3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

(3) BGer 4A_10/2017: Vertrag mit Verwaltungsrat: Kein Arbeitsvertrag

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_10/2017 vom 19.7.2017, *A.* gegen *B. SA,* Aktiengesellschaft, Verwaltungsratsmitglied, Arbeitsvertrag.

Der Vertrag der Aktiengesellschaft mit dem Verwaltungsratsmitglied, das Mitaktionär ist und mit dem anderen Mitaktionär den Verwaltungsrat bildet, ist mangels Subordinationsverhältnis kein Arbeitsvertrag.

Markus Vischer*

I. Sachverhalt

Die B. SA mit Sitz im Kanton Genf betreibt ein Baugeschäft. Sie wurde durch L. und A. im März 2010 gegründet. L. hält 51% und A. 49% der Aktien der B. SA. L. ist Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift, während A. Verwaltungsratsmitglied seit Januar 2013 ebenfalls mit Einzelunterschrift ist. Im Oktober 2010 schickte die B. SA dem A. einen von L. unterzeichneten Brief mit dem Titel «Anstellung», worin die B. SA dem A. die Anstellung als Architekt ab 1. Januar 2011 mit einem Bruttolohn von CHF 7'200, zahlbar in zwölf monatlichen Tranchen, bestätigte und diverse Details dieser Anstellung festhielt. Dieser Lohn wurde im Jahre 2012 auf CHF 9'200 und im Jahre 2014 auf CHF 10'000 erhöht. Von diesem Lohn wurden die Sozialversicherungsbeiträge abgezogen. Mit Schreiben vom 4. Juli 2014 informierte die B. SA. den A., dass dessen Aktivität als Architekt am 31. August 2014 ende. Ab September 2014 bezog A. Arbeitslosengelder. Mit an das Handelsregister adressiertem Schreiben vom 21. August 2014 verlangte die B. SA die Löschung von A. als Verwaltungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung im Handelsregister. Ende August 2014 bezahlte die B. SA dem A. noch den Monatslohn für den Juli 2014. Im September 2014 verlangte A. von der B. SA seinen Monatslohn für den August 2014 und betrieb die B. SA anschliessend für die Monatslöhne August und September 2014. Die B. SA erhob Rechtsvorschlag, worauf A. vor dem Arbeitsgericht des Kantons Genf unter anderem die Monatslöhne August und September 2014 abzüglich Arbeitslosengelder einklagte. Die B. SA erhob Widerklage. Mit Urteil vom 21. April 2016 trat das Arbeitsgericht zwar auf die Klage und Widerklage ein, wies in der Folge aber sowohl Klage wie Widerklage ab. Auf Berufung von A. hin bestätigte die arbeitsrechtliche Kammer des *Cour de Justice* des Kantons Genf das vorinstanzliche Urteil, worauf A. an das Bundesgericht gelangte.

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Qualifikation eines Vertrags eine Rechtsfrage sei, welche das Gericht frei aufgrund der objektiven Vertragsgestaltung entscheide, ohne an die diesbezüglichen Meinungen der Parteien gebunden zu sein, selbst wenn diese übereinstimmten. Der Arbeitsvertrag sei ein Vertrag, durch welchen sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser sich zur Entrichtung eines Lohns verpflichte, der nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit bemessen wird (Art. 319 Abs. 1 OR). Die vier charakteristischen Elemente dieses Vertrags seien die Leistung von Arbeit, das Subordinationsverhältnis, das Element der Dauer und die Entschädigung. Der Arbeitsvertrag unterscheide sich von den anderen Dienstleistungsverträgen, insbesondere vom Auftrag, durch die Existenz des Subordinationsverhältnisses, welches den Arbeitnehmer in eine persönliche, organisatorische, zeitliche und, bis zu einem gewissen Grade, auch wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber versetze. Der Arbeitnehmer sei der Überwachung und den Weisungen des Arbeitgebers unterworfen. Es sei zudem in die Arbeitsorganisation eines anderen eingegliedert und erhalte dort einen fixen Platz. Formelle Kriterien wie die Bezeichnung des Vertrags, die Erklärungen der Parteien oder Sozialversicherungsabzüge vom Lohn seien nicht entscheidend. Es sei vielmehr auf die materiellen Kriterien abzustellen, insbesondere wie die Arbeitsleistung effektiv erbracht werde, auf den Freiheitsgrad bei der Erbringung der Arbeitsleistungen (auch in zeitlicher Hinsicht), die Existenz einer Verpflichtung zur Rechenschaftsablage und zur Befolgung von Instruktionen sowie die Identifikation der Partei, welche das wirtschaftliche Risiko trage. Was spezifisch die Rechtsbeziehungen zwischen einer juristischen Person und seinen Organen, das heisst Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern, angehe, so können diese gleichzeitig gesellschafts- und vertragsrechtlicher Natur sein. Bezüglich Letzterem bestehe die Tendenz anzunehmen, dass Geschäftsleitungsmitglieder durch einen Arbeitsvertrag und Verwaltungsratsmitglieder durch einen Auftrag oder einen Vertrag *sui generis,*

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

ähnlich einem Auftrag, gebunden seien. Entscheidend sei auf alle Fälle bei einem Organ, welches hauptberuflich tätig sei, das Merkmal der Subordination, womit es alsdann dem Weisungsrecht des Verwaltungsrats unterstünde. Bei einer wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und Organ könne *per definitionem* nicht von einer Subordination gesprochen werden, weshalb kein Arbeitsvertrag zwischen einer juristischen Person und seinem einzigen Aktionär und Verwaltungsratsmitglied bestehen könne. Am Schluss aber könne einzig eine Würdigung der Gesamtsituation zeigen, ob eine unabhängige oder abhängige Tätigkeit vorliege (E. 3.1).

Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht eine abhängige Tätigkeit, weshalb es die Beschwerde abwies.

III. Bemerkungen

A. Einheitliches gesellschaftsrechtliches Verhältnis zwischen Gesellschaft und Organ?

Die Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Organ, nicht zu verwechseln mit der Rechtsbeziehung zwischen Gesellschafter und Organ,[1] ist seit jeher umstritten.[2]

Unbestritten ist, dass das Gesellschaftsrecht diese Beziehung regelt. Zu nennen sind im Aktienrecht in diesem Zusammenhang z.B. Art. 698 Abs. 2 OR (Wahl der Verwaltungsratsmitglieder durch die Generalversammlung [GV]), Art. 705 OR (Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern), Art. 710 Abs. 1 OR (Amtsdauer), Art. 716 f. OR (Aufgaben des Verwaltungsrats [VR]) und Art. 717 OR (Sorgfalts- und Treuepflicht des VR).

Wie das hier diskutierte Urteil zeigt, ist im Grundsatz ebenfalls unbestritten, dass auch das Vertragsrecht in Bezug auf die Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Organ eine Rolle spielt. Das ist insoweit richtig, als man sagt, dass die betroffene Gesellschaft und das betroffene Organ die vom Gesellschaftsrecht gelassenen Lücken mit vertraglichen Regelungen füllen können bzw. dies der Richter tut, wenn es die Parteien nicht tun. Denn grundsätzlich gilt die Vertragsfreiheit auch im Gesellschaftsrecht, allerdings infolge des dort geltenden Grundsatzes des Formenzwangs und der Formenfixierung nur sehr beschränkt.[3] Alsdann hätte man ein einheitliches Rechtsverhältnis mit primär gesellschaftsrechtlicher und sekundär vertragsrechtlicher Natur (und damit einer Doppelnatur) vor sich, welches einheitlichen Regeln untersteht, insbesondere auch bezüglich Begründung und Beendigung.[4] So würde eine Abberufung nach Art. 705 Abs. 1 OR das Rechtsverhältnis insgesamt sofort beenden. Vorbehalten blieben aber eventuelle Ansprüche gemäss Art. 705 Abs. 2 OR gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR oder Art. 337c OR, womit auch gesagt ist, dass Art. 705 Abs. 2 OR der Annahme eines einheitlichen Rechtsverhältnisses nicht entgegensteht.

B. Gesellschafts- und vertragsrechtliches Doppelverhältnis zwischen Gesellschaft und Organ?

Die Rechtsprechung geht aber weiter, wie das hier diskutierte Urteil zeigt. Sie lehnt zusammen mit der überwiegenden Lehre ein einheitliches gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis, wie allenfalls ergänzt durch Vertragsrecht, ab. Vielmehr will sie neben dem Gesellschaftsrecht integral Arbeitsvertrags- oder Auftrags- oder Innominatvertragsrecht auf die Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Organ angewendet wissen. Entsprechend soll zwischen Gesellschaft und Organ ein gesellschafts- und vertragsrechtliches Doppelverhältnis bestehen, wobei «[d]ie beiden Rechtsverhältnisse […] in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten [seien], selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen».[5] Das ist

---

1 Zum diesbezüglich oft abgeschlossenen Mandatsvertrag z.B. Katja Roth Pellanda, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR 2012, 72 ff., 75 ff.; Markus Vischer, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 491 ff., 491 f., s.a. 492 ff. zur in einem solchen Mandatsvertrag oft enthaltenen Schadloshaltungsklausel.

2 BGE 128 III 129 E. 1a; 125 III 78 E. 4; s. auch BSK OR II-Wernli/Rizzi, Art. 710 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Wernli/Rizzi); Roland Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich/Basel/Genf 2005, 40 ff.; Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990, 113 ff., zu den verschiedenen Auffassungen.

3 Z.B. Markus Vischer, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425 ff., 426 f., s. auch Peter Böckli, Aktienrechtsrevision: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 2011, 8 ff., 8, in Bezug auf das Aktienrecht: «Alle wissen es: Aktienrecht enthält als klassisches Körperschaftsrecht vor allem zwingende Gesetzesbestimmungen.»; zum Grundsatz des Formenzwangs und der Formenfixierung im Allgemeinen BGE 140 III 206 E. 3.7; 132 III 470 E. 3.3 a.E.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11.A., Bern 2012, § 11 N 2 ff.

4 So wohl Plüss (FN 2), 117 ff.

5 BGE 130 III 213 E. 2.1; s.a. BGE 128 III 129 E. 1a und b; gutheissend z.B. BSK OR II-Wernli/Rizzi (FN 2), Art. 710 N 9; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 3), § 16 N 458 ff.; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 319 OR N 11; Roth Pellanda (FN 1), 75 ff.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 88 f.; Müller (FN 2), 80 f.; z.T. kritisch, aber wenig konsequent z.B. Jean-Tristan Michel, Les cadres supérieurs en droit du travail suisse en particulier au sein de la société anonyme, Lausanne 2016, 272 f.; Ueli Sommer, Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen, Eine Entgegnung auf die bundesgerichtli-

angesichts der angesprochenen Tatsache, dass die Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht nur sehr beschränkt gilt, doch recht erstaunlich.[6]

Es ist klar, dass das so verstandene Doppelverhältnis durch das Nebeneinander von Gesellschafts- und Vertragsrecht zu Spannungen und Zusammenstössen führt, die bis heute in vielen Bereichen nicht gelöst sind.[7] Als Beispiel für einen solchen Zusammenstoss sei die viel diskutierte Frage genannt, was in Bezug auf den Lohn in einem Arbeitsverhältnis zwischen einer börsenkotierten Aktiengesellschaft und einem Verwaltungsratsmitglied geschieht, wenn die GV die vorgeschlagene Vergütung gemäss Art. 18 VegüV[8] ablehnt.[9]

C. Versteckter Durchgriff durch Verneinung des Subordinationsverhältnisses

Folgt man der Annahme eines Doppelverhältnisses im bundesgerichtlichen Sinne, ist man bei der Frage der Qualifikation des relevanten Vertragsverhältnisses. Wie das hier diskutierte Urteil zeigt, soll auch hier für die Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom Auftrag das üblicherweise massgebende Merkmal eines vorliegenden Subordinationsverhältnisses gelten.[10] Indem das Bundesgericht dieses Subordinationsverhältnis bei wirtschaftlicher Identität von Gesellschaft und Organ kurzerhand verneint,[11] gerät es in einen Konflikt mit dem Gesellschaftsrecht, indem es einen versteckten Durchgriff durch die Gesellschaft auf das Organ vornimmt und so die rechtliche Existenz der betroffenen Gesellschaft verneint.[12] Damit rührt es an einen Grundpfeiler des Gesellschaftsrechts. Denn die selbstständige und von den Gesellschaftern verschiedene rechtliche Existenz einer Gesellschaft bildet einen ehernen Grundsatz des Gesellschaftsrechts – selbst bei wirtschaftlicher (Teil-) Identität von Gesellschaft und Organ.[13] Es liegt nämlich gerade auch bei Einpersonen-Gesellschaften[14] eine Verdoppelung der Rechtspersönlichkeit nach dem Motto «eine Person, zwei Persönlichkeiten» vor.[15] Das mag etwas schizophren klingen, ist aber im Gesellschaftsrecht ein akzeptiertes Faktum, ob man nun der Fiktions- oder der Realitätstheorie folgt.[16]

D. Rückbesinnung auf das Grundsätzliche unter Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts

Entsprechend muss man sich auf das Grundsätzliche zurückbesinnen und sich fragen, was Vertragsqualifikation bedeutet, und dabei das Gesellschaftsrecht berücksichtigen:

---

che Absage an das Konzerninteresse in BGE 130 III 213, AJP 2004, 1059 ff., 1061 ff.; Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone, Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001/BGE 128 III 129, SZW 2002, 260 ff., 265.

6 Siehe zur gleichen Aussage bezüglich Zulässigkeit eines Aktionärbindungsvertrags neben den Statuten einer AG Vischer (FN 3), 426 f.

7 Siehe auch zum schwierigen Nebeneinander von Aktienrecht und Aktionärbindungsvertrag Vischer (FN 3), 428.

8 Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV; SR 221.331).

9 Zur Diskussion dieser Frage z.B. Andreas Müller/David Oser, in: David Oser/Andreas Müller (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 18 N 208 ff.; s. auch Sommer (FN 5), 1061, zur Pflichtenkollision durch das Nebeneinander von Gesellschafts- und Vertragsrecht bei Annahme eines Doppelverhältnisses im Allgemeinen.

10 Zu den verschiedenen Aspekten eines Subordinationsverhältnisses z.B. Michel (FN 5), 284 ff.

11 Siehe auch BGE 125 III 78 E. 4; z.B. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 5), Art. 319 OR N 6; Roland Müller, Problematik einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer, Ein besonderes Mass an Verantwortung?, ST 2006, 851 ff., 852.

12 Zum im Gesellschaftsrecht grundsätzlich verpönten Durchgriff im Allgemeinen z.B. Peter Nobel, Berner Kommentar schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017 (zit. BK-Nobel), § 1 N 141, § 4 N 272 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 3), § 2 N 43 ff.

13 Z.B. BGE 141 IV 104 E. 3.2: «Die Aktiengesellschaft ist auch in der Form einer Einpersonen-AG selbstständige Vermögensträgerin, und ihr Vermögen ist nicht nur nach aussen, sondern auch im Verhältnis zu den einzelnen Gesellschaftsorganen ein fremdes. Die Einpersonen-AG ist auch für den sie als einziger Verwaltungsrat beherrschenden Alleinaktionär jemand anderer.» Diesem Urteil ist kritisch anzufügen, dass das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 117 IV 259 in Bezug auf das sogenannte freie Eigenkapital der AG unter dem Titel «eingeschränkte Gesellschaftstheorie» dann für Art. 158 StGB doch einen Durchgriff vornimmt; entsprechend kritisch zu diesem Urteil z.B. Markus Vischer, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, 1485 ff., 1493 f., und Damian K. Graf, Einmanngesellschaften und ungetreue Geschäftsbesorgung, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_20/2015 vom 16. März 2015 (zur Publikation vorgesehen), Jusletter vom 20.4.2015, N 1 ff., N 14: «Eine davon abweichende, auf die wirtschaftliche Einheit zwischen Gesellschaft und Alleinaktionär abstützende strafrechtliche Auffassung kann daher kein Gehör finden.»; s.a. BK-Nobel (FN 12), § 1 N 140, und Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 3), § 2 N 43, zur selbstständigen und von den Gesellschaftern verschiedenen rechtlichen Existenz einer Gesellschaft, auch einer Einpersonen-Gesellschaft.

14 Zum Begriff im Allgemeinen Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss., Zürich 2015, 160 ff.

15 Germann (FN 14), 162 f.

16 Zu diesen Theorien z.B. BK-Nobel (FN 12), § 1 N 125 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 3), § 2 N 11 ff.; s. z.B. BGE 117 VI 259 mit den Anklängen an die Realitätstheorie: «Die Einmannaktiengesellschaft ist wie jede AG eine reale Person, nicht nur eine Fiktion oder gewissermassen ein zweites Portemonnaie, über dessen Inhalt der einzige Verwaltungsrat und Alleinaktionär nach Belieben verfügen könnte.»

Im hier besprochenen Entscheid verwendet das Bundesgericht wie in mehreren (i.d.R. französischsprachigen) Urteilen zuvor folgenden Textbaustein:

> La qualification juridique d'un contrat est une question de droit […]. Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (objektive Vertragsgestaltung), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties […].[17]

Es ist unklar, was das Bundesgericht genau mit «objektiver Vertragsgestaltung» meint. Richtig ist, dass Gegenstand der juristischen Qualifikation ein bestimmter Vertrag mit einem bestimmten Vertragsinhalt ist. Dieser Vertragsinhalt bestimmt sich in Bezug auf den Konsens und auf die Vertragsauslegung und -ergänzung primär subjektiv und subsidiär objektiv. In erster Linie geht es also um ein Feststellen eines tatsächlichen (natürlichen oder empirischen) Konsenses der Parteien und um eine subjektive Auslegung und Ergänzung nach dem wirklichen Willen der Parteien (Rekonstruktion des Parteiwillens). Ist dieser nicht feststellbar, geht es in zweiter Linie um ein «Feststellen» eines rechtlichen (normativen) Konsenses der Parteien und um eine objektive Auslegung und Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip (Konstruktion des Parteiwillens). Massgebend ist beim rechtlichen Konsens und bei der objektiven Auslegung und Ergänzung der hypothetische (mutmassliche) Parteiwille, das heisst der Wille, den die Parteien unter den gegebenen Umständen als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben gehabt hätten.[18]

Nach der Rekonstruktion oder Konstruktion des Vertragsinhalts ist der Vertrag rechtlich zu qualifizieren.[19] Wie das Bundesgericht im zitierten Textbaustein richtig festhält, ist diese Qualifikation eine Rechtsfrage.[20] Eine allfällige rechtliche Qualifikation des Vertrags durch die Parteien ist keine Äusserung eines Willens, sondern die Äusserung einer Rechtsansicht. Diese ist für das Gericht grundsätzlich unverbindlich, weil die rechtliche Qualifikation eines Rechtsgeschäfts dem Parteiwillen entzogen ist.[21] Allerdings können aus dem Gebrauch eines juristischen Fachausdrucks im Rahmen der Qualifikation vor allem bei fachkundigen Personen durchaus gewisse Schlüsse auf den Parteiwillen gezogen werden.[22] Wollen die Parteien also eine bestimmte rechtliche Qualifikation eines Vertrags erzielen, müssen sie sich primär auf den entsprechenden Vertragsinhalt einigen und nicht einen der Qualifikation nicht entsprechenden Vertragsinhalt rechtlich falsch qualifizieren.[23]

In Bezug auf den Arbeitsvertrag im Allgemeinen und in Bezug auf das Subordinationsverhältnis im Speziellen heisst das, dass die Parteien sich auf den Inhalt eines Arbeitsvertrags im Allgemeinen und auf eine Subordination im Speziellen einigen müssen, wenn sie einen Arbeitsvertrag vereinbaren wollen.

Kann kein wirklicher Parteiwille festgestellt werden, was gerade bei wirtschaftlicher Identität von Gesellschaft und Organ öfters der Fall sein dürfte, ist unter Berücksichtigung und in Anerkennung der Tatsache, dass die Gesellschaft eine selbstständige und von den Gesellschaftern (und ihren Organen) verschiedene juristische Person ist, der hypothetische Parteiwille von Gesellschaft und Organ zu ermitteln.[24] Alsdann ist der so festgestellte Vertragsinhalt rechtlich zu qualifizieren.

In Bezug auf das Subordinationsverhältnis bedeutet das, dass zu ermitteln ist, ob die Parteien ein Subordinationsverhältnis wirklich oder hypothetisch vereinbart haben. Dies erlaubt ohne Weiteres, unter gegebenen Umständen auch im Verhältnis zwischen Gesellschaft und wirtschaftlich identischem Organ ein Subordinationsverhältnis anzunehmen.

Zu diesem Zwecke ist auch eine genaue gesellschaftsrechtliche Analyse der Möglichkeit der Erteilung von Weisungen bzw. überhaupt der Möglichkeiten der Einflussnahme auf ein Organ vorzunehmen. Im vorliegend diskutierten Fall wäre diesbezüglich gesellschaftsrechtlich in Betracht zu ziehen gewesen, dass der Verwaltungsratspräsident L. dem A. durchaus hätte Weisungen erteilen können. Denn selbst wenn man annimmt, für die Erteilung einer Weisung wäre ein Verwaltungsratsbeschluss der B. AG notwendig gewesen, hätte ein solcher Verwaltungsratsbeschluss selbst bei Opposition von A. gefasst werden können, ist doch davon auszugehen, dass A. bezüglich eines solchen Verwal-

---

17 Siehe auch BGer, 4A_592/2016, 16.3.2016, E. 2.1; 4A_200/2015, 3.9.2015, E. 4.1.3; 4A_602/2013, 27.3.2014, E. 3.1; 4A_194/2011, 5.7.2011, E. 5.2; 4C.220/2003, 28.10.2003, E. 2.3.

18 Z.B. Vischer (FN 3), 432; Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 2 f., mit Hinweisen auf Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 245 ff., 273 ff.

19 Z.B. BGer, 4C.276/2006, 25.1.2007, E. 3; 4A_509/2010, 11.3.2011, E. 5.1.

20 S. z.B. auch BGer, 4A_592/2016, 16.3.2016, E. 2.1; 4A_200/2015, 3.9.2015, E. 4.1.3; BGE 131 III 217 E. 3.

21 Siehe zitierter Textbaustein, oben S. 1531; z.B. auch BGer, 5A_679/2016, 17.3.2017, E. 5.1.2; 4A_509/2010, 11.3.2011, E. 5.1; z.B. auch Peter Jäggi/Peter Gauch/Stephan Hartmann, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann), Art. 18 OR N 239 ff.

22 Z.B. ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann (FN 21), Art. 18 OR N 238, 378.

23 Vischer (FN 3), 430, in Bezug auf den Aktionärbindungsvertrag.

24 Siehe auch BGE 126 III 361 E. 3a zum hypothetischen Willen der Gesellschaft beim Handeln eines Organs im Interessenkonflikt, also zu einem Fall, wo nicht einfach durch die Gesellschaft durchgegriffen und der Wille der Gesellschaft demjenigen des Organs gleichgesetzt wird; bestätigt in BGer, 4A_55/2017, 16.6.2017, E. 5.2.1.

tungsratsbeschlusses wegen eines Interessenkonfliktes in den Ausstand hätte treten müssen.[25]

Im vorliegend diskutierten Fall hat denn auch das Bundesgericht das Subordinationsverhältnis wohl weniger infolge der (teilweise) wirtschaftlichen Identität von Gesellschaft und Organ verneint, sondern wohl primär wegen der grossen Freiheit des Organs in der Organisation seiner Arbeit, z.B. in Bezug auf seinen Arbeitsplan und seine Ferien.[26]

E. Relativierung des Merkmals der Subordination

In Bezug auf das Verhältnis von Gesellschaft und Organ ist das Merkmal der Subordination so oder so zu relativieren, geniessen doch Organe in der Regel eine grosse Freiheit.[27] Es ist zudem so, dass das Merkmal der Subordination in Bezug auf die Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Auftrag generell nur beschränkt leistungsfähig ist, gibt es doch sehr freie Arbeitnehmer und sehr unfreie Beauftragte.[28]

F. Zusammenfassung

Die Annahme eines gesellschafts- und vertragsrechtlichen Doppelverhältnisses zwischen Gesellschaft und Organ im bundesgerichtlichen Sinne ist an sich abzulehnen. Bleibt man aber bei diesem Doppelverhältnis, so ist bei der Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Gesellschaft eine von den Gesellschaftern (und ihren Organen) verschiedene juristische Person ist. Entsprechend darf die Subordination bei wirtschaftlicher (Teil-)Identität von Gesellschaft und Organ nicht *ipso iure* verneint werden. Vielmehr ist festzustellen, ob die Parteien wirklich oder hypothetisch ein Subordinationsverhältnis vereinbart haben, wobei der Tatsache Rechnung zu tragen ist, dass das Merkmal der Subordination im Allgemeinen und gerade auch im Verhältnis von Gesellschaft und Organ nur eine beschränkte Bedeutung hat.

---

25 Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 241, und Peter Böckli, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 7171a E-OR, GesKR 2012, 354 ff., 368, zum Ausstand als eine der möglichen Massnahmen bei Interessenkonflikten.

26 Gleicher Meinung Andreas Schneuwly, Arbeitsvertrag mit Organperson, ius.focus 10/2017, 7 ff., 7.

27 So z.B. BGer, 4A_592/592/2016, 16.3.2017, E. 2.1; 4A_200/2015, 3.9.2015, E. 4.2.3; Thomas Geiser, Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht, Bundesgerichtliche Rechtsprechung 2015/2016, AJP 2016, 1376 ff., 1376.

28 So z.B. BGer, 4A_592/2016, 16.3.2017, E. 2.1; 4C.276/2006, 25.1.2007, E. 4.6.1.