

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

Unterlagen zum Referat der Weiterbildungsveranstaltung des  
Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis  
**St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht**  
**Donnerstag, 28. Oktober 2010, Grand Casino Luzern**  
**(bereinigte Fassung)**

**Dr. iur. Christoph Senti**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro  
Frei Steger Senti  
Kriessernstr. 40  
9450 Altstätten  
www.9450.ch

FAA-HSG  
Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht  
Guisanstr. 92  
9010 St. Gallen  
www.faa.unisg.ch

## **Inhaltsverzeichnis**

1	Vorbemerkungen.....	2
2	Die Geschäftsführung des GmbH-Rechts.....	2
2.1	Die verschiedenen Modelle der Geschäftsführung .....	2
2.1.1	Alle Gesellschafter als Geschäftsführer.....	2
2.1.2	Festlegung durch die Statuten.....	3
2.1.3	Wahl durch die Gesellschafterversammlung .....	3
2.1.4	Einsetzung durch (gewählte) Geschäftsführer .....	4
2.2	Vorsitzender der Geschäftsführung.....	4
2.3	Zur Person des Geschäftsführers oder Direktors.....	4
2.4	Beschlussfassung und Organisation der Geschäftsführung .....	5
2.5	Zusammenfassung .....	5
3	Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer.....	6
3.1	Vertragsvereinbarung .....	6
3.2	Anbieten einer Arbeitsleistung.....	7
3.3	Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.....	7
3.3.1	Kein Subordinationsverhältnis bei Einmann-Gesellschaften.....	7
3.3.2	Subordinationsverhältnis gegenüber wem? .....	8
3.3.2.1	Die Geschäftsführung (in corpore).....	9
3.3.2.2	Die Gesellschafterversammlung? .....	9
3.3.3	Zusammenfassung .....	10
3.4	Leistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit .....	11
3.5	Entgeltlichkeit.....	12
4	Bemerkungen zur Doppelstellung als Organ und Arbeitnehmer .....	13
4.1	Parallele Gültigkeit von Arbeits- und Gesellschaftsrecht .....	13
4.2	Sorgfalts- und Treuepflicht .....	14
4.3	Konkurrenzverbot .....	14
4.4	Geheimhaltungspflicht.....	15
4.5	Haftung des Geschäftsführers.....	15
5	Schlussbemerkungen.....	15

## 1 Vorbemerkungen

Seit der Einführung des neuen Rechts per 1. Januar 2008 erfreut sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie erwartet grosser Beliebtheit<sup>1</sup>. Als personenbezogene Kapitalgesellschaft<sup>2</sup> bietet sich die Gesellschaftsform insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen an. Nach dem Grundsatz „same business, same rules“<sup>3</sup> wurden im GmbH-Recht diverse Regelungen des Aktienrechts übernommen<sup>4</sup>. 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.

## 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 wäre<sup>5</sup>.

#### 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 ausüben<sup>6</sup>. Jeder Gesellschafter wird mit seinem Status als Gesellschafter also auch gleichzeitig zum Geschäftsführer der Gesellschaft.

Ist jeder Stammanteilhaber 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

---

<sup>1</sup> 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\\_1.448\\_3671.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/zahl_der_eingetragenen_firmen_auf_hoehchststand_1.448_3671.html)).

<sup>2</sup> Art. 772 Abs. 1 OR.

<sup>3</sup> Peter Forstmoser in: Boeckli/Forstmoser, Das neue schweizerische GmbH-Recht - Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter, S. 50.

<sup>4</sup> Vgl. bspw. Art. 805 Abs. 5 OR oder Art. 777c Abs. 2 OR.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Müller, S. 171 f., mit weiteren Verweisen; Mayer-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 30 f.

<sup>6</sup> Art. 809 Abs. 1 OR.

Beendigung dieser Funktion hat entweder durch Übertragung des Stammanteils, auf dem Weg einer statutarischen Neuregelung<sup>7</sup>, Klage auf Absetzung als Geschäftsführer<sup>8</sup> oder gar Klage auf Austritt<sup>9</sup> oder Ausschluss<sup>10</sup> als Gesellschafter zu erfolgen. Ebenso endet die Funktion als Geschäftsführer mit der Liquidation der Gesellschaft<sup>11</sup>.

### 2.1.2 Festlegung durch die Statuten

Wie bereits nach altem GmbH-Recht<sup>12</sup> kann die Geschäftsführung via Statuten auf einen oder mehrere Gesellschafter übertragen werden<sup>13</sup>. In diesem Fall wird die betreffende Person mit in Kraft treten 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, eine Klage auf Absetzung des Geschäftsführers, Austritt oder Ausschluss als Gesellschafter einzureichen<sup>14</sup> oder die Gesellschaft zu liquidieren<sup>15</sup>.

### 2.1.3 Wahl durch die Gesellschafterversammlung

Die Statuten können die Ernennung und Abberufung der Geschäftsführer in Form von Wahlen der Gesellschafterversammlung vorsehen<sup>16</sup>. Dabei kommen sowohl Gesellschafter als auch unbeteiligte Drittpersonen als Geschäftsführer in Frage, in letzterem Fall spricht das Gesetz von Direktoren<sup>17</sup>.

Von der Gesellschafterversammlung gewählte Geschäftsführer oder Direktoren können von dieser jederzeit abberufen werden<sup>18</sup>. 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 widerruft<sup>19</sup>. Geschäftsführern oder Direktoren steht es ihrerseits offen, ihr Amt jederzeit und unverzüglich niederzulegen<sup>20</sup>. Ob die Klage eines Gesellschafters auf Entzug oder Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis offen steht, ist fraglich<sup>21</sup>, 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 Übertra-

---

7 Siffert/Fischer/Petrin, Art. 815 N 3.

8 Art. 815 Abs. 2 OR.

9 Art. 822 OR.

10 Art. 823 OR.

11 Art. 821 f. OR.

12 Vgl. aArt. 811 Abs. 2 OR.

13 Siffert/Fischer/Petrin, Art. 809 N 2 OR.

14 Vgl. oben, Ziff. 2.1.1.

15 Art. 821 f. OR.

16 Art. 804 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

17 Art. 804 Abs. 4 OR.

18 Art. 815 Abs. 1 OR.

19 Art. 815 Abs. 4 f. OR.

20 OR-Watter, Art. 815 N 8.

21 Art. 815 Abs. 2 OR.

gung des Stammanteils oder erfolgreicher Klage auf Ausschluss, Austritt oder Liquidation enden<sup>22</sup>.

#### **2.1.4 Einsetzung durch (gewählte) Geschäftsführer**

Schliesslich lässt es die gesetzliche Regelung auch zu, dass Direktoren durch Geschäftsführer bestellt und abberufen werden<sup>23</sup>. Dies führt im Prinzip zu einem zweistufigen Geschäftsmodell 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 unterscheidet<sup>24</sup>.

### **2.2 Vorsitzender der Geschäftsführung**

Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer, ist ein Vorsitzender zu bestimmen<sup>25</sup>. Das Gesetz sieht vor, dass dieser durch die Gesellschafterversammlung zu wählen ist<sup>26</sup>, was aber nicht zu deren unübertragbaren Aufgaben gehört<sup>27</sup> und deshalb auch an die Geschäftsführer delegiert werden kann<sup>28</sup>.

### **2.3 Zur Person des Geschäftsführers oder Direktors**

Als Geschäftsführer kommen nur natürliche Personen in Frage<sup>29</sup>, 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 ist<sup>30</sup>.

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 werden<sup>31</sup>. 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 anlehnt<sup>32</sup>. 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 vorse-

---

22 Art. 821 ff. OR.

23 Art. 804 Abs. 3 OR.

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

25 Art. 809 Abs. 3 OR.

26 Art. 809 Abs. 3 OR.

27 Art. 804 Abs. 2 OR.

28 Siffert/Fischer/Petrin, Art. 809 N 7.

29 Art. 809 Abs. 2 OR.

30 Siffert/Fischer/Petrin, Art. 810 N 2, m. V. a. Handschin/Truniger, § 13 N 149.

31 Art. 810 Abs. 1 OR.

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

hen können, dass die Geschäftsführer bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung vorlegen müssen oder vorlegen können<sup>33</sup>.

## 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 Gremium<sup>34</sup>. Beschlüsse werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, bei Stimmengleichheit mit Stichentscheid des Vorsitzenden<sup>35</sup>. Im Aussenverhältnis hingegen ist, gemäss dispositiver Regelung, jeder Geschäftsführer zur (alleinigen) Vertretung der Gesellschaft befugt<sup>36</sup>.

## 2.5 Zusammenfassung

Die Flexibilität des GmbH-Rechts zeigt sich bei der Ausgestaltung der Geschäftsführung besonders stark. Es sind verschiedene Modelle denkbar, welche, abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Selbstorganschaft<sup>37</sup>, statutarisch geregelt werden können. Im Sinne einer Zusammenfassung nachfolgende Übersicht:

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

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

Übersicht 1: die verschiedenen Modelle der Geschäftsführung einer GmbH

<sup>33</sup> Vgl. dazu unten, FN 66.

<sup>34</sup> Siffert/Fischer/Petrin, Art. 809 N 2.

<sup>35</sup> Art. 809 Abs. 4 OR.

<sup>36</sup> Art. 814 Abs. 1 OR; Botschaft, S. 3215; Siffert/Fischer/Petrin, Art. 814 N 1 f.

<sup>37</sup> Siffert/Fischer/Petrin, Art. 809 N 2.

### 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 sind<sup>38</sup>:

- 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

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 ist<sup>39</sup>, darf bezweifelt werden. Zudem handelt es sich dabei nicht nur um ein Recht, sondern eine Pflicht<sup>40</sup>. 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 folgt<sup>41</sup>:

„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 (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 320 OR; Rehbinder, Berner Kommentar, N. 17 zu Art. 320; Vischer, der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1, III, Basel 1994, S. 48; Streiff/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 war<sup>42</sup>. Beruft sich ein Arbeitnehmer nach

---

<sup>38</sup> Streiff/von Kaenel, Art. 319 N 2; Geiser/Müller, Rz 100 ff.; Vgl. auch: Müller, (S. 176, m. w. V.), welcher die vier typischen Elemente Arbeitsleistung, Unterordnung, Dauerschuldverhältnis und Entgeltlichkeit erwähnt.

<sup>39</sup> Modell Nr. 1 und ev. auch Nr. 2.

<sup>40</sup> Siffert/Fischer/Petrin, Art. 809 N 4.

<sup>41</sup> Erwägung 2 lit. a.

<sup>42</sup> Art. 320 Abs. 3 OR.

Aufnahme seiner Tätigkeit als Geschäftsführer auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (und die damit verbundene 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 Arbeitnehmers<sup>43</sup>. „Der Arbeitnehmer ist zwar nicht guten Glaubens, der Arbeitgeber, der ihm das entgegenhält aber genau so wenig, also verstösst der Einwand des Arbeitgebers gegen Treu und Glauben.“<sup>44</sup> 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 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 prüfen<sup>45</sup>.

### **3.3 Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation**

„Durch den Eintritt in das Arbeitsverhältnis entsteht ein Abhängigkeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer steht persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich unter der Direktionsgewalt der Arbeitgeberin.“<sup>46</sup>

#### **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 un-

---

<sup>43</sup> Streiff/von Kaenel, Art. 320 N 11, mit dem Beispiel der Leistung (Arbeitnehmer) und Entgegennahme (Arbeitgeber) von Arbeit trotz fehlender Bewilligung.

<sup>44</sup> Streiff/von Kaenel, Art. 320 N 11.

<sup>45</sup> Müller, S. 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, Art. 319 N 2 und N 18).

<sup>46</sup> Geiser/Müller, Rz 108.

terstellt und somit (faktisch) nicht weisungsgebunden. Im Zusammenhang mit der Einmann-AG führte das Bundesgericht folgende Ausführungen<sup>47</sup>:

„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 (BK-REHBINDER, N 18 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, N 6 zu Art. 319 OR; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N 5 zu Art. 319 OR; vgl. auch VISCHER, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel 1994, § 4.III.2 c S. 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 vorliegt<sup>48</sup>: „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 Drittel<sup>49</sup>, die Hälfte<sup>50</sup> oder noch weniger<sup>51</sup> der gesamten Stimmen notwendig sind, wäre im Einzelfall zu prüfen. Um ein Arbeitsverhältnis per se auszuschliessen muss meines Erachtens nicht zwingend eine Einmann-Gesellschaft vorliegen<sup>52</sup>.

### 3.3.2 Subordinationsverhältnis gegenüber wem?

Gegenüber wem besteht bei einer GmbH ein Subordinationsverhältnis des Geschäftsführers? Arbeitgeberin als Vertragspartei ist die juristische Person<sup>53</sup>, deren Organe dazu berufen sind, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben<sup>54</sup>. Als weisungsberechtigte

---

47 Pra 88 (1999) Nr. 91 E. 4 (= BGE 4C.455/1997 = BGE 125 III 78 ff.); Vgl. dazu auch Müller, S. 195 f.

48 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.; WERNLI, Basler Kommentar, N. 25 zu Art. 707 OR; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 57.

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

50 Art. 808 OR.

51 Bspw. eine Mehrheit von 30 % bei einer im übrigen stark atomisierten Beteiligungsstruktur.

52 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, S. 68). Meines Erachtens ist diese Meinung klar abzulehnen, da mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses das AVG gar nicht anwendbar ist (vgl. Art. 12 Abs. 1 AVG).

53 Art. 53 ZGB.

54 Art. 55 Abs. 1 ZGB.

Organe einer GmbH kommen zum einen die Gesellschafterversammlung<sup>55</sup> und zum anderen die Geschäftsführung<sup>56</sup> in Frage.

### 3.3.2.1 Die Geschäftsführung (in corpore)

Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer, so agieren diese gemeinsam<sup>57</sup> und Entscheidungen werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimme gefällt, bei Bedarf mit Stichentscheid des Vorsitzenden<sup>58</sup>. Analog zum einzelnen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, welcher den Weisungen des Gesamtverwaltungsrates unterstellt ist<sup>59</sup>, 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.

### 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 vorliegt<sup>60</sup>. Spielt dabei die Anzahl der Verwaltungsräte eine Rolle oder kann auch der alleinig tätige Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft in einem Unterordnungsverhältnis zur juristischen Person stehen?

MÜLLER vertritt die Auffassung, dass ein einziger Verwaltungsrat grundsätzlich nicht in einem Subordinationsverhältnis stehen kann, weil er dann sich selbst unterstellt wäre<sup>61</sup>. 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 steht<sup>62</sup>. Ein Subordinationsverhältnis im Falle einer organunabhängigen Tätigkeit scheint MÜLLER auszuschliessen, wenn dieselbe Person als einziger Verwaltungsrat tätig ist<sup>63</sup>.

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

---

55 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.

56 Art. 809 OR.

57 Art. 809 Abs. 1 OR.

58 Art. 809 Abs. 4 OR.

59 Müller, S. 180 ff. und S. 186 f.

60 Pra 88 (1999) Nr. 91 E. 4 (= BGE 4C.455/1997 = BGE 125 III 78 ff.); Vgl. dazu auch Müller, S. 195 f.

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

62 Müller, S. 186 und S. 199.

63 Müller, S. 196.

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 unentziehbaren und undelegierbare Kompetenzen gemäss Art. 716a OR. Eine Delegation dieser Aufgaben an die Generalversammlung ist per se ausgeschlossen<sup>64</sup>. 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 ist<sup>65</sup>. Der nachfolgenden Gesetzesbestimmung folgend können die Statuten der Gesellschaft vorsehen, dass bestimmte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorgelegt werden können oder gar müssen<sup>66</sup>. Kommt hinzu, 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 fallen<sup>67</sup>. 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 solches 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 kann<sup>68</sup>.

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

---

<sup>64</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, Rz 412.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 810 Abs. 2 erster Halbsatz.

<sup>66</sup> 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, Siffert/Fischer/Petrin, Art. 811 N 3; Meier-Hayoz/Forstmoser, §8 N 110; OR-Watter/Roth Pellanda, Art. 811 N 7; dagegen: Handschin/Truniger, § 14 N 9).

<sup>67</sup> Vgl. bspw. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6, 8, 9, 10 etc.; Art. 804 Abs. 3; Art. 812 Abs. 3 OR.

<sup>68</sup> Art. 811 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

- a) beim einzigen Geschäftsführer einer Einmann-GmbH (Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist dieselbe Person)<sup>69</sup>;
- b) vermutlich<sup>70</sup> beim einzigen Geschäftsführer einer GmbH, dessen Aufgaben und Kompetenzen weder durch die Statuten<sup>71</sup> noch durch anderweitige Verträge oder Weisungen eingeschränkt sind<sup>72</sup>;
- c) bei einem Direktor, welcher als einzige geschäftsführende Person einer GmbH durch die Gesellschafterversammlung gewählt ist<sup>73</sup>.

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

- a) eines Direktors, welcher durch die Geschäftsführung gewählt und dieser unterstellt ist<sup>74</sup>;
- b) eines Geschäftsführers oder Direktors einer GmbH mit mehreren Geschäftsführern, womit die Beschlüsse mittels Abstimmungen gefasst werden und ersterer der Geschäftsführung als Gremium untersteht<sup>75</sup>;
- c) eines einzigen Geschäftsführers oder Direktors, dessen Aufgaben und Kompetenzen nach Art. 810 OR statutarisch an die Gesellschafterversammlung delegiert wurden<sup>76</sup>;
- 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 bestimmt<sup>77</sup> oder aber mittels statutarischer Bestimmung dazu befugt sein<sup>78</sup>. 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 Gericht<sup>79</sup>.

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 dahin<sup>80</sup>. Genau dies ist beim Gesellschafter einer GmbH,

---

<sup>69</sup> Analog Pra 88 (1999) Nr. 91 E. 4 (= BGE 4C.455/1997 = BGE 125 III 78 ff.).

<sup>70</sup> Vgl. Müller, S. 196.

<sup>71</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>72</sup> Konzernverhältnisse.

<sup>73</sup> Art. 804 Abs. 3 OR; Diese Situation entspricht – funktional – derjenigen gemäss lit. a (Einziger Geschäftsführer einer GmbH).

<sup>74</sup> Art. 804 Abs. 3 letzter Satz OR;

<sup>75</sup> Art. 809 Abs. 4 OR.

<sup>76</sup> Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>77</sup> Art. 809 OR, Vgl. oben, Modell Nr. 1.

<sup>78</sup> Vgl. oben, Modell Nr. 2.

<sup>79</sup> Art. 815 Abs. 2 OR.

<sup>80</sup> Geiser/Müller, Rz. 295.

welcher ex lege Geschäftsführungskompetenz hat, nicht möglich, da seine Absetzung als Geschäftsführer nur via Statutenrevision<sup>81</sup>, Absetzung durch das Gericht<sup>82</sup> oder Klage auf Ausschluss<sup>83</sup> möglich ist. Mit anderen Worten: Sofern der durch seine Eigenschaft als Gesellschafter legitimierte Geschäftsführer seine Tätigkeit fortsetzt, dauert das faktische Vertragsverhältnis – im Prinzip – weiter an<sup>84</sup>. Zudem verschärft sich dieses Problem dahingehend, als, wie bereits erwähnt<sup>85</sup>, 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 Verwaltungsrat<sup>86</sup> sieht das Gesetz bei der GmbH keine (dispositive) Amtsdauer vor<sup>87</sup>.

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 hat den Charakter eines Dauer-schuldverhältnisses<sup>88</sup>.

### 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 (...)“<sup>89</sup>. Wurde ein Entgelt (stillschweigend oder ausdrücklich) vereinbart ohne dass dessen Höhe geklärt wäre, hat der Arbeitgeber den „üblichen“ Lohn zu bezahlen<sup>90</sup>. Wurde jedoch (ausdrücklich) auf die Ausrichtung eines Entgeltes als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung 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.

---

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

82 Art. 815 Abs. 2 OR.

83 Art. 823 OR.

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

85 Vgl. oben, FN 30.

86 Art. 710 OR.

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

88 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.

89 Streiff/von Kaenel, Art. 319 N 2.

90 Art. 322 Abs. 1 OR.

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 Gesellschafterversammlung<sup>91</sup>. 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/PETRIN<sup>92</sup> betrifft die Kompetenz gemäss Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR sämtliche Leistungen der Gesellschaft an die Geschäftsführer, die Lohn- oder Honorarcharakter haben<sup>93</sup>. 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.“<sup>94</sup> 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 – analog dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft – zu einem kumulativen Anspruch von (arbeitsrechtlichem) Lohn und (gesellschaftsrechtlichem) Honorar<sup>95</sup>. Im Unterschied zum Aktienrecht befindet aber bei der GmbH nicht die Geschäftsführung selbst über die Höhe des (eigenen) Honorars, sondern die Gesellschafterversammlung als übergeordnetes Organ<sup>96</sup>, 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

---

91 Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

92 Vgl. dort, Art. 804 N 12.

93 Gleicher Meinung: OR-TRUFFER/DUBS, Art. 804 N 27, m. w. V.

94 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.

95 Vgl. Müller, S. 268 ff. und S. 331.

96 OR-Truffer/Dubs, Art. 804 N 27.

Auffassung des Bundesgerichts ist bei der Aktiengesellschaft von einem arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis auszugehen<sup>97</sup>. „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 (...)“<sup>98</sup>. 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 Gesellschaftsrecht<sup>99</sup>. 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 denjenigen des Arbeitgebers abzuwägen sind<sup>100</sup>, stellte das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung fest, dass im Aktienrecht strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn das Organ die Interessen der Gesellschaft verletzt<sup>101</sup>.

## 4.3 Konkurrenzverbot

Ebenfalls in beiden Rechtsgebieten finden sich Vorschriften zum Konkurrenzverbot. Während das GmbH-Recht dieses für Geschäftsführer in einer einzigen Bestimmung abhandelt<sup>102</sup>, finden sich dazu im Arbeitsvertragsrecht diverse Vorschriften zum vertraglichen<sup>103</sup> und nachvertraglichen<sup>104</sup> Konkurrenzverbot. Im Bereich des Aktienrechts können nach Ansicht von MÜLLER<sup>105</sup> strengere und länger dauernde (nachvertragliche) Konkurrenzverbote vereinbart werden, welche auch dann nicht dahinfallen, wenn die Generalversammlung den betreffenden Verwaltungsrat ohne triftige Gründe abwählt<sup>106</sup>.

---

<sup>97</sup> 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, Basler Kommentar, N. 25 zu Art. 707 OR; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 57.

<sup>98</sup> BGE 130 III 216 f., m. w. V.

<sup>99</sup> Arbeitsvertrag: Art. 321a OR; GmbH: Art. 812 Abs. 1 OR.

<sup>100</sup> Vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 321a N 5.

<sup>101</sup> BGE 130 III 219.

<sup>102</sup> Art. 812 Abs. 3 OR.

<sup>103</sup> Art. 321a Abs. 3 OR.

<sup>104</sup> Art. 340 ff. OR.

<sup>105</sup> Vgl. dort, S. 281 ff.; Gl. M. Handschin/Truniger, § 14 N 43.

<sup>106</sup> Vgl. demgegenüber im Arbeitsrecht: Art. 340c Abs. 2 OR.

#### 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 zum einen aus seinem Status als Gesellschafter<sup>107</sup> und zum anderen gilt die Geheimhaltungspflicht als Teilaspekt der Treuepflicht des Geschäftsführers<sup>108</sup>.

#### 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 haftet<sup>109</sup>, verweist das Verantwortlichkeitsrecht der GmbH auf die aktienrechtlichen Vorschriften<sup>110</sup>. Die gesellschaftsrechtliche Haftung geht bedeutend weiter, zumal jene eine solidarische Haftung sämtlicher Organe vorsieht<sup>111</sup>. Aufgrund des Verweises auf die aktienrechtlichen Vorschriften<sup>112</sup> dürften die diesbezüglichen Ausführungen von MÜLLER<sup>113</sup> 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 vorgesehene „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.

---

<sup>107</sup> Art. 803 Abs. 1 OR.

<sup>108</sup> OR-Watter/Roth Pellanda, Art. 812 N 7.

<sup>109</sup> Art. 321e Abs. 1 OR.

<sup>110</sup> Art. 827 i. V. m. Art. 754 ff. OR.

<sup>111</sup> Art. 759 OR.

<sup>112</sup> Vgl. Art. 827 OR.

<sup>113</sup> Müller, S. 331 ff. OR.

## Literaturverzeichnis:

GEISER, THOMAS; MÜLLER ROLAND:

Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009.

HANDSCHIN LUKAS; TRUNIGER CHRISTOF

Die neue GmbH; 2. Auflage; Zürich 2006.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR; FORSTMOSER PETER:

Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen; 10. Auflage; Bern 2007.

MÜLLER ROLAND:

Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer; Zürich 2005.

OR-BEARBEITER:

HONSEL, HEINRICH; VOGT, NEDIM PETER; WATTER ROLF (Hrsg.); Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 530 - 1186; 3. Auflage; Basel 2008.

SIFFERT RINO; FISCHER MARC PASCAL; PETRIN MARITN:

GmbH-Recht; Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR); Stämpflis Handkommentar SHK; Bern 2008.

STREIFF, ULLIN; VON KAENEL, ADRIAN:

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar; 6. Auflage; Zürich 2006.