

# NEWSLETTER

## AUGUST 2019

Autor: Dr. Mauro Loosli



Rechtsprechung zum Arbeitsrecht

## Qualifikation von Verträgen zwischen Gesellschaft und CEO mit Gesellschafterstellung

Zwischen einer Gesellschaft und einem CEO, welcher eine massgebliche Beteiligung an der Gesellschaft hält, kann nur dann ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden, wenn ein Subordinationsverhältnis besteht.

In einem Entscheid vom 11. April 2019 (4A\_500/2018) hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Vereinbarung zwischen einer juristischen Person und ihrem CEO (*Chief Executive Officer*) als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann, wenn dieser (massgeblich) an der Gesellschaft beteiligt ist, ohne diese aber wirtschaftlich zu beherrschen.

Im vorliegenden Fall war der Kläger von 2010 bis 2013 in einer von ihm mitgegründeten Gesellschaft als CEO tätig und hielt während dieser Zeit zunächst 50% und später 40% des Aktienkapitals. Im Rahmen einer im April 2013 erfolgten Reorganisation wurde seine Beteiligung auf 1,38% reduziert und eine bestehende Aktiönärsvereinbarung aufgehoben. Unbestritten war dabei, dass die Parteien ab diesem Zeitpunkt an einen Arbeitsvertrag gebunden waren. Nachdem dieser per 30. Juni 2014 von der Gesellschaft gekündigt wurde, machte der Kläger diverse Forderungen geltend, unter anderem auch für Lohn bzw. nicht bezogene Ferien für den Zeitraum von Oktober 2010 bis April 2013.

Im kantonalen Gerichtsverfahren bejahte das Arbeitsgericht für den fraglichen Zeitraum zunächst das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und sprach dem Kläger Forderungen für Lohn und nicht bezogene Ferien zu. Hingegen verneinte das zweitinstanzliche kantonale Gericht für die Periode zwischen Oktober 2010 und April 2013 mangels Subordinationsverhältnis das Vorliegen

eines Arbeitsvertrages und wies die entsprechenden Forderungen des Klägers ab. Dagegen erhob der Kläger Beschwerde an das Bundesgericht.

Bei der Beurteilung der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien führte das Bundesgericht zunächst aus, dass die rechtliche Qualifikation eines Vertrages eine Rechtsfrage sei, welche vom Gericht frei und unabhängig von formalen Kriterien vorgenommen werde. Kriterien wie die Bezeichnung des Vertrages, entsprechende Erklärungen der Parteien oder die Vornahme sozialversicherungsrechtlicher Abzüge seien somit nicht massgeblich. Vielmehr sei dabei die Art und Weise, wie die Tätigkeit effektiv ausgeübt werde, entscheidend, d.h. der Grad der Freiheit bei der Arbeitsorganisation, das Bestehen oder Nichtbestehen einer Pflicht, Bericht zu erstatten bzw. Weisungen zu befolgen oder die Tragung eines wirtschaftlichen Risikos.

Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages charakteristische Elemente seien: Arbeitsleistung, Unterordnungsverhältnis, Dauer sowie Entgelt. Somit unterscheide sich ein Arbeitsvertrag von anderen Dienstleistungsverträgen wie namentlich dem Auftrag vor allem durch das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses. Dadurch werde der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher – und in einem gewissen Sinne auch in wirtschaftlicher – Hinsicht in eine Abhängigkeit

des Arbeitgebers gestellt, unterliege der Aufsicht und den Weisungen des Arbeitgebers und sei in dessen Arbeitsorganisation eingebunden. Mit Bezug auf Verträge zwischen einer juristischen Person und ihren Organen stellte das Bundesgericht die Tendenz fest, Verträge mit einem Direktor als Arbeitsvertrag, hingegen solche mit einem Verwaltungsrat als Auftrag oder Vertrag *sui generis* zu qualifizieren. Entscheidend sei dabei, ob ein Subordinationsverhältnis vorliege und der Betroffene den Weisungen und Instruktionen z.B. des Verwaltungsrates unterliege. Definitionsgemäss könne dabei kein Subordinationsverhältnis vorliegen, wenn zwischen der juristischen Person und dem Leitungsorgan wirtschaftliche Identität bestehe, weshalb zwischen einer Aktiengesellschaft und ihrem alleinigen Aktionär und Verwaltungsrat kein Arbeitsvertrag vorliegen könne. Ob eine Tätigkeit abhängig oder unabhängig ausgeübt werde, beurteile sich dabei aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall.

Bei der konkreten Prüfung berücksichtigte das Bundesgericht, dass der Kläger zunächst als Co-Verwaltungsrat und 50% Gesellschafter an den Entscheidungen über seine Ernennung zum CEO und die Festlegung seiner Vergütung beteiligt war und er aufgrund seines Status sowie gemäss der damaligen Aktionärsvereinbarung bis im April 2013 nicht ohne seine Zustimmung entlassen werden konnte. Ferner konnte er seine Arbeitszeit, Ferien und Geschäftsreisen frei gestalten und war auch nicht verpflichtet, seine Tätigkeit an einem bestimmten Ort auszuüben. Nicht erwiesen war auch,

dass er seine Aufgaben aufgrund von Weisungen der Gesellschaft bzw. des Mitaktionärs ausgeübt hatte, wobei auch seine Verpflichtung, Rechenschaft abzulegen und seine Geschäftsführung durch den Mitaktionär bestätigen zu lassen, keine hierarchische Unterordnung bewies. Nicht bestritten war dabei, dass es für den Mitgründer, Co-Verwaltungsrat und Aktionär legitim war, eine gewisse Kontrolle über den Geschäftsgang der Gesellschaft haben zu wollen. Deshalb hielt das Bundesgericht fest, dass trotz einer gewissen Überwachung nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Kläger wie ein Arbeitnehmer Weisungen unterlegen habe.

Schliesslich wurde auch das (sekundäre) Kriterium, dass der Kläger in einer gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit stand, als nicht genügend erachtet, um ein Unterordnungsverhältnis anzunehmen. Und gemäss ständiger Rechtsprechung konnten auch formelle Kriterien wie die Auszahlung eines Fixsalärs, die Erstellung von Gehaltsabrechnungen und die Vornahme von Sozialversicherungsabzügen für die Qualifikation der Vertragsbeziehung nicht entscheidend sein.

Aufgrund dieser Überlegungen bestätigte das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz, welche mangels Subordinationsverhältnis das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint und die Klage mit Bezug auf die für den Zeitraum Oktober 2010 bis April 2013 geltend gemachten Forderungen auf Lohnzahlung und Ferienentschädigung abgewiesen hatte.

## KOMMENTAR

Das vorliegende Bundesgerichtsurteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung, dass für die Qualifikation eines Vertrages zwischen einem Organ bzw. Gesellschafter und der Gesellschaft das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses massgebend ist, wobei es präzisiert, dass ein solches nicht nur bei wirtschaftlicher Identität zwischen der juristischen Person und dem Leitungsorgan fehlt, sondern bereits wenn aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Umstände kein Unterordnungsverhältnis besteht.

Auf jeden Fall nicht entscheidend sind formelle Aspekte, welche auf einen Arbeitsvertrag hinweisen würden, wie die Auszahlung eines Fixsalärs bzw. die Erstellung von Gehaltsabrechnungen oder Sozialversicherungsabzügen.

Zu beachten ist dabei insbesondere, dass die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation als selbständig oder unselbständig Erwerbender nichts über die privatrechtliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses aussagt und jeweils separat zu beurteilen ist.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



**Dr. Mauro Loosli**

Partner

[mauro.loosli@suterhowald.ch](mailto:mauro.loosli@suterhowald.ch)



**Dr. André Bloch**

Partner

[andre.bloch@suterhowald.ch](mailto:andre.bloch@suterhowald.ch)



**Sonja Stark-Traber, LL.M.**

Partnerin

[sonja.stark@suterhowald.ch](mailto:sonja.stark@suterhowald.ch)

---

**Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law**

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

[www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)