

Arbeitsverhältnisse im Konzern^{*}

von

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, St. Gallen/Bern und Assessor Kai-Peter Uhlig, St. Gallen

Inhaltsübersicht

I.	Fragestellung	1.1.
II.	Rechtsgrundlagen	
1.	Begriff des Konzerns	2.1.
2.	Begriff des Arbeitsverhältnisses	
a.	Leitende Angestellte als Arbeitnehmer	2.7.
b.	Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses im Konzern	2.13.
3.	Anwendbares Recht im internationalen Konzern	2.16.
III.	Besondere Fragen	3.1.
1.	Bestimmung der Arbeitgeberin im Konzern	3.2.
a.	Gesetzliche Vermutung nach Art. 320 Abs. 2 OR	3.5.
b.	Vertretungsrechte innerhalb des Konzerns	3.8.
c.	Arbeitsvertrag mit einer einzigen Konzerngesellschaft	3.14.
aa.	Identität von Tätigkeits- und Vertragsgesellschaft	3.16.
bb.	Abweichen der Tätigkeits- von der Vertragsgesellschaft	3.18.
d.	Arbeitsvertrag mit mehreren Konzerngesellschaften	3.24.
aa.	Unabhängige Arbeitsverhältnisse	3.25.
bb.	Verbundene Arbeitsverträge	3.27.
cc.	Einheitliches Arbeitsverhältnis	3.29.
e.	Vertrag mit einfacher Gesellschaft	
aa.	Allgemein	3.34.
bb.	Konzern als einfache Gesellschaft	3.39.
f.	Wechsel des Arbeitgebers innerhalb des Konzerns	3.41.
g.	Rahmenvertrag	3.47.
2.	Treuepflicht des Arbeitnehmers	3.52.
3.	Weisungsrecht der Arbeitgeberin	3.57.
4.	Fragen um die Kündigung	3.59.
5.	Haftung für Forderungen des Arbeitnehmers	3.62.
a.	Durchgriff	3.64.
b.	Culpa in contrahendo	3.68.
c.	Organhaftung	3.70.
d.	Patronatserklärung	3.72.
e.	Konzernwirkung	3.75.
IV.	Folgerungen	4.1.

*

Schriftliche Fassung eines am 4. Juni 2003 an einer Weiterbildungsveranstaltung des Europainstitutes der Universität Basel gehaltenen Vortrages. Publiziert in ZBJV 2003, S. 757 – 801.

I. Fragestellung

1.1. In den letzten Jahrzehnten haben sich grosse **Unternehmen immer mehr als Konzerne organisiert**. Die Konzernstruktur bringt es - wie noch zu zeigen ist - mit sich, dass mehrere juristisch selbständige Gesellschaften bestehen, welche operativ tätig sind und damit auch mit Humankapital arbeiten. Die einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter werden zudem bei Umstrukturierungen von einer Gesellschaft zur anderen verschoben. Konzerne sind lebendige Gebilde, so dass solche Umstrukturierungen häufig vorkommen.

1.2. Im Arbeitsverhältnis muss auf **Seiten der Arbeitgeberin eine Person als Vertragspartnerin auftreten**. Beim Konzern fragt sich nun, welche der verschiedenen Gesellschaften dies ist. Überdies ist zu prüfen, welche Rechtsverhältnisse zwischen dem Arbeitnehmer einerseits und den verschiedenen nicht am Arbeitsverhältnis als Vertragspartner beteiligten Gesellschaften andererseits bestehen. Zudem sind auch die Rechtsfragen zu prüfen, welche zwischen den Konzerngesellschaften auftreten, wenn ein Arbeitnehmer einer Gesellschaft in einer anderen Gesellschaft des gleichen Konzerns eingesetzt wird.

1.3. Die entsprechenden Fragen stellen sich **in erster Linie bei leitenden Mitarbeitern**, weil diese häufig von einer Konzerngesellschaft in eine andere verschoben bzw. von der Muttergesellschaft mit Aufgaben in einer Tochtergesellschaft betraut werden. Verschiebungen und Unklarheiten über die Vertragsparteien können aber auch bei anderen Arbeitsverhältnissen im Konzern auftreten.

1.4. Erstaunlicher Weise hat sich die Rechtswissenschaft bis anhin nur relativ wenig mit den Arbeitsverhältnissen im Konzern befasst. Demgegenüber hatte das Bundesgericht in den letzten Jahren einige Male zu solchen Fragen Stellung nehmen können¹.

II. Rechtsgrundlagen

1. Begriff des Konzerns

2.1. Für die Beurteilung von Vertrags- und Haftungsverhältnissen rechtlich selbständiger Unternehmen (untereinander und zu Dritten) kann es auch ausserhalb des Arbeitsrechts von Bedeutung sein, dass diese unternehmerisch so zusammengefasst sind, dass sie **wirtschaftliche Einheiten** bilden². Für diese Einheiten steht der Begriff des Konzerns³. Konzernbildung ist auf verschiedene Weise möglich, etwa durch vertragliche Bindung. Von grösster praktischer Relevanz sind jedoch Konzerne, die dadurch entstehen, dass ein Unternehmen ein anderes durch eine (v.a. hundertprozentige oder mehrheitliche⁴) Kapitalbeteiligung beherrscht (Beteiligungs- und Unterordnungskonzern⁵).

2.2. Durch solche Beherrschung kann das herrschende auf das beherrschte Unternehmen massgeblichen Einfluss ausüben⁶. In der Folge kann die Entscheidungsfreiheit der Organe der abhängigen Gesellschaft eingeschränkt sein oder fehlen⁷. Auch ist es möglich, dass die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen in einem Konzern für Dritte im Rechtsverkehr nicht

¹ Z. B. BGE 4C. 158/2002 v. 20. August 2002.

² HANDSCHIN, 27; CAFLISCH, 209ff.

³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 23 N 32; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, 3.

⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 23, 33; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, 8

⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, 10.

⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 23 33; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, 7

⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 23, 34; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 51, 195, § 60, 12.

erkennbar oder durchschaubar ist. Dabei stellt sich vor allem die Frage, wie solche Beherrschung rechtlich zu behandeln ist, namentlich, ob und unter welchen Umständen solche Konzerne auch rechtlich **als Einheit zu behandeln** sind⁸.

2.3. Das schweizerische Recht kennt keine umfassende Konzerngesetzgebung⁹. Gesetzliche Vorschriften knüpfen nur punktuell an Konzernsachverhalte an¹⁰. Eine solche Vorschrift, Art. OR 663e Abs. 1, enthält eine Legaldefinition, die Kraft Verweisung auch für andere Gesellschaftsformen als die Aktiengesellschaft gilt¹¹ und auch über ihren Regelungsbereich hinaus von Bedeutung ist.¹² Danach ist ein Konzern die **Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften durch eine (andere) Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung**¹³.

2.4. Soweit die schweizerische Rechtsprechung und Doktrin¹⁴ zu Rechtsfragen, die Konzerne betreffen, spezifische Lösungen entwickelt haben, gehen sie von einem tatsächlichen¹⁵ Begriff des Konzerns als einer **Zusammenfassung rechtlich selbständig organisierter Unternehmen aus, welche unter einheitlicher Leitung stehen und (dadurch) ein Gesamtunternehmen, eine wirtschaftliche Einheit bilden**¹⁶. Demgegenüber bleiben die Unternehmen "zivilrechtlich selbständig"¹⁷. Der Konzern als solcher hat keine Rechtspersönlichkeit.¹⁸ Er kann damit auch nicht als solcher Vertragspartei sein.

2.5. Als wesentlich für solche besondere rechtliche Behandlung von Konzernen wird gesehen, dass durch die Beherrschung die **wirtschaftlichen Interessen** der beteiligten Unternehmen prinzipiell kollidieren¹⁹; sich also wirtschaftliche Unternehmen gegenüberstehen, deren eines dem andern seine Interessen, gegebenenfalls entgegen dessen eigenen Unternehmensinteressen, aufzwingen kann. Die **einheitliche Leitung** muss **tatsächlich ausgeübt** werden²⁰; bzw. die wirtschaftliche Einheit muss tatsächlich hergestellt sein.²¹ Nicht ausgeübte Beherrschungsmöglichkeit, etwa im Fall reiner Investmentbeteiligungen, führt daher nicht zum Konzern.²²

2.6. Spezifische Rechtsfolgen im nicht kodifizierten Konzernrecht²³ sind nicht notwendiger Weise allein an das begriffliche Vorliegen eines Konzerns geknüpft. Besonders in Konzernhaftungsfragen sind gegebenenfalls **weitere spezifische, dem allgemeinen Recht entnommene Voraussetzungen für besondere "konzernrechtliche" Lösungen** oder Rechtsfiguren **zu beachten**. Der Konzernbegriff bietet insoweit bloss einen Anknüpfungspunkt für konzern-

⁸ HANDSCHIN, 27; CAFLISCH, 209ff.

⁹ VON BÜREN, 5; KUZMIC, 13f.

¹⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 23 70; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60, 21.

¹¹ VON BÜREN, 53.

¹² Vgl. HANDSCHIN, 27.

¹³ VON BÜREN, 5

¹⁴ CAFLISCH, 53ff.

¹⁵ HANDSCHIN, 42f.; VON GRAFFENRIED, 23f.; dagegen DRUEY, 340ff. unter Betonung der normativen Natur des Rechtsbegriffs.

¹⁶ Nach HANDSCHIN, 30 (unter Verweis auf Art. 663e OR) kann dieses dritte Merkmal in der "Zusammenfassung" bzw. der einheitlichen Leitung begrifflich enthalten sein.

¹⁷ HANDSCHIN, 30

¹⁸ HANDSCHIN, 30, 215.

¹⁹ VON BÜREN, 74.

²⁰ VON BÜREN, 82ff.; HANDSCHIN, 31, 42ff.; DRUEY, 340ff.

²¹ CAFLISCH, 54ff., weitere Nachweise bei HANDSCHIN, 31.

²² VON BÜREN, 23f.; HANDSCHIN, 31.

²³ Vgl. die Problemstellungen bei DRUEY, 340ff.; HANDSCHIN, 33ff, misst den Konzernbegriff direkt an konzernrechtlichen Rechtsfolgen, ohne diese aber zu benennen.

rechtliche Problemstellungen²⁴, und kann als *ein* Tatbestandselement in Rechtsfiguren und Vorschriften dienen²⁵.

2. Begriff des Arbeitsverhältnisses

a. Leitende Angestellte als Arbeitnehmer

2.7. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es grundsätzlich **nicht nach verschiedenen Arbeitnehmerkategorien unterscheidet**²⁶. Die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag gelten für alle Hierarchiestufen eines Unternehmens gleichermassen. Entscheidend ist immer nur die Frage, ob jemand Arbeitnehmer ist oder ob sein vertragliches Verhältnis in anderer Weise qualifiziert werden muss. In Frage kommt insbesondere das Auftragsrecht²⁷, der Werkvertrag²⁸ oder die einfache Gesellschaft²⁹. Nach neuerer Rechtsprechung³⁰ und herrschender Lehre³¹ kann es sich auch um einen Innominatsvertrag handeln.

2.8. Die Legaldefinition des Arbeitsvertrages findet sich in Art. 319 OR. Diese Vertragsart zeichnet sich dadurch aus, dass eine Arbeitsleistung gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis erbracht wird und der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber in einem **Subordinationsverhältnis** steht³². Im Zusammenhang mit leitenden Angestellten, namentlich wenn diesen gleichzeitig Organstellung bei einer juristischen Person zukommt³³, erweist sich die Frage der Subordination als heikel.

2.9. Nach der Legaldefinition in Art. 319 Abs. 1 OR erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeit im Dienste des Arbeitgebers. Damit wird die rechtliche **Subordination** zum Ausdruck gebracht³⁴, welche nach herrschender Lehre³⁵ und Rechtsprechung³⁶ **das entscheidende Abgrenzungskriterium** ist. Die rechtliche Subordination lässt sich grundsätzlich in drei Unterkategorien unterteilen, nämlich in die betriebliche, die persönliche und die wirtschaftliche Subordination³⁷. **Zentrale Bedeutung** kommt dabei dem **Weisungsrecht** der Arbeitgeberin zu.

²⁴ HANDSCHIN, 42, spricht von "Grund und Ausgangslage für die konzernrechtlichen Fragestellungen, und damit für das Konzernrecht überhaupt".

²⁵ Vgl. VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft, 151f.

²⁶ Vgl. dazu BERENSTEIN/MAHON, Rz. 148 ff. und 153.

²⁷ Art. 394 ff. OR.

²⁸ Art. 363 ff. OR.

²⁹ Art. 530 ff. OR.

³⁰ BGE 112 II 41; 118 II 157; anders noch BGE 98 II 305.

³¹ FELLMANN, Berner Kommentar, N. 293 ff. zu Art. 394; GAUCH, Rz 17; HOFSTETTER, S. 26 ff.; KOLLER, Berner Kommentar, N. 144 ff. zu Art. 363; STAEHELIN, N. 33 ff. zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 2 zu Art. 319, VISCHER, SPR Bd. VII/1, III, 35 ff., ZINDEL/PULVER, N. 18 Vorbem. zu Art. 363-379.

³² REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 23.

³³ MÜLLER, AJP 2001, S. 1367 ff.

³⁴ GERBER, S. 121.

³⁵ BRAND/DÜRR/GUTKNECHT/ PLATZER/SCHNYDER/STAMPFLI/WANNER, N. 17 und 20 zu Art. 319 OR; BRÜHWILER, N. 10b und 10c zu Art. 319 OR; GEISER, in Murer, S. 69 und 72; HOFSTETTER, S. 19; HUG, S. 189 f.; REHBINDER, N. 6 ff., 48 f. und 52 ff. zu Art. 319 OR; WYLER, S. 42; a.M. ROMMÉ, S. 82;

³⁶ BGE 126 III 78; 112 II 46; 107 II 430; Trib.App TI JAR 1999, S. 97 f.

³⁷ GREMPER, S. 7 f.; SANER, S. 63 f.; GERBER, S. 122.

2.10. In der Lehre ist **umstritten**, ob ein **leitendes Organ einer Aktiengesellschaft** zu dieser in einem **Arbeitsverhältnis stehen** kann³⁸. Wohl die Mehrheit der Lehre nimmt einen mandatsähnlichen Vertrag an³⁹. Soweit allerdings die Tätigkeit hauptberuflich ausgeführt wird, zieht die Lehre auch einen Arbeitsvertrag in Betracht⁴⁰. Das Bundesgericht hat das Rechtsverhältnis zwischen dem Organ und der Gesellschaft unterschiedlich beurteilt. Direktoren hat es eher als Arbeitnehmer eingestuft und die Verwaltungsräte als Beauftragte angesehen⁴¹. Teilweise hat es sich auch für einen mandatsähnlichen Vertrag sui generis ausgesprochen⁴². Es hat aber auch schon entschieden, dass ein Verwaltungsrat in einem Arbeitsverhältnis stehen kann⁴³. In einem neusten Entscheid hält das Bundesgericht nunmehr fest, dass richtiger Weise die Beurteilung des Rechtsverhältnisses aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen ist⁴⁴. Entscheidend ist dabei, ob die betroffene Person in dem Sinne in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, dass sie Weisungen empfängt. Muss dies bejaht werden, ist ein Arbeitsverhältnis gegeben.

2.11. Liegt ein Arbeitsvertrag vor, so geht das Bundesgericht⁴⁵, der Lehre⁴⁶ folgend, von einem **schuldrechtlichen Doppelverhältnis** aus. Zum einen liegt eine vom Gesellschaftsrecht beherrschte Organstellung vor, zum andern eine vertragliche Bindung. Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinanderzuhalten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen. Insbesondere beeinflusst die aus der Organstellung fliessende Treuepflicht die Frage, wie die betroffene Person ihre Rechte aus dem vertraglichen Verhältnis gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen darf und kann⁴⁷. Es ist dabei auch ohne weiteres möglich, dass das Vertragsverhältnis nicht mit jener Gesellschaft geschlossen ist, deren Organ die betroffene Person ist. Namentlich in einem Konzern kann der Arbeitnehmer der einen Gesellschaft Organ einer anderen Konzerngesellschaft sein⁴⁸.

2.12. Während das Arbeitsvertragsrecht nicht zwischen leitenden und anderen Arbeitnehmern unterscheidet, kann die **unterschiedliche Stellung in anderen Rechtsgebieten sehr wohl von Bedeutung** sein. Unterschiede können sich namentlich im Steuerrecht⁴⁹, im Sozialversicherungsrecht⁵⁰ und im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht⁵¹ ergeben. Schliesslich nimmt das Arbeitsgesetz die leitenden Angestellten ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser öffentlich-rechtlichen Schutzbestimmungen aus⁵².

³⁸ Ablehnend: VON BÜREN, SPR Bd. VIII/6, S. 81.

³⁹ STAEHELIN, N. 42 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 6 zu Art. 319 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N. 10.

⁴⁰ STAEHELIN, N. 42 zu Art. 319 OR; REHBINDER, N. 52 zu Art. 319 OR.

⁴¹ BGE 53 II 408; 90 II 483.

⁴² BGE 125 II 78.

⁴³ BGE 75 II 149.

⁴⁴ BGE 128 III 132.

⁴⁵ BGE 123 III 132 f.; 128 III 131 ff.

⁴⁶ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 57; WERNLI, N. 25 zu Art. 707 OR.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts v. 14.12.1999, Pra 89/2000 Nr. 50, S. 285 ff.

⁴⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts v. 29. 2. 2000, C4.355/1999.

⁴⁹ BGE 121 I 259.

⁵⁰ BGE 105 V 101.

⁵¹ BGE 118 III 46.

⁵² Art. 3 Bst. d ArG.

b. Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses im Konzern

2.13. Mangels eigener Rechtspersönlichkeit⁵³ kann der **Konzern als solcher in aller Regel nicht Arbeitgeber** sein⁵⁴. Diese Stellung kann immer nur einer (oder mehreren) einzelnen Konzerngesellschaft(en) zukommen⁵⁵. Andererseits kann sich aber das Arbeitsvertragsrecht dem wirtschaftlichen Phänomen der Konzernverbundenheit nicht entziehen. Besonderheiten ergeben sich aus der Konzernleitungspflicht, bzw. dem Konzernleitungsrecht⁵⁶. Sie haben zur Folge, dass die Konzernmutter den Organen der Konzerntochter und damit unter Umständen - direkt oder indirekt - den leitenden Angestellten dieser Unternehmung Weisungen erteilt. Daraus ergibt sich die Frage, welche Konzerngesellschaft nun eigentlich Arbeitgeberin ist⁵⁷. Es liegt auf der Hand, dass dabei weder bloss auf die Parteibezeichnungen in einem allfälligen schriftlichen Arbeitsvertrag abgestellt werden kann⁵⁸ noch Vertragsverhältnisse mit mehreren Konzerngesellschaften auszuschliessen sind. Besonderheiten können sich auch daraus ergeben, dass der Arbeitnehmer nicht notwendigerweise in jener Konzerngesellschaft arbeitet, von der er auch angestellt worden ist. Schliesslich kann sich auch der Einsatz eines Arbeitnehmers im Konzern während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ändern, sei es, dass dies von Anfang an geplant war, oder dass sich dies erst im Laufe der Zeit aufgrund veränderter Umstände ergab. Dann fragt sich, ob über die verschiedenen Tätigkeiten ein einheitliches Arbeitsverhältnis vorliegt⁵⁹ und ob dieses von einem einheitlichen Arbeitsvertrag beherrscht wird, oder ob mit der Änderung des Tätigkeitsfeldes auch eine andere Konzerngesellschaft Arbeitgeberin geworden ist. In der Lehre wird vom einheitlichen Arbeitsverhältnis im Konzern gesprochen⁶⁰, wobei aber auch ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit verschiedenen Arbeitsverträgen vorstellbar ist.

2.14. Der Frage, **wer innerhalb des Konzerns als Arbeitgeberin** anzusehen ist, kommt **für das Arbeitsverhältnis zentrale Bedeutung** zu. Dabei handelt es sich nicht nur um die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation im Falle eines Prozesses. Vielmehr lassen sich auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht ohne Bestimmung der Arbeitgeberin festlegen. Die Treuepflicht besteht der formellen Arbeitgeberin gegenüber. Ebenso steht ihr grundsätzlich das Weisungsrecht zu. Von Bedeutung ist der formelle Arbeitgeber auch im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten und der Verschwiegenheitspflicht sowie der Ausübung von Gestaltungsrechten.

2.15. Das Arbeitsvertragsrecht enthält indessen **keinerlei Bestimmung zum Konzern**. Lehre und Rechtsprechung⁶¹ befassen sich aber in den letzten Jahren vermehrt mit solchen Arbeitsverhältnissen. Es liegt auf der Hand, dass sich eine Rechtsordnung der zunehmenden Bedeutung des Konzerns nicht verschliessen kann. Allerdings scheint sich die Standardliteratur zum Konzern⁶² gar nicht oder nur am Rande mit arbeitsrechtlichen Problemen zu befassen⁶³.

⁵³ Vgl. vorn Rz. 2.4.

⁵⁴ Eine Ausnahme besteht, soweit der Konzern als solcher als einfache Gesellschaft organisiert ist (vgl. WYLER, S. 51). Vgl. dazu hinten Rz. 3.34. ff.

⁵⁵ DALLÈVES, S. 616; SCHILDKNECHT, S. 30.

⁵⁶ HANDSCHIN, S. 109 ff.; VON BÜREN, S. 54 ff.

⁵⁷ Vgl. WINDBICHLER, S. 67 ff.; SCHILDKNECHT, S. 31; DRUEY/VOGEL, S. 238.

⁵⁸ A.M. SCHILDKNECHT, S. 31.

⁵⁹ In diesem Sinne BGE 112 II 51 = JdT 1996 I 508.

⁶⁰ Vgl. DALLÈVES, S. 617; WINDBICHLER, S. 71 ff.; SCHILDKNECHT, S. 31.

⁶¹ Vgl. die Zusammenstellung der Praxis bei DRUEY/VOGEL, S. 237 ff.

⁶² Vgl. insbesondere VON BÜREN.

⁶³ Wesentliche Ausführungen dazu finden sich nun aber insbesondere bei DRUEY/VOGEL, S. 237 ff.

3. Anwendbares Recht im internationalen Konzern

2.16. Gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG untersteht ein Arbeitsvertrag dem **Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet**. Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten, so untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung des Arbeitgebers befindet⁶⁴. Überdies können die Parteien eine Rechtswahl treffen⁶⁵. Zur Wahl stehen allerdings nur die Rechte der Staaten, in denen der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat⁶⁶.

2.17. Die **Arbeit** ist beim Arbeitsvertrag die **charakteristische Leistung**. Von daher entspricht es den allgemeinen Grundsätzen, den Arbeitsvertrag am Arbeitsort anzuknüpfen (lex loci laboris⁶⁷). Zu beachten ist, dass die objektive Anknüpfung nicht bei irgend einem Arbeitsort erfolgt und auch nicht am wichtigsten von mehreren. Vielmehr ist danach zu unterscheiden, ob die Arbeit gewöhnlich immer im gleichen Staat oder gewöhnlich in mehreren Staaten ausgeführt wird. Nur im ersten Fall bildet der Arbeitsort eine ausreichende Grundlage für die Anknüpfung. Dann ist aber auch ohne Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer zwischen durch Arbeiten in einem anderen Staat verrichtet⁶⁸. Verrichtet demgegenüber der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit auf dem Gebiet verschiedener Staaten, so verliert der gewöhnliche Arbeitsort seine Eigenschaft als örtliches Zuordnungskriterium⁶⁹. Dann gewinnt der Ort der Niederlassung bzw. des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitgebers an Bedeutung⁷⁰. Bei der Unterscheidung danach, ob die Tätigkeit gewöhnlich nur in einem oder in mehreren Staaten ausgeführt wird, kommt es nicht bloss auf die Dauer der Präsenz im einen oder anderen Staat an. Vielmehr ist die Tätigkeit zu gewichten.

2.18. Art. 121 IPRG konkretisiert Art. 117 Abs. 1 und 2 IPRG. Es ist somit immer danach zu fragen, **mit welchem Staat das zu beurteilende Arbeitsverhältnis seinen engsten Zusammenhang hat**⁷¹. Vermutungsweise ist dies jener Staat, in dem die charakteristische Leistung erbracht wird. Das Gesetz bringt mit dieser „Vermutung“ zum Ausdruck, dass in erster Linie auf die Einzelfallgerechtigkeit abzustellen ist⁷². Im Einzelfall kann sich aber erweisen, dass mit einem anderen Staat als jenem, in dem die charakteristische Leistung erbracht wird, ein engerer Zusammenhang besteht. Diese Grundsätze gelten auch bei Art. 121 IPRG. Auch bei Arbeitsverhältnissen ist somit eine andere Anknüpfung möglich, wenn mit einem andern als dem nach Art. 121 IPRG bestimmten Recht ein engerer Zusammenhang besteht⁷³.

2.19. Häufig haben namentlich im Konzern die Parteien das **Bedürfnis**, die Unsicherheit über das anzuwendende Recht mit **einer Rechtswahl** im Arbeitsvertrag zu beseitigen. Dabei bestünde das Bedürfnis, ein einziges Recht für alle Arbeitsverhältnisse mit leitenden Angestellten im Konzern anwendbar zu erklären. Damit könnten die Arbeitsverhältnisse vereinheitlicht werden, und Verschiebungen eines Arbeitnehmers innerhalb eines Konzerns hätten nicht eine Änderung des anwendbaren Rechts zur Folge. Das IPRG schränkt aber die Rechtswahl beim Arbeitsvertragsrecht - wie dargestellt⁷⁴ - auf das Recht des Staates ein, in dem der Ar-

⁶⁴ Art. 121 Abs. 2 IPRG.

⁶⁵ **BRUNNER**, N. 42 zu Art. 121 IPRG.

⁶⁶ Art. 121 Abs. 3 IPRG.

⁶⁷ **DUTOIT**, N. 1 zu Art. 121 IPRG.

⁶⁸ **DUTOIT**, N. 2 zu Art. 121 IPRG.

⁶⁹ Brunner, N. 19 zu Art. 121 IPRG.

⁷⁰ Art. 121 Abs. 2; **DUTOIT**, N. 3 zu Art. 121 IPRG; **BRUNNER**, N. 20 f. zu Art. 121 IPRG.

⁷¹ Art. 117 Abs. 1 IPRG.

⁷² **AMSTUTZ/VOGT/WANG**, N. 8 ff. zu Art. 117 IPRG.

⁷³ **DUTOIT**, N. 4 zu Art. 121 IPRG; **BRUNNER**, N. 10 und 25 ff. zu Art. 121 IPRG.

⁷⁴ Vorn Rz. 2.16.

beitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat⁷⁵. Nicht vorgesehen ist eine Rechtswahl zu Gunsten des Rechts des Staates, in dem die Konzernmutter ihren Sitz hat, wenn sie nicht auch Arbeitgeberin ist. Es fragt sich, ob der Gesetzgeber hier nicht ändernd eingreifen sollte. Allerdings müssten dann Vorkehrungen getroffen werden, damit nicht mit einer Sitzwahl des Konzerns der Arbeitnehmerschutz unterlaufen werden kann.

III. Besondere Fragen

3.1. Die dargestellten Besonderheiten wirken sich auf eine Vielzahl von Fragen bei den Arbeitsverhältnissen aus. Die nachfolgenden Ausführungen müssen sich auf einen Ausschnitt beschränken. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden die wohl sich am häufigsten stellenden Fragen behandelt.

1. Bestimmung der Arbeitgeberin im Konzern

3.2. Bei praktisch allen Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis in einem Konzern ist immer als erstes zu klären, welche Konzerngesellschaft nun eigentlich Arbeitgeberin ist. Dafür müssen die **konkreten mit dem Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarungen analysiert** werden.

3.3. Grundsätzlich sind bei einem Arbeitsvertrag die Vertragsparteien nicht anders zu bestimmen, als bei jedem anderen Vertrag. Es ist in erster Linie der **tatsächliche Wille der Parteien zu ermitteln**, und deren Erklärungen sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Dabei ist zu beachten, dass Konzerngesellschaften - wie andere juristische Personen - durch ihre Organe handeln⁷⁶. Als erstes ist somit immer zu prüfen, **wessen Organe gehandelt haben**, bzw. für welche Konzerngesellschaft die handelnden Personen vertretungsberechtigt waren⁷⁷. Anschliessend ist die entsprechende Erklärung auszulegen⁷⁸. Den für den Konzern handelnden Personen kommt dabei eine gewisse Informationspflicht zu⁷⁹. Für Dritte ist die Konzernkonstruktion häufig nicht durchsichtig. Es kann ihnen nicht zugemutet werden, selber nachzuforschen, wer nun für wen handelt. Vielmehr dürfen sie sich grundsätzlich auf die konzernseitig gegebenen Informationen verlassen⁸⁰.

3.4. Teilt die konzernseitig handelnde Partei **nach aussen mit, für wen sie handelt**, und verfügt sie über eine entsprechende Vertretungsmacht, so steht nach herrschender Lehre die Vertragspartei fest, und weitere Konzerngesellschaften können grundsätzlich nur noch im Rahmen allfälliger Konzernwirkungen in das Rechtsverhältnis einbezogen werden⁸¹.

⁷⁵ Art. 121 Abs. 3 IPRG.

⁷⁶ VON BÜREN, S. 315.

⁷⁷ So im Ergebnis auch HANDSCHIN, S. 224, der allerdings festhält, dass umgekehrt aus dem Umstand der Vertretungsmacht für eine weitere Gesellschaft, für die konzernseitig gar nicht gehandelt wurde, nicht auf eine Beteiligung am Vertrag geschlossen werden darf.

⁷⁸ Vgl. DALLÈVES, S. 608.

⁷⁹ DALLÈVES, S. 609; HANDSCHIN, S. 232 f.

⁸⁰ Vgl. Chambre d'appel prud'hommes GE v. 16. 3. 2000, JAR 2001, S. 147.

⁸¹ HANDSCHIN, S. 223; zur Konzernwirkung vgl. hinten Rz. 3.75. ff.

a. Gesetzliche Vermutung nach Art. 320 Abs. 2 OR

3.5. Arbeitgeber ist im schweizerischen Recht jene Partei, welche als solche den Vertrag abgeschlossen hat. Insofern greift eine formaljuristische Betrachtungsweise Platz. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, wer den wirtschaftlichen Nutzen aus der Arbeit zieht⁸². Es fragt sich allerdings, ob Art. 320 Abs. 2 OR zu einer Abweichung von diesen Grundsätzen führen kann. Nach dieser Bestimmung gilt ein Arbeitsvertrag als abgeschlossen, "wenn ein Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist"⁸³. Die Vorschrift regelt jedoch nicht, *wer* in diesem Fall Arbeitgeber geworden ist, sondern stellt lediglich die Vermutung auf, *dass* ein Arbeitsverhältnis besteht und Arbeitslohn geschuldet wird. Sie führt insbesondere nicht zu einem Arbeitsverhältnis mit einem Dritten, der Arbeitsleistungen entgegennimmt, wenn diese Arbeitsleistungen in einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis vergütet werden⁸⁴, wie im Fall der Leiharbeit⁸⁵.

3.6. Art. 320 Abs. 2 OR führt somit **nicht zur Abweichung vom Grundsatz**, dass der Arbeitsvertrag nur mit jener Person zustande kommt, in deren Namen der Vertrag abgeschlossen worden ist. Die Bestimmung hält nur fest, dass jemand, der Arbeit entgegennimmt, welche nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten war, bei dieser Willensäußerung zu behaftet ist und nicht geltend machen kann, in Tat und Wahrheit habe er gar keinen entgeltlichen Vertrag schliessen wollen.

3.7. Wie noch zu zeigen sein wird⁸⁶, stellt sich im Zusammenhang mit der Arbeit in einer Konzerntochter die Frage, ob die Entgegennahme der Arbeit durch diese zu einem Arbeitsvertrag führen kann, wenn bis anhin ein solcher mit einer anderen Konzerngesellschaft bestanden hat.

b. Vertretungsrechte innerhalb des Konzerns

3.8. Aus der eigenen Rechtspersönlichkeit der Konzerngesellschaften ergibt sich, dass grundsätzlich nur jene Personen für die einzelne Konzerngesellschaft handeln können, welche *für diese Gesellschaft* eine Vertretungsmacht bzw. *bei dieser Gesellschaft* Organstellung haben und für die entsprechende Gesellschaft handeln⁸⁷. Insofern gelten die **allgemeinen Grundsätze des Vertretungsrechts**. Ein Abweichen von diesen Grundsätzen im Sinne einer weitergehenden Vertretungsmacht bedarf einer besonderen Begründung.

3.9. Eine Begründung für das Handeln für eine andere Gesellschaft als jene, für welche die handelnden Personen auftreten, kann in einer **Anscheinsvollmacht** liegen⁸⁸. Allerdings ist zu beachten, dass der blosser Hinweis auf die Konzernbindung ohne explizites Auftreten für die entsprechende Gesellschaft noch keinen Anschein erweckt⁸⁹. Vielmehr muss das Auftreten der handelnden Personen den Anschein erwecken, der *Vertrag* solle für die entsprechende Gesellschaft abgeschlossen werden.

3.10. Von der Frage, in wessen Namen gehandelt wird, ist die Frage zu unterscheiden, ob - soweit im Namen einer bestimmten Gesellschaft gehandelt wird - die handelnden Personen

⁸² Anders offenbar im deutschen Recht: COEN, RdA 1983, A. 349

⁸³ Art. 320 Abs. 2 OR.

⁸⁴ BGer. v. 29.2.2000, 4C.355/1999, E. 3.

⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL, N. 20 zu Art. 319; REHBINDER, N. 16 zu Art. 319 OR.

⁸⁶ Vgl. hinten Rz. 3.23.

⁸⁷ DRUEY/VOGEL, S. 239 f.

⁸⁸ Art. 32 Abs. 2 OR.

⁸⁹ WINDBICHLER, S. 70; DRUEY/VOGEL, S. 239, Fn. 9.

auch bezüglich dieser Gesellschaft über eine Vertretungsmacht verfügen. Darauf, dass eine solche mangels rechtsgeschäftlicher Vollmacht oder Organstellung nicht gegeben ist, kann sich allerdings die betroffene Gesellschaft nicht berufen, wenn sie das Verhalten der handelnden Personen geduldet und damit den Anschein einer Vertretungsmacht erweckt hat. Es liegt dann eine **Duldungsvollmacht** vor. Die Gesellschaft, für welche gehandelt worden ist, kann sich nicht auf das Fehlen eines Vertretungsverhältnisses berufen, weil sie es geduldet hat, dass dennoch in ihrem Namen aufgetreten wird und somit durch ihr eigenes Verhalten dem Dritten ein Vertretungsverhältnis vorgetäuscht hat. Der Vertrag ist mit ihr gültig zustande gekommen. Diese Rechtsfolge lässt sich entweder über die Irrtumslehre⁹⁰ oder über den Rechtsmissbrauch⁹¹ konstruieren.

3.11. Für das Vorliegen einer Duldungsvollmacht ist aber immer Voraussetzung, dass Personen, welche selber für die fragliche Gesellschaft handlungsberechtigt waren, zwar nicht selber gehandelt, aber das Handeln anderer für die Gesellschaft geduldet haben. Insofern braucht es wenigstens eine minimale Kenntnis des Geschehens. Überdies muss der Dritte tatsächlich an die Vertretungsmacht geglaubt haben.

3.12. Die beherrschende Gesellschaft kann **gestützt auf ihre Leitungsmacht** jederzeit erwirken, dass sie von der beherrschten Gesellschaft eine Vertretungsmacht oder die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts im Namen der letzteren erhält⁹². Insofern kann die Mutter die Vertretung der Tochter erwirken. Die Vertretung ist aber rechtsgeschäftlich erst möglich, wenn die Vollmachtserteilung tatsächlich erwirkt worden ist⁹³. Allerdings kann dies nach den allgemeinen Regeln über die Ermächtigung auch konkludent erfolgen. Vollmachtlos geschlossene Rechtsgeschäfte werden mit der Genehmigung wirksam.

3.13. Nicht zur Frage der Vertretungsmacht, sondern in den Fragenkomplex der Vertrauenshaftung gehört der Umstand, dass die beherrschende Gesellschaft wegen Verletzung ihrer Konzernweisungspflicht gegenüber einer Vertragspartei einer Tochter haftbar werden kann. Weil diese Pflicht nur die Mutter-, nicht aber die Tochtergesellschaft trifft, kann letztere daraus auch nicht haftbar werden⁹⁴.

c. Arbeitsvertrag mit einer einzigen Konzerngesellschaft

3.14. Häufig wird der Arbeitsvertrag nur mit einer einzigen Konzerngesellschaft abgeschlossen. Formell ist dann nur diese Gesellschaft Arbeitgeberin. Das bedeutet allerdings nicht, dass das Vorliegen eines Konzerns für das Arbeitsverhältnis ohne jede Bedeutung wäre⁹⁵. Wie bei jedem anderen Vertrag können auch bei einem Arbeitsvertrag Vereinbarungen zu Gunsten Dritter geschlossen werden. Der Arbeitnehmer kann sich insofern gegenüber der einen Konzerngesellschaft verpflichten, gewissen anderen Konzerngesellschaften Leistungen zu erbringen. Ebenso kann sich die vertragsschliessende Konzerngesellschaft gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichten, dafür einzustehen, dass eine andere Gesellschaft ihm bestimmte Leistungen erbringt⁹⁶. Weil es im schweizerischen Recht aber **keinen echten Vertrag zu Lasten Dritter** gibt, kann die vertragsschliessende Konzerngesellschaft grundsätzlich nicht eine andere Konzerngesellschaft zu einer Leistung verpflichten.

⁹⁰ So HANDSCHIN, S. 229 f.

⁹¹ Art. 2 Abs. 2 ZGB.

⁹² Ein solches Vorgehen ist trotz der Problematik einer Doppelvertretung als zulässig anzusehen (vgl. dazu KARL HOFSTETTER, S. 207 f.).

⁹³ HANDSCHIN, S. 226 f.

⁹⁴ VON BÜREN, S. 318.

⁹⁵ DRUEY/VOGEL, S. 244.

⁹⁶ Art. 111 OR.

3.15. Soweit der Vertrag mit der Konzernmutter geschlossen wird, kann vermutet werden, dass sich diese mit dem Vertragsschluss gegenüber dem Dritten dazu verpflichtet hat, **darauf hin zu wirken**, dass sich die **abhängigen Gesellschaften vertragskonform verhalten**. Es rechtfertigt sich, ein vertragswidriges Verhalten der Tochter der beherrschenden Gesellschaft zuzurechnen, weil diese durch die Konzernierung Einfluss auf die beherrschten Gesellschaften nehmen und ihren Willen diesen gegenüber durchsetzen kann⁹⁷. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Töchter selbständig haften. Die Passivlegitimation der Töchter ist vielmehr nur gegeben, wenn die Voraussetzungen für einen Durchgriff vorliegen⁹⁸.

aa. Identität von Tätigkeits- und Vertragsgesellschaft

3.16. Am einfachsten erweist sich der Fall, bei dem ein Arbeitnehmer von jener Konzerngesellschaft angestellt wird, für die er auch tätig ist. Handelt es sich bei der Arbeitgeberin um die **beherrschende Gesellschaft**, so ergeben sich für das Arbeitsverhältnis grundsätzlich keine Besonderheiten. Ausnahmen können sich in den vorliegend nicht behandelten Bereichen des Konkurrenzverbotes⁹⁹ und der Massenentlassungen¹⁰⁰ ergeben.

3.17. Erfolgt der **Vertragsabschluss durch die beherrschte Gesellschaft**, so stellt sich die Frage, ob die Parteien im Vertrag mit Hinweis auf den Konzern der beherrschenden Gesellschaft ein Weisungsrecht einräumen können, obgleich diese nicht Vertragspartei und damit auch nicht Arbeitgeberin ist. Ein solches Vorgehen muss grundsätzlich als zulässig angesehen werden. Allerdings steht es den Parteien frei, jederzeit diese Verpflichtung abzuändern. Zudem ergibt sich wohl aus Art. 27 ZGB, dass die beherrschte Gesellschaft jederzeit auch einseitig die Delegation des Weisungsrechts an die beherrschende Gesellschaft widerrufen kann.

bb. Abweichen der Tätigkeits- von der Vertragsgesellschaft

3.18. Sehr viel komplexer sind jene Fälle, bei denen der Arbeitnehmer von der einen Gesellschaft in einer oder mehreren anderen eingesetzt wird. Sind mehrere Gesellschaften betroffen, so können die Einsätze parallel oder zeitlich verschoben erfolgen.

3.19. Schliesst die Muttergesellschaft einen Arbeitsvertrag ab, in dem **von vornherein der Einsatz in einer Tochtergesellschaft vorgesehen** wird, so wird letztere als Vertragspartei nur berechtigt und verpflichtet, soweit die Regeln über die Stellvertretung ein Handeln für die Tochter zulassen¹⁰¹. Allerdings können zwischen der Muttergesellschaft und dem Arbeitnehmer auch selbständige Ansprüche der Tochtergesellschaft vereinbart werden, weil ja Verträge zu Gunsten Dritter ohne weiteres zulässig sind¹⁰². Kommt dem Arbeitnehmer in der Tochtergesellschaft Organstellung zu, so wird regelmässig neben das Arbeitsverhältnis mit der Muttergesellschaft eine gesellschaftsrechtlich geregelte Organstellung treten¹⁰³. Diese kann dem Arbeitnehmer aber nicht von der Muttergesellschaft eingeräumt werden, sondern vielmehr nur von den übergeordneten Organen der Tochtergesellschaft. Diese werden allerdings ihrerseits Weisungen der Muttergesellschaft erhalten.

⁹⁷ VON BÜREN, S. 318.

⁹⁸ VON BÜREN, S. 318.

⁹⁹ Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 4 zu Art. 340a; BRÜHWILER, N. 3 zu Art. 340a; DRUEY/VOGEL, S. 274; HENSSLER, S. 175 ff.

¹⁰⁰ Vgl. JAR 1998, S. 247; DRUEY/VOGEL, S. 269 ff.

¹⁰¹ DRUEY/VOGEL, S. 239.

¹⁰² Art. 110 OR.

¹⁰³ Vgl. vorn Rz. 2.11. und DRUEY/VOGEL, S. 242 f.

3.20. Möglich ist auch, dass eine **Tochtergesellschaft einen Arbeitsvertrag selbst für den Einsatz in der Muttergesellschaft abschliesst**. Das kommt namentlich vor, wenn - aus irgend welchen Gründen - eine Tochtergesellschaft die Abwicklung aller Arbeitgeberfunktionen übernimmt¹⁰⁴. Auch hier wird die Muttergesellschaft nur insoweit Vertragspartei, als ein entsprechendes Vertretungsverhältnis vorliegt. Ein solches ist ohne weiteres auch dann möglich, wenn das Gehalt von einer Tochter bezahlt wird und auch diese gegenüber der Sozialversicherung und den Steuern als Arbeitgeberin auftritt. Das bedeutet nämlich noch nicht, dass die Tochtergesellschaft nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien die Stellung der Arbeitgeberin im Einzelarbeitsvertrag übernimmt¹⁰⁵. Überdies kann die Mutter - ohne eigentliche Vertragspartei zu werden - für die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag neben der Tochtergesellschaft haften, wenn die Voraussetzungen für einen Durchgriff gegeben sind.

3.21. Häufig wird in einem Konzern die Muttergesellschaft Personen anstellen, um gewisse Aufgaben **im Interesse der Muttergesellschaft** auszuführen¹⁰⁶. Dann ist und bleibt ausschliesslich die Muttergesellschaft Arbeitgeberin¹⁰⁷.

3.22. Die Tätigkeit kann auch in **verschiedenen Konzerngesellschaften gleichzeitig erfolgen**. Es kann dann ein einheitliches Anstellungsverhältnis mit einer Gesellschaft (beispielsweise der Muttergesellschaft) vorliegen, wobei diese den Arbeitnehmer den Töchtern ausleiht¹⁰⁸. Ein solches Vorgehen ist ohne weiteres zulässig, sofern es im Vertrag stillschweigend oder ausdrücklich vorgesehen ist¹⁰⁹. In diesen Fällen ist allerdings immer auch zu prüfen, ob nicht mehrere - mehr oder weniger verbundene - Teilzeitstellen mit unterschiedlichen Verträgen vorliegen¹¹⁰. Dann werden allerdings regelmässig die einzelnen Verträge mit unterschiedlichen Gesellschaften geschlossen worden sein.

3.23. **Art. 320 Abs. 2 OR bewirkt** somit im Konzern **keinen Parteiwechsel** auf der Arbeitgeberseite. Ist ein Arbeitsvertrag mit der Konzerngesellschaft A geschlossen und nimmt die Konzerngesellschaft B im Rahmen dieses Vertrages die Arbeit entgegen, so ist diese Arbeitsleistung nicht nach den Umständen nur gegen Lohn der Gesellschaft B zu erwarten, weil der Lohn ja bereits durch die Gesellschaft A bezahlt wird¹¹¹.

d. Arbeitsvertrag mit mehreren Konzerngesellschaften

3.24. Insbesondere die Mobilität der Arbeitnehmer innerhalb des Konzerns legt es nahe, Arbeitsverträge mit mehreren Konzerngesellschaften abzuschliessen. Dabei sind sehr **unterschiedliche Fallkonstellationen möglich**¹¹². Zu unterscheiden sind insbesondere drei Sachverhalte:

- Es können zeitlich hintereinander unterschiedliche Arbeitsverträge abgeschlossen worden sein. Hier stellt sich namentlich die Frage, ob trotz unterschiedlichen Arbeitsverträgen ein einheitliches Arbeitsverhältnis über die ganze Zeit vorliegt und ob die nachfolgende Arbeitgeberin jeweils für die Schulden der früheren Arbeitgeberinnen mit haftet.

¹⁰⁴ DRUEY/VOGEL, S. 243 f.

¹⁰⁵ GREBER/DUC/SCARTAZZINI, N. 4 zu Art. 12 LAVS.

¹⁰⁶ Z.B. Revisionen.

¹⁰⁷ DRUEY/VOGEL, S. 242, Ziff. 6.

¹⁰⁸ DRUEY/VOGEL, S. 245 ff.

¹⁰⁹ Art. 333 Abs. 4 OR.

¹¹⁰ DRUEY/VOGEL, S. 243 f.

¹¹¹ Vgl. vorn Rz. 3.5. ff.; BGer. v. 29.2.2000, 4C.355/1999.

¹¹² Vgl. dazu insbesondere WINDBICHLER, S. 70 ff.

- Es können zeitgleich mehrere Arbeitsverträge für unterschiedliche Tätigkeiten bei den einzelnen Gesellschaften abgeschlossen werden. Hier stellt sich die Frage, in welchem Masse die Verträge miteinander verbunden sind, namentlich ob die Beendigung eines Arbeitsvertrages auch die Beendigung der anderen Arbeitsverträge nach sich zieht.
- Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob Arbeitsverträge mit mehreren Konzerngesellschaften über die gleiche Arbeitsleistung abgeschlossen werden können und – für den Fall, dass dies möglich ist – wie sich diesfalls die Verträge zu einander verhalten.

aa. Unabhängige Arbeitsverhältnisse

3.25. Es wird nur sehr **selten vorkommen**, dass mit mehreren Konzerngesellschaften Arbeitsverträge geschlossen werden, welche von einander unabhängig sind. Die Konzernverbundenheit der einzelnen Gesellschaften mit dem Grundsatz einer einheitlichen Leitung¹¹³ wird regelmässig zur Folge haben, dass die einzelnen Verträge in der einen oder anderen Form auf einander Bezug nehmen und von daher auch eine gewisse Verbindung aufweisen. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Arbeitnehmer bei mehreren Konzerngesellschaften von einander vollständig unabhängige Anstellungen findet. Dann stellen sich aber durch die Konzernierung der Gesellschaften auch keine besonderen Fragen.

3.26. Wird ein Konzern umstrukturiert, so können sich dadurch **mehrere Arbeitsverhältnisse mit einzelnen Konzerngesellschaften hinter einander** ergeben. Dann stellt sich die Frage, ob in der Konzernumstrukturierung ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR zu betrachten ist, so dass zwar ein Parteiwechsel arbeitgeberseitig eintritt¹¹⁴, aber das Arbeitsverhältnis als ein einheitliches angesehen wird¹¹⁵ und überdies eine solidarische Haftung für gewisse Forderungen entsteht¹¹⁶. Soweit der Arbeitgeberwechsel aber nicht durch eine Änderung der Tätigkeit bedingt ist, sondern ausschliesslich aus administrativen Gründen vorgenommen wird, sind die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 333 Abs. 3 OR (solidarische Haftung) nicht gegeben.

bb. Verbundene Arbeitsverträge

3.27. Bestehen Arbeitsverträge mit mehreren Konzerngesellschaften, so werden diese in der Regel auf einander Bezug nehmen, selbst wenn die **einzelnen Verträge unterschiedliche Tätigkeiten** regeln.

3.28. Die Bezugnahme kann in **unterschiedlicher Weise** erfolgen¹¹⁷. Sie können bloss in dem Sinne auf einander Bezug nehmen, dass der eine Vertrag nicht ohne den andern bestehen soll. Ihre Schicksale werden miteinander verbunden¹¹⁸. Inwieweit das der Fall ist, muss durch Auslegung der Vereinbarung eruiert werden. Eine Verknüpfung mehrerer an sich selbständiger Verträge ist nicht zu vermuten. Sie braucht aber nicht ausdrücklich erfolgt zu sein. Auch eine Verknüpfungsklausel kann konkludent geschlossen worden sein¹¹⁹.

¹¹³ Vorn Rz. 2.4.

¹¹⁴ **DRUEY/VOGEL**, S. 250 ff.

¹¹⁵ BGE 112 II 51.

¹¹⁶ Art. 333 Abs. 3 OR.

¹¹⁷ **WINDBICHLER**, S. 72.

¹¹⁸ **WINDBICHLER**, S. 71.

¹¹⁹ Vgl. **DRUEY/VOGEL**, S. 246.

cc. **Einheitliches Arbeitsverhältnis**

3.29. Ein einheitliches Arbeitsverhältnis trotz mehrerer Verträge liegt vor, wenn diese die gleiche Tätigkeit regeln. Ein solches Vorgehen kommt in einem Konzern immer wieder vor, wenn der Arbeitnehmer **mit der beherrschenden Konzerngesellschaft vertraglich verbunden** sein soll, **aber in Tochtergesellschaften im Einsatz** steht. Aus verschiedenen Gründen kann diesfalls das Bedürfnis entstehen, dass auch eine vertragliche Bindung zur Tochter besteht.

3.30. Vertragsrechtlich ist es ohne weiteres möglich, dass auf der einen Seite eines Vertrages **mehrere Personen als Partei** auftreten. Diese können – müssen aber nicht¹²⁰ – dafür eine einfache Gesellschaft bilden¹²¹. Diesfalls stehen die beteiligten Gesellschaften grundsätzlich in gleichen Rechten und Pflichten gegenüber dem Arbeitnehmer.

3.31. Möglich ist aber auch, dass die Verträge insofern **gestaffelt** sind, als mit der Konzernmutter ein unbefristeter Vertrag geschlossen wird, während mit den Töchtern jeweils für den einzelnen Einsatz ein befristeter Vertrag abgeschlossen wird. Dann darf vermutet werden, dass der Vertrag mit der Mutter während der Dauer des Vertrages mit der Tochter ruht¹²².

3.32. Allerdings ist es auch bei in der genannten Weise gestaffelten Verträgen möglich, dass nach dem wirklichen Willen der Parteien die **Konzernmutter Vertragspartei und Arbeitgeberin bleiben** sollte¹²³. Damit ist sie auch weiterhin aus den Verträgen berechtigt und verpflichtet. Dem Arbeitnehmer stehen dann grundsätzlich zwei Gesellschaften für seine Rechte ein. Regelt die Konzernmutter den Übergang der Verträge unklar, so hat sie diese Unklarheit zu verantworten und riskiert auch gegen ihren Willen weiterhin als Arbeitgeberin für den Lohn zu haften¹²⁴. Überdies können dann Unklarheiten darüber bestehen, wer nun dem Arbeitgeber Weisungen erteilen kann.

3.33. Das schweizerische Arbeitsrecht **unterscheidet jedoch zwischen dem Arbeitsverhältnis**, das sich auch aus mehreren Einzelverträgen - auch mit verschiedenen Konzerngesellschaften - ergeben kann, zum einen, **und dem einzelnen Arbeitsvertrag** zum andern. Das Arbeitsverhältnis in diesem Sinn kann etwa für Fragen der Anciennität oder des Geheimnisschutzes von Bedeutung sein. Vertragliche Rechte und Pflichten der Parteien bestehen dagegen grundsätzlich – sofern nicht weitere besondere Umstände vorliegen – nur für die Parteien des jeweiligen Arbeitsvertrags. Das blosse Nebeneinander oder Nacheinander verschiedener Vereinbarungen führt, auch wenn es dieselbe Tätigkeit betrifft, nicht schon allein zu einer Mithaftung und Mitberechtigung der Partei eines Vertrages für Pflichten aus einem anderen.

e. **Vertrag mit einfacher Gesellschaft**

aa. **Allgemein**

3.34. Es ist ohne weiteres möglich, dass **zwei juristische Personen eine einfache Gesellschaft bilden**, um jemanden als Arbeitnehmer anzustellen. Eine solche Verbindung setzt keine Konzernstruktur voraus. Sie ist auch zwischen sonst an sich vollständig unabhängigen Gesellschaften möglich.

¹²⁰ Art. 143 Abs. 1 OR; vgl. auch BGE 116 II 707 ff.

¹²¹ Vgl. dazu hinten Rz. 3.39. f.

¹²² **DRUEY/VOGEL**, S. 247.

¹²³ **AUBERT** Nr. 343, *Chambre d'appel* GE v. 10.8.1977

¹²⁴ *Gew.Schiedger.* BS v. 30.5.1991, *JAR* 1993, S. 179 f.

3.35. Die einfache Gesellschaft ist eine vertragliche Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln¹²⁵. Ihr **Zweck kann** ohne weiteres ausschliesslich darin bestehen, **gemeinsam mit einem Dritten einen Vertrag** – beispielsweise einen Arbeitsvertrag - **abzuschliessen**, der dann mit gemeinsamen Mitteln umgesetzt wird. Der Gesellschaftsvertrag setzt keine besondere Form voraus. Er kann auch stillschweigend geschlossen werden.

3.36. Eine solche Vereinbarung ist insbesondere anzunehmen, wenn zwei Personen eine **Person gemeinsam für eine Vollzeitstelle anstellen**, um dann untereinander zu bestimmen, wieviel Zeit der Angestellte für die eine oder andere Gesellschaft aufzubringen hat. Hier liegen keine getrennten Arbeitsverträge vor, weil der Arbeitnehmer beiden Gesellschaften die Erfüllung der ganzen Leistung schuldet, die Gesellschaften unter sich aber aufteilen, welcher Teil dem einen oder anderen zukommen soll. Entsprechend folgt auch, dass beide Gesellschaften als Gesellschafter der einfachen Gesellschaft solidarisch haften¹²⁶.

3.37. Bei der einfachen Gesellschaft ist nun aber zu beachten, dass sie für die **Vertretungsverhältnisse** auf die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts verweist¹²⁷. Grundsätzlich können die Gläubiger eines Gesellschafters nur auf dessen Vermögen einschliesslich seines Liquidationsanteils an der Gesellschaft greifen¹²⁸. Das Gesellschaftsvermögen als ganzes haftet ihnen nicht. Das gilt auch dann, wenn der entsprechende Gesellschafter die Schuld im Interesse der Gesellschaft eingegangen ist. Damit die Schuld zu einer Gesellschaftsschuld wird, für welche die anderen Gesellschafter mithaften, muss der Gesellschafter sowohl nach aussen im Namen der Gesellschaft aufgetreten sein¹²⁹, wie auch von den anderen Gesellschaftern ermächtigt worden sein, für sie zu handeln¹³⁰. Fehlt nur eine dieser beiden Voraussetzungen, so kommt die Verpflichtung der Mitgesellschafter nicht zustande¹³¹.

3.38. Von der Vertretungsmacht zu unterscheiden ist die Berechtigung zur **Geschäftsführung**. Diese steht – abweichende Vereinbarungen vorbehalten – allen Gesellschaftern zu¹³². Jeder Gesellschafter kann sie grundsätzlich auch alleine wahrnehmen. Jeder andere Gesellschafter kann aber auch durch einfachen Widerspruch die Handlung verhindern¹³³. Die Geschäftsführung beinhaltet nicht notwendiger Weise auch das Recht zur Vertretung. Allerdings wird dieses vermutet, wenn einem Gesellschafter die Geschäftsführung überlassen worden ist¹³⁴. Für gutgläubige Dritte schafft das Überlassen der Geschäftsführung eine nicht widerlegbare Vermutung für die Vertretungsmacht¹³⁵. Dabei ist umstritten, was in diesem Zusammenhang unter „überlassen“ zu verstehen ist¹³⁶. Es fragt sich, ob die Vermutung nur entsteht, wenn dem Gesellschafter die Geschäftsführung durch ein *Rechtsgeschäft* überlassen worden ist, oder ob die dispositive Regel nach Art. 535 OR dafür genügt. Vom Zweck der Vermutung her, nämlich den Geschäftsverkehr zu schützen, kann es keine Rolle spielen, wie die Geschäftsführungsbefugnis zustande gekommen ist. Überdies wäre es auch schwierig, die

¹²⁵ Art. 530 Abs. 1 OR.

¹²⁶ Art. 544 Abs. 3 OR.

¹²⁷ Art. 543 Abs. 2 OR.

¹²⁸ Art. 544 Abs. 2 OR.

¹²⁹ **TERCIER**, Rz. 5697 und 5699.

¹³⁰ Art. 32 OR; **TERCIER**, Rz. 5702.

¹³¹ Vgl. **TERCIER**, Rz. 5698 ff.

¹³² Art. 535 Abs. 1 OR.

¹³³ Art. 535 Abs. 2 OR.

¹³⁴ Art. 543 Abs. 3 OR.

¹³⁵ **TERCIER**, Rz. 5703; **VON STEIGER**, S. 433; **PESTALOZZI/WETTENSCHWILER**, N. 26 zu Art. 543 OR; anders wohl: BGE 118 II 318.

¹³⁶ **PESTALOZZI/WETTENSCHWILER**, N. 28 zu Art. 543 OR.

rechtsgeschäftliche Ermächtigung von der durch dispositive Gesetzesnorm entstandenen zu unterscheiden. Entscheidend ist demgegenüber, dass nach aussen die Geschäftsführung ersichtlich ist, so dass bei Dritten der Anschein überhaupt entstehen konnte, der Gesellschafter sei auch zur Vertretung befugt¹³⁷. Es bleibt allerdings zu beachten, dass Art. 535 OR dispositiver Natur ist und der Gesellschaftsvertrag vorsehen kann, dass kein Gesellschafter alleine zur *Geschäftsführung* berechtigt ist¹³⁸. Dann kann auch die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR nicht zum tragen kommen¹³⁹. Da das Gesellschaftsrecht keine Formvorschriften enthält, kann eine entsprechende Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis auch stillschweigend eingeführt werden.

bb. Konzern als einfache Gesellschaft

3.39. In neuerer Zeit ist nun der Gedanke aufgekommen, der Konzern bilde an sich eine einfache Gesellschaft¹⁴⁰. Die einzelnen im Konzern zusammengeschlossenen Gesellschaften verfolgten gemeinsam den Konzernzweck und setzten dabei gemeinsame Mittel ein. Das derzeitige Marketing habe zudem zur Folge, dass solche Gesellschaften häufig auch nach aussen im Namen des ganzen Konzerns in Erscheinung treten¹⁴¹. Die Folge sei insbesondere eine Konzernhaftung, d.h. die Haftung aller Konzerngesellschaften für die von einer einzelnen eingegangenen Verpflichtung¹⁴².

3.40. Diese Theorie ist allerdings auf scharfe Kritik gestossen. **VON BÜREN** und **HUBER** weisen zu Recht darauf hin, dass die Konzerngesellschaften nur selten durch einen Vertrag miteinander verbunden sind¹⁴³. Zudem ist fraglich, ob für den Konzern gilt, dass die Voraussetzungen keiner anderen im Gesetz vorgesehenen Gesellschaft erfüllt sind¹⁴⁴, nachdem in Art. 663e OR der Konzern nun ausdrücklich als solcher erwähnt wird¹⁴⁵. Schliesslich verfolgen die einzelnen Konzerngesellschaften kaum einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln. Es handelt sich vielmehr um ein hierarchisch organisiertes Gebilde, bei dem die einzelnen Teile mit unterschiedlichen Mitteln unterschiedliche Zwecke verfolgen, die allerdings einem sehr allgemeinen gemeinsamen Ziel dienen. Wer mit einer Konzerngesellschaft Verträge schliesst, weiss in aller Regel genau, wer sein Partner ist. Insofern handeln die einzelnen Gesellschaften auch gar nicht im Namen des Konzerns¹⁴⁶.

f. Wechsel des Arbeitgebers innerhalb des Konzerns

3.41. Es kommt häufig vor, dass innerhalb eines Konzerns ein Arbeitnehmer **nacheinander für mehrere Konzerngesellschaften tätig** ist. Dabei stellen sich die Fragen, ob damit auch eine Änderung des formellen Arbeitgebers verbunden ist und ob es sich um unterschiedliche Arbeitsverhältnisse handelt, oder ob das gleiche Arbeitsverhältnis über die verschiedenen Tätigkeiten hin fortgesetzt gilt, was namentlich bei allen Fragen von Bedeutung ist, bei denen die Dauer des Arbeitsverhältnisses eine Rolle spielt. Als Grundsatz ist davon auszugehen,

¹³⁷ **VON STEIGER**, S. 432 f.

¹³⁸ **TERCIER**, Rz. 5705.

¹³⁹ BGE 118 II 318 mit Hinweis auf **VON STEIGER**, S. 398.

¹⁴⁰ **PETER/BIRCHLER**, SZW 1998, S. 113 ff.

¹⁴¹ **PETER/BIRCHLER**, SZW 1998, S. 114 ff.

¹⁴² **PETER/BIRCHLER**, SZW 1998, S. 121 f.

¹⁴³ **VON BÜREN/HUBER**, SZW 1998, S. 214; **FORSTMOSER**, Haftung im Konzern, S. 125.

¹⁴⁴ Art. 530 Abs. 2 OR.

¹⁴⁵ **FORSTMOSER**, Haftung im Konzern, S. 125.

¹⁴⁶ **FORSTMOSER**, Haftung im Konzern, S. 125.

dass durch den konzerninternen Wechsel des Arbeitsplatzes dem Arbeitnehmer kein Nachteil erwachsen soll¹⁴⁷.

3.42. In diesen Fällen muss als erstes geprüft werden, ob bereits allgemeine arbeitsrechtliche Regeln einen unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erwirken. Das ist insbesondere der Fall, wenn im Laufe einer Umstrukturierung **eine Konzerngesellschaft den Betrieb der anderen Konzerngesellschaft übernimmt**¹⁴⁸. Diesfalls liegt eine Betriebsübernahme vor, welche zum Übergang der Arbeitsverhältnisse ex lege¹⁴⁹ und damit auch zu deren ununterbrochener Weitergeltung führt. Der Entwurf zum Fusionsgesetz¹⁵⁰ hält fest, dass die genannte Bestimmung über die Betriebsübernahme auch im Falle einer Fusion¹⁵¹ und einer Spaltung¹⁵² gilt. Für das geltende Recht ist dies umstritten¹⁵³.

3.43. Trifft dies nicht zu, ist weiter zu prüfen, ob aus der Konzernverbundenheit sich Besonderheiten ergeben können. Der Schutz des Arbeitnehmers gebietet es, dass von einem **einheitlichen Arbeitsverhältnis** ausgegangen wird, solange die Versetzung innerhalb des Konzerns auf Veranlassung der Arbeitgeberin erfolgt¹⁵⁴. Demgegenüber können mehrere unabhängige Arbeitsverhältnisse auch innerhalb des gleichen Konzerns hintereinander treten, wenn der Wechsel vom Arbeitnehmer ausgegangen ist und seitens der Konzerngesellschaften kein koordiniertes Vorgehen vorliegt¹⁵⁵.

3.44. Auch wenn ein einheitliches Arbeitsverhältnis angenommen werden muss, bedeutet dies allerdings noch nicht, dass nicht ein **Parteiwechsel** stattgefunden hat. Die alte Arbeitgeberin kann aus dem Vertragsverhältnis entlassen und dieses auf die neue Arbeitgeberin übergegangen sein. Diesen Übergang eines Arbeitsvertrages als ganzes sieht Art. 333 OR ausdrücklich vor. Hier gehen nicht nur die einzelnen Forderungen und Schulden von einer Partei auf die nächste über, sondern das ganze Schuldverhältnis. Dabei ist immer zu prüfen, ob im Sinne von Art. 333 OR der Übergang die Entlassung der bisherigen Arbeitgeberin aus dem Vertragsverhältnis zur Folge hat oder nur eine weitere Gesellschaft als Arbeitgeberin hinzutritt. Die Vereinbarung zwischen den Parteien kann auch dahin gehen, dass das Vertragsverhältnis mit der Muttergesellschaft während der Dauer der Tätigkeit bei einer bestimmten Tochtergesellschaft ruht¹⁵⁶. Von der vertraglichen Vereinbarung hängt es dann ab, ob die Verträge einzeln gekündigt werden können oder ihr Schicksal so eng verknüpft ist, dass die Kündigung des einen automatisch die Kündigung des anderen nach sich zieht, und unter welchen Bedingungen das ruhende Verhältnis mit der Konzernmutter wieder auflebt, wenn jenes zur Tochter untergeht.

3.45. Auch wenn das bisherige Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird und die Arbeitgeberin wechselt, bleibt zu prüfen, ob der **Arbeitsvertrag mit identischem oder verändertem Inhalt** weitergeführt wird. Zu beachten ist, dass es nach schweizerischem Recht möglich ist, die

¹⁴⁷ DRUEY/VOGEL, S. 261.

¹⁴⁸ DRUEY/VOGEL, S. 254.

¹⁴⁹ Art. 333 Abs. 1 OR.

¹⁵⁰ Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG); BBl 2000 4531 ff.

¹⁵¹ Art. 27 und 28 E Fusionsgesetz.

¹⁵² Art. 49 und 50 E Fusionsgesetz.

¹⁵³ Für die Anwendbarkeit von Art. 333 OR: STREIFF/VON KAENEL, N. 7 zu Art. 333 OR; dagegen, weil eine Universalsukzession vorliege: STAEHELIN, N 4 zu Art. 333 OR; REHBINDER, N. 3 zu Art. 333 OR; BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 333 OR.; differenzierend: VISCHER, SPR Bd VII/1,III, S. 156.

¹⁵⁴ DRUEY/VOGEL, S. 254 mit Hinweis auf BGE 112 II 51.

¹⁵⁵ DRUEY/VOGEL, S. 261 f.

¹⁵⁶ DRUEY/VOGEL, S. 247.

Arbeitsbedingungen bei laufendem Vertragsverhältnis durch eine Änderungskündigung abzuändern. Eine solche ist grundsätzlich zulässig¹⁵⁷. Die Änderung kann auch stillschweigend im gegenseitigen Einverständnis erfolgen. Allerdings ist die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht zu vermuten.

3.46. Vorstellbar ist aber auch, dass nach dem Willen der Parteien zwar für den jeweiligen Einsatz ein Vertrag mit einer Tochtergesellschaft geschlossen wird, der Arbeitnehmer aber immer auch mit der beherrschenden Gesellschaft verbunden bleiben soll. Der Wechsel des Arbeitsplatzes hat dann nur für die Parteistellung der jeweiligen Tochtergesellschaft Folgen, während das Vertragsverhältnis zur Mutter erhalten bleibt¹⁵⁸. Der Vertrag mit der Mutter bedeutet dann, dass die einzelnen Arbeitseinsätze im Rahmen eines **einheitlichen Arbeitsverhältnisses** erfolgen.

g. Rahmenvertrag

3.47. Insbesondere, wenn ein **Arbeitnehmer im Konzern in unterschiedlichen Gesellschaften eingesetzt werden soll**, wird häufig mit der beherrschenden Gesellschaft ein Rahmenvertrag geschlossen. Dieser regelt gewisse Grundsätze bezüglich des Einsatzes. Er kann sich auf einen konkreten Einsatz bei einer bestimmten Tochtergesellschaft beziehen oder in genereller Weise künftige Einsätze in verschiedenen Gesellschaften erfassen. Er regelt häufig nur einzelne Aspekte des Arbeitsverhältnisses, während andere dann beim konkreten Einsatz konkretisiert werden müssen. Die Konkretisierung erfolgt dann meist nicht mit der Muttergesellschaft, sondern mit der betroffenen Tochtergesellschaft. Mit dieser wird ein befristeter oder unbefristeter formeller Arbeitsvertrag abgeschlossen. Der Rahmenvertrag mit der beherrschenden Gesellschaft gilt dann nach dem Willen der Parteien während des Einsatzes bei der Tochter weiter¹⁵⁹. Einzelne Teile des Rahmenvertrages werden allerdings ihre Bedeutung nur während jenen Phasen haben, während denen mit keiner Tochtergesellschaft ein formeller Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. Der Rahmenvertrag bewirkt typischer Weise, dass die einzelnen Einsätze als Fortsetzung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses angesehen werden müssen.

3.48. In welchem **Verhältnis die formellen Arbeitsverträge mit den einzelnen Töchtern und der Rahmenvertrag mit der Mutter** zu einander stehen, ist auf Grund des tatsächlichen oder hypothetischen Willens der Parteien zu eruieren. Vermutungsweise führt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Tochter nicht auch zur Beendigung des Rahmenvertrages. Ebenso bestimmt sich nach dem Parteiwillen, gegen wen der Arbeitnehmer seine Lohnforderung geltend zu machen hat und gegebenenfalls auch in welchem Umfang¹⁶⁰.

3.49. Häufig wird es dem Willen der Parteien entsprechen, dass die beherrschende Gesellschaft im Rahmenvertrag dem Arbeitnehmer eine **Garantie für die Lohnzahlungen** durch die Tochter abgegeben hat¹⁶¹. In einzelnen Fällen hat die Praxis auch die lokale Gesellschaft, bei der tatsächlich die Arbeit verrichtet worden ist, für den von der beherrschenden oder einer anderen Konzerngesellschaft versprochenen Lohn für haftbar erklärt¹⁶². Die Haftung bedurfte aber immer einer *besonderen* Begründung in der rechtsmissbräuchlichen Verwendung der ausländischen Gesellschaft als formelle Arbeitgeberin. Im einen bei **AUBERT** wiedergegebe-

¹⁵⁷ BGE 123 III 248 ff.

¹⁵⁸ Vgl. dazu nachfolgend Rz. 3.47. ff.

¹⁵⁹ **DRUEY/VOGEL**, S. 247.

¹⁶⁰ **DRUEY/VOGEL**, S. 248.

¹⁶¹ Vgl. **DRUEY/VOGEL**, S. 248 FN 43 und nachfolgend zur Patronatserklärung, Rz. 3.72. ff.

¹⁶² **AUBERT**, Nr. 339 und 340, CA GE v. 7.12. 1983 und CA GE v. 17.2.1972.

nen Fall¹⁶³ hatte eine Treuhandgesellschaft für einen Klienten eine Gesellschaft in London und eine solche in Genf gegründet. Während die Gesellschaft in Genf aktiv war, bestand die Gesellschaft in England nur aus einem Verwalter und einem Sekretär, welche nach Feststellungen des Gerichts bloss Strohmänner waren. Die Gesellschaft in England entfaltete keinerlei Aktivitäten. Diese wurden vielmehr ausschliesslich über die Gesellschaft in Genf abgewickelt, so dass das Gericht feststellen konnte: „En effet, ces deux sociétés ne font qu’une.“ Das Gericht hiess konsequenter Weise die Lohnklage des Arbeitnehmers gegen die schweizerische Gesellschaft gut, obgleich der Arbeitsvertrag formell mit der Gesellschaft in London abgeschlossen worden war¹⁶⁴.

3.50. Im zweiten Fall¹⁶⁵ war aus **fiskalischen Gründen** eine Gesellschaft in Panama errichtet worden, welche dort nur über einen Briefkasten verfügte. Die gesamte Geschäftstätigkeit wurde durch eine zweite Gesellschaft in Genf abgewickelt. Auch hier hiess das Gericht eine von einem für die Gesellschaft in Genf tätigen Arbeitnehmer erhobene Lohnklage gegen die schweizerische Gesellschaft gut, obgleich der Arbeitsvertrag formell mit der panamesischen Gesellschaft geschlossen worden war, weil die Berufung auf die unterschiedliche Rechtspersönlichkeit sich als rechtsmissbräuchlich erwies. Das Gericht schreibt wörtlich: „Certes, les organes d’E. SA ont pris soin de créer des apparences telles que les rapports juridiques liant T. paraissaient avoir été noués non pas par elle-même, mais par une société étrangère portant un nom semblable au sein. Toutefois, vu le rôle par E.SA en fait, il serait contraire aux règles de la bonne foi de l’autoriser à se soustraire à ses responsabilités sous le prétexte que les deux sociétés sont juridiquement distinctes. E.SA commet un abus de droit. Il faut admettre qu’elle a qualité pour défendre envers T.“¹⁶⁶

3.51. Die Praxis anerkennt somit sehr wohl die **Selbständigkeit der verschiedenen Konzerngesellschaften**, auch wenn Rahmenverträge mit der beherrschenden und formelle Arbeitsverträge mit der beherrschten Gesellschaft bestehen. Wie auch in anderen Bereichen des Konzernrechts wird von der Selbständigkeit der einzelnen Rechtspersönlichkeiten nur abstrahiert, wenn besondere Umstände die Berufung auf die Unabhängigkeit als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Eine Haftung der einen Gesellschaft für die Schulden der anderen kann überdies zwischen den Parteien auch vereinbart sein¹⁶⁷.

2. Treuepflicht des Arbeitnehmers

3.52. In den letzten Jahren hatte das Bundesgericht sich immer wieder mit der Frage zu befassen, wie weit die Treuepflicht geht, wenn ein Arbeitnehmer bei seiner Arbeitgeberin Organfunktion hat¹⁶⁸. Wie bereits ausgeführt¹⁶⁹, ist in diesen Fällen ein schuldrechtliches Doppelverhältnis anzunehmen, auf das sowohl die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts wie auch jene des Gesellschaftsrechts anwendbar sind. Damit stellt sich aber die **Frage**, ob sich nun die **Treuepflicht nach arbeitsrechtlichen oder nach gesellschaftsrechtlichen Massstäben richtet**. Von einem Arbeitnehmer wird nicht notwendigerweise das gleiche Mass an Treue verlangt wie von einem Organ einer juristischen Person.

¹⁶³ AUBERT, Nr. 339.

¹⁶⁴ CA GE v. 7.12. 1983.

¹⁶⁵ AUBERT, Nr. 340.

¹⁶⁶ CA GE v. 17.2.1972.

¹⁶⁷ Garantieerklärung.

¹⁶⁸ Z.B. BGE v. 14. 12. 1999, Praxis 2000, Nr. 50.

¹⁶⁹ vorn Rz. 2.11.

3.53. Dem schuldrechtlichen Doppelverhältnis entsprechend muss der Arbeitnehmer als Organ der Gesellschaft **sowohl der arbeitsrechtlichen wie auch der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht genügen**. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verlangt dabei von ihm, die Interessen der Gesellschaft auch dann zu wahren, wenn es um das Aushandeln seiner eigenen Arbeitsbedingungen geht. Schliesst ein Verwaltungsrat mit seiner Gesellschaft einen Arbeitsvertrag, bei dem er sich über dem marktüblichen liegende Arbeitsbedingungen aushandelt, so hat er damit nicht die Interessen der Gesellschaft, sondern seine eigenen Interessen verfolgt, und die Gesellschaft kann die Erfüllung der entsprechenden Vertragsbestimmungen mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs verweigern¹⁷⁰. Aus dieser bundesgerichtlichen Praxis ergibt sich m.E., dass die Vereinbarung einer nicht zwingend geschuldeten Abgangsentschädigung für einen ausscheidenden Verwaltungsrat rechtswidrig ist, wenn der entsprechende Verwaltungsrat erst nach Abschluss dieser Vereinbarung aus dem Verwaltungsrat ausscheidet.

3.54. Im Zusammenhang mit der Treuepflicht können auch Schwierigkeiten entstehen, wenn die Muttergesellschaft einen ihrer Angestellten als Organ einer Tochtergesellschaft bestellt. Durch den **Arbeitsvertrag** ist der Arbeitnehmer dann **gegenüber der Muttergesellschaft zur Treue verpflichtet**. Als **Organ der Tochter** muss er dann aber **deren Interessen wahrnehmen**. Diese Interessen können ohne weiteres in Widerspruch geraten. Eine Verletzung seiner Treuepflicht gegenüber der Tochtergesellschaft, deren Organ er ist, kann er nicht mit dem Argument der Treuepflicht gegenüber der Mutter rechtfertigen. Es ist von daher ohne weiteres möglich, dass er als Organ wegen einer Treuepflichtverletzung haftet, wenn er sich für die Interessen der Muttergesellschaft entschieden hat.

3.55. Entscheidet sich der Arbeitnehmer demgegenüber zu Gunsten der Interessen der Tochter, deren Organ er ist, so ist zu differenzieren:

- Die Mutter wird ihn aus Arbeitsvertrag in aller Regel nicht haftbar machen können, weil sie ja mit dem Abdelegieren als Organ der Tochter bewusst diesen Interessenkonflikt in Kauf genommen hat.
- Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sie im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer auf die Wahrung ihrer Interessen im Konfliktfall verpflichtet und sich bereit erklärt, ihn bei einer allfälligen Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft oder deren Gläubiger schadlos zu halten. Aufgrund einer solchen vertraglichen Vereinbarung kann die Muttergesellschaft den Arbeitnehmer haftbar machen, wenn er sich für die Wahrung der Interessen der Tochtergesellschaft und gegen die Interessen seiner Arbeitgeberin entschieden hat.
- Eine solche Vereinbarung muss allerdings ihre Grenze dort finden, wo die Verletzung der Interessen der Tochter einen Straftatbestand erfüllen würde. Dann ist nämlich die entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung rechtswidrig¹⁷¹ und damit ungültig. Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten können sich ergeben, wenn das Verhalten nicht nach schweizerischem, sondern nur nach ausländischem Recht strafbar ist. Dann muss geprüft werden, ob es dem Arbeitnehmer zuzumuten ist, sich in jenem Land strafbar zu machen oder nicht.

3.56. In jedem Fall sollte **im Arbeitsvertrag** mit der Mutter **geregelt werden**, wie ein entsprechender Interessenkonflikt zu lösen ist.

¹⁷⁰ Z.B. BGE v. 14. 12. 1999, Praxis 2000, Nr. 50.

¹⁷¹ Art. 20 OR.

3. Weisungsrecht der Arbeitgeberin

3.57. Träger des Weisungsrechts ist gemäss Art. 321d Abs. 1 OR der Arbeitgeber. Die Ausübung dieses Rechts kann delegiert werden, was bei juristischen Personen grundsätzlich der Fall ist. Die Weisungen werden dann von einer natürlichen Person im Namen der juristischen Person erteilt. Im Konzern stellt sich häufig die **Frage, ob nun die Organe der Muttergesellschaft** führenden Angestellten, die in einer Tochtergesellschaft tätig sind, **Weisungen erteilen dürfen, oder** ob dafür die **Organe der Tochtergesellschaft** zuständig sind.

3.58. Für das Weisungsrecht des Mutterkonzerns gegenüber leitenden Angestellten einer Tochtergesellschaft ist entscheidend, wie die einzelnen Mitglieder der obersten Organe der beherrschten Gesellschaft vertraglich an die beherrschende Gesellschaft gebunden werden. Alleine aus dem Konzernrecht und namentlich aus der begriffsnotwendigen einheitlichen Führung des Konzerns lässt sich keine vertragliche Verbindung zwischen der Konzernmutter und den leitenden Angestellten einer Tochtergesellschaft herleiten. Der **Ausgestaltung des Arbeitsvertrages kommt folglich im Einzelfall ausschlaggebende Bedeutung zu**. Dem Arbeitnehmer kann somit aufgrund der Missachtung einer Weisung der Konzernmutter nicht fristlos gekündigt werden, wenn diese aufgrund des Arbeitsvertrages zur Erteilung von Weisungen gar nicht berechtigt war¹⁷². Dies entschied das Bundesgericht in einem Fall, in dem auf Grund einer Umstrukturierung eine Konzerntochtergesellschaft in der Schweiz aufgelöst worden war. Deren Direktor, der von der Tochtergesellschaft angestellt war, erhielt die Weisung von der Konzernmutter, sich am Sitz der Muttergesellschaft dieser zur Verfügung zu halten. Er befolgte diese Weisung nicht. Darauf wurde er von der Tochtergesellschaft fristlos entlassen. Das Bundesgericht erachtete nun aus den genannten Gründen die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt¹⁷³.

4. Fragen um die Kündigung

3.59. Bei einer Aktiengesellschaft kann sich bezüglich der Arbeitnehmer, welche gleichzeitig Organ der Gesellschaft sind, die **Frage stellen, wer diesen kündigen kann**. Auch hier ist klar zwischen der Organstellung und dem Arbeitsverhältnis zu trennen. Das kann zur Folge haben, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von einer anderen Hierarchiestufe ausgesprochen werden kann als jener, die zur Abberufung eines Organs zuständig ist.

3.60. Aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR kann jedenfalls nicht abgeleitet werden, nur der Verwaltungsrat könne das Arbeitsverhältnis mit einem Direktionsmitglied kündigen. **Diese Befugnis** ist vielmehr ohne weiteres an die dem Direktionsmitglied unmittelbar vorgesetzte Person **delegierbar**¹⁷⁴. Der Verwaltungsrat kann nur nicht auf das Recht verzichten, gegebenenfalls auch selber kündigen zu können.

3.61. Im Konzern ist zudem zu beachten, dass nur jene Personen eine Kündigung aussprechen können, welche für die Gesellschaft handlungsberechtigt sind, die **formell Arbeitgeberin** ist. Wurde der Arbeitsvertrag mit der Konzerntochter geschlossen, so können somit die für die Mutter handelnden Personen die Kündigung nicht gültig aussprechen. Demgegenüber können nur diese und nicht die Organe der Tochter kündigen, wenn der Arbeitsvertrag mit der Mutter geschlossen worden ist. Dann kann die Schwierigkeit auftreten, dass die Befugnis zur Kündigung und das Recht, den Arbeitnehmer als Organ abuberufen, auseinanderfallen kön-

¹⁷² Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2002 vom 20. August 2002.

¹⁷³ Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2002 vom 20. August 2002.

¹⁷⁴ BGE 128 III 131 ff.

nen. Der Angestellte ist dann unter Umständen nicht mehr angestellt, aber noch immer Organ der Tochtergesellschaft mit allen Rechten und Pflichten. Andererseits kann er als Organ abberufen worden sein, ohne dass das Arbeitsverhältnis gültig aufgelöst worden ist. Dann besteht namentlich ein Lohnanspruch weiter.

5. Haftung für Forderungen des Arbeitnehmers

3.62. Mit Blick auf die oftmals komplexen Verhältnisse im Konzern kann der Arbeitnehmer ein **Interesse** daran haben, seine **Forderungen gegenüber einer anderen Gesellschaft geltend zu machen**, als jener, die 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. Es fragt sich, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein solches Vorgehen rechtlich möglich ist.

3.63. Wie aufgezeigt¹⁷⁵ ergibt sich aus dem Arbeitsrecht auch für den Konzern nichts, was es erlauben würde, in grundsätzlicher Weise von den **allgemeinen vertraglichen Regeln über die Parteistellung abzuweichen**. Es bleibt zu prüfen, in welchen Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz zu machen sind.

a. Durchgriff

3.64. Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung anerkennt grundsätzlich die rechtliche Eigenständigkeit der juristischen Person. Entsprechend wird auch schuldrechtlich und haftungsmässig zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden wirtschaftlich Berechtigten unterschieden¹⁷⁶. Das gilt auch für den Konzern¹⁷⁷. Mit Hinweis auf die unbefriedigende Situation der Fremdbestimmtheit und der Machtkonzentration bei der Muttergesellschaft ohne eine entsprechende Regelung der Verantwortlichkeit wird allerdings in bestimmten Fällen der wirtschaftliche Sachverhalt hervorgehoben. Das herrschende Subjekt wird ausnahmsweise mit der von ihm beherrschten Gesellschaft identifiziert. Es erfolgt ein sogenannter Durchgriff¹⁷⁸. Vom Durchgriff im weiteren Sinne wird gesprochen, wenn die beherrschende Gesellschaft aus irgend einem Grund für Schulden der Tochtergesellschaft (mit-)haftet¹⁷⁹. Insofern liegt ein Durchgriff im weiteren Sinn auch dann vor, wenn auf Grund der Auslegung einer Rechtsnorm nicht nur die Tochter-, sondern auch die Muttergesellschaft haftet¹⁸⁰. Demgegenüber liegt ein Durchgriff im engeren Sinne vor, wenn nach den allgemeinen vertrags- und deliktsrechtlichen Regeln keine Haftung gegeben wäre und ausnahmsweise von der Selbstständigkeit der juristischen Person abstrahiert wird¹⁸¹. Rechtsgrundlage für den Durchgriff im engeren Sinn bildet letztlich immer der Gedanke, dass der Rechtsmissbrauch keinen Schutz verdient¹⁸².

¹⁷⁵ Vorn Rz. 3.6.

¹⁷⁶ BGE 121 III 321; 115 Ib 554; 108 II 214; 102 III 170; 98 II 99; 97 II 293 vgl. auch: BGE 120 II 170.

¹⁷⁷ HANDSCHIN, S. 312 ff.; STEBLER, S. 14.

¹⁷⁸ STEBLER, S. 14; BOSMAN, S. 57 ff.; ALBERS-SCHÖNBERG, S. 123 ff.; CAFLISCH, S. 157 ff.

¹⁷⁹ HANDSCHIN, S. 311 f.

¹⁸⁰ Vgl. dazu MERZ, Berner Kommentar, N. 288 zu Art. 2 ZGB; vgl. die weiteren Hinweise bei KUZMIC, S. 101 f.

¹⁸¹ HANDSCHIN, S. 312 f.

¹⁸² KUZMIC, S. 99.

3.65. Gewöhnlich ist die Rechtsfolge des Durchgriffs, dass die beherrschende Gesellschaft für Schulden der beherrschten einzustehen hat¹⁸³. Möglich ist aber auch der sogenannte „**umgekehrte Durchgriff**“, bei dem die beherrschte Gesellschaft für die Schulden der Mutter haftet¹⁸⁴, und der „**Querdurchgriff**“, bei dem eine Konzerntochter für die Schulden einer anderen Konzerntochtergesellschaft haftet¹⁸⁵.

3.66. In konstanter Rechtsprechung¹⁸⁶ hat das Bundesgericht allerdings den Durchgriff an **strenge Voraussetzungen** geknüpft. Zum einen bedarf es der wirtschaftlichen Identität zwischen der beherrschenden und der beherrschten Gesellschaft¹⁸⁷. Eine solche ist bei der Einmann- oder quasi Einmannaktiengesellschaft und damit auch bei einem Konzern mit einer 100%igen Beteiligung an der Tochtergesellschaft gegeben¹⁸⁸. Dies allein reicht aber nicht aus, um von der Selbständigkeit der Tochtergesellschaft zu abstrahieren¹⁸⁹. Die ökonomische Identität wird rechtlich nur entscheidend, wenn „le fait d’invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes“¹⁹⁰. Ob es dabei subjektiv einer unlauteren Absicht bedarf (subjektive Missbrauchstheorie) oder ob ein objektiver Missbrauchstatbestand genügt (objektive Missbrauchstheorie), ist in der Lehre umstritten¹⁹¹. In jedem Fall muss aber ein Rechtsmissbrauchstatbestand vorliegen¹⁹².

3.67. Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft liegt vor, wenn das Rechtsinstitut der juristischen Person sinn- und zweckwidrig verwendet wird¹⁹³. Die Lehre hat dafür Tatbestandsgruppen herausgearbeitet. Ein missbräuchliches Verhalten liegt insbesondere vor:

- Wenn das beherrschende Unternehmen die Tochtergesellschaft **unterkapitalisiert** hat¹⁹⁴. Es ist ein widersprüchliches Verhalten, einerseits auf Grund der Konzernleitungspflicht die beherrschte Gesellschaft mit bestimmten Aufgaben zu betrauen und andererseits sie nicht mit genügend Kapital zu versorgen. Voraussetzung ist allerdings ein offensichtliches Missverhältnis, so dass die Unterkapitalisierung einem Missbrauch der gesetzlichen Haftungsbeschränkung gleich kommt¹⁹⁵.
- Der Durchgriff kann sich auch rechtfertigen, wenn die Muttergesellschaft **Vermögensverschiebungen zu Gunsten einer anderen Gesellschaft** vornimmt und dadurch der Tochtergesellschaft Haftungssubstrat entzogen wird¹⁹⁶. Das Motiv dafür braucht nicht eine Schädigung der Gläubiger zu sein¹⁹⁷. Häufig sind steuerrechtliche Motive ausschlaggebend.
- Zudem rechtfertigt sich der Durchgriff auch, wenn der Konzern selber das **Vermögen** der Tochter- und der Muttergesellschaft **vermischt**. Wer sich selber nicht an die Selbständigkeit der Rechtspersönlichkeit der einzelnen Gesellschaften hält, kann sich auch gegenüber Dritten nicht darauf berufen¹⁹⁸.

¹⁸³ KUZMIC, S. 117.

¹⁸⁴ BGE 102 III 170 ff.; KUZMIC, S. 118.

¹⁸⁵ BÖCKLI, Rz. 1181 ff.; KUZMIC, S. 119.

¹⁸⁶ BGE 85 II 111; 102 III 172; 108 II 214; 112 II 506; 121 III 321.

¹⁸⁷ KUZMIC, S. 110 f.

¹⁸⁸ BGE 102 III 170; 121 III 321; STEBLER, S. 14; DENNLER S. 33 ff.

¹⁸⁹ ALBERS-SCHÖNBERG, S. 125 f.; VON BÜREN, S. 172.

¹⁹⁰ BGE 102 III 170.

¹⁹¹ KUZMIC, S. 100 f.

¹⁹² KUZMIC, S. 111 f.

¹⁹³ VON BÜREN, S. 172.

¹⁹⁴ KUZMIC, S. 122 ff.

¹⁹⁵ ALBERS-SCHÖNBERG, S. 127 f.; VON BÜREN, S. 172.

¹⁹⁶ KUZMIC, S. 127 ff.

¹⁹⁷ ALBERS-SCHÖNBERG, S. 129.; VON BÜREN, S. 173.

¹⁹⁸ VON BÜREN, S. 173.

- Schliesslich rechtfertigt sich der Durchgriff – auch in der umgekehrten Richtung – wenn ein Schuldner die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft geradezu dafür verwendet, Haftungssubstrat den Gläubigern zu entziehen, und sich selber **weigert, zur Klärung der rechtlichen Verhältnisse Hand zu bieten**¹⁹⁹. Hierunter ist der eigentliche Missbrauch des Rechtsinstitutes der juristischen Person im Sinne einer General Klausel zu subsumieren²⁰⁰. Ein solcher kann auch vorliegen, wenn die Beherrschung durch die Muttergesellschaft ein derartiges Ausmass annimmt, dass überhaupt nicht mehr von einer selbständigen Tochtergesellschaft gesprochen werden kann²⁰¹.

b. Culpa in contrahendo

3.68. Konzerngesellschaften sind wie andere Vertragsparteien verpflichtet, Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu führen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet die Parteien insbesondere bei Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf alle erheblichen Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und zu kennen nicht verpflichtet ist, die aber ihren Entschluss über den Vertragsschluss oder dessen Inhalt beeinflussen können²⁰². Der Konzerngesellschaft kommt demgemäss die Verpflichtung zu, **klare Verhältnisse über die Vertragspartei zu schaffen**. Da dem Dritten die Konzernverhältnisse im einzelnen in der Regel nicht bekannt sind, hat die Konzerngesellschaft dafür zu sorgen, dass der Vertragspartner sich nicht über die Identität der Gesellschaft täuscht, mit der er einen Vertrag schliesst²⁰³.

3.69. Ein Irrtum des Dritten über die Identität der vertragschliessenden Konzerngesellschaft hat für den Dritten die Unverbindlichkeit des Vertrages zur Folge²⁰⁴. Trifft eine Konzerngesellschaft für den Irrtum des Dritten ein Verschulden, so haftet sie für den Schaden, der dem Dritten durch das Dahinfallen des Vertrages entstanden ist²⁰⁵. Dabei haftet die Gesellschaft grundsätzlich für *ihr eigenes Verhalten*, d.h. dasjenige der eigenen Organe. Eine Haftung für das Verhalten einer anderen Konzerngesellschaft kommt nur in Frage, wenn diese als Hilfsperson²⁰⁶ oder Erfüllungsgehilfe²⁰⁷ gehandelt hat.

c. Organhaftung

3.70. Nach schweizerischem Recht ist **grundsätzlich die Doppelorganschaft zulässig**²⁰⁸. So kann in einem Konzern eine natürliche Person sowohl Organ der Mutter- wie auch einer Tochtergesellschaft sein. Demgegenüber kann eine juristische Person nicht zum Organ einer Aktiengesellschaft gewählt werden²⁰⁹. Wählbar sind nur natürliche Personen²¹⁰. Insofern kann weder die beherrschende Gesellschaft Organ der beherrschten sein noch umgekehrt. Das bedeutet allerdings nicht, dass im Rahmen der Organhaftung der Muttergesellschaft nicht Organstellung im beherrschten Unternehmen zukommen kann²¹¹. Eine solche Haftung einer ju-

¹⁹⁹ BGE 102 III 166 ff.

²⁰⁰ KUZMIC, S. 130 f.

²⁰¹ Vgl. KUZMIC, S. 129 f. mit Hinweis auf BGE 72 II 275 ff.

²⁰² BGE 125 III 89; 121 III 350; 108 II 305; 105 II 75; 102 II 81; MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, Rz. 124; BREHM, Berner Kommentar, N. 45 zu Art. 41 OR.

²⁰³ VON BÜREN, S. 319 f.

²⁰⁴ HANDSCHIN, S. 232 f.

²⁰⁵ HANDSCHIN, S. 233.

²⁰⁶ Art. 55 OR.

²⁰⁷ Art. 101 OR.

²⁰⁸ HANDSCHIN, S. 319 ff.

²⁰⁹ VOGEL, Diss. S. 345.

²¹⁰ Art. 707 Abs. 3 OR.

²¹¹ HANDSCHIN, S. 322 ff.

ristischen Person ist dann anzunehmen, wenn sie bei der Aktiengesellschaft über die von ihr in die Organe entsandten natürlichen Personen einen derart beherrschenden Einfluss ausübt, dass sie faktisch den Willen der Aktiengesellschaft bildet²¹². Dass eine solche Organstellung ohne formelle Wahl als Organ möglich ist, hat auch die Rechtsprechung anerkannt. So kann beispielsweise das Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft aufgrund tatsächlicher organtypischer Zuständigkeiten haften²¹³. Ist das Handeln der entsprechenden natürlichen Person der beherrschenden Gesellschaft zuzurechnen, so kann diese selber als faktisches Organ haften²¹⁴. Dafür genügt aber die bloße Einflussnahme von Organen der Muttergesellschaft nicht²¹⁵.

3.71. Dieser im Rahmen der Organhaftung entwickelte Begriff des Organs lässt sich nicht ohne weiteres auf die Frage des **rechtsgeschäftlichen Handelns für die juristische Person**, d.h. deren Vertretung übertragen. Die Begriffe sind nicht in jedem Fall kongruent²¹⁶. Wohl handelt die juristische Person durch ihre Organe, und diese verpflichten sie sowohl durch ihr rechtsgeschäftliches Handeln als auch durch ihr sonstiges Verhalten²¹⁷. In Bezug auf die rechtsgeschäftlichen Handlungen setzt aber eine Verpflichtung der juristischen Person voraus, dass sie die Vertretungsmacht nicht in zulässiger Weise beschränkt hat. Bei der Aktiengesellschaft richtet sich eine solche zulässige Beschränkung nach dem Handelsregistereintrag²¹⁸. Damit kann grundsätzlich weder einem faktischen Organ noch gar einer anderen Konzerngesellschaft ein organschaftliches Vertretungsrecht bei einer Aktiengesellschaft zukommen. Vorzubehalten sind allerdings Duldungs- und Anscheinsvollmachten²¹⁹.

d. Patronatserklärung

3.72. Eine Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft kann eintreten, wenn eine sogenannte Patronatserklärung abgegeben worden ist²²⁰. Eine solche im weiteren Sinne liegt immer vor, wenn 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. Die **wesentliche Frage** ist dann immer, **ob mit der Erklärung einer Verbindung auch die Übernahme einer Garantie beabsichtigt war**, bzw. ob der Geschäftsverkehr aus der Erklärung auf eine solche Garantie schließen durfte²²¹. Sie lässt sich nur durch Auslegung der Erklärung beantworten. Soweit kein tatsächlicher Wille zur Haftung nachgewiesen werden kann, ist die Erklärung der Muttergesellschaft nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen²²². Weil es letztlich um die Auslegung einer bestimmten Erklärung der beherrschenden Gesellschaft nach Treu und Glauben geht, ist die Patronatserklärung mit der Haftung aus Konzernvertrauen²²³ nahe verwandt²²⁴.

²¹² Vgl. HANDSCHIN, S. 323 ff.; VOGEL, Diss., S. 354 ff.

²¹³ BGE 128 III 93 ff.

²¹⁴ VOGEL, S. 354.

²¹⁵ BGE 128 III 94.

²¹⁶ VOGEL, S. 260.

²¹⁷ Art. 55 ZGB.

²¹⁸ RIEMER, N. 42 zu Art. 45/55 ZGB.

²¹⁹ RIEMER, N. 42 zu Art. 45/55 ZGB; vgl. dazu vorn Rz. 3.9. ff.

²²⁰ Zum Begriff: VON BÜREN, S. 327.

²²¹ Vgl. MOSIMANN, S. 419 ff.

²²² BGE 120 II 334.

²²³ Vgl. dazu unten Rz. 3.75 ff.

²²⁴ BGE 120 II 333 ff.; KUZMIC, S. 187.

3.73. Auszugehen ist grundsätzlich davon, dass die **bloße Erklärung der Zugehörigkeit zu einem Konzern** bzw. der wirtschaftlichen Verbundenheit **noch nicht zu einer rechtlich verbindlichen Patronatserklärung führt**²²⁵. Die Übernahme einer Garantiehaftung darf nicht leichthin angenommen werden²²⁶. Dafür braucht es vielmehr weitergehende Erklärungen²²⁷. Diese können als Bürgschaften, Garantieverprechen, Kreditauftrag, kumulative Schuldübernahme, Verträge zu Gunsten Dritter oder Innominatsverträge ausgestaltet sein²²⁸. Solche Erklärungen kommen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen auch immer wieder zu Gunsten von Arbeitnehmern vor.

3.74. Typischer Weise wird die Patronatserklärung von der beherrschenden Gesellschaft zu Gunsten einer beherrschten Gesellschaft gegenüber einem Dritten abgegeben. Es ist aber auch vorstellbar, dass ausnahmsweise **eine Tochtergesellschaft gegenüber einer anderen Konzerngesellschaft**, gegebenenfalls sogar gegenüber der Konzernmutter eine **entsprechende Erklärung abgibt**. Solche umgekehrten Patronatserklärungen müssen aber als selten bezeichnet werden.

e. Konzernwirkung

3.75. Es hat sich gezeigt, dass das Vorliegen eines Konzerns in keiner Weise von sich aus bereits zu einer Haftung einer Konzerngesellschaft für das rechtsgeschäftliche oder sonstige Verhalten einer anderen Konzerngesellschaft führt. Aus dem Leitbild der einzelnen Konzerngesellschaft als selbständige Aktiengesellschaft, für deren Schulden die Aktionäre nicht haften, ergibt sich, dass eine **umfassende Haftung der Obergesellschaft für ihre Töchter und Enkelinnen ausgeschlossen ist**²²⁹. Aus der blossen Tatsache, dass Gesellschaften konzernmässig miteinander verbunden sind, lässt sich somit keine allgemeine Haftung der einzelnen Gesellschaften für das Verhalten anderer Gesellschaften ableiten, auch dann nicht, wenn auf diese Verbundenheit nach aussen hingewiesen wird²³⁰.

3.76. Lehre und Rechtsprechung haben davon nun aber **zwei konzernspezifische Ausnahmen** entwickelt. Einerseits kann in einem Vertrag eine Konzernklausel vereinbart werden und andererseits kann sich aus dem Verhalten der Konzerngesellschaften ein sogenanntes Konzernvertrauen Dritter ergeben, das nicht enttäuscht werden darf.

3.77. In der Wirtschaftspraxis kommt es immer wieder vor, dass in einen Vertrag mit einem Dritten eine sogenannte **Konzernklausel** aufgenommen wird. Dabei handelt es sich um eine Vertragsklausel, welche sich auf die Konzernverbundenheit bezieht und bezweckt, die mit der vertragschliessenden Gesellschaft verbundenen Konzerngesellschaften in die Vertragswirkung einzubeziehen²³¹. Aus dem Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ergibt sich allerdings, dass eine Verpflichtung für weitere Konzerngesellschaften aus einer solchen Klausel nur entstehen kann, wenn entweder diese Gesellschaften selber auch am Vertragsschluss mitgewirkt haben oder aber die handelnde Gesellschaft bezüglich der anderen Konzerngesellschaften über eine Vertretungsmacht verfügte²³². Insofern lassen sich solche Konzernklauseln auch unter die Patronatserklärungen subsumieren. Soweit die weiteren Konzerngesellschaften am Vertragsschluss weder selber mitgewirkt ha-

²²⁵ VON BÜREN, S. 330 f.

²²⁶ BGE 120 II 334.

²²⁷ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe KUZMIC, S. 192 ff.

²²⁸ VON BÜREN, S. 332 ff.

²²⁹ SCHNYDER, SJZ 1990, S. 58.

²³⁰ HANDSCHIN, S. 241; WINDBICHLER, S. 70.

²³¹ VON BÜREN, S. 322.

²³² HANDSCHIN, S. 243; vgl. dazu vorn Rz. 3.8. ff.

ben noch durch die handelnde Gesellschaft gültig vertreten waren, kann eine *verpflichtende* Konzernwirkung nur indirekt entstehen. Die handelnde Gesellschaft verpflichtet sich gegenüber dem Dritten, konzernintern für die Einhaltung des Vertrages auch durch die anderen Gesellschaften zu sorgen. Die anderen Gesellschaften trifft aber diesbezüglich keine Rechtspflicht²³³. Anders sieht es bezüglich Rechten aus, welche in solchen Verträgen weiteren Konzerngesellschaften eingeräumt werden, da im schweizerischen Recht echte Verträge zu Gunsten Dritter zulässig sind²³⁴. Das kann insbesondere im Zusammenhang mit Geheimhaltungspflichten²³⁵ und mit nachwirkenden Konkurrenzverboten²³⁶ zu Gunsten weiterer Konzerngesellschaften von Bedeutung sein²³⁷. Fraglich erscheint allerdings, ob aus arbeitsvertragsrechtlicher Sicht die Konkurrenzierung einer anderen Gesellschaft als der bisherigen Arbeitgeberin überhaupt verboten werden kann²³⁸.

3.78. Ausserhalb solcher Erklärungen hat die Praxis aber in Anlehnung an die culpa in contrahendo eine Haftung der Muttergesellschaft angenommen, wenn das durch den **Hinweis auf den Konzern erweckte Vertrauen** in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit der einzelnen Gesellschaft als schutzwürdig erscheint²³⁹. Das Bundesgericht hat aber auch mit aller Deutlichkeit festgehalten, dass diese Haftung an strenge Voraussetzungen zu knüpfen ist²⁴⁰.

3.79. Rechtswirkung ist allerdings auch hier nicht, dass die Konzernmutter aus dem Vertrag direkt auf Erfüllung belangt werden könnte. Vielmehr entsteht **nur ein Vertrauenshaftung für den Schaden**, der dem Dritten aus Nichterfüllung durch seine Vertragspartnerin entsteht, wenn diese Nichterfüllung darauf zurückzuführen ist, dass die beherrschende Gesellschaft nicht dafür gesorgt hat, dass die Tochtergesellschaft nach den mit Blick auf die Konzernverbundenheit zu erwartenden Grundsätzen geführt worden ist²⁴¹.

IV. Folgerungen

4.1. Es hat sich gezeigt, dass sich bei Arbeitsverhältnissen im Konzern grundsätzlich die gleichen Fragen stellen, wie bei anderen Verträgen mit Konzerngesellschaften. Auszugehen ist immer davon, dass jede Konzerngesellschaft eine eigene juristische Person mit allen Rechten und Pflichten ist. Dieser Grundsatz kann durchbrochen werden, wenn aufgrund besonderer Tatbestände ausnahmsweise die Selbständigkeit als vorgeschoben bzw. von den Parteien nicht gewollt angesehen werden muss. Bei Arbeitsverhältnissen bestehen diesbezüglich grundsätzlich keine Besonderheiten. Nur stellen sich die entsprechenden Fragen häufiger, weil leitende Arbeitnehmer sehr oft für mehrere Konzerngesellschaften tätig sind und dadurch häufiger als bei anderen Verträgen unklar ist, wer nun eigentlich konzernseitig Vertragspartei ist.

4.2. Zudem treten jene Besonderheiten auf, welche sich aus dem Umstand ergeben, dass die Arbeitgeberin im Konzernverhältnis immer eine juristische Person ist, so dass bestimmt

²³³ HANDSCHIN, S. 242.

²³⁴ Art. 112 OR.

²³⁵ DRUEY/VOGEL, S. 275.

²³⁶ Art. 340 ff. OR.

²³⁷ DRUEY/VOGEL, S. 274.

²³⁸ Bejahend: STAEHELIN, N. 19 zu Art. 340 OR.

²³⁹ BGE 120 II 336; vgl. die ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Entscheid bei KUZMIC, S. 165 ff.

²⁴⁰ BGE 120 II 336.

²⁴¹ Vgl. BGE 120 II 337 ff.

werden muss, welche natürlichen Personen nun für die Arbeitgeberin gültig handeln können. Soweit der Arbeitnehmer gleichzeitig Organ seiner Arbeitgeberin ist, besteht überdies ein doppeltes Schuldverhältnis, das die Rechtslage noch einmal verkompliziert. Konzerne sind deshalb gut beraten, in ihren Arbeitsverträgen sehr sorgfältig zu bestimmen, welche Gesellschaft als Arbeitgeberin in Erscheinung tritt.

Literatur:

- MAX ALBERS-SCHÖNBERG**, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980;
MARC AMSTUTZ/NEDIM PETER VOGT/MARKUS WANG, in: Honsell/Vogt/Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996;
GABRIEL AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984;
ALEXANDRE BERENSTEIN/PASCAL MAHON, Labour Law in Switzerland, Bern 2001;
ALEIDUS GERHARD BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984;
PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992;
DANIEL BRAND/LUCIUS DÜRR/BRUNO GUTKNECHT/PETER PLATZER/ADRIAN SCHNYDER/CONRAD STAMPFLI/ULRICH WANNER, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Bern 1991;
ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 1998;
JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern/Stuttgart/Wien 1996;
ALEXANDER BRUNNER, in: Honsell/Vogt/Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996;
SILVIO CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1996;
MARTIN COEN, Der Kündigungsschutz im Konzern, RdA 1983, S. 348 ff.;
LOUIS DALLÈVES, Problèmes de droit privé relatives à la coopération et à la concentration des entreprises, Basel 1973;
MARKUS DENNLER, Durchgriff im Konzern, Diss. Bern 1984;
JEAN NICOLAS DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980, 2. Tb., S. 275 ff.;
JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999;
BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18. décembre 1987, Bâle 1997;
WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 1992;
PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien, 2000, S. 89 ff.;
PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996;
PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 1996;
THOMAS GEISER, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bern 1996, S. 43 ff.;
SIMON GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen 2003;
PIERRE-YVES GREBER/JEAN-LOUIS DUC/GUSTAVO SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS);
PHILIPP GREMPER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Basel 1992;
LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994;
MARTIN HENSSLER, Der Arbeitsvertrag im Konzern, Diss. Konstanz 1983;
JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000;
KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Tübingen 1995;
WALTHER HUG, Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, in: Rehbinder (Hrsg.), FS Hug, Bd. I, Beiträge zum Arbeitsrecht, Bern 1978;
ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, 1998;
KRISTINA KUZMIC, Haftung aus „Konzernvertrauen“, Diss. Zürich 1998;
ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998;
HANS MERZ, Berner Kommentar, 1962;
HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1992;
PETER MOSIMANN, Patronatserklärung mit gesamtarbeitsvertraglicher Bedeutung?; in: Böckli/Eichenberger/Hinderling/Tschudi (Hrsg.), FS Frank Vischer, Zürich 1983;
ROLAND MÜLLER, Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, AJP 2001, S. 1367 ff.;
ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl. Zürich 1999;

- CHRISTOPH M. PESTALOZZI/SUSANNE WETTENSCHWILER**, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR Bd. II, Basel 1993;
- HENRY PETER/FRANCESCA BIRCHLER**, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW/RSDA, 1998, S. 113 ff;
- MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar, 1985/1992;
- MANFRED REHBINDER**, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002;
- HANS MICHAEL RIEMER**, Berner Kommentar, 1993;
- OLIVER ROMMÉ**, Abhängige Arbeit und gemeinsame Zweckverfolgung, Berlin/Hamburg 2000;
- CORINNE ANDREA SANER**, Telearbeit: Organisationsformen – Rechtsformen, Diss. Basel, Zürich 1992;
- RETO SCHILDKNECHT**, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1997;
- ANTON K. SCHNYDER**, Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften? in SJZ 1990, S. 57 ff.;
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 1984/96;
- MARKUS P. STEBLER**, Konzernrecht in der Schweiz – ein Überblick über den Stand von Lehre und Rechtsprechung, in: Druey (Hrsg.), Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern 1988;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Zürich 1992;
- PIERRE TERCIER**, Les contrats spéciaux, Zürich 1995;
- FRANK VISCHER**, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1.3, Basel 1994;
- ALEXANDER VOGEL**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern 1997;
- ALEXANDER VOGEL**, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Schwizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), FS Druey, Zürich 2002, S. 607 ff.
- ROLAND VON BÜREN**, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Basel 1997;
- ROLAND VON BÜREN/MICHAEL HUBER**, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW/RSDA 1998, S. 213 ff.;
- ANDRÉ VON GRAFFENRIED**, Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, Bern u.a. 1977;
- WERNER VON STEIGER**, Gesellschaftsrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel 1976;
- MARTIN WERNLI**, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR Bd. II, Basel 1993;
- CHRISTINE WINDBICHLER**, Arbeitsrecht im Konzern, München 1989;
- REMY WYLER**, Droit du travail, Bern 2002;
- GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER**, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR Bd. I, 1996;

*

St. Gallen, 1.7.2003