

Die Geschäftsführung bei der GmbH: Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht



CHRISTOPH SENTI
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Fachanwalt SAV Arbeits-
recht, Altstätten, Lehrbe-
auftragter HSG

erwartet grosser Beliebtheit¹. Als personenbezogene Kapitalgesellschaft² bietet sich die Gesellschaftsform insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen an. Nach dem Grundsatz «same business, same rules»³ wurden im GmbH-Recht diverse Regelungen des Aktienrechts übernommen⁴. Die Ausgestaltung der Geschäftsführung als personenbezogenes Element der GmbH geht jedoch in ihrer Flexibilität weit über das Aktienrecht hinaus.

Der vorliegende Aufsatz zeigt die verschiedenen Modelle auf, wie die Geschäftsführung einer GmbH ausgestaltet werden kann. Im zweiten Teil wird auf die Frage eingegangen, unter welchen Umständen beim Geschäftsführer ein (faktisches) Arbeitsverhältnis vorliegt. Der dritte Teil beleuchtet schliesslich kurz die Doppelstellung des Geschäftsführers als Organ und Arbeitnehmer einer GmbH.

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkungen
2. Die Geschäftsführung des GmbH-Rechts
 - 2.1. Die verschiedenen Modelle der Geschäftsführung
 - 2.1.1. Alle Gesellschafter als Geschäftsführer
 - 2.1.2. Festlegung durch die Statuten
 - 2.1.3. Wahl durch die Gesellschafterversammlung
 - 2.1.4. Einsetzung durch (gewählte) Geschäftsführer
 - 2.2. Vorsitzender der Geschäftsführung
 - 2.3. Zur Person des Geschäftsführers oder Direktors
 - 2.4. Beschlussfassung und Organisation der Geschäftsführung
 - 2.5. Zusammenfassung
3. Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer
 - 3.1. Vertragsvereinbarung
 - 3.2. Anbieten einer Arbeitsleistung
 - 3.3. Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
 - 3.3.1. Kein Subordinationsverhältnis bei Einmann-Gesellschaften
 - 3.3.2. Subordinationsverhältnis gegenüber wem?
 - 3.3.2.1. Die Geschäftsführung (in corpore)
 - 3.3.2.2. Die Gesellschafterversammlung?
 - 3.3.3. Zusammenfassung
 - 3.4. Leistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit
 - 3.5. Entgeltlichkeit
4. Bemerkungen zur Doppelstellung als Organ und Arbeitnehmer
 - 4.1. Parallele Gültigkeit von Arbeits- und Gesellschaftsrecht
 - 4.2. Sorgfalts- und Treuepflicht
 - 4.3. Konkurrenzverbot
 - 4.4. Geheimhaltungspflicht
 - 4.5. Haftung des Geschäftsführers
5. Schlussbemerkungen

2. Die Geschäftsführung des GmbH-Rechts

2.1. Die verschiedenen Modelle der Geschäftsführung

Der dritte Abschnitt des GmbH-Rechts äussert sich zur Organisation der Gesellschaft. Art. 809 OR sieht vor, dass alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam ausüben, wobei statutarisch aber auch eine abweichende Regelung vorgesehen werden kann. Nachfolgende Ausführungen sollen einen kurzen Überblick über die verschiedenen Modelle einer Geschäftsführung vermitteln. Unerwähnt bleibt dabei die faktische Organschaft, d.h. die geschäftsführende Tätigkeit einer Person, ohne dass sie als Geschäftsführer konstituiert oder im Handelsregister eingetragen wäre⁵.

¹ Referat gehalten an der Fachtagung zum Arbeitsrecht des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St.Gallen (IRP-HSG) vom 28. Oktober 2010 in Luzern. Gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik stieg die Zahl der eingetragenen GmbHs um 7.6 % auf 118'134 per 31. Dezember 2009 (NZZ Online, 11. Januar 2010, 10:18; http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/zahl_der_eingetragenen_firmen_auf_hoehchststand_1.4483671.html).

² Art. 772 Abs. 1 OR.

³ PETER FORSTMOSER in: Peter Boeckli/Peter Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht – Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, 50.

⁴ Vgl. bspw. Art. 805 Abs. 5 OR oder Art. 777c Abs. 2 OR.

⁵ Vgl. dazu ROLAND MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, 171 f., mit weiteren Verweisen; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesell-

1. Vorbemerkungen

Seit der Einführung des neuen Rechts per 1. Januar 2008 erfreut sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie

2.1.1. Alle Gesellschafter als Geschäftsführer

Dem personenbezogenen Charakter der GmbH folgend, sieht die gesetzlich dispositive Regelung vor, dass alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam ausüben⁶. Jeder Gesellschafter wird mit seinem Status als Gesellschafter also gleichzeitig zum Geschäftsführer der Gesellschaft.

Ist jeder Stammanteilinhaber kraft seiner Position als Gesellschafter auch Geschäftsführer, kann er sich dieser Funktion nicht durch Niederlegung oder Kündigung des Mandates entledigen. Ebenso wenig ist eine Abwahl durch die Gesellschafterversammlung möglich. Eine Beendigung dieser Funktion hat entweder durch Übertragung des Stammanteils, auf dem Weg einer statutarischen Neuregelung⁷, Klage auf Absetzung als Geschäftsführer⁸ oder gar Klage auf Austritt⁹ oder Ausschluss¹⁰ als Gesellschafter zu erfolgen.

2.1.2. Festlegung durch die Statuten

Wie bereits nach altem GmbH-Recht¹¹ kann die Geschäftsführung via Statuten auf einen oder mehrere Gesellschafter übertragen werden¹². In diesem Fall wird die betreffende Person mit Inkrafttreten der Statuten oder Erwerb des Stammanteils zum Geschäftsführer. Die Beendigung ist ebenfalls wie bei der Selbstorganschaft nicht in Form einer Rücktrittserklärung des Geschäftsführers möglich. Vielmehr ist auch hier eine Statutenrevision nötig oder eine Klage auf Absetzung des Geschäftsführers, Austritt oder Ausschluss als Gesellschafter einzureichen¹³.

2.1.3. Wahl durch die Gesellschafterversammlung

Die Statuten können die Ernennung und Abberufung der Geschäftsführer in Form von Wahlen der Gesellschafterversammlung vorsehen¹⁴. Dabei kommen sowohl Gesellschafter als auch unbeteiligte Drittpersonen als Geschäftsführer in Frage, in letzterem Fall spricht das Gesetz von Direktoren¹⁵.

Von der Gesellschafterversammlung gewählte Geschäftsführer oder Direktoren können von dieser jederzeit abberu-

fen werden¹⁶. Eine Abberufung der durch die Gesellschafterversammlung gewählten Direktoren ist zudem auch durch die Geschäftsführer möglich, wobei dann aber unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einzuberufen ist, welche diesen Entscheid entweder bestätigt oder widerruft¹⁷. Geschäftsführern oder Direktoren steht es ihrerseits offen, ihr Amt jederzeit und unverzüglich niederzulegen¹⁸. Ob die Klage eines Gesellschafters auf Entzug oder Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis offen steht, ist fraglich¹⁹, wenn man bedenkt, dass dieser mittels Wahl der Gesellschafterversammlung legitimiert ist, welche ihn jederzeit auch abberufen kann. Schliesslich wird auch bei den durch die Gesellschafterversammlung gewählten Geschäftsführern die Funktion mit Übertragung des Stammanteils oder erfolgreicher Klage auf Ausschluss oder Austritt enden²⁰.

2.1.4. Einsetzung durch (gewählte) Geschäftsführer

Schliesslich lässt es die gesetzliche Regelung auch zu, dass Direktoren durch Geschäftsführer bestellt und abberufen werden²¹. Dies führt im Prinzip zu einem zweistufigen Geschäftsführungsmodell mit gesetzlich bzw. statutarisch bestimmten oder durch die Gesellschafterversammlung gewählten Geschäftsführern einerseits und den durch jene Geschäftsführer gewählten Direktoren andererseits. Eine solche Konstellation ist, je nach Aufgabenteilung, wohl vergleichbar mit der Organstruktur der Aktiengesellschaft, welche zwischen Verwaltungsrat und der ihm unterstellten Geschäftsführung unterscheidet²².

2.2. Vorsitzender der Geschäftsführung

Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer, ist ein Vorsitzender zu bestimmen²³. Das Gesetz sieht vor, dass dieser durch die Gesellschafterversammlung zu wählen ist²⁴, was aber nicht zu deren unübertragbaren Aufgaben gehört²⁵ und deshalb auch an die Geschäftsführer delegiert werden kann²⁶.

schaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. A., Bern 2007, § 2 N 30 f.

⁶ Art. 809 Abs. 1 OR.

⁷ RINO SIFFERT/MARC PASCAL FISCHER/MARTIN PETRIN, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772–827 OR), Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2008, Art. 815 N 3.

⁸ Art. 815 Abs. 2 OR.

⁹ Art. 822 OR.

¹⁰ Art. 823 OR.

¹¹ Vgl. aArt. 811 Abs. 2 OR.

¹² SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 809 N 2 OR.

¹³ Vgl. vorne Ziff. 2.1.1.

¹⁴ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

¹⁵ Art. 804 Abs. 4 OR.

¹⁶ Art. 815 Abs. 1 OR.

¹⁷ Art. 815 Abs. 4 f. OR.

¹⁸ ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 530–1186, 3. A., Basel 2008, Art. 815 N 8.

¹⁹ Art. 815 Abs. 2 OR.

²⁰ Art. 823 g OR.

²¹ Art. 804 Abs. 3 OR.

²² Vgl. Art. 707 OR, Art. 716 Abs. 2 OR.

²³ Art. 809 Abs. 3 OR.

²⁴ Art. 809 Abs. 3 OR.

²⁵ Art. 804 Abs. 2 OR.

²⁶ SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 809 N 7.

2.3. Zur Person des Geschäftsführers oder Direktors

Als Geschäftsführer kommen nur natürliche Personen in Frage²⁷, eine Regelung, die wohl auch für Direktoren gilt. Die Geschäftsführung einer GmbH ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zu aktivem Tun. Diese Pflicht gilt selbst bei der in Art. 809 Abs. 1 OR vorgesehenen Regelung, wonach jeder Gesellschafter auch Geschäftsführer ist²⁸.

Die Aufgaben und Kompetenzen des Geschäftsführers ergeben sich aus Art. 810 OR, wonach er für sämtliche Angelegenheiten zuständig ist, die nicht durch Gesetz oder Statuten an die Gesellschafterversammlung zugewiesen werden²⁹. Ausserdem findet sich in Absatz 2 dieser Bestimmung ein Katalog von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, welcher sich inhaltlich stark an die Kompetenzen des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft anlehnt³⁰. Im Unterschied zum Aktienrecht sind die Aufgaben gemäss Art. 810 Abs. 2 OR nicht bedingungslos unübertragbar und unentziehbar, sondern nur im Rahmen der «nachfolgenden Vorschriften», namentlich Art. 811 OR: Jene Bestimmung lässt zu, dass die Statuten vorsehen können, dass die Geschäftsführer bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung vorlegen müssen oder vorlegen können³¹.

2.4. Beschlussfassung und Organisation der Geschäftsführung

Sofern die Statuten kein anderes Modell vorsehen, treffen die Gesellschafter (als Geschäftsführer) sämtliche Geschäftsführungsentscheide in corpore, d.h. als Gremium³². Beschlüsse werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, bei Stimmgleichheit mit Stichentscheid des Vorsitzenden³³. Im Aussenverhältnis hingegen ist, gemäss dispositiver Regelung, jeder Geschäftsführer zur (alleinigen) Vertretung der Gesellschaft befugt³⁴.

2.5. Zusammenfassung

Die Flexibilität des GmbH-Rechts zeigt sich bei der Ausgestaltung der Geschäftsführung besonders stark. Es sind

²⁷ Art. 809 Abs. 2 OR.

²⁸ SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 810 N 2, m.V.a. LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die neue GmbH, 2. A., Zürich 2006, § 13 N 149.

²⁹ Art. 810 Abs. 1 OR.

³⁰ Vgl. Art. 716a Abs. 1, Ziff. 1 ff. und Art. 810 Abs. 2 Ziff. 1 ff. OR.

³¹ Vgl. dazu hinten FN 64.

³² SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 809 N 2.

³³ Art. 809 Abs. 4 OR.

³⁴ Art. 814 Abs. 1 OR; Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002, 3148 ff., 3215; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 814 N 1 f.

verschiedene Modelle denkbar, welche, abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Selbstorganschaft³⁵, statutarisch geregelt werden können. Im Sinne einer Zusammenfassung nachfolgende Übersicht:

Modell Nr.	1	2
	Selbstorganschaft	GF statutarisch bestimmt
Beginn:	<ul style="list-style-type: none"> - Gründung - Erwerb Stammanteil 	<ul style="list-style-type: none"> - Gründung - Erwerb Stammanteil - Statutenrevision (Einführung der statutarischen Bestimmung)
Ende:	<ul style="list-style-type: none"> - Statutenrevision - Klage auf Absetzung als GF - Klage auf Ausschluss als Gesellschafter - Übertragung Stammanteil - Klage auf Austritt aus der Gesellschaft 	

Modell Nr.	3	4
	Gewählte Selbstorganschaft	Gewählte Drittorganschaft
Beginn:	<ul style="list-style-type: none"> - Wahl durch GesV 	<ul style="list-style-type: none"> - Wahl durch GesV oder GF
Ende:	<ul style="list-style-type: none"> - Abwahl durch GesV - Klage auf Absetzung als GF? - Klage auf Ausschluss als Gesellschafter - Rücktritt - Übertragung Stammanteil - Klage auf Austritt als Gesellschafter 	<ul style="list-style-type: none"> - Abwahl durch GesV - Absetzung durch GF (ev. mit anschliessender Bestätigung durch GesV) - Klage auf Absetzung als Direktor? - Rücktritt

Übersicht 1: Die verschiedenen Modelle der Geschäftsführung einer GmbH

3. Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer

Ein Arbeitsvertrag liegt vor, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin eine gegenseitige gemeinsame Willensübereinkunft zustande kommt, die alle begriffsnotwendigen Elemente eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 OR aufweist. Diese sind³⁶:

- a) das Anbieten der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer
- b) bei Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
- c) auf bestimmte oder unbestimmte Zeit und
- d) gegen Bezahlung eines Lohnes.

³⁵ SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 809 N 2.

³⁶ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxis-Kommentar, 6. A., Zürich 2006, Art. 319 N 2; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, Rz. 100 ff.; vgl. auch MÜLLER (FN 5), 176 m.w.V., welcher die vier typischen Elemente Arbeitsleistung, Unterordnung, Dauer-schuldverhältnis und Entgeltlichkeit erwähnt.

Einige dieser Merkmale bedürfen einer näheren Betrachtung im Hinblick auf die (gesellschaftsrechtliche) Position als Geschäftsführer.

3.1. Vertragsvereinbarung

Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses bedingt, im Prinzip, eine gegenseitige gemeinsame Willensübereinkunft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin. Ob eine solche immer vorliegt, wenn jemand infolge Übernahme eines Stammanteils automatisch zum Geschäftsführer wird und als solcher tätig ist³⁷, darf bezweifelt werden. Zudem handelt es sich dabei nicht nur um ein Recht, sondern eine Pflicht³⁸. Im Extremfall kann ein Gesellschafter gegen seinen ausdrücklichen Willen zur Tätigkeit als Geschäftsführer verpflichtet sein. Kann ein Arbeitsverhältnis ohne – oder im Extremfall gar gegen – den ausdrücklichen Willen des Arbeitnehmers vorliegen? In BGE 4C.30/2001 vom 14. März 2002 äussert sich das Bundesgericht zur Frage der Notwendigkeit einer Willensübereinkunft wie folgt³⁹:

«Das Arbeitsvertragsrecht sieht vor, dass auch unabhängig von einem übereinstimmenden Willen über alle wesentlichen Punkte ein Arbeitsvertrag zustande kommt, wenn jemand Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Damit hat das Gesetz eine unwiderlegbare Vermutung (praesumptio iuris et de iure) für den Abschluss eines Arbeitsvertrages geschaffen (ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht [Zürcher Kommentar], Bd. 5, Teilbd. V 2c, 4. A., Zürich 2006, N 6 zu Art. 320 OR; MANFRED REHBINDER, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Berner Kommentar, Bd. 6, Das Obligationenrecht, 2. Abt., 2. Teilbd., 1. Abschnitt, Bern 2010, N 17 zu Art. 320; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III, Basel 1994, 48; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Zürich 1992, N 6 zu Art. 320 OR). Was sich die Parteien vorgestellt und was sie gewollt haben, ist dabei belanglos. Massgebend ist nur der objektive Tatbestand (STAEHELIN, a.a.O., N 7 zu Art. 320 OR). Dieser ist erfüllt, wenn die Arbeit vom Arbeitgeber entgegengenommen worden ist.»

Dieser Rechtsprechung folgend wäre also davon auszugehen, dass auch dann ein (faktischer) Arbeitsvertrag vorliegt, wenn keine der Parteien den Willen zum Vertragsabschluss äusserte und sich die eine oder andere Vertragspartei nur auf das Vorliegen des objektiven Tatbestandes berufen kann.

Aus einer solchen Tätigkeit heraus entstehende Ansprüche des Arbeitnehmers werden allerdings nur dann geschützt, wenn dieser gutgläubig war⁴⁰. Berufet sich ein Arbeitnehmer nach Aufnahme seiner Tätigkeit als Geschäftsführer auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (und die damit ver-

bundene Pflicht zur Lohnzahlung), ist die Frage zu stellen, ob er sich dabei im guten Glauben befand. Der wohl häufigste Anwendungsfall von Art. 320 Abs. 3 OR betrifft die nachträgliche Geltendmachung von Lohnforderungen, Ferien- oder Feiertagsansprüchen durch den (vermeintlichen) Arbeitnehmer. Wusste nicht nur der Arbeitnehmer, sondern gleichermaßen auch die Arbeitgeberin von der fehlenden Willensübereinkunft, so greift Art. 320 Abs. 3 OR nach Ansicht von STREIFF/VON KAENEL auch bei Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers⁴¹. «Der Arbeitnehmer ist zwar nicht guten Glaubens, der Arbeitgeber, der ihm das entgegenhält, aber genauso wenig, also verstösst der Einwand des Arbeitgebers gegen Treu und Glauben.»⁴² Zusammenfassend ist also festzustellen, dass eine fehlende gegenseitige Willensübereinkunft zwischen den Vertragsparteien nicht per se ein Hindernis für das Vorliegen eines (faktischen) Arbeitsverhältnisses ist. Zwischen einem geschäftsführenden Gesellschafter und einer GmbH kann also selbst dann ein (faktisches) Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn der Geschäftsführer als solcher tätig wurde, sich aber in keinster Weise über das Vorliegen eines (faktischen) Arbeitsverhältnisses bewusst war. Werden diesbezügliche Ansprüche geltend gemacht, ist allerdings die Gutgläubigkeit des Gläubigers zu prüfen.

3.2. Anbieten einer Arbeitsleistung

Die Tätigkeit des Geschäftsführers einer GmbH stellt in jedem Fall eine «Arbeitsleistung» dar. Ob er seine Aufgaben und Kompetenzen nach Art. 810 OR als Geschäftsführer (also auf gesellschaftsrechtlicher Basis) oder als Arbeitnehmer (also auf arbeitsrechtlicher Basis) wahrnimmt, hat in Bezug auf die Art und effektive Ausübung der Tätigkeit selbst keinen Einfluss. Mit ROLAND MÜLLER ist deshalb (wie für die Organe der Aktiengesellschaft) festzustellen, dass die Tätigkeit eines Organs kein geeignetes Kriterium ist, um das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu prüfen⁴³.

3.3. Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

«Durch den Eintritt in das Arbeitsverhältnis entsteht ein Abhängigkeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer steht persönlich,

³⁷ Modell Nr. 1 und ev. auch Nr. 2.

³⁸ SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 809 N 4.

³⁹ Erwägung 2 lit. a.

⁴⁰ Art. 320 Abs. 3 OR.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL (FN 36), Art. 320 N 11, mit dem Beispiel der Leistung (Arbeitnehmer) und Entgegennahme (Arbeitgeber) von Arbeit trotz fehlender Bewilligung.

⁴² STREIFF/VON KAENEL (FN 36), Art. 320 N 11.

⁴³ MÜLLER (FN 5), 178. Meines Erachtens problematisch ist jedoch sein Hinweis, wonach die Zeit, welche der Betroffene für sein Amt aufzuwenden hat, das entscheidende Kriterium ist (vgl. dort). Der Tätigkeitsumfang ist nach herkömmlicher Lehre kein geeignetes Abgrenzungskriterium, da auch bei minimalem (und gar unregelmässigem) Einsatz trotzdem ein Arbeitsvertrag vorliegen kann (vgl. STREIFF/VON KAENEL [FN 36], Art. 319 N 2 und N 18).

organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich unter der Direktionsgewalt der Arbeitgeberin.»⁴⁴

3.3.1. Kein Subordinationsverhältnis bei Einmann-Gesellschaften

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ausdrücklich ausgeschlossen ist das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses bei der Einmann-Gesellschaft: Ist eine natürliche Person einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin, ist diese Person nur sich selbst unterstellt und somit (faktisch) nicht weisungsgebunden. Im Zusammenhang mit der Einmann-AG machte das Bundesgericht folgende Ausführungen⁴⁵:

«Es ist aber keinesfalls möglich, ein Arbeitsverhältnis anzunehmen, wenn eine wirtschaftliche Identität besteht zwischen der juristischen Person und der Person, die als ihr leitendes Organ fungiert; in diesem Fall fehlt in der Tat eines der wesentlichen und unabdingbaren Merkmale des Arbeitsverhältnisses, nämlich das Unterordnungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aus diesem Grund wird unter solchen Umständen eher das Vorliegen eines dem Auftrag ähnlichen Innominatkontraktes angenommen (MANFRED REHBINDER, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Berner Kommentar, Bd. 6, Das Obligationenrecht, 2. Abt., 2. Teilbd., 1. Abschnitt, Bern 2010, N 18 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 6 zu Art. 319 OR; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 5 zu Art. 319 OR; vgl. auch FRANK VISCHER, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel 1994, § 4.III.2 c, 35).»

Auch in neueren Entscheiden bestätigt das Bundesgericht die Auffassung, dass ein Organ der Gesellschaft nur dann gleichzeitig in einem Arbeitsverhältnis zu letzterer stehen kann, wenn ein Subordinationsverhältnis vorliegt⁴⁶: «Entscheidend ist dabei, ob die betroffene Person in dem Sinne in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, dass sie Weisungen empfängt. Ist dies zu bejahen, liegt ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor.»

Eine wirtschaftliche Identität von juristischer Person und Arbeitnehmer ist nicht nur bei einem einzigen Gesellschafter anzunehmen, sondern kann schon dann vorliegen, wenn der betreffende Gesellschafter eine entscheidende Stimmenmehrheit besitzt. Ob für eine «entscheidende Mehrheit» zwei Drittel⁴⁷, die Hälfte⁴⁸ oder noch weniger⁴⁹ der gesamten

Stimmen notwendig sind, wäre im Einzelfall zu prüfen. Um ein Arbeitsverhältnis per se auszuschliessen, muss meines Erachtens nicht zwingend eine Einmann-Gesellschaft vorliegen⁵⁰.

3.3.2. Subordinationsverhältnis gegenüber wem?

Gegenüber wem besteht bei einer GmbH ein Subordinationsverhältnis des Geschäftsführers? Arbeitgeberin als Vertragspartei ist die juristische Person⁵¹, deren Organe dazu berufen sind, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben⁵². Als weisungsberechtigte Organe einer GmbH kommen zum einen die Gesellschafterversammlung⁵³ und zum anderen die Geschäftsführung⁵⁴ in Frage.

3.3.2.1. Die Geschäftsführung (in corpore)

Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer, so agieren diese gemeinsam⁵⁵ und Entscheidungen werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimme gefällt, bei Bedarf mit Stichtscheid des Vorsitzenden⁵⁶. Analog zum einzelnen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, welcher den Weisungen des Gesamtverwaltungsrates unterstellt ist⁵⁷, hat sich der einzelne Geschäftsführer einer GmbH den Beschlüssen der gesamten Geschäftsführung zu unterziehen. Insofern kann bei einer mehrköpfigen Geschäftsführung ein Subordinationsverhältnis vorliegen, auch wenn der betreffende Arbeitnehmer als Geschäftsführer auf hierarchisch gleicher Stufe wie seine Kollegen steht oder womöglich gar Vorsitzender der Geschäftsführung ist.

⁴⁴ GEISER/MÜLLER (FN 36), Rz 108.

⁴⁵ Pra 88 (1999) Nr. 91 E. 4 (= BGE 4C.455/1997 = BGE 125 III 78 ff.); Vgl. dazu auch MÜLLER (FN 5), 195 f.

⁴⁶ BGE 130 III 216 E. 2.1, mit Verweis auf: BGE 128 III 129 E. 1a; BGE 121 I 259 E. 3a S. 262; BGE 107 II 430 E. 1 S. 432; BGE 95 I 21 E. 5b S. 25; Urteil 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, E. 2a, Pra 89/2000 Nr. 50 S. 285 ff.; MARTIN WERNLI, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 707 OR; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1999, 57.

⁴⁷ Dieses Quorum wäre für wichtige Beschlüsse nach Art. 808b OR nötig.

⁴⁸ Art. 808 OR.

⁴⁹ Bspw. eine Mehrheit von 30 % bei einer im Übrigen stark atomisierten Beteiligungsstruktur.

⁵⁰ Dies hat nicht nur Konsequenzen für die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Organ und der Gesellschaft, sondern kann auch über die Anwendbarkeit von arbeitsrechtlichen Nebenerlassen entscheiden. So nimmt das SECO an, dass auch bei einer Einmann-AG oder Einmann-GmbH ein Personalverleih vorliegt, wenn sich der einzige Gesellschafter und Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer selbst an Dritte verleiht (vgl. SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, 2003, 68). Meines Erachtens ist diese Meinung abzulehnen, da mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses das AVG gar nicht anwendbar ist (vgl. Art. 12 Abs. 1 AVG).

⁵¹ Art. 53 ZGB.

⁵² Art. 55 Abs. 1 ZGB.

⁵³ Art. 804 ff. OR. Zur Kategorie «Gesellschafterversammlung» gehört in diesem Zusammenhang auch die Weisungsgewalt der zuständigen natürlichen Person (Verwaltungsrat, Geschäftsführer oder faktisches Organ) einer Muttergesellschaft.

⁵⁴ Art. 809 OR.

⁵⁵ Art. 809 Abs. 1 OR.

⁵⁶ Art. 809 Abs. 4 OR.

⁵⁷ MÜLLER (FN 5), 180 ff. und 186 f.

3.3.2.2. Die Gesellschafterversammlung?

Das Bundesgericht geht in BGE 125 III 78 ff. davon aus, dass bei einer wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und dem einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft kein Subordinationsverhältnis vorliegt⁵⁸. Spielt dabei die Anzahl der Verwaltungsräte eine Rolle oder kann auch der alleinige tätige Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft in einem Unterordnungsverhältnis zur juristischen Person stehen?

ROLAND MÜLLER vertritt die Auffassung, dass ein einziger Verwaltungsrat grundsätzlich nicht in einem Subordinationsverhältnis stehen kann, weil er dann sich selbst unterstellt wäre⁵⁹. Insofern scheint er ein Subordinationsverhältnis gegenüber der Generalversammlung per se auszuschliessen. Davon ausgenommen sind allerdings Konzernverhältnisse: In der Tochtergesellschaft kann das Weisungsrecht des Verwaltungsrates in gewissem Umfang an die Muttergesellschaft delegiert werden, womit ein einziger Verwaltungsrat in einem Subordinationsverhältnis zur Muttergesellschaft steht⁶⁰. Ein Subordinationsverhältnis im Falle einer organunabhängigen Tätigkeit scheint MÜLLER auszuschliessen, wenn dieselbe Person als einziger Verwaltungsrat tätig ist⁶¹.

Überträgt man diese Überlegungen auf den einzigen Geschäftsführer einer GmbH, resultieren im Prinzip folgende Erkenntnisse: Der alleinige Geschäftsführer einer GmbH steht grundsätzlich in keinem Subordinationsverhältnis und kann somit nicht Arbeitnehmer sein. Davon ausgenommen sind Konzernverhältnisse, in welchen er als einziger Geschäftsführer einer Tochter-GmbH den Weisungen der Muttergesellschaft untersteht. Zu beachten sind nun allerdings die Spezialitäten des GmbH-Rechts, weshalb Lehre und Rechtsprechung zum Aktienrecht nicht unbesehen übernommen werden können. Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat unentziehbare und undelegierbare Kompetenzen gemäss Art. 716a OR. Eine Delegation dieser Aufgaben an die Generalversammlung ist per se ausgeschlossen⁶². Dem ist bei der GmbH jedoch nicht so: Auch dort findet sich ein ähnlicher Aufgabenkatalog, welcher jedoch nur «(...) unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen (...)» unübertragbar und unentziehbar ist⁶³. Der nachfolgenden Gesetzesbestimmung folgend können die Statuten der Gesellschaft vorsehen, dass bestimmte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorgelegt werden können oder gar müssen⁶⁴. Kommt hin-

zu, dass das GmbH-Recht diverse einzelne Bestimmungen kennt, gemäss welchen sich die Gesellschafterversammlung direkt in Angelegenheiten einmischen kann, welche bei der Aktiengesellschaft in die alleinige Kompetenz des Verwaltungsrates fallen⁶⁵. Im Unterschied zum Aktienrecht besteht somit bei der GmbH die Möglichkeit, mittels entsprechender Ausarbeitung der Statuten die Geschäftsführung in allen Belangen der Entscheidungsgewalt der Gesellschafterversammlung zu unterstellen, womit für die Geschäftsführung ein Subordinationsverhältnis geschaffen wird, ähnlich dem Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft, welcher dem Verwaltungsrat unterstellt ist. Ob ein Subordinationsverhältnis vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen und hängt vom Ausmass der an die Gesellschafterversammlung delegierten Entscheidungskompetenz ab. Zu einem Subordinationsverhältnis wird es allerdings wohl nur dann kommen, wenn vom Recht nach Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR Gebrauch gemacht wird, wonach der Gesellschafterversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorgelegt werden *müssen*.

3.3.3. Zusammenfassung

Zu Fragen des Subordinationsverhältnisses bei einem Geschäftsführer einer GmbH kann weitestgehend auf die Erkenntnisse des Aktienrechts zurückgegriffen werden. Zu differenzieren ist einzig im Hinblick auf die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung einer GmbH, welche – im Unterschied zum Aktienrecht – sich mittels einer statutarischer Regelung auch die Beschlussfassung im Bereich der unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben nach Art. 810 Abs. 2 OR vorbehalten kann⁶⁶.

Da es an einem Subordinationsverhältnis fehlt, kann ein (faktisches) Arbeitsverhältnis ausgeschlossen werden:

- a) beim einzigen Geschäftsführer einer Einmann-GmbH (einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist dieselbe Person)⁶⁷;
- b) vermutlich⁶⁸ beim einzigen Geschäftsführer einer GmbH, dessen Aufgaben und Kompetenzen weder durch die Sta-

⁵⁸ Pra 88 (1999) Nr. 91 E. 4 (= BGE 4C.455/1997 = BGE 125 III 78 ff.). Vgl. dazu auch MÜLLER (FN 5), 195 f.

⁵⁹ Vgl. MÜLLER (FN 5), 186 f. mit entsprechender Kritik in FN 123 zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 102 V 59 ff.) sowie ausführlich auf S. 195 und 199.

⁶⁰ MÜLLER (FN 5), 186 und 199.

⁶¹ MÜLLER (FN 5), 196.

⁶² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), Rz. 412.

⁶³ Vgl. Art. 810 Abs. 2 erster Halbsatz.

⁶⁴ Art. 811 Abs. 1 OR. Zum aktuellen Zeitpunkt ist noch nicht geklärt, ob der unentziehbare und undelegierbare Aufgabenkatalog nach Art. 810 Abs. 2 OR an die Gesellschafterversammlung

delegiert werden darf, oder Art. 811 Abs. 1 OR nur diejenigen Entscheide betrifft, die *nicht* unter Art. 810 Abs. 2 OR fallen. Für vollumfängliche Kompetenz: Botschaft (FN 34), 3212 f.; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 7), Art. 811 N 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), § 8 N 110; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 530–1186, 3. A., Basel 2008, Art. 811 N 7; dagegen: HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 28), § 14 N 9.

⁶⁵ Vgl. bspw. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6, 8, 9, 10 etc.; Art. 804 Abs. 3; Art. 812 Abs. 3 OR.

⁶⁶ Art. 811 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

⁶⁷ Analog Pra 88 (1999) Nr. 91 E. 4 (= BGE 4C.455/1997 = BGE 125 III 78 ff.).

⁶⁸ Vgl. MÜLLER (FN 5), 196.

tuten⁶⁹ noch durch anderweitige Verträge oder Weisungen eingeschränkt sind⁷⁰;

- c) bei einem Direktor, welcher als einzige geschäftsführende Person einer GmbH durch die Gesellschafterversammlung gewählt ist⁷¹.

Demgegenüber kann ein Subordinationsverhältnis und entsprechend ein (faktisches) Arbeitsverhältnis vorliegen bei der Tätigkeit:

- a) eines Direktors, welcher durch die Geschäftsführung gewählt und dieser unterstellt ist⁷²;
- b) eines Geschäftsführers oder Direktors einer GmbH mit mehreren Geschäftsführern, womit die Beschlüsse mittels Abstimmungen gefasst werden und ersterer der Geschäftsführung als Gremium untersteht⁷³;
- c) eines einzigen Geschäftsführers oder Direktors, dessen Aufgaben und Kompetenzen nach Art. 810 OR statutarisch an die Gesellschafterversammlung delegiert wurden⁷⁴;
- d) eines einzigen Geschäftsführers oder Direktors, welcher im Rahmen eines Konzernverhältnisses die Weisungen seiner Vorgesetzten oder der Muttergesellschaft zu befolgen hat.

3.4. Leistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit

Der Geschäftsführer einer GmbH kann entweder aufgrund seines Status als Gesellschafter als solcher bestimmt⁷⁵ oder aber mittels statutarischer Bestimmung dazu befugt sein⁷⁶. In beiden Fällen ist dieses Amt im Grundsatz unkündbar und die Beendigung bedingt entweder eine Übertragung des Stammanteils auf einen Dritten oder die Klage beim zuständigen Gericht⁷⁷.

Als Problem offen bleibt in diesem Zusammenhang die Frage, wie es sich verhält, wenn sich ein (geschäftsführender) Arbeitnehmer auf Art. 320 Abs. 3 OR beruft, seine Ansprüche aus faktischem Arbeitsverhältnis geltend macht und die Arbeitgeberin sich nun dieser Situation bewusst wird. Im Normalfall fällt ab diesem Zeitpunkt infolge Vertragsanfechtung das faktische Vertragsverhältnis ex nunc dahin⁷⁸. Genau dies ist beim Gesellschafter einer GmbH, welcher ex lege

Geschäftsführungskompetenz hat, nicht möglich, da seine Absetzung als Geschäftsführer nur via Statutenrevision⁷⁹, Absetzung durch das Gericht⁸⁰ oder Klage auf Ausschluss⁸¹ möglich ist. Mit anderen Worten: Sofern der durch seine Eigenschaft als Gesellschafter legitimierte Geschäftsführer seine Tätigkeit fortsetzt, dauert das faktische Vertragsverhältnis – im Prinzip – weiter an⁸². Zudem verschärft sich dieses Problem dahingehend, als, wie bereits erwähnt⁸³, die Geschäftsführung nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht ist. Mit anderen Worten: Lässt sich ein faktisches Arbeitsverhältnis durch die Arbeitgeberin ex nunc beenden, wenn sich der Geschäftsführer darauf beruft, aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter zum Geschäftsführer berufen und damit verpflichtet zu sein, die Geschäfte effektiv führen zu müssen?

Wird der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung gewählt, gilt dieses Amt üblicherweise für eine bestimmte Dauer. Im Unterschied zum Verwaltungsrat⁸⁴ sieht das Gesetz bei der GmbH keine (dispositive) Amtsdauer vor⁸⁵.

Die Amtsperiode eines Geschäftsführers oder die effektive Dauer seiner Tätigkeit ist im Übrigen jedoch kein Abgrenzungsmerkmal, welches über Bestehen oder Nichtbestehen eines (faktischen) Arbeitsverhältnisses entscheiden könnte. Sowohl die gesellschaftsrechtliche als auch arbeitsvertragliche Tätigkeit eines Geschäftsführers haben den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses⁸⁶.

3.5. Entgeltlichkeit

Das letzte begriffsnotwendige Element eines Arbeitsvertrages ist dessen Entgeltlichkeit. «Aus der Definition ergibt sich, dass unentgeltliche Einsätze (...) keinen Arbeitsvertrag bewirken können (...). Unentgeltlichkeit in diesem Sinn liegt auch vor, wenn bloss die Spesen ersetzt werden, nicht jedoch Lohn bezahlt wird (...)»⁸⁷. Wurde ein Entgelt (stillschweigend oder ausdrücklich) vereinbart, ohne dass dessen Höhe geklärt wäre, hat der Arbeitgeber den «üblichen» Lohn zu bezahlen⁸⁸. Wurde jedoch (ausdrücklich) auf die Ausrichtung eines Entgeltes als Gegenleistung für die erbrachte Ar-

⁶⁹ Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁷⁰ Konzernverhältnisse.

⁷¹ Art. 804 Abs. 3 OR; Diese Situation entspricht – funktional – derjenigen gemäss lit. a (einziger Geschäftsführer einer GmbH).

⁷² Art. 804 Abs. 3 letzter Satz OR.

⁷³ Art. 809 Abs. 4 OR.

⁷⁴ Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁷⁵ Art. 809 OR. Vgl. vorne, Modell Nr. 1.

⁷⁶ Vgl. vorne, Modell Nr. 2.

⁷⁷ Art. 815 Abs. 2 OR.

⁷⁸ GEISER/MÜLLER (FN 36), Rz. 295.

⁷⁹ Botschaft, 3216 f; BGE 81 II 545 f.

⁸⁰ Art. 815 Abs. 2 OR.

⁸¹ Art. 823 OR.

⁸² Womöglich könnte ihm dann jedoch ein missbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, womit er endgültig nicht mehr gutgläubig wäre.

⁸³ Vgl. vorne FN 28.

⁸⁴ Art. 710 OR.

⁸⁵ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 2 OR; Art. 809 OR.

⁸⁶ Interessant zu klären wäre wohl auch die Frage, ob ein allfälliges faktisches Arbeitsverhältnis mit Ende der Amtsperiode des Geschäftsführers automatisch endet, wenn der Geschäftsführer nicht wiedergewählt wird.

⁸⁷ STREIFF/VON KAENEL (FN 36), Art. 319 N 2.

⁸⁸ Art. 322 Abs. 1 OR.

beitsleistung verzichtet, fehlt es an einem begriffsnotwendigen Merkmal des Arbeitsvertrages. Immerhin ist dabei auf Art. 320 Abs. 2 OR hinzuweisen, wonach ein Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen gilt, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegen nimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.

Im Zusammenhang mit der Geschäftsführung einer GmbH ist zur Thematik der (zwingenden) Entgeltlichkeit eines Arbeitsvertrages auf folgenden Aspekt hinzuweisen: Über die Festsetzung der Entschädigung eines Geschäftsführers entscheidet zwingend die Gesellschafterversammlung⁸⁹. Die Gesellschafterversammlung hat also die unübertragbare Befugnis, über die Entgeltlichkeit der Tätigkeit eines Geschäftsführers zu entscheiden. Dies ist vor allem dort interessant, wo ein Gesellschafter von Gesetzes wegen und zusammen mit den übrigen Gesellschaftern als Geschäftsführer tätig ist und aufgrund seiner Weisungsgebundenheit gegenüber der Geschäftsführung insgesamt das für ein Arbeitsverhältnis notwendige Subordinationsverhältnis vorliegt. Nach Ansicht von SIFFERT/FISCHER/PETRIN⁹⁰ betrifft die Kompetenz gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR sämtliche Leistungen der Gesellschaft an die Geschäftsführer, die Lohn- oder Honorarcharakter haben⁹¹. Wenn nun die Festsetzung dieser Entschädigung eine unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung darstellt, kann diese in ihrem Beschluss auch auf die Zusprechung einer Entschädigung überhaupt verzichten. Entsprechend wird das Entgelt für die Tätigkeit eines Geschäftsführers zwingend durch die Gesellschafterversammlung bestimmt, weshalb die Geschäftsführertätigkeit keine Arbeit sein kann, die «(...) nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.»⁹² Wenn die Entlohnung zwingend durch die Gesellschafterversammlung bestimmt wird, richtet sich die Frage der Entgeltlichkeit nach deren Beschluss und nicht nach den «Umständen» im Sinne von Art. 320 Abs. 3 OR. Dies hätte aber zur Folge, dass auch bei Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses kein (faktisches) Arbeitsverhältnis vorliegen kann, weil es der Gesellschafterversammlung zusteht, (willkürlich) über das Vorliegen des begriffsnotwendigen Merkmals der Entschädigung zu entscheiden.

Ob dieser Meinung gefolgt werden kann oder sich die Kompetenz der Gesellschafterversammlung nach Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR auf die Frage einer Entschädigung für die gesellschaftsrechtliche Tätigkeit des Geschäftsführers beschränkt, wäre zu prüfen. In letzterem Fall führte dies – ana-

log dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft – zu einem kumulativen Anspruch von (arbeitsrechtlichem) Lohn und (gesellschaftsrechtlichem) Honorar⁹³. Im Unterschied zum Aktienrecht befindet aber bei der GmbH nicht die Geschäftsführung selbst über die Höhe des (eigenen) Honorars, sondern die Gesellschafterversammlung als übergeordnetes Organ⁹⁴, was meines Erachtens die Frage aufwirft, ob sich eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Lösung rechtfertigt.

4. Bemerkungen zur Doppelstellung als Organ und Arbeitnehmer

4.1. Parallele Gültigkeit von Arbeits- und Gesellschaftsrecht

Gelangt man zum Schluss, dass der Geschäftsführer einer GmbH sowohl als Organ als auch Arbeitnehmer tätig ist, stellt sich die Frage, wie diese Doppelstellung zu handhaben ist. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist bei der Aktiengesellschaft von einem arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis auszugehen⁹⁵. «Zum einen handelt es sich um eine vom Gesellschaftsrecht beherrschte Organstellung, zum andern um eine vertragliche Bindung. Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen (...)»⁹⁶. Meines Erachtens gelten diese Schlussfolgerungen auch für den Geschäftsführer einer GmbH, wenn man aufgrund der konkreten Umstände zum Schluss gelangt, dass nicht nur von einem gesellschaftsrechtlichen, sondern auch von einem arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen ist. Welche Pflichten eines Geschäftsführers finden sich sowohl im Arbeits- als auch Gesellschaftsrecht?

4.2. Sorgfalts- und Treuepflicht

Die Sorgfalts- und Treuepflicht findet sich sowohl im Arbeits- als auch Gesellschaftsrecht⁹⁷. Nach Ansicht des Bundesgerichts geht die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht eines Organs weiter als diejenige eines Arbeitnehmers: Während in Zweifelsfällen im Bereich des Arbeitsvertragsrechts die persönlichen Interessen des Arbeitnehmers mit denjeni-

⁸⁹ Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

⁹⁰ Vgl. dort, Art. 804 N 12.

⁹¹ Gleicher Meinung: OR-DANIEL PATRICK TRUFFER/DIETER DUBS, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 530–1186, 3. A., Basel 2008, Art. 804 N 27, m.w.V.

⁹² Art. 320 Abs. 2 OR; Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Gesellschafterversammlung *im Voraus* entscheidet, dass die Geschäftsführertätigkeit unentgeltlich zu leisten ist.

⁹³ Vgl. MÜLLER (FN 5), 268 ff. und 331.

⁹⁴ TRUFFER/DUBS (FN 91), Art. 804 N 27.

⁹⁵ BGE 130 III 216 E. 2.1, m. V. a. BGE 128 III 129 E. 1a; BGE 121 I 259 E. 3a S. 262; BGE 107 II 430 E. 1 S. 432; BGE 95 I 21 E. 5b S. 25; Urteil 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, E. 2a, Pra 89/2000 Nr. 50 S. 285 ff.; WERNLI (FN 46), N 25 zu Art. 707 OR; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 46), 57.

⁹⁶ BGE 130 III 216 f., m. w. V.

⁹⁷ Arbeitsvertrag: Art. 321a OR; GmbH: Art. 812 Abs. 1 OR.

gen des Arbeitgebers abzuwägen sind⁹⁸, stellte das Bundesgericht im erwähnten Entscheid fest, dass im Aktienrecht strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn das Organ die Interessen der Gesellschaft verletzt⁹⁹.

4.3. Konkurrenzverbot

Ebenfalls in beiden Rechtsgebieten finden sich Vorschriften zum Konkurrenzverbot. Während das GmbH-Recht dieses für Geschäftsführer in einer einzigen Bestimmung abhandelt¹⁰⁰, finden sich dazu im Arbeitsvertragsrecht diverse Vorschriften zum vertraglichen¹⁰¹ und nachvertraglichen¹⁰² Konkurrenzverbot. Im Bereich des Aktienrechts können nach Ansicht von MÜLLER¹⁰³ strengere und länger dauernde (nachvertragliche) Konkurrenzverbote vereinbart werden, welche auch dann nicht dahinfallen, wenn die Generalversammlung den betreffenden Verwaltungsrat ohne triftige Gründe abwählt¹⁰⁴.

4.4. Geheimhaltungspflicht

Die arbeitsvertragliche Geheimhaltungspflicht findet sich in Art. 321a Abs. 4 OR. Demgegenüber findet sich bei der GmbH keine ausdrückliche Bestimmung für den Geschäftsführer. Die gesellschaftsrechtliche Geheimhaltungspflicht ergibt sich zum einen aus seinem Status als Gesellschafter¹⁰⁵ und zum anderen gilt die Geheimhaltungspflicht als Teilaspekt der Treuepflicht des Geschäftsführers¹⁰⁶.

4.5. Haftung des Geschäftsführers

Als weitere Pflicht zu erwähnen bleibt schliesslich die Haftung des Geschäftsführers für sein Verhalten. Während er als Arbeitnehmer nur für den persönlich verursachten Schaden aus fahrlässigem oder absichtlichem Handeln haftet¹⁰⁷, verweist das Verantwortlichkeitsrecht der GmbH auf die aktienrechtlichen Vorschriften¹⁰⁸. Die gesellschaftsrechtliche Haftung geht bedeutend weiter, zumal jene eine solidarische Haftung sämtlicher Organe vorsieht¹⁰⁹. Aufgrund des Verweises auf die aktienrechtlichen Vorschriften¹¹⁰ dürften die

diesbezüglichen Ausführungen von MÜLLER¹¹¹ zur Haftung des Verwaltungsrates auch für die Geschäftsführung der GmbH anwendbar sein.

5. Schlussbemerkungen

Wie bei der Aktiengesellschaft ist auch im GmbH-Recht die Frage einer allfälligen Doppelstellung des Geschäftsführers als Organ und Arbeitnehmer von grundlegender Bedeutung. Dabei können nach der vorliegend vertretenen Auffassung zwar diverse Grundsätze und Rechtsfolgen aus dem Aktienrecht übernommen werden. Aufgrund des personalistisch ausgestalteten GmbH-Rechts treten jedoch diverse Fragen auf, welche mit dem Aktienrecht aus systemischen Gründen nicht vergleichbar sind. Zu nennen ist etwa der im Gesetz vorgesehenen «automatische» Status eines Gesellschafters als Geschäftsführer oder die unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung zur Festlegung der Entschädigung der Geschäftsführung. In solchen Fällen darf bei Rechtsfragen zum Doppelverhältnis eines Geschäftsführers als Arbeitnehmer und/oder Organ der Gesellschaft nicht unbesehen auf das Aktienrecht abgestellt werden. Vielmehr sind eigene Lösungen zu entwickeln, die den Besonderheiten dieser Gesellschaftsform Rechnung tragen.

¹¹¹ MÜLLER (FN 5), 331 ff.

⁹⁸ Vgl. STREIFF/VON KAENEL (FN 36), Art. 321a N 5.

⁹⁹ BGE 130 III 219.

¹⁰⁰ Art. 812 Abs. 3 OR.

¹⁰¹ Art. 321a Abs. 3 OR.

¹⁰² Art. 340 ff. OR.

¹⁰³ MÜLLER (FN 5), 281 ff.; gl. M. HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 28), § 14 N 43.

¹⁰⁴ Vgl. demgegenüber im Arbeitsrecht: Art. 340c Abs. 2 OR.

¹⁰⁵ Art. 803 Abs. 1 OR.

¹⁰⁶ WÄTTER/ROTH PELLANDA (FN 64), Art. 812 N 7.

¹⁰⁷ Art. 321e Abs. 1 OR.

¹⁰⁸ Art. 827 i.V.m. Art. 754 ff. OR.

¹⁰⁹ Art. 759 OR.

¹¹⁰ Vgl. Art. 827 OR.

L'auteur étudie la combinaison entre droit du travail et droit des sociétés dans le domaine de la direction d'entreprise. La première partie expose les différentes formes possibles de direction d'une Sàrl. Elle met en évidence la grande flexibilité du droit de la Sàrl. Dans la deuxième partie, l'auteur se penche sur la question de savoir quand la direction doit, en droit du travail, être qualifiée de contrat de travail (de fait) et met en avant quelques particularités spécifiques au droit des contrats. La troisième partie traite de la double casquette du directeur d'une Sàrl, qui est à la fois organe et employé. Bien que l'on puisse établir pour différents aspects un parallélisme avec le conseil d'administration de la société anonyme, diverses questions restent ouvertes : par la large liberté de forme qu'il prévoit, le droit de la Sàrl permet différents modèles de direction qui n'existent pas en droit des sociétés anonymes et doivent probablement être examinés différemment.

(trad. LT LAWTANK, Berne)