligung zur Weitergabe eigentlich geheimer Tatsachen geben (müssen).[65] Je enger die einzelnen Konzernteile miteinander wirtschaftlich verbunden sind, umso eher ist anzunehmen, dass nach aussen geheim zu haltende Tatsachen der Konzernunternehmen innerhalb des Konzerns bekannt sind. Unabhängig davon macht es aber wohl Sinn, eine entsprechende Regelung in den Vertrag aufzunehmen, um die betroffenen Arbeitnehmer von der Geheimhaltungspflicht zu befreien.

3.31 Vorwiegend bei leitenden Angestellten besteht die Möglichkeit, dass sie während ihres Arbeitsverhältnisses von geheim zu haltenden Tatsachen anderer Konzernunternehmen Kenntnis erhalten. Von der Geheimhaltungspflicht erfasst sind alle Tatsachen, welche die Arbeitgeberin geheim halten will. Bei wirtschaftlich eng miteinander verknüpften Unternehmen kann nun die Schädigung eines anderen Konzernunternehmens durch die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch den Arbeitnehmer auch das eigene Unternehmen schädigen. Daher kann auch ohne vertragliche Abmachung schnell angenommen werden, der Geheimhaltungswille der Arbeitgeberin erstrecke sich auch auf Tatsachen anderer Konzernunternehmen.[66] Bei wirtschaftlich eher eigenständigen Unternehmen müsste eine Erweiterung der Geheimhaltungspflicht vertraglich vereinbart werden.

3.32 Bei mehreren eigenständigen Arbeitsverträgen mit mehreren Konzernunternehmen leitet sich die Geheimhaltungspflicht jeweils individuell her und muss für den Einzelfall bestimmt werden.

C. Arbeitsort und Arbeitsweg

1. Arbeitsort

a) Relevanz

3.33 Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsort insofern von Relevanz, als dass gewisse aus dem Vertrag entstehende Ansprüche nur dann klar definiert werden können, wenn man weiss, wo die Arbeit eigentlich zu verrichten wäre. So hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit entste-

65 Heiz, 99 f.
66 Heiz, 91.

henden notwendigen Auslagen zu ersetzen, bei Arbeit an auswärtigen Orten auch die für den Unterhalt notwendigen Aufwendungen.[67]

3.34 Bei der Berechnung der Arbeitszeit ist es wichtig, ob der Einsatzort in der Nähe des Wohnorts des Arbeitsnehmers ist oder ob ein übermässig langer Weg zu bewältigen ist. Wird aufgrund eines anderen Einsatzortes als des normalen Arbeitsortes der Weg länger, so ist die Differenz zur normalen Wegzeit bereits als Arbeitszeit zu verbuchen.[68]

3.35 Und nicht zuletzt aus prozessrechtlichen Gründen: Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder am Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig.[69] Wobei die arbeitnehmende Partei auf diese Gerichtstände nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten kann.[70]

b) Festlegung des Arbeitsorts

3.36 In erster Linie sind auch hier die konkreten Vereinbarungen im geltenden Arbeitsvertrag zu konsultieren. Aufgrund der Vertragsfreiheit resp. der Inhaltsfreiheit steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, den Arbeitsort als Ausdruck einer Konkretisierung des Vertragsinhalts in einem Arbeitsvertrag zu regeln.[71] In Arbeitsverträge können dabei in vier verschiedenen Varianten Regelungen bezüglich des Arbeitsorts aufgenommen werden.[72]

3.37 Als Erstes besteht die Möglichkeit, dass im Arbeitsvertrag ein bestimmter Arbeitsort, wie bspw. «am Hauptsitz in Zürich» angegeben wird. Diese Formulierung bietet keine Probleme, denn ohne anderweitige Bestimmung ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer nur in einem Betrieb zu arbeiten hat, mithin im Hauptsitz in Zürich.[73] Zulässig ist es grundsätzlich auch, lediglich die Stadt oder lediglich den Betrieb zu nennen, bspw. «am Hauptsitz» oder «Arbeitsort ist Zürich». Bei der Beurteilung solcher Formulierungen kommt es entscheidend auf die Bestimmtheit der Bezeichnung an. In aller Regel wird der Arbeitsort in den genannten Beispielen genügend bestimmt und aussagekräftig sein. Arbeitsort ist dort, wo in der entsprechenden Stadt die Arbeitsstätte der Arbeitgeberin ist resp. Arbeitsort ist jene Stadt, wo der Hauptsitz der Arbeitgeberin liegt. Zu beachten ist jedoch, dass für die Bestimmung des Arbeitsortes immer die gesamte Reichweite der Arbeitsorganisation, in die der Arbeitnehmer eingeordnet wird, zu berücksichtigen ist.[74] Probleme ergeben sich bei vorgenannten Formulierungen dann, wenn die Arbeitgeberin in einer Stadt über mehrere Betriebe oder über einen doppelten Sitz verfügen

67 Art. 327a Abs. 1 OR.
68 Art. 13 Abs. 2 ArGV 1; von Kaenel, SHK ArG, Art. 9, N 14.
69 Art. 34 Abs. 1 ZPO.
70 Art. 34 Abs. 2 ZPO.
71 Vgl. zur Vertragsfreiheit und der Inhaltsfreiheit Berger, Rz. 167 ff.
72 Vgl. zum Ganzen: Müller/Hofer/Stengel, AJP 2015, S. 565 f.
73 Rehbinder/Stöckli, Berner Komm. OR, Art. 321, N 11.
74 Rehbinder/Stöckli, Berner Komm. OR, Art. 321, N 11.

oder den Sitz verlegt.[75] In diesen Fällen ist die erwähnte Bezeichnung im Arbeitsvertrag nicht mehr eindeutig und damit nicht bestimmt genug. In solchen Fällen ist eine Präzisierung oder im Streitfall eine Auslegung des Vertrages erforderlich.[76] Ziel der Vertragsauslegung ist es, den von beiden Parteien gewollten Vertragsinhalt zu ermitteln. Demnach muss versucht werden, zunächst den wirklichen Willen der Parteien bezüglich des Arbeitsortes festzustellen. Misslingt dies, ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen.[77] Für die objektive Ermittlung des Vertragsinhalts ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend.[78]

3.38 Als zweite Variante ist es denkbar, dass der Arbeitgeber explizit mehrere Arbeitsorte im Arbeitsvertrag festhält, bspw. im Arbeitsvertrag eines Piloten Altenrhein und Wien vereinbart wird. Die vertraglichen Abreden finden dabei ihre Grenzen gemäss den allgemeinen Grundsätzen in den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, der öffentlichen Ordnung, den guten Sitten und im Recht der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Zulässig ist damit die Festlegung von Arbeitsorten, welche in etwa dieselbe Anreisezeit vom Wohnort des Arbeitnehmers aufweisen. Unzulässig sind hingegen Arbeitsorte, von denen einer oder gar mehrere derart weit vom Wohnort des Arbeitnehmers entfernt sind, dass damit ein Grossteil der Freizeit des Arbeitnehmers für den Arbeitsweg verbraucht würde. In diesem Fall liegt ein Verstoss gegen Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 328 OR und zudem eine Umgehung von Art. 327a OR und Art. 13 ArGV 1 vor. Was zwischen diesen beiden Polen als zulässig angesehen werden kann, hängt von vielerlei Faktoren ab. So spielen bspw. die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die zu leistende Arbeit eine entscheidende Rolle.

3.39 Als dritte Variante ist es denkbar, dass im Vertrag ganz allgemein erklärt wird, dass der Arbeitnehmer in jedem Konzernunternehmen eingesetzt werden könne. Bei solchen Formulierungen ist zunächst danach zu unterscheiden, ob es sich bei dem Verweis auf die Konzernunternehmen um einen dynamischen oder um einen statischen Verweis handelt. Aus Sicht der Arbeitgeberin wäre ein dynamischer Verweis durchaus wünschenswert, denn bei einem wachsenden Konzern wären die neu dazu stossenden Konzernunternehmen automatisch als möglicher Arbeitsort für den Arbeitnehmer vertraglich vereinbart. Aus Sicht des Arbeitnehmers birgt eine solche Annahme jedoch weitreichende Risiken. Erwirbt die Arbeitgeberin bspw. in Syrien ein neues Unternehmen, würde sich der Arbeitnehmer mit der Annahme eines dynamischen Verweises verpflichten, in Syrien eine Arbeit aufzunehmen. Auch mit Blick auf den personenbezogenen Charakter des Arbeitsverhältnisses ist daher bei derartigen Formulierungen von einem statischen Verweis auszugehen. Die Klausel bezieht sich damit maximal auf jene Konzernunternehmen, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Bestandteile des Konzerns waren.[79] Als

75 So bspw. die UBS AG mit Sitz in Basel und Zürich (CHE-101.329.561).
76 Allgemein zur Vertragsauslegung: Berger, Rz. 1119 ff.
77 «Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten» (BGE 123 III 35, E. 2b).
78 Berger, Rz. 1137.
79 So auch Heiz, 130.

nächstes ist wie bei Variante 2 zu klären, ob die Vereinbarung die Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet oder nicht.

Als letzte Variante ist es denkbar, dass sich in einem Vertrag keine konkreten Bestimmungen bezüglich des Arbeitsortes finden. Der Arbeitsort ist der Ort der Erfüllung der Obligation. Sofern nicht eine Spezialnorm vorgeht, gilt für die Bestimmung des Ortes der Erfüllung der Obligation Art. 74 OR für alle Schuldrechtsverhältnisse. Fehlt es, wie im Falle vorliegenden Fall an zwingenden Normen, welche den Erfüllungsort für die fragliche Leistung regeln und fehlt eine entsprechende Parteivereinbarung, wird der Erfüllungsort gemäss Art. 74 Abs. 1 OR aus den Umständen bestimmt. Zu berücksichtigen sind dabei alle Umstände, die im Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsverhältnis stehen.[80] Dazu gehören als Indizien, die auf den Erfüllungsort hinweisen, insbesondere die Natur der Verpflichtung, die Verkehrssitte und die Usanz einer bestimmten Branche.[81] Leistungen gestützt auf einen Arbeitsvertrag sind damit in der Regel dort zu erbringen, wo die Arbeitgeberin die Arbeit zuweist.[82] 3.40

Ist eine in einem Arbeitsvertrag gewählte Formulierung nach den obenstehenden Grundsätzen unzulässig, bspw. weil sie gegen Art. 27 ZGB verstösst, kommen die Bestimmungen von Art. 20 OR zur Anwendung. Die betreffende Bestimmung ist nichtig. Da es sich bei der Klausel über den Arbeitsort lediglich um einen Teil des Arbeitsvertrages handelt, bleibt der Arbeitsvertrag bestehen und die nichtige Bestimmung wird im Sinne einer teleologischen Reduktion durch die maximal zulässige Bestimmung ersetzt, denn bei der zivilrechtlichen Sanktion ist nicht die Vertrags-, sondern die Mängelbeseitigung bezweckt.[83] Sind für den Fall der Teilnichtigkeit keine Entscheidregeln vertraglich vereinbart worden, so ist von mehreren Varianten jene zu wählen, welche dem hypothetischen Parteiwillen am besten entspricht. Dabei ist zu überlegen, was die Parteien vereinbart hätten, wäre ihnen der Teilmangel bereits bei Vertragsschluss bewusst gewesen. Wird also bspw. vertraglich die ganze Schweiz als möglicher Arbeitsort vereinbart und kommt man zum Schluss, dass unter Berücksichtigung aller Umstände diese Bestimmung gegen Art. 27 ZGB verstosse, so kann daraus nicht geschlossen werden, dass der einzige mögliche Arbeitsort daher dort sei, wo der Arbeitnehmer zuletzt seine Arbeit verrichtet hat. Vielmehr muss man davon ausgehen, dass die Parteien tatsächlich eine gewisse Mobilität haben vereinbaren wollen und nur den Umfang zu weit bemessen haben. Dieser Umfang der Mobilität ist daher auf das gerade noch zulässige Mass zu reduzieren. 3.41

Von der Frage der Bestimmung des ursprünglichen Arbeitsortes ist die Frage zu unterscheiden, ob dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages ein anderer Arbeitsort zugewiesen werden könne. 3.42

---

80 Weber, Berner Komm. OR, Art. 74, N 74.
81 Schraner, Zürcher Komm. OR, Art. 74, N 44.
82 Weber, Berner Komm. OR, Art. 74, N 83.
83 Geiser/Müller, Rz. 294.

c) Wechsel des Arbeitsortes

aa) Abordnung oder Versetzung

3.43 Wechselt der Arbeitnehmer zu einem anderen Konzernunternehmen, sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: die Abordnung und die Versetzung.

3.44 Eine **Abordnung**[84] liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend in ein anderes Konzernunternehmen entsandt wird.[85] Arbeitet ein Arbeitnehmer im Geschäft eines Dritten, ohne dass das alte Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, liegt meistens keine Übernahme des Arbeitsverhältnisses vor.

3.45 Eine **Versetzung** liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft von einem anderen Konzernunternehmen beschäftigt wird und konzernintern ein Arbeitgeberwechsel stattfindet.[86]

3.46 Als **versetzungsähnlicher Tatbestand** ist jener Fall einzuordnen, bei dem mit einem weiteren Konzernunternehmen ein Arbeitsvertrag geschlossen wird, während das ursprüngliche Arbeitsverhältnis für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit ruht, jedoch nach Beendigung des neuen Arbeitsvertrages wieder in vollem Umfang aufleben soll. Wird der neue Vertrag unbefristet geschlossen, ist im Allgemeinen zu vermuten, dass damit der ursprüngliche Vertrag zumindest stillschweigend aufgehoben werden sollte und von den Parteien eine eigentliche Versetzung beabsichtigt war.[87]

bb) Grundsatz beim Wechsel des Arbeitsortes

3.47 Bei einem Arbeitsvertrag handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag. Damit gilt der Grundsatz «pacta sunt servanda», was bedeutet, dass der Umfang der Arbeitsleistung grundsätzlich nicht über das Vereinbarte hinausgehen dürfte und eine Änderung des einmal Vereinbarten ausgeschlossen bleiben müsste, ausser die Parteien wollen die Änderung gemeinsam.[88] Dasselbe gilt auch beim Arbeitsort. Wurde ein Arbeitsort vertraglich vereinbart, so kann er grundsätzlich nur durch übereinstimmende Willenserklärungen geändert werden. Dieser Grundsatz gilt im Arbeitsvertrag jedoch nicht absolut. Der Grund hierfür liegt in den Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses, insbesondere dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin und der Befolgungspflicht des Arbeitnehmers.[89] Hier muss aber ganz grundsätzlich danach unterschieden werden, ob eine entsprechende vertragliche Grundlage existiert oder nicht. Des Weiteren ist zu unterscheiden, ob lediglich eine Abordnung oder aber eine Versetzung beabsichtigt ist.[90]

---

84 Oder auch: Personalverleih.
85 Maschmann, 26; Heiz, 121.
86 Maschmann, 26; Heiz, 122.
87 Heiz, 122; Druey/Vogel, 247.
88 Müller, AJP 1999, 455.
89 Art. 321d Abs. 1 und 2 OR.
90 Vgl. zum Ganzen: Müller/Hofer/Stengel, AJP 2015, S. 567 ff.

cc) Wechsel des Arbeitsortes mit entsprechender vertraglicher Grundlage

3.48 Ebenso wie es ganz grundsätzlich möglich ist, beim Abschluss des Arbeitsvertrages den Arbeitsort in verschiedener Weise zu regeln, kann auch der Wechsel des Arbeitsortes während des laufenden Arbeitsvertrags vertraglich normiert werden. Solche Mobilitätsklauseln bedürfen zu ihrer Gültigkeit jedoch einer gewissen Konkretisierung. Der einfache Hinweis darauf, dass die Arbeitgeberin zu einem Konzern gehöre, reicht für sich alleine als Grundlage für eine Weisung zum Wechsel des Arbeitsortes noch nicht aus.[91] Vielmehr muss für den Arbeitnehmer klar sein, dass ein Wechsel des Arbeitsortes unter Umständen von ihm verlangt wird. Das ist bspw. dann der Fall, wenn festgehalten wird, dass der Arbeitsort flexibel sei, sofern dieses Recht von der Arbeitgeberin nicht in schikanöser Weise ausgeübt werde.[92] Werden Mobilitätsklauseln in Verträge aufgenommen, so sind auch hier die Grenzen der Vertragsfreiheit zu berücksichtigen. Innerhalb dieser Grenzen ist es jedoch möglich und zulässig, solche Mobilitätsklauseln in Verträge aufzunehmen, welche als Grundlage für die Weisung, den Arbeitsort zu wechseln, genügen.[93] Treu und Glauben gebieten es trotzdem, dass dem Arbeitnehmer keine Weisungen erteilt werden, die für ihn einen unzumutbaren Eingriff in seine persönlichen Verhältnisse darstellen.[94] Das Kriterium der Zumutbarkeit gilt für den ganzen Bereich des Weisungsrechts.[95] Wichtige Kriterien zur Überprüfung der Zumutbarkeit bilden die Distanz vom alten zum neuen Arbeitsort, die familiäre Situation, die Wohnsituation, Ausgleichsmassnahmen des Arbeitgebers, die betriebliche Notwendigkeit und die Dauer der Abordnung.[96]

3.49 Bei der Formulierung solcher Mobilitätsklauseln ist darauf zu achten, dass diese nicht als Umgehung von zwingenden gesetzlichen Regeln, insbesondere von Art. 327*a* Abs. 1 OR oder Art. 13 ArGV 1, ausgelegt werden können. So wurde bspw. die Regelung, dass der Arbeitsort stets dort sein soll, wo ein Einsatz bei einem Kunden zu leisten ist, als Umgehung von Art. 13 ArGV 1 qualifiziert, da dadurch sämtliche Reisezeit auf den Arbeitnehmer abgewälzt werde.[97] Es ist daher zu empfehlen, eine Formulierung zu wählen, welche dem Arbeitnehmer bei einem Arbeitsortswechsel gleiche Arbeitsbedingungen und eine gleichwertige Arbeit garantiert. Damit ist auch klar, dass die Arbeitgeberin unter Umständen die Weisung zum Wechsel des Arbeitsortes erteilen darf und der Arbeitnehmer dieser Weisung nachkommen muss, jedoch die durch diesen Wechsel des Arbeitsortes anfallenden Aufwendungen des Arbeitnehmers, bspw. die höheren Fahrkosten oder die Wegzeit, von der Arbeitgeberin ausgeglichen werden müssen.

---

91 Heiz, 123.
92 AGer BE, Urteil vom 11. Februar 1987, in: JAR 1989, 210.
93 Heiz, 123, m.w.H.
94 Rehbinder/Stöckli, Berner Komm. OR, Art. 321d, N 39.
95 Stamm, 54.
96 Portmann/Stöckli, Rz. 184.
97 AGer ZH, in: JAR 2008, 536.

dd) Wechsel des Arbeitsortes ohne vertragliche Grundlage

3.50 Fehlt im Arbeitsvertrag eine Klausel, wonach die Arbeitgeberin berechtigt ist, dem Arbeitnehmer eine vergleichbare Tätigkeit zu denselben Vertragsbedingungen an einem anderen Arbeitsort zuzuweisen, kann die Arbeitgeberin einen Wechsel des Arbeitsortes grundsätzlich nicht mittels Weisung durchsetzen.[98] Das Recht resp. die Pflicht, Weisungen zu erteilen, ist trotz der Befolgungspflicht des Arbeitnehmers in Art. 321d Abs. 2 OR nicht unbeschränkt, sondern besteht nur im Rahmen des bereits anderweitig festgelegten Vertragsinhalts.[99] Ebenso gehen die Pflichten des Arbeitnehmers aus dispositiven oder zwingenden Gesetzesnormen, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag oder Betriebsordnung den Weisungen des Arbeitgebers vor.[100] Weisungen der Arbeitgeberin folgen daher im Rang allen übrigen Regelungen nach.[101] Da das Weisungsrecht der Konkretisierung des arbeitsvertraglich Vereinbarten dient, können sie folglich nur innerhalb der Vertragsgrenzen Gültigkeit haben.[102] Immerhin hat der Arbeitnehmer bei dringlichen betrieblichen Bedürfnissen gestützt auf seine Treuepflicht vorübergehend andere Arbeiten auszuführen oder sich an einen anderen Arbeitsort transferieren zu lassen, nicht jedoch in ein anderes Unternehmen. Allerdings hat die Weisung zum Wechsel des Arbeitsortes zumutbar zu sein. Dies hängt wie bereits ausgeführt unter anderem davon ab, wie lange die Abordnung dauert, ob das Privatleben dadurch stark beeinträchtigt wird und ob die Mehrkosten ersetzt werden.[103]

Zu beachten ist des Weiteren, dass immer dann, wenn der Zweck des Arbeitsvertrages zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer hauptsächlich darin besteht, dass der Arbeitnehmer an andere Konzernunternehmen verliehen wird, die Vorschriften des Personalverleihs einzuhalten sind.[104] Demnach müssen in solchen Verhältnissen einige Punkte schriftlich geregelt werden. Dazu gehört gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b AVG auch der Arbeitsort. Es ist daher zu empfehlen, in solchen Fällen bereits die Mobilitätsklausel so auszugestalten, dass sie den Anforderungen von Art. 19 AVG genügt. Ansonsten muss spätestens bei der Weisung zum Arbeitsortswechsel eine entsprechende schriftliche Zusatzvereinbarung vereinbart werden.[105] Das gilt sowohl für den Verleih an andere Konzerngesellschaften als auch bei einem Verleih an Unternehmen ausserhalb des Konzerns.

3.51 Findet gar eine Entsendung eines Arbeitnehmers in ein anderes Land oder aus einem anderen Land in die Schweiz statt, sind weitere Besonderheiten zu beachten. Bei einer Entsendung eines Arbeitnehmers aus der Schweiz in ein anderes Land ist

98 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d, N 3.
99 Hensch, Pflegerecht 2012, 17.
100 Vischer/Müller, 170.
101 Portmann/Stöckli, Rz. 145.
102 GSG BS, in: JAR 1981, 132 f.; Geiser/Müller, Rz. 341
103 Müller, AJP 1999, 456; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d, N 3.
104 Grundsätzlich besteht zwar das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer gemäss den Regeln von Art. 319 ff. OR. Jedoch gehen die Vorschriften von Art. 19 AVG als lex specialis den arbeitsvertraglichen Bestimmungen vor (Flütsch, 99).
105 Heiz, 139.

grundsätzlich festzuhalten, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag weiterhin bestehen bleibt. Wie der Fall eines deutschen Bäckers, der von einer Bäckerei mit Sitz in der Schweiz nach Afghanistan entsandt wird, um für die Truppen Brötchen zu backen, zeigt, sind jedoch die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auf die Zeit in Afghanistan nicht mehr anwendbar.[106] Wird ein Arbeitnehmer einer ausländischen Konzerngesellschaft in die Schweiz entsandt, ist das Entsendegesetz zu beachten, welches verhindern will, dass die Ausführung von Aufträgen durch Betriebe, welche Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, zu missbräuchlichen Unterbietungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz führt.[107] Anzumerken bleibt, dass der Personalverleih aus dem Ausland in die Schweiz eigentlich verboten ist (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 AVG), ein Verbot, dem im internationalen Konzernverbund oft nicht nachgelebt werden kann.

ee) Wechsel der Arbeitgeberin

Grundlegend anders ist die Situation zu beurteilen, wenn mit dem Wechsel des Arbeitsortes zugleich ein Wechsel der Arbeitgeberin vorgenommen werden soll. Ein Wechsel der Arbeitgeberin kann dabei entweder durch eine Vertragsübernahme auf der Seite der Arbeitgeberin oder durch Beendigung und Neubegründung des Arbeitsverhältnisses erreicht werden. In beiden Fällen sind die Mitwirkung und das Einverständnis des Arbeitnehmers vorausgesetzt. Stimmt der Arbeitnehmer dem Wechsel der Arbeitgeberin nicht zu, ist ein derartiger Vorgang durch einseitige Anordnung der Arbeitgeberin gestützt auf deren Weisungsrecht nicht möglich.[108] Der Arbeitgeberin bleibt einzig die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wobei die neue Arbeitgeberin gleichzeitig ein Angebot zum Abschluss eines neuen Vertrages unterbreiten kann. Da es sich bei diesem Vorgang nicht um eine Änderungskündigung im eigentlichen Sinne handelt, können die durch Lehre und Rechtsprechung zur Änderungskündigung aufgestellten Grundsätze höchstens analog Anwendung finden.[109] 3.52

106 BGer, Urteil 4A_103/2013 vom 11. September 2013, E. 2.5.

107 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20); vgl. dazu auch Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

108 Portmann/Stöckli, Rz. 184.

109 Heiz spricht sich diesbezüglich klar für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zur Änderungskündigung auf diesen Vorgang aus (134).

2. Arbeitsweg

a) Anrechnung an die Arbeitszeit

3.53 Grundsätzlich stellt der Arbeitsweg von und zum Arbeitsort keine Arbeitszeit dar.[110] Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit normalerweise an einem festen Arbeitsort verrichtet.[111] Ist dies nicht der Fall, so gilt die Reisezeit immer als Arbeitszeit.[112] Eine vertragliche Abrede, welche festlegt, dass der Arbeitsort immer der aktuelle Einsatzort sein soll, ist wohl als Umgehung von Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 zu taxieren.[113] Wird ein Arbeitnehmer nun an einen auswärtigen Arbeitsort entsandt und dauert dadurch sein Arbeitsweg länger, so ist die Differenz zur Zeit, welche er normalerweise benötigen würde, als Arbeitszeit anzurechnen.[114] Anzumerken ist, dass diese Regelung für die Schweiz und das grenznahe Ausland ausgelegt ist.[115] Sie ist nicht dazu geeignet, auf Auslandsreisen angewendet zu werden. Für solche Fälle empfiehlt es sich, eine privatrechtlich verbindliche Absprache im Arbeitsvertrag oder in einem Arbeitszeitreglement zu treffen, welche regelt, in welchem Umfang Geschäftsreisen als Arbeitszeit angerechnet werden.[116] Leistet der Arbeitnehmer Pikettdienst, gilt immer die gesamte Wegzeit als Arbeitszeit.[117]

3.54 Für den Konzern bedeutet dies letztlich, dass ein entliehener Arbeitnehmer, sofern es sich um eine Einsatzgesellschaft in der Schweiz handelt, einen Teil des Arbeitswegs bereits zur Arbeitszeit rechnen kann, falls dieser länger dauert als am normalen Arbeitsort. Wird er ins Ausland geschickt, muss entweder eine individuelle Abrede getroffen oder direkt ein neuer Vertrag aufgesetzt werden. Der Entscheid, welche Variante im konkreten Fall praktikabler ist, wird im Endeffekt von der Dauer des Einsatzes abhängen.

b) Auslagenersatz

3.55 Eine ähnliche Situation präsentiert sich beim Ersatz der Auslagen, welche die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zu ersetzen hat.[118] Darunter fallen alle Auslagen, welche dem Arbeitnehmer durch die Ausführung der Arbeit entstanden sind. Diese notwendigen Auslagen verlangen einen unmittelbaren, direkten Zusammenhang mit der eigentlichen Arbeitsausführung. Aufwand für Kleider,[119] Verpflegung,

---

110 Art. 13 Abs. 1 ArGV 1; vgl. zum Ganzen: Müller/Hofer/Stengel, AJP 2015, S. 571 ff.
111 Von Kaenel, SHK ArG, Art. 9, N 14.
112 Von Kaenel, a.a.O.
113 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321, N 9, mit Verweis auf einen Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich.
114 Art. 13 Abs. 2 ArGV 1.
115 SECO, Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, Mai 2014, 113-2.
116 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O. Vgl. dazu das illustrative Beispiel bei Müller, Was ist Arbeitszeit?, 471.
117 Art. 15 Abs. 2 ArGV 1.
118 Art. 327a OR.
119 Siehe zum Thema Berufskleider jedoch Müller/Stengel mit einer detaillierten Analyse.

Unterkunft und Arbeitsweg trägt der Arbeitnehmer grundsätzlich selber.[120] Sind diese Kosten allerdings im Zusammenhang mit einem auswärtigen Arbeitsort entstanden, sind sie der Arbeitgeberin aufzuerlegen.[121]

D. Doppelstellung als Arbeitnehmer und Verwaltungsrat

1. Verbreitung und Entstehung

In der Praxis kommen Doppelstellungen sowohl bei KMU als auch bei bedeutenden Gesellschaften relativ häufig vor.[122] Im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance[123] wird dem Verwaltungsrat die Entscheidung über Personalunion oder Doppelspitze freigestellt mit folgender Einschränkung: «Entschliesst sich der Verwaltungsrat aus unternehmensspezifischen Gründen oder weil die Konstellation der verfügbaren Spitzenkräfte es nahelegt zur Personalunion, so sorgt er für adäquate Kontrollmechanismen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe bestimmt der Verwaltungsrat ein nicht exekutives, erfahrenes Mitglied (lead director). Dieses ist befugt, wenn nötig selbstständig eine Sitzung des Verwaltungsrates einzuberufen und zu leiten.»[124] 3.56

Eine Doppelstellung kann auf verschiedene Arten entstehen:[125] 3.57

- Ein ordnungsgemäss gewählter und als solcher tätiger Verwaltungsrat erhält einen Arbeitsvertrag.
- Ein ordnungsgemäss vertraglich verpflichteter Arbeitnehmer wird als Verwaltungsrat gewählt oder nimmt die Funktion eines faktischen Verwaltungsrates wahr.
- Ein Aktionär wird zum offiziellen oder zum faktischen Verwaltungsrat und übernimmt gleichzeitig eine Arbeitnehmerfunktion.
- Ein unbeteiligter Dritter wird gleichzeitig Verwaltungsrat und Arbeitnehmer.

120 Emmel, CHK OR, Art. 327b OR, N 2.
121 Emmel, CHK OR, a.a.O.
122 Im Jahre 2000 hatten von den damals über 9200 VR-Delegierten rund 73% ein zusätzliches Arbeitsverhältnis zur gleichen Gesellschaft (vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 156).
123 Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2016, Ziff. 19.
124 Eine Aufzählung möglicher Kontrollinstrumente (Control Self Assessment) findet sich bei Paulsen/Meierhofer, 1066 f.
125 Die Doppelstellung kann dabei auch unbewusst entstehen (vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 20 ff. mit entsprechenden Beispielen).

2. Verpflichtung zur Mandatsübernahme im Arbeitsvertrag

3.58 In den Arbeitsverträgen mit leitenden Arbeitnehmern werden i.d.R. nicht nur die Tätigkeits- und Kompetenzbereiche, sondern auch die organisatorische Unterstellung und Verantwortlichkeit festgelegt.[126] Dabei wird gelegentlich auch die organschaftliche Stellung des Arbeitnehmers vorgeschrieben.[127] Im Hinblick auf die grosse Verantwortung, welche ein Verwaltungsrat mit seinem Mandat übernimmt, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von solchen Klauseln.

3.59 Unproblematisch sind Klauseln, welche dem Arbeitnehmer das Recht einräumen, an den Sitzungen des Verwaltungsrates mit beratender Stimme teilzunehmen. Solche Bestimmungen finden sich häufig als Ergänzung in einem separaten Organisationsreglement bzw. Funktionendiagramm.[128] Weil damit dem Arbeitnehmer nur ein Recht zur Sitzungsteilnahme, aber keine Verpflichtung zur Mitarbeit oder sogar zur Mitentscheidung im Verwaltungsrat auferlegt wird, ist dies kein Zwang zur faktischen Organschaft.

3.60 Rechtlich unbedenklich sind sodann Vertragsklauseln, die dem Arbeitnehmer garantieren, dass er selbst zur Wahl in den Verwaltungsrat vorgeschlagen wird oder dass ein gewählter Arbeitnehmer in den paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat Einsitz nehmen kann.[129] Hier kann der betroffene Arbeitnehmer immer noch frei entscheiden, ob er eine allfällige Wahl annehmen will oder nicht.

3.61 Auf ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen sind Klauseln, wonach ein Arbeitsvertrag erst Gültigkeit erlangt, wenn der Arbeitnehmer von der Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt wird. Nach Art. 151 Abs. 1 OR kann ein Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass seine Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird. Der bedingte Anspruch ist gemäss Art. 157 OR dann nichtig, wenn die Bedingung in der Absicht beigefügt wurde, eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung zu fördern. Grundsätzlich ist die Wahl in einen Verwaltungsrat weder widerrechtlich noch unsittlich; auch die Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer ist

---

126 So auch in der Vorlage 1 für einen Arbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer in verantwortlicher Stellung bei Streiff/Pellegrini/von Kaenel, 145; a.M. noch Hutterli, 46 f., mit der Begründung, dieser Punkt werde vom Arbeitgeber oft bewusst übergangen, um Auseinandersetzungen mit bereits im Unternehmen tätigen Angestellten zu vermeiden; seit der Publikation 1984 hat diesbezüglich jedoch insofern ein Wandel stattgefunden, als sich ein Arbeitgeber heute i.d.R. des Konfliktpotenzials bewusst ist, wenn er bezüglich der Unterstellung keine Abmachungen trifft.

127 In diesem Sinne indirekt Schiltknecht, 18; konkret bei Weber, Anstellungsvertrag, 135, im Muster für einen deutschen Managervertrag: «Auf Wunsch der Unternehmensleitung wird Herr A. Aufgaben als Geschäftsführer, Mitglied des Verwaltungsrats bzw. Beirates oder vergleichbare Funktionen in verbundenen Unternehmen der Firma bzw. in Verbänden, Unternehmen oder sonstigen Institutionen übernehmen.»

128 Vgl. die Musterklauseln bei Müller/Lipp/Plüss, 504.

129 Solche Zusicherungen sollten jedoch statutarisch geregelt werden.

im Rahmen gewisser Grenzen zulässig.[130] Solange der Arbeitsvertrag keine Verpflichtung des Arbeitnehmers enthält, eine allfällige Wahl auch annehmen zu müssen, ist gegen eine Suspensivbedingung nichts einzuwenden. Mit Abschluss des Arbeitsvertrages erwirbt der Arbeitnehmer nur eine Anwartschaft auf eine Anstellung; erst mit der Wahl durch die Generalversammlung entsteht ein rechtsgültiger Anspruch. Nimmt der Kandidat jedoch schon vor der Wahl durch die Generalversammlung an den Sitzungen des Verwaltungsrates teil und trifft er dabei für die Gesellschaft massgebende Entscheidungen mit, so wird er allenfalls zum faktischen Organ.[131] Lassen die übrigen Verwaltungsräte trotz Nichtwahl weiterhin ein Handeln des faktischen Organs zu, so ist dies als stillschweigende Zustimmung zum Arbeitsvertrag zu qualifizieren, weshalb der suspensiv bedingte Arbeitsvertrag in diesem Falle doch Rechtswirksamkeit erlangt.

3.62 Problematisch sind schliesslich Vertragsklauseln, welche den Arbeitnehmer zwingend verpflichten, zusätzlich zu seiner arbeitsrechtlichen Stellung im Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen und dort die gesellschaftsrechtliche Verantwortung mitzutragen. Da die Wahl des Verwaltungsrates gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung gehört, könnte ein derartiger Arbeitsvertrag nur unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass innerhalb einer bestimmten Frist rechtsgültig eine diesbezügliche Wahl erfolgt. Selbst dann kann die Generalversammlung diesen Verwaltungsrat aber jederzeit ohne Grundangabe abwählen.[132] Umgekehrt kann auch der betreffende Verwaltungsrat jederzeit ohne Begründung von seinem VR-Mandat zurücktreten[133] und zwar selbst dann, wenn er zusätzlich noch die Funktion eines VR-Delegierten ausübt.[134] Ein Rücktritt oder eine Abberufung zur Unzeit ist gültig, kann jedoch vertragliche Schadenersatzansprüche (z.B. aus Art. 404 OR) nach sich ziehen.[135]

3.63 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass in einem Arbeitsvertrag grundsätzlich die Pflicht zur Übernahme eines Verwaltungsratsmandates vorgesehen werden kann. Dadurch kann aber weder die Generalversammlung, noch der Arbeitnehmer zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden. Dies ist auch nicht über den Umweg einer Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160 ff. OR möglich, da eine Konventionalstrafe nicht gefordert werden kann, wenn sie widerrechtliche oder unsittliche

130 Vgl. die Ausführungen zu den Besonderheiten von Gesellschaften mit einem einzigen Verwaltungsrat in Rz. 3.65 ff.

131 Bereits eine länger dauernde Zuständigkeitsregel kann die organtypische Stellung bewirken (vgl. BGE 128 III 92).

132 Sofern es sich nicht um eine Universalversammlung handelt, ist dazu eine entsprechende Traktandierung notwendig.

133 Plüss/Facincani-Kunz/Künzli, CHK, Art. 710 OR, N 10; Müller/Lipp/Plüss, 116.

134 Diese Tatsache scheint in der Praxis allerdings vielen VR-Delegierten nicht bewusst zu sein. Auf die entsprechende Frage in der eigenen Umfrage erklärten 27,1% aller VR-Delegierten mit einem ausschliesslich organschaftlichen Verhältnis zur Gesellschaft, eine bestimmte Kündigungsfrist einhalten zu müssen; bei den VR-Delegierten mit einem Arbeitsvertrag waren es sogar 62,6%.

135 Plüss/Facincani-Kunz/Künzli, CHK, Art. 710 OR, N 13.

Versprechen bekräftigen soll.[136] Da die Wahlannahme ein höchstpersönliches Recht ist, käme eine Annahmeverpflichtung einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB gleich. Zudem hat jedes Mitglied des Verwaltungsrates ein jederzeitiges Rücktrittsrecht. Demnach kann nur der unmittelbare Schaden aus einer Verweigerung der Mandatsübernahme oder aus einem Rücktritt zur Unzeit geltend gemacht werden. Um zumindest über diesen Punkt Klarheit zu erlagen, können im Arbeitsvertrag entsprechende Klauseln vereinbart werden. Dabei ist folgendes zu beachten:

- Der Arbeitnehmer kann bereits mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages die Annahme einer allfälligen Wahl als Verwaltungsrat erklären; damit braucht er selbst nicht an der Generalversammlung anwesend zu sein, denn der Arbeitsvertrag gilt bereits als Ausweis für die Mandatsannahme gegenüber dem Handelsregisteramt.
- Die Wahlannahme kann nicht unwiderruflich erklärt werden, da sie ein höchstpersönliches Recht ist und im Hinblick auf Art. 27 ZGB jederzeit widerrufen werden kann. Für diesen Fall sollten die gleichen Schadenersatzansprüche wie für den Mandatsrücktritt zur Unzeit vorgesehen werden.

3.64 Während die Übernahme eines Verwaltungsratsmandates bereits im Arbeitsvertrag vorgesehen werden kann,[137] ist es der Generalversammlung verwehrt, die Wahl eines Verwaltungsrats an die Bedingung knüpfen, dass dieser einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abzuschliessen habe.[138] In den Statuten kann untersagt werden, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats in einem zusätzlichen Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Zulässig wäre auch eine statutarische Regelung zur paritätischen Zusammensetzung des Verwaltungsrates aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern. Nichtig wäre aber eine Statutenbestimmung, wonach die Generalversammlung einen von der Belegschaft vorgeschlagenen Verwaltungsrat zu wählen hat.

3. Voraussetzungen und Zulässigkeit einer Doppelstellung

3.65 Entscheidendes Kriterium für den Bestand eines Arbeitsvertrages ist auch bei Mitgliedern des Verwaltungsrates gemäss Art. 319 OR das Subordinationsverhältnis.[139] Besteht ein Verwaltungsrat nur aus einem einzigen Mitglied, so erscheint eine Doppelstellung unmöglich. Bei der Einmann-AG ist ein Arbeitsverhältnis des einzigen Verwaltungsrats tatsächlich ausgeschlossen. Ist der wirtschaftliche Eigentümer jedoch vom einzigen Verwaltungsrat verschieden, so kann u.U. doch ein Arbeitsverhältnis möglich sein.[140] Dabei ist zwischen organabhängiger und organunabhängi-

136 Art. 163 Abs. 2 OR.
137 Dazu ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 34 ff.
138 Vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 37 ff.
139 Vgl. BGE 125 III 78, E. 4 und BGE 130 III 213, E. 2.1; grundsätzlich Geiser/Müller, Rz. 108 ff. und Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319, N 11 im Teil Organpersonen.
140 Die Aussage, dass auch bei einem Verwaltungsrat mit nur einem Mitglied allenfalls ein Arbeitsverhältnis bestehen kann, erscheint auf den ersten Blick absurd. Folgendes Beispiel

ger Tätigkeit zu unterscheiden.[141] Im ersten Fall muss das Weisungsrecht delegiert werden, während im zweiten Fall eine mehrstufige Organisationsstruktur vorhanden sein muss. Die Voraussetzungen und die Zulässigkeit einer Doppelstellung lassen sich am einfachsten tabellarisch darstellen:

VR-Zusammensetzung	Arbeitstätigkeit	Zulässigkeit einer Doppelstellung
Mehrere VR-Mitglieder	Organunabhängige Tätigkeit	Zulässig, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind und keine Einschränkungen in den Statuten oder im Organisationsreglement bestehen.
Mehrere VR-Mitglieder	Organabhängige Tätigkeit	Zulässig, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind und keine Einschränkungen in den Statuten oder im Organisationsreglement bestehen.
Nur ein VR-Mitglied	Organunabhängige Tätigkeit	Nur wenn eine mehrstufige Organisationsstruktur vorliegt und wenn das VR-Mitglied nicht gleichzeitig die Gesellschaft wirtschaftlich beherrscht.
Nur ein VR-Mitglied	Organabhängige Tätigkeit	Grundsätzlich unzulässig, ausser in Konzernverhältnissen, wenn das Weisungsrecht an die Muttergesellschaft delegiert ist.

3.66

Abb. 3.2. Quelle: Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 479.

Im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance wird empfohlen, dass nur eine Minderheit der VR-Mitglieder eine solche Doppelstellung einnimmt.[142] Arbeitsverträge zwischen VR-Mitgliedern und der Gesellschaft sind durch den Gesamtverwaltungsrat zu genehmigen, dabei hat der Betroffene in den Ausstand zu treten. Eine Genehmigung ist zu verweigern, wenn der Vertragsabschluss nicht zu Drittbedingungen erfolgen würde. Börsenkotierte Gesellschaften haben Arbeitsverträge mit ihren VR-Mitgliedern offenzulegen, soweit diese eine operative Führungsfunktion ausüben.[143] Zudem sind bei solchen Gesellschaften gemäss Art. 12 VegüV in den Statuten die maximale Dauer der Verträge, die den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung zugrunde liegen, und

3.67

vermag den Blickwinkel jedoch zu verschieben: Ein Direktor ist schon seit mehreren Jahren Mitglied des vierköpfigen Verwaltungsrates. Bei der Fahrt zu einer Firmenbesichtigung sterben die anderen drei Mitglieder. Soll nun der Direktor plötzlich seinen Arbeitsvertrag verlieren und ohne Sozialschutz dastehen, nur weil er noch der einzige amtierende Verwaltungsrat ist?

141 Als organunabhängige Tätigkeit ist jede Arbeitsleistung zu qualifizieren, welche keine Organfunktion voraussetzt (z.B. Marketingberater); unter organabhängiger Tätigkeit ist dagegen jede Arbeitsleistung zu verstehen, welche eine Organfunktion voraussetzt (z.B. Direktor).

142 Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2016, Ziff. 12.

143 Ziff. 3.1 der Richtlinie der SIX Swiss Exchange betreffend Informationen zur Corporate Governance.

die maximale Kündigungsfrist für unbefristete Verträge anzugeben. Art. 95 Abs. 3 lit. b BV schreibt vor: «Die Organmitglieder erhalten … keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe.» Damit wird aber die Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

4. Konsequenzen einer Doppelstellung

a) Arbeitsrechtliche Konsequenzen

3.68 Ein Verwaltungsrat mit Doppelstellung hat einerseits die gesellschaftliche Treuepflicht nach Art. 717 OR und andererseits die arbeitsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 321a OR zu beachten.[144] Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist weiter gehend als die arbeitsrechtliche. Daher wird die Stellung eines Arbeitnehmers mit der Wahl in den Verwaltungsrat haftpflichtrechtlich verschlechtert.

3.69 Zudem gilt während der Dauer des Arbeitsvertrages ein verschärftes Konkurrenzverbot, da ein umfassender Einblick in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse besteht. Nach Beendigung des Arbeitsvertrages bleibt die höhere Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR zumindest während einer beschränkten Zeit bestehen, da der Arbeitnehmer seine als Verwaltungsrat erlangten Kenntnisse über die Gesellschaft nicht einfach mit dem Ende des Verwaltungsratsmandats verliert. Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit schriftlich vereinbarten Konkurrenzverboten über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus haben die Gerichte deshalb nicht nur eine aktuelle, sondern auch eine frühere Doppelstellung im Einzelfall zu prüfen und angemessen zu berücksichtigen.

3.70 Die VR-Tätigkeit ist anspruchsvoll und mit dem Risiko einer Verantwortlichkeitsklage behaftet. Wenn ein VR-Mitglied auch noch als Arbeitnehmer der Gesellschaft angestellt ist, kann er dennoch nicht geltend machen, er übe eine schadensgeneigte Tätigkeit aus. Vielmehr ist er unabhängig von seiner VR-Stellung als Arbeitnehmer für den von ihm verursachten Schaden gegenüber der Gesellschaft nach Art. 321*e* OR schadenersatzpflichtig.[145]

3.71 Bei börsenkotierten Gesellschaften sind die Art. 20 und 21 VegüV bezgl. unzulässiger Vergütungen zu beachten. Insbesondere dürfen danach einem VR-Mitglied aufgrund eines Arbeitsvertrages keine vertraglichen Abgangsentschädigungen ausgerichtet werden.

---

144 BGE 130 III 213; vgl. die Kommentierungen durch Felber, SJZ 100 (2004), 215, durch Forstmoser/Peyer, SJZ 100 (2004), 518, und durch Küng, Anwaltsrevue 10/2004, 384 f., sowie die ausführliche Entgegnung von Sommer, AJP 9/2004, 1059 ff.

145 Zu den arbeitsrechtlichen Konsequenzen ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 268 ff.

b) Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen

3.72 Eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer führt immer dann zu einer besonderen Verantwortlichkeit im Rahmen der Organhaftung nach Art. 754 OR, wenn die Kenntnisse aus dem Arbeitsverhältnis als besonderes Spezialwissen zu qualifizieren sind, welches eine allfällige Pflichtverletzung als gravierender erscheinen lässt. Besteht die Arbeitstätigkeit in einer Geschäftsführungsfunktion, so verletzt der Arbeitnehmer durch eine Missachtung der Geschäftsführungspflichten stets auch die Pflicht als Verwaltungsrat zur Oberaufsicht über die Geschäftsführung, womit auch das Verschulden schwerer wiegt. Der Beizug von Hilfspersonen führt dabei zu keiner Reduktion der Verantwortlichkeit; der betroffene Verwaltungsrat hat sich die fehlbaren Handlungen und Unterlassungen der beigezogenen Hilfspersonen vollumfänglich anrechnen zu lassen. Im Unterschied dazu führt eine berechtigte Delegation zu einer Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit auf die Auswahl, die Instruktion und die Überwachung des Delegationsempfängers.[146]

c) Versicherungsrechtliche Konsequenzen

3.73 Eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer kann bedeutende Konsequenzen bei Regressansprüchen von Drittversicherungen haben. Der Deckungsausschluss für Regressansprüche Dritter gegenüber Arbeitnehmern wird in der Regel durch eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer aufgehoben. Die Betriebshaftpflichtversicherungen werden deshalb bei ihrer Prämienfestsetzung diesen Umstand berücksichtigen. Umgekehrt werden die Sachversicherer bei der Prüfung von möglichen Regressansprüchen gegen schadensverursachende Arbeitnehmer mit Vorteil prüfen, ob diese keine Doppelstellung als Verwaltungsrat haben.[147]

3.74 Art. 52 AHVG führt praktisch zu einer Kausalhaftung des Verwaltungsrats für nicht abgelieferte Beiträge.[148] Wird ein Arbeitnehmer in den Verwaltungsrat gewählt, trifft ihn diese Haftung unmittelbar und uneingeschränkt. Im Konkurs einer Gesellschaft gelangen die Ausgleichskassen mit ihren Forderungen immer zuerst an die in der Schweiz wohnhaften Mitglieder des Verwaltungsrats; damit ersparen sie sich mühsame Abklärungen, ob ein Geschäftsleitungsmitglied überhaupt für die Belange der Sozialversicherung zuständig war. Für einen Arbeitnehmer führt deshalb die Einsitznahme im Verwaltungsrat unter diesem Aspekt zu einer gravierenden Verschärfung der Verantwortlichkeit.

---

146 Zu den gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 320 ff.

147 Vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 370 ff. und das dort angeführte Beispiel.

148 Vgl. statt vieler BGE 141 V 51, 129 V 11.

d) Prozessrechtliche Konsequenzen

3.75 In einem Verantwortlichkeitsprozess kann ein Verwaltungsrat mit einer Doppelstellung als Arbeitnehmer u.U. bei einem Gericht eingeklagt werden, bei dem er ohne seine Doppelstellung nicht belangt werden könnte. Konkret ist dies der Ort, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Führt die Gesellschaft eine Betriebsstätte, wo sich weder der Sitz noch eine Zweigniederlassung der Gesellschaft befindet, und verrichtet der beklagte Verwaltungsrat mit einer Doppelstellung dort seine Arbeitstätigkeit, so kann er dort für gesellschaftsrechtliche Ansprüche mit einem sachlichen Zusammenhang zu arbeitsrechtlichen Ansprüchen eingeklagt werden.

3.76 Ein zusätzliches Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft kann für das betroffene VR-Mitglied bei Verantwortlichkeitsprozessen Auswirkungen auf die Beweislastverteilung haben. Im Falle einer Doppelstellung gilt die vertragliche Verschuldensvermutung, falls sich die Pflichtverletzung auch auf den Arbeitsvertrag bezieht (z.B. eine arbeitsrechtliche Treuepflichtverletzung nach Art. 321a OR, welche gleichzeitig auch eine gesellschaftsrechtliche Treuepflichtverletzung nach Art. 717 OR darstellt).[149]

IV. Sonderfragen

A. Probezeit im Konzern

1. Zeitlich gestaffelte Arbeitsverträge

3.77 Die Probezeit nach Art. 335b OR dauert grundsätzlich einen Monat.[150] Davon kann durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder GAV abgewichen werden. Allerdings darf keine Dauer von über 3 Monaten verabredet werden.[151] Werden Arbeitnehmer nun in verschiedenen Konzerngesellschaften mittels befristeten Arbeitsverträgen eingesetzt, stellt sich die Frage, ob jeweils eine neue Probezeit vereinbart werden kann oder ob die Probezeit – einmal absolviert – für alle Konzerngesellschaften Gültigkeit hat.

3.78 Handelt es sich bei den verschiedenen Verträgen jeweils um die gleichen Parteien, sind diese zusammenzurechnen, selbst bei kurzen Unterbrüchen. Auch wenn in einem Vertrag ausdrücklich davon die Rede ist, es werde ein neuer Vertrag geschlossen, ist die Zurückrechnung auf den Anfang der Anstellung nur zu unterlassen, wenn ein völlig anders geartetes Vertragsverhältnis vereinbart worden ist.[152]

3.79 Bei konzerninternen Wechseln, kann – muss aber nicht – nun auch die Arbeitgeberin wechseln. Hier geht ein Teil der Lehre davon aus, dass auch dann die Begrün-

149 Zu den versicherungsrechtlichen Konsequenzen ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 365 ff.
150 Art. 335b Abs. 1 OR.
151 Art. 335b Abs. 2 OR.
152 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335c, N 5.

dung einer neuen Probezeit nicht zulässig ist.[153] Ist ein konzerninterner Wechsel jedoch vor allem auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgt und handelt es sich um eine wesentlich andersartige Tätigkeit, muss das Ansetzen einer erneuten Probezeit dennoch zulässig sein.[154]

2. Zeitgleiche Arbeitsverhältnisse

3.80 Werden verschiedene Arbeitsverträge zwar zur gleichen Zeit, jedoch mit unterschiedlichen Probezeiten oder mit gleich langen Probezeiten, jedoch unterschiedlichem Arbeitsbeginn geschlossen, muss konsequenterweise darauf abgestützt werden, ob die Verträge rechtlich miteinander verknüpft sind. Ist das Bestehen des einen Vertrages Bedingung zur Aufrechthaltung bzw. Eingehung des anderen Vertrages, sind sie derart eng miteinander verbunden, dass das Vereinbaren von mehreren bzw. unterschiedlich langen Probezeiten nicht zulässig sein darf. Anders sieht die Situation aus, wenn jeder der Verträge rechtlich alleine zu bestehen vermag: Kann einer der Verträge – unabhängig von welcher Partei – gekündigt werden, ohne dass damit der andere Vertrag tangiert wird, handelt es sich um zwei getrennte Sachverhalte, welche auch so zu behandeln sind. Dementsprechend muss das Vereinbaren von mehreren Probezeiten zulässig sein.

B. Haftung im Konzern

1. Allgemein

3.81 Will ein Arbeitnehmer Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen, kann er im Hinblick auf die zwischendurch sehr komplexen Verhältnisse im Konzern ein grosses Interesse daran haben, seine Forderungen gegenüber einer anderen Gesellschaft geltend zu machen, als gegenüber jener, welche als Arbeitgeberin aufgetreten ist. Namentlich in internationalen Konzernen kann es von Vorteil sein, jene Gesellschaft einzuklagen, die sich am Arbeitsort befindet oder in einem Land, dessen Gesetzgebung besonders arbeitnehmerfreundlich ist.[155] Damit stellt sich die Frage, ob – und falls ja, unter welchen Voraussetzungen – ein solches Vorgehen rechtlich möglich ist.

153 Heiz, 164; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335b, N 1; unklar hierzu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335b, N 5.
154 Heiz, 164.
155 Geiser/Uhlig, 789.

2. Durchgriff

3.82 Ein Aktionär hat in der Schweiz grundsätzlich als einzige Pflicht die Pflicht zur Liberierung der Aktien. Dies ist selbst statutarisch nicht abänderbar.[156] Somit haftet der Aktionär explizit nicht für die Schulden der Gesellschaft.[157] Dies ist unabhängig davon, wie viele Anteile an einer Gesellschaft ein Aktionär besitzt. Wird nun allerdings dieses gesetzliche Trennungsprinzip missbraucht, kann mittels Durchgriff auf die Aktionäre zugegriffen und damit das Haftungssubstrat erhöht werden.

3.83 Eine Durchgriffshaftung kann allerdings nicht leichthin angenommen werden. Lehre und Rechtsprechung anerkennen den Durchgriff als Haftung des Aktionärs, welcher mit der Gesellschaft wirtschaftlich identisch ist und der sich rechtsmissbräuchlich auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft beruft.[158]

3.84 In aller Regel hat bei einem Durchgriff die beherrschende Gesellschaft für die Schulden der beherrschten einzustehen (direkter Durchgriff). Möglich ist aber auch der Fall, bei dem die beherrschte Gesellschaft für die Schulden der beherrschenden Gesellschaft einzustehen hat (umgekehrter Durchgriff)[159] oder dass eine Konzerntochter für die Schulden einer anderen Konzerntochter haftet.[160]

3. Vertrauenshaftung im Konzern

3.85 Wie alle Vertragsparteien sind auch Konzerngesellschaften verpflichtet, Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu führen. Tun sie dies nicht, kann eine Vertrauenshaftung greifen. Dies kommt allerdings nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht. Die Muttergesellschaft kann nur dann haftbar gemacht werden, wenn sie durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung geweckt hat, dieses später aber in treuwidriger Weise enttäuscht.[161] Das blosse Bestehen einer Konzernbindung vermag keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung abzugeben. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.[162]

---

156 Art. 680 Abs. 1 OR.
157 Art. 620 Abs. 2 OR.
158 Statt vieler: Heiz, 193, BGE 108 II 214.
159 BGer, Urteil 4C.344/2001 vom 7. Mai 2002, E. 3.1.3.
160 Geiser/Uhlig, 790, m.w.H.
161 BGer, Urteil 9C_754/2011 vom 5. März 2012, E. 3.3. Grundlegend dazu der «Swissair-Entscheid» BGE 120 II 331
162 BGer, Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.1 und der «Motor-Columbus-Entscheid» BGE 124 III 297 E. 6.

4. Patronatserklärung

Unter einer Patronatserklärung versteht man im weiteren Sinne eine Erklärung, mit der sich eine Gesellschaft gegenüber Geschäftspartnern von Dritten in der einen oder anderen Weise sich als mit diesen Dritten wirtschaftlich verbunden bezeichnet und damit für den Geschäftsverkehr diese Dritten vom Anschein der eigenen Seriosität profitieren lässt.[163] 3.86

Eine Patronatserklärung vermag als solche allein grundsätzlich noch keine Rechtswirkung zu entwickeln. Eine allfällige Bindungswirkung muss für jede einzelne Erklärung nach den allgemeinen Auslegungsregeln ermittelt werden.[164] Falls tatsächlich ein Verpflichtungswille gegeben ist – was sich aus der Formulierung ergeben müsste – wäre abzuklären, wie diese Erklärung rechtlich einzuordnen ist: Zur Debatte in diesem Fall stünden wohl[165] eine Bürgschaft,[166] ein Garantievertrag,[167] eine kumulative Schuldübernahme,[168] ein Vertrag zugunsten Dritter oder ein Innominatkontrakt. Vorsicht ist hier geboten, um nicht ungewollt haftbar gemacht zu werden. Dies kann dann geschehen, wenn die Patronatserklärung in einer Weise formuliert ist, dass eine Vertrauenshaftung entstehen kann. 3.87

C. Kündigung im Konzern

Auch die Kündigung in einem Konzernverhältnis stellt eine einseitige Willenserklärung dar, die sowohl vom Arbeitnehmer als auch von der Arbeitgeberin ausgeübt werden kann. Speziell bei einem Konzernverhältnis ist jedoch, dass strikt zwischen der Abberufung der Organe und der Kündigung des Arbeitsverhältnisses unterschieden werden muss, obwohl diese in einer engen Wechselbeziehung stehen können.[169] Bei der Abberufung der Organe handelt es sich um eine Kompetenz, welche dem Verwaltungsrat unentziehbar zusteht.[170] Nur soweit die entsprechende Person von der Generalversammlung gewählt worden ist, gilt eine andere Zuständigkeit für die Abberufung. Die Unübertragbarkeit der Wahl- und Abberufungsbefugnis betrifft aber nur die obersten dem Verwaltungsrat direkt unterstehenden Mitglieder der Geschäftsleitung.[171] Die Unübertragbarkeit bedeutet indes nicht, dass die nächstuntere Ebene nicht ermächtigt werden könnte, selbst Abberufungen vorzunehmen. Die Unübertragbarkeit hat lediglich die Folge, dass in jedem 3.88

163 Geiser/Uhlig, 794.
164 Von Büren, 438.
165 Von Büren, a.a.O.
166 Art. 492 ff. OR.
167 Art. 111 OR.
168 Art. 175 ff. OR.
169 BGE 128 III 129, E. 1.b.
170 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR.
171 Böckli, § 13 Rz. 356a.

Fall der Verwaltungsrat auch das Recht hat, selber solche Abberufungen vorzunehmen.[172]

3.89 Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sind jedoch andere Regelungen anwendbar als bei der Abberufung von Organen. Die Kündigungserklärung kann dabei von der Arbeitgeberin selbst oder durch ihre rechtmässigen Vertreter ausgesprochen werden. Die dazu nötige Vollmacht zur Kündigung kann entweder besonders erteilt werden oder sich aus einer umfassenden Vollmacht wie der Prokura[173] oder General- oder Handlungsvollmacht[174] ergeben.[175] Das Bundesgericht sieht in der Tatsache, dass einerseits die Vertretungsbefugnis der Geschäftsleitung nach dem Aktienrecht beurteilt wird, andererseits aber die gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeiten für die Abberufung der Organe nicht massgebend sind, keinen Widerspruch. Es handle sich dabei um eine Folgerung aus dem Umstand, dass das Arbeitsverhältnis auch dann auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der juristischen Person und dem Arbeitnehmer beruhe, wenn dieser gleichzeitig deren Organ ist. Die für das vertragliche Verhältnis notwendigen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen folgen nicht anderen Grundsätzen als bei einem Vertrag mit einem aussenstehenden Dritten. Wer für die Gesellschaft rechtsgeschäftlich handeln könne, bestimme sich in erster Linie nach dem Aktienrecht. Dieses sei deshalb auch für die Frage massgebend, ob die Geschäftsleitung oder der Verwaltungsrat für den Abschluss und die Beendigung eines Arbeitsvertrages zuständig ist.[176]

3.90 Zu beachten ist des Weiteren, dass es sich bei der Kündigung um ein Gestaltungsrecht handelt, das durch einseitige Willensäusserung ausgeübt wird und womit ein Rechtsverhältnis einseitig umgestaltet werden kann.[177] Die Kündigung ist aus diesem Grund grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich.[178] Aus den Grundsätzen der Klarheit und Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung ergibt sich, dass diese erst wirksam ist, wenn sie von der dafür zuständigen Person innerhalb des arbeitgebenden Unternehmens ausgesprochen worden ist.[179] Wurde eine Kündigung nur durch ein kollektivzeichnungsberechtigtes Geschäftsleitungsmitglied ausgesprochen, kann dieser Mangel in der Vertretungsmacht geheilt werden,[180] wenn der Arbeitnehmer den Mangel noch nicht bemerkt hat.[181] Hat der Arbeitnehmer den Mangel bemerkt, muss nochmals neu gekündigt werden, denn die Kündigung kann ohne die notwendige Genehmigung resp. Zustimmung eines zweiten Kollektivzeichnungsberechtigten Vorgesetzten keine Wirkung entfalten.[182] Wenn mehrere Konzernunternehmen gleichzeitig als Arbeitgeberin auftreten, so hat

172 Böckli, § 13 Rz. 358.
173 Art. 459 Abs. 1 OR.
174 Art. 462 Abs. 1 OR.
175 Staehelin, Zürcher Komm. OR, Art. 335, N 10.
176 BGE 128 III 129, E. 1b.aa.
177 Portmann/Rudolph, Basler Komm. OR, Art. 335, N 4, 9.
178 Staehelin, Zürcher Komm. OR, Art. 335, N 10.
179 BGer, in: ARV 2003, 228.
180 Art. 38 Abs. 1 OR.
181 Portmann/Rudolph, Basler Komm. OR, Art. 335, N 4, 9.
182 BGE 128 III 129, E. 2a.

jedes Konzernunternehmen separat eine entsprechende Kündigungserklärung auszusprechen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, arbeitsvertraglich zu vereinbaren, dass die Verträge bei den verschiedenen Konzernunternehmen nur mit den anderen zusammen bestehen solle. Solche Resolutivbedingungen sind gemäss Bundesgericht zulässig.[183]

D. Konkurrenzverbot im Konzern

1. Vorbemerkung

Eine ausführliche Abhandlung über das Konkurrenzverbot findet sich im vorliegenden Werk unter Kapitel 8 (Konkurrenzverbot). Deshalb wird hier darauf nur marginal eingegangen und das Augenmerk auf allfällige Besonderheiten bei einem Konkurrenzverbot im Konzern gelegt. 3.91

2. Während des Arbeitsverhältnisses

Heiz sieht hier eine theoretische Möglichkeit, dass ein Arbeitnehmer in verschiedenen Konzernunternehmen tätig ist, welche sich in irgendeiner Weise konkurrieren und somit eine Verletzung von Art. 321a Abs. 3 OR gegeben ist.[184] Da ein Konzern jedoch eine – wenn unter Umständen auch nur lose – wirtschaftliche Einheit bildet, ist dies eher hypothetischer Natur, sodass dieses Szenario nicht praxisrelevant ist. Ansonsten richtet sich das Konkurrenzverbot während der Arbeitszeit nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln bezüglich der Treuepflicht, von welcher das Konkurrenzverbot ein Teil ist. 3.92

3. Nachvertragliches Konkurrenzverbot

Ein handlungsfähiger Arbeitnehmer kann sich gegenüber der Arbeitgeberin schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen.[185] Unabhängig davon, ob es sich um ein «einfaches» Konkurrenzverbot oder um ein «erweitertes» Konkurrenzverbot, welches weitere Konzerngesellschaften beinhaltet, handelt, müssen gewisse Voraussetzungen gegeben sein, um ein solches rechtsgültig abschliessen zu können. Namentlich muss das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse 3.93

183 BGE 4C.158/2002 vom 20. August 2002, E. 3.2.1.
184 Heiz, 94.
185 Art. 340 Abs. 1 OR.

gewährt haben, und diese Kenntnisse müssen die Arbeitgeberin erheblich schädigen können.[186] Zudem ist das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, sodass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist und es darf nur unter besonderen Umständen 3 Jahre überschreiten.[187]

3.94 In erster Linie ist zu untersuchen, ob die Konkurrenzverbotsklausel den Einbezug dritter Unternehmen ausdrücklich erwähnt oder sich vom Wortlaut her alleine auf den eigentlichen Arbeitgeber beschränkt.[188] Ist nichts speziell vermerkt, so ist gemäss Art. 340 Abs. 1 OR davon auszugehen, dass sie nur zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer abgeschlossen wurde. Im schweizerischen Recht steht einem Vertrag zugunsten Dritter allerdings nichts entgegen. Die Parteien können also frei wählen, zwischen welchen Parteien das Konkurrenzverbot gelten soll. Dabei sind allerdings die gleichen Voraussetzungen nötig, um ein gültiges Konkurrenzverbot abzuschliessen, wie wenn es nur zwischen zwei Parteien abgeschlossen worden wäre.[189] Zwei Punkte sind dabei besonders hervorzuheben: Einerseits muss der Arbeitnehmer bei jeder Partei, welcher gegenüber das Konkurrenzverbot gelten soll, Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gehabt haben und diese Kenntnisse müssen die Gesellschaft erheblich schädigen können. Andererseits darf ein Konkurrenzverbot dem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Fortkommen nicht unbillig erschweren.[190]

3.95 Ein nachvertragliches Konzernkonkurrenzverbot ist demnach grundsätzlich möglich, dürfte sich aber aufgrund der gesetzlichen Grenzen nicht prinzipiell auf den ganzen Konzern beziehen.

V. Zusammenfassung und Empfehlungen

3.96 Die Ausführungen haben aufgezeigt, dass sich im Zusammenhang mit einem Konzern diverse Fragen stellen, welche sich grundsätzlich auch in einem «normalen» Arbeitsverhältnis stellen, welche jedoch durch die Konzernstruktur an Bedeutung gewinnen. So ist in erster Linie zu beachten, dass einem Konzern keine Rechtsfähigkeit zukommt. Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass jede Konzerngesellschaft eine eigene juristische Person mit eigenen Rechten und Pflichten ist und damit auch nur die Konzerngesellschaften und nicht der Konzern selber als Arbeitgeberin infrage kommen. Dies spielt insofern eine Rolle, da leitende Arbeitnehmer sehr oft für mehrere Konzerngesellschaften tätig sind und dadurch häufiger als bei anderen Verträgen unklar ist, welche Konzerngesellschaft tatsächlich formelle Arbeitgeberin ist.

---

186 Art. 340 Abs. 2 OR.
187 Art. 340a Abs. 1 OR.
188 Neeracher, 54.
189 Zürcher Fausch, 164.
190 Art. 340a Abs. 1 OR.

Die Frage nach der formellen Arbeitgeberin spielt unter anderem für die Bestimmung des Weisungsrechts eine zentrale Rolle. Dabei kann festgehalten werden, dass grundsätzlich nur die formelle Arbeitgeberin weisungsbefugt ist. Das Weisungsrecht kann jedoch sowohl nach oben als auch nach unten delegiert werden, ohne dass der dadurch weisungsberechtigte Dritte zur Arbeitgeberin wird. 3.97

Soweit der Arbeitnehmer gleichzeitig Organ seiner Arbeitgeberin ist, besteht ein doppeltes Rechtsverhältnis (organschaftlich und arbeitsvertraglich). Um Konflikte im Zusammenhang mit einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer zu vermeiden, sollten zwischen der Gesellschaft und dem Betroffenen klare Regelungen bezüglich des organschaftlichen und des arbeitsrechtlichen Verhältnisses getroffen werden. Solche Regelungen sind möglich in den Statuten, im Organisationsreglement und in Verträgen (Arbeitsvertrag, Mandatsvertrag oder Aktionärbindungsvertrag). 3.98

Da insbesondere leitende Arbeitnehmer sehr oft für mehrere Konzerngesellschaften tätig sind, stellt sich die Frage nach einer Klausel im Arbeitsvertrag, welche die Arbeitgeberin dazu berechtigt, besondere Konzern-Weisungen zu erteilen. Bei der Formulierung von Mobilitätsklauseln ist darauf zu achten, dass diese nicht als Umgehung von zwingenden gesetzlichen Regeln, insbesondere von Art. 327*a* Abs. 1 OR oder Art. 13 ArGV 1 ausgelegt werden können. Es ist daher zu empfehlen, eine Formulierung zu wählen, welche dem Arbeitnehmer bei einem Arbeitsortwechsel gleiche Arbeitsbedingungen und eine gleichwertige Arbeit garantieren. 3.99