

## Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern

Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts 4C.258/2003 (BGE 130 III 213) vom 9. Januar 2004 i.S. B. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) gegen A. (Beklagte und Berufungsklägerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Karin Eugster und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

- A. Rechtsnatur der Treuepflicht eines Organs
- B. Konzernweite Treuepflicht
- C. Fristlose Kündigung eines geschäftsführenden Organs

#### III. Bemerkungen

- A. Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft
  1. Allgemein
  2. Doppelverhältnis oder einheitliches Rechtsverhältnis?
- B. Treuepflicht im Konzern
- C. Fristlose Kündigung

#### IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Die Klägerin B. ist im Holzhandel tätig. Sie ist eine hundertprozentige Tochter der D. AG, welche die Konzernleitung inne hat. Die D. AG hält über eine weitere Gesellschaft unter anderem auch die C. Ltd.

A. trat am 1. September 1978 in die Dienste der Klägerin ein. Seit Juli 1992 hatte er die Stelle als Direktor und Bereichsleiter Handel inne. Im Jahre 1996 wurde er Geschäftsführer mit Kollektivunterschrift.

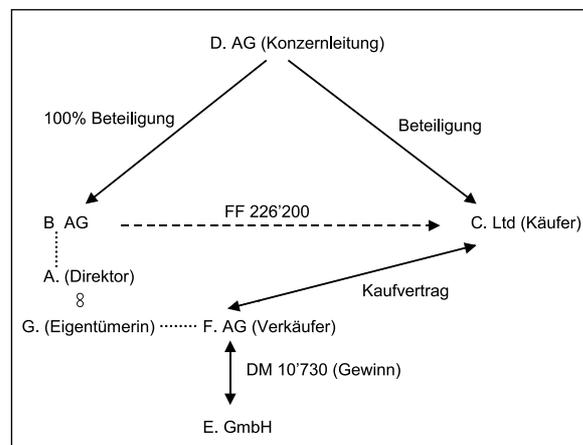
Im Herbst 1994 gelangte die E. GmbH an den Beklagten und offerierte Schnittholz. Der Beklagte vermittelte die C. Ltd. als Käuferin und die F. AG als Verkäuferin, da die E. GmbH gegen aussen nicht als Verkäuferin auftreten wollte. Die F. AG gehörte G., der Ehefrau des Beklagten. Die F. AG erzielte durch dieses Geschäft einen Gewinn von DM 10'730.85. Die C. Ltd. erlitt hingegen zufolge schlechter Marktentwicklung beim Weiterverkauf einen Verlust von FF 226'198.69. Am 7. Dezember 1995 veranlasste der Beklagte die Ausstellung einer

Gutschrift zu Gunsten der C. Ltd. und zu Lasten der Klägerin B.

Nachdem die Organe der Klägerin diese Belastung entdeckt hatten, entliessen sie den Beklagten am 16. Januar 1998 fristlos.

Die Klägerin belangte den Beklagten am 28. Januar 2000 beim Kantonsgericht Zug auf Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von FF 226'198.69 und DM 10'730.85, je zuzüglich Verzugszins. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und verlangte seinerseits widerklageweise CHF 59'693.40 für entgangenen Lohn und eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR aufgrund unrechtmässiger Kündigung. Am 20. August 2001 hiess das Kantonsgericht die Klage gut. Die Klägerin verpflichtete es in teilweiser Gutheissung der Widerklage zur Bezahlung von CHF 1'183.85. Mit Urteil vom 15. Juli 2003 reduzierte das Obergericht des Kantons Zug den der Klägerin geschuldeten Betrag in teilweiser Gutheissung einer kantonalrechtlichen Berufung des Beklagten auf EUR 34'483.77 nebst Zins.

Der Beklagte beantragt mit eidgenössischer Berufung, das obergerichtliche Urteil aufzuheben, soweit darin die Klage gutgeheissen und seine Widerklage abgewiesen wurde. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen und die Sache zur Beurteilung der Höhe der Widerklageforderung an das Obergericht zurückzuweisen. Die Klägerin schliesst auf Abweisung des Rechtsmittels und Bestätigung des angefochtenen Entscheids. Das Bundesgericht heisst die Berufung teilweise gut.



<sup>1</sup> Karin Eugster ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht untersucht zunächst nach welchen Normen sich die Treuepflicht des Organs richtet [A]. Danach beschäftigt es sich mit der Frage, ob eine konzernweite Treuepflicht zu bejahen ist. Dabei unterscheidet es zwischen der Treuepflicht des Arbeitnehmers und des Organs [B]. Schliesslich äussert es sich zur Frage, wann ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung vorliegt [C].

### A. Rechtsnatur der Treuepflicht eines Organs

Das Bundesgericht prüft, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu qualifizieren ist. A. war seit 1992 Direktor und Bereichsleiter. Im Jahre 1996 wurde er Geschäftsführer mit Kollektivunterschrift. Das Bundesgericht hält fest, dass die arbeitsrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich für alle Hierarchiestufen eines Unternehmens gelten. Es fügt an, dass die herrschende Lehre für Mitglieder oder Delegierte des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft von einem mandatsähnlichen Vertrag ausgeht. Soweit die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt werde, ziehe die Lehre auch einen Arbeitsvertrag in Betracht. Um ein konkretes Rechtsverhältnis zu beurteilen, seien immer die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen. Entscheidend sei, ob die betroffene Person in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, in dem sie Weisungen empfängt und zu befolgen hat. Dies sei in casu zu bejahen.<sup>2</sup>

Es sei deshalb von zwei Rechtsverhältnissen auszugehen: Einerseits handle es sich um eine vom Gesellschaftsrecht geregelte Organstellung, andererseits um eine vertragliche Bindung. Diese beiden Rechtsverhältnisse seien in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten. Das schuld- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnis habe zur Folge, dass das in einem Anstellungsverhältnis stehende Organ sich sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) als auch an die organschaftliche Treuepflicht des Verwaltungsrats- oder Direktionsmitglieds (Art. 717 OR) zu halten habe. Daher sei immer getrennt zu prüfen, ob die eine oder die andere Bestimmung verletzt sei.<sup>3</sup>

### B. Konzernweite Treuepflicht

Das Obergericht des Kantons Zug hat entschieden, dass der Beklagte A. die Treuepflicht gegenüber der B. nicht verletzt habe, indem er das Holzgeschäft mit der C. Ltd. über die Firma seiner Ehefrau abgewickelt habe. Das Urteil der Vorinstanz ist insoweit unangefochten geblieben. Die vom Bundesgericht zu beurteilende Handlung betraf nur die Gutschrift, die der Beklagte A. zu Lasten der Klägerin B. und zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft vorgenommen hat.

Das Bundesgericht setzte sich mit der Frage auseinander, ob im Konzern die Treuepflicht gegenüber der einzelnen Konzerngesellschaft oder gegenüber dem Konzern als Ganzem besteht. Um diese Frage zu beantworten sei wieder zwischen dem Arbeitsverhältnis und der Organstellung zu differenzieren.<sup>4</sup>

Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass die Treuepflicht nur gegenüber der Vertragspartnerin besteht. Man könne aber auch die Meinung vertreten, dass zusätzlich die Interessen des Konzerns zu beachten seien, weil diese wegen der wirtschaftlichen Verbundenheit stets zugleich solche der Arbeitgeberin seien. Es sei im Einzelfall zu bestimmen, wie weit sich die Konzernverbundenheit auf das konkrete Arbeitsverhältnis auswirke. Wird von einer erweiterten Treuepflicht im Konzern ausgegangen, so liegt keine Verletzung der Treuepflicht vor, wenn zwar die eigene Arbeitgeberin geschädigt wird, die betreffende Handlung aber im Konzerninteresse erfolgt. Somit läge im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall keine Treuepflichtverletzung vor, wenn das geschützte Interesse konzernweit definiert wird. Ob im Arbeitsrecht eine erweiterte Treuepflicht besteht, könne jedoch offen bleiben, da eine organschaftliche Haftung des Beklagten auf jeden Fall zu bejahen sei.<sup>5</sup>

Die in Art. 717 Abs. 1 OR normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Die Klägerin sei durch die zu Gunsten der Konzernschwester erfolgte Gutschrift geschädigt. A. wäre als Organ der B. AG von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, allein deren Interessen und nicht diejenigen des Konzerns zu wahren. Die Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR seien damit erfüllt.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BGE 130 III 213, E. 2.1.

<sup>3</sup> BGE 130 III 213, E. 2.1.

<sup>4</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.

<sup>5</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.1.

<sup>6</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.2.

### C. Fristlose Kündigung eines geschäftsführenden Organs

Aus wichtigem Grund kann ein Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos aufgelöst werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht fordert eine besonders schwere Verfehlung des Arbeitnehmers.<sup>7</sup>

Nach dem Bundesgericht könne dem Beklagten nur eine leichte Treuepflichtverletzung vorgeworfen werden, «in der nur dann ein Grund für eine fristlose Entlassung liegen kann, wenn der Arbeitnehmer vorher abgemahnt worden ist, was hier nicht der Fall war».<sup>8</sup>

Der Beklagte habe deshalb sowohl Anspruch auf Lohn während der Kündigungsfrist (Art. 337c Abs. 1 und 2 OR) als auch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR.

### III. Bemerkungen

Nachfolgend wird zunächst das Verhältnis zwischen organschaftlichen und arbeitsvertraglichen Pflichten erläutert [A]. Dann soll der Inhalt der Treuepflicht im Konzern diskutiert werden [B]. Schliesslich wird auf den wichtigen Grund bei der fristlosen Entlassung einzugehen sein [C].

#### A. Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft

##### 1. Allgemein

Die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses erfolgt aufgrund des vereinbarten Vertragsinhalts. Ein geschäftsführendes Organ trifft sowohl eine Entscheidungsfunktion als auch eine Umsetzungsfunktion. Sein Rechtsverhältnis vereint gesellschaftsrechtliche und vertragliche Merkmale. Es stellt sich die Frage, welche Normen auf dieses Rechtsverhältnis anzuwenden sind.

Das schweizerische Arbeitsrecht behandelt alle Arbeitnehmer gleich. Es unterscheidet nicht nach

verschiedenen Arbeitnehmerkategorien.<sup>9</sup> Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen gelten grundsätzlich für alle Hierarchiestufen eines Unternehmens. Entscheidend ist einzig, ob die Merkmale eines Arbeitsvertrags vorliegen oder ob ein Vertragsverhältnis anders zu qualifizieren ist, beispielsweise als Auftrag, Werkvertrag oder einfache Gesellschaft.<sup>10</sup>

Vier Merkmale charakterisieren das Arbeitsverhältnis (Art. 319 Abs. 1 OR): Arbeitsleistung, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, Dauerschuldverhältnis und Entgeltlichkeit.<sup>11</sup> Der Arbeitnehmer untersteht der Weisungsgewalt des Arbeitgebers und der Befolgungspflicht (Art. 321d OR). Dadurch wird er rechtlich und in der Regel auch wirtschaftlich abhängig von ihm.<sup>12</sup> Diesem Merkmal wird sowohl in der Lehre<sup>13</sup> als auch in der Praxis<sup>14</sup> vorrangige Bedeutung zugemessen. Das Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis ist dann auch das wichtigste Abgrenzungsmerkmal gegenüber anderen Vertragsverhältnissen.<sup>15</sup>

Das Bundesgericht hielt in früheren Entscheiden fest, dass unter den Begriff des Organs<sup>16</sup> im Sinne

<sup>9</sup> *Alexandre Berenstein/Pascal Mahon*, Labour Law in Switzerland, Bern 2001, S. 70 f.

<sup>10</sup> *Thomas Geiser/Kai-Peter Uhlig*, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 11/2003, S. 762.

<sup>11</sup> *Manfred Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, § 7 N 43 ff., derselbe im Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Bern 1999, N 48 f. und N 52 f. zu Art. 319 OR.

<sup>12</sup> *Frank Vischer*, Der Arbeitsvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1994, § 1, III. 4.

<sup>13</sup> So z.B. *Mario M. Pedrazzini*, Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. 509, *Geiser/Uhlig*, S. 763, *Frank Vischer*, Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. 286 und 288, *Gerhard Hüber*, Der fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer, Diss. Zürich 1975, S. 53 f., *Manfred Rehbinder*, Berner Kommentar, N 6 ff. zu Art. 319 OR, *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 3. Auflage, Zürich 1996, N 27 zu Art. 319 OR.

<sup>14</sup> BGE 78 II 36, BGE 95 I 21 ff., Semjud 96, 1974, S. 153.

<sup>15</sup> *Manfred Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, § 7 N 45.

<sup>16</sup> Art. 55 ZGB verwendet den Begriff des Organs, um den Personenkreis zu umschreiben, der die Gesellschaft vertraglich und politisch verpflichten kann. Früher ging die Lehre davon aus, dass dieser Organbegriff deckungsgleich sei mit jenem der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (vgl. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 19 N 6 ff., *Rolf Watter*, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht»,

<sup>7</sup> BGE 130 III 213, E. 3.1.

<sup>8</sup> BGE 130 III 213, E. 3.2.

von Art. 754 ff. OR nicht nur Entscheidungsorgane fallen, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen».<sup>17</sup> Ein wesentliches Merkmal der Organstellung ist somit, der Einfluss auf den Prozess der Willensbildung. Die Organschaft ist schon zu bejahen, wenn nach dem Vertrauensgrundsatz aus den äusseren Umständen auf eine solche Stellung geschlossen werden darf.<sup>18</sup>

Das Verhältnis zwischen einem nicht organisatorisch tätigen Mitglied des Verwaltungsrats, dessen Rolle sich auf die Mitwirkung am Entscheidungsprozess beschränkt (sog. *outside directors*), und der Gesellschaft ist primär durch die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen von Art. 707 ff. OR geregelt. Enthält das Gesellschaftsrecht keine Regelung, sind die auftragsrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 394 ff. OR beizuziehen. Arbeitsrechtliche Bestimmungen kommen grundsätzlich nicht zur Anwendung, da bei Organen, die die juristische Person lediglich repräsentieren und vertreten, nicht von einem Subordinationsverhältnis gesprochen werden kann.<sup>19</sup>

Diss. Zürich 1985, Rz. 138 ff., der nach eingehender Untersuchung zum Schluss kommt, dass «die Unterschiede zwischen den beiden Organbegriffen gering sind»). Im Entscheid vom 12. Dezember 1991 (BGE 117 II 570, E. 3) hielt das Bundesgericht dann fest, dass «der Kreis der gemäss Art. 754 Abs. 1 OR haftenden jenem der nach Art. 55 ZGB verantwortlichen Personen weitgehend gleichzusetzen» sei. Unterschiede ergeben sich, wenn es um den Ersatz von Gesellschaftsschaden und von mit diesem kongruenten mittelbaren Drittschaden geht. Bestätigend wohl auch *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 228.

<sup>17</sup> BGE 107 II 349, E. 5a. Mit dem BGE 65 II 5, E. 3 änderte das Bundesgericht seine Praxis, nach der Organ nur sein konnte, wer dem obersten Verwaltungsorgan angehört. Das Bundesgericht hielt fest, Organ sei «jede Person, die, ohne dem obersten Verwaltungsorgan anzugehören oder in ihm entscheidend mitzuwirken, unter dessen Aufsicht die eigentliche Geschäftsführung besorge», weitere Bundesgerichtsentscheide, die diesen Organbegriff unterstreichen: BGE 102 II 349, E. 5, BGE 121 II 176, E. 4a, BGE 117 II 570, E. 3.

<sup>18</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 19 N 19, sog. «Organstellung durch Kundgabe», vgl. auch *Müller/Lipp/Plüss*, S. 228. Bestätigt in BGE 117 II 570, E. 3.

<sup>19</sup> *Rehbinder*, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR, *Ueli Sommer*, Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungs-

Anders sieht es aus bei Delegierten des Verwaltungsrates und leitenden Angestellten also bei den materiellen Organen.<sup>20</sup> Dort sind die arbeitsrechtlichen Normen beizuziehen, sofern eine strukturierte Tätigkeit auf Dauer vorliegt.<sup>21</sup> Im Unterschied zu den *outside directors* sind die Delegierten nicht nur Teil des Entscheidungsprozesses, sondern setzen die Entscheidungen auch um. Darin zeigt sich die Abhängigkeit und Subordination unter den Gesamtverwaltungsrat. Die Organstellung widerspricht dem vorrangigen arbeitsrechtlichen Merkmal der Subordination und Weisungsgebundenheit nicht. Vielmehr hat ein vom Verwaltungsrat eingesetzter Delegierter die Weisungen des Verwaltungsrates zu beachten. Gleiches gilt für einen leitenden Angestellten, den eine Befolungspflicht gegenüber seinem Vorgesetzten trifft.<sup>22</sup>

## 2. Doppelverhältnis oder einheitliches Rechtsverhältnis?

Die Fragen nach der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der juristischen Person und ihren Organen wird in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Meistens wird diese Frage im Zusammenhang mit den Verwaltungsratsmitgliedern behandelt. Sie stellt sich aber in ähnlicher Weise auch für Direktoren und Vizedirektoren.

rats- und anderen Organverträgen, AJP 9/2004, S. 1060 und 1061.

<sup>20</sup> Das Bundesgericht hat sich schon einige Male zum Verhältnis zwischen Gesellschaft und Organ geäussert. Dabei hat es meistens die Direktoren als Arbeitnehmer und die Verwaltungsräte als Beauftragte qualifiziert; beispielsweise BGE 53 II 408 ff. (sowohl Bankdirektor als auch Verwaltungsrat der eine Spezialaufgabe vornimmt sind Arbeitnehmer), BGE 90 II 485 f. (kaufmännischer Direktor ist Arbeitnehmer), interessant ist auch BGE 117 II 570 ff. indem drei kollektiv Zeichnungsberechtigten im Konzern eine Organstellung abgesprochen wurde.

<sup>21</sup> *Rehbinder*, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR, *Stahelin*, Zürcher Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR und *Geiser/Uhlig*, S. 763 wollen arbeitsrechtliche Normen zur Anwendung kommen lassen, sofern die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Entscheidend ist aber eine strukturierte Tätigkeit, da neben der betreffenden Tätigkeit in einer Gesellschaft durchaus noch weitere berufliche Verpflichtungen denkbar sind.

<sup>22</sup> Vgl. *Rehbinder*, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR: «Die fachliche Weisungsfreiheit steht der Annahme eines Arbeitsverhältnis nicht entgegen, solange die Arbeitsleistung nur infolge betrieblicher Weisungsgebundenheit in Subordination erfolgt.»

Für Verwaltungsratsmitglieder wird in der Lehre<sup>23</sup> und Rechtsprechung<sup>24</sup> meist von einem einheitlichen Vertragsverhältnis ausgegangen, das eine gesellschaftsrechtliche und eine auftragsrechtliche Komponente aufweist.

Übt ein weisungsgebundenes Organ eine auf Dauer ausgerichtete, strukturierte Tätigkeit aus, ist – wie oben gezeigt – die Person nicht nur Organ sondern auch Arbeitnehmer. Das Bundesgericht geht für diesen Fall von zwei Rechtsverhältnissen aus. Es handle sich einerseits um eine gesellschaftsrechtliche und andererseits um eine vertragliche Bindung.<sup>25</sup> Diese beiden Rechtsverhältnisse seien «in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zu einander» stünden.<sup>26</sup> Daher müsste sich das in einem Anstellungsverhältnis stehende Organ sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) als auch an die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht des Organs (Art. 717 OR) halten. Bei dieser Rechtslage müsste ein Organ seine Handlungen nach zwei inhaltlich möglicherweise unterschiedlichen Treuepflichten richten.<sup>27</sup> Folglich wären

Situationen denkbar, bei denen ein aus Arbeitsvertrag gebotenes Verhalten eine Verletzung der Pflicht aus Organstellung darstellt und umgekehrt. Eine solche Zweiteilung ist abzulehnen.<sup>28</sup> Es kann nicht angehen, dass sich ein Direktor oder Vizedirektor nach zwei verschiedenen Rechtsverhältnissen zu richten hat, obschon ihm nur ein Aufgabenbereich zukommt. Ein Organ muss sein Verhalten auf ein einheitliches Bündel von Pflichten ausrichten können. Das weisungsgebundene Organ nimmt nur eine Funktion in der Gesellschaft wahr und muss daher, wie auch der Verwaltungsrat in einem einheitlichen Rechtsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Dabei ist ein Grossteil der Rechte und Pflichten eines Organs durch das Gesellschaftsrecht zwingend vorgegeben. Primär kommen daher die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung. Enthält das Gesellschaftsrecht keine Regelung, so sind subsidiär die arbeitsrechtlichen Bestimmungen beizuziehen. Ergänzend können nach Art. 7 ZGB die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts zur Anwendung kommen.

Die aktienrechtlichen Normen regeln insbesondere die externe Vertretungsmacht, die Mitwirkung an der Willensbildung, die Geschäftsführung und sonstige organschaftliche Pflichten. So auch die Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR). Entgegen dem Bundesgericht kommt daneben die arbeitsrechtliche Treuepflicht nach Art. 321a OR nicht zur Anwendung.<sup>29</sup> Den Arbeitnehmer mit Organfunktion trifft nur eine Treue- und Sorgfaltspflicht nach Gesellschaftsrecht. Für die Entgeltlichkeit der Organe dagegen enthält das Gesellschaftsrecht keine Regelung. Daher kommen die arbeitsrechtlichen Normen (Art. 322 ff. OR) zum Zuge. Demzufolge ist von *einem* organschaftlichen Rechtsverhältnis auszugehen, das primär gesellschaftsrechtlicher Natur ist, sekundär aber arbeitsrechtliche Regelungen zulässt.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> *Stahelin*, Zürcher Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR, *Bürgi*, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, 5. Teil b/2: Art. 698–738 OR, Zürich 1969, N 1 zu Art. 708 OR, *Rehbinder*, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR, *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004, § 13 N 88, *Müller/Lipp/Plüss*, S. 56, *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2001 Bern, N 276 f. zu Art. 707 OR, mit kritischen Anmerkungen *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, Bern 2004, § 28 N 6 f, *Sommer*, S. 1063. BGE 125 III 78 E. 4.

<sup>24</sup> Ebenso *Geiser/Uhlig*, S. 764.

<sup>25</sup> BGE 130 III 213, E. 2.1: Warum eine klare Trennung vorzunehmen ist, begründet das Bundesgericht in diesem Entscheid nicht. Im BGE 128 III 129, E. 1a/aa stützte das Bundesgericht diese Zweiteilung alleine auf Art. 726 Abs. 3 OR ab: «Die Abberufung eines Verwaltungsrates oder Direktors aus dessen Organstellung richtet sich nach anderen Regeln als die Kündigung des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses. (...) Es ist deshalb möglich, dass das Arbeitsverhältnis auch nach der Abberufung des Arbeitnehmenden als Organ weiter besteht oder umgekehrt das Arbeitsverhältnis beendet ist und die Organstellung andauert.» Theoretisch ist dies denkbar, in der Praxis wird eine Abberufung eines Organs immer auch eine Freistellung mit sich bringen.

<sup>26</sup> Vgl. *Sommer*, S. 1061, der die Koexistenz von parallel bestehenden Mandats- und Arbeitsvertragspflichten als «sachfremd» bezeichnet und unnötige Probleme schafft.

<sup>27</sup> Kritisch zu dieser Rechtsprechung schon *Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone*, Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, SZW 4/2002, S. 263 und 264.

<sup>28</sup> BGE 130 III 213, E. 2.1, vgl. auch *Krneta*, N 278 zu Art. 707 OR, der in den Bereichen der Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR Raum für eine vertragsrechtliche Ergänzung sieht, allerdings ohne Begründung, *Geiser/Uhlig*, S. 787, *Sommer*, S. 1061.

<sup>29</sup> Vgl. *Sommer*, S. 1062, der den Organvertrag als Innominatkontrakt sui generis deklariert. Ein einheitliches Rechtsverhältnis ist ebenso für die Beziehung zwischen den Verwaltungsratsmitgliedern und der Gesellschaft anzunehmen. Allerdings wird dort in der Regel die arbeitsrechtliche

Eine Sonderregelung enthält Art. 726 OR: Ein Direktor kann jederzeit vom Verwaltungsrat abberufen werden (Abs. 1). Der Gesetzgeber anerkennt das legitime Interesse des Organs an einer fairen Gestaltung der Beendigung und räumt ihm vertragliche Entschädigungsansprüche ein (Abs. 3). Somit sind die arbeits- oder auftragsrechtlichen Bestimmungen über die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses anwendbar.<sup>31</sup>

## B. Treuepflicht im Konzern

Beim vorliegenden Entscheid liegt die Besonderheit darin, dass die Überweisung zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft erfolgte. Das Bundesgericht<sup>32</sup> ist zurückhaltend in der Überprüfung der Zweckmässigkeit von Entscheidungen der Geschäftsführung, die sich im geschäftlichen Ermessensspielraum befinden.<sup>33</sup> Liegt jedoch ein Interessenkonflikt vor, wird eine Verletzung der Treuepflicht vermutet.<sup>34</sup> Der Beklagte A. wollte mit

durch eine auftragsrechtliche Komponente ersetzt. Gl.M. *Martin Wernli*, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 9 zu Art. 710 OR, *Müller/Lipp/Plüss*, S. 56, *Böckli*, § 13 N 88 f. Für zwei Rechtsverhältnisse, die aber eng zusammen hängen, spricht sich *Martin Weber*, Vertretung im Verwaltungsrat, 1994 (SSHW 155), S. 53 ff. aus.

<sup>31</sup> *Sommer*, S. 1063, der beim operativ nicht-tätigen Organ die direkte Anwendung von Art. 404 Abs. 2 OR zulässt, beim operativ tätigen Organ jedoch höchstens eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen bejaht, «da gewisse Rechte und Pflichten von Organen mit denjenigen eines «normalen» Arbeitnehmers nicht identisch sind».

<sup>32</sup> Insbesondere hinsichtlich Beschlüssen der Generalversammlung: BGE 91 II 310, BGE 93 II 405, BGE 95 II 163 ff., BGE 99 II 62, BGE 100 II 392, BGE 117 II 308.

<sup>33</sup> In der US-amerikanischen Lehre und Rechtsprechung wird dafür der Begriff der Business Judgment Rule verwendet: Soweit die Organe frei von Interessenkonflikten und aufgrund angemessener Vorbereitungen entschieden haben, besteht die Vermutung, dass der Entscheid dem «Sound Business Judgment» entspricht: «presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis in good faith and in the honest belief that the action was taken in the best interests of the company», vgl. *Robert Charles Clark*, Corporate Law, Boston/Toronto 1986, 123 f. Näheres zur Treue- und Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates bei *Hans Caspar von der Crone*, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000), S. 242 ff.

<sup>34</sup> Bei Interessenkonflikten besteht gerade keine Vermutung zu Gunsten der getreuen und sorgfältigen Geschäftsfüh-

der Gutschrift den Verlust der C. Ltd. aus dem Holzkauf vertuschen. Gleichzeitig konnte er so auch das erste Geschäft, bei dem das Unternehmen seiner Frau als Verkäuferin auftrat, verheimlichen. Demzufolge handelte er weder im Interesse der Tochtergesellschaft noch im Interesse des Konzerns, sondern in seinem persönlichen Interesse. Entgegen dem Bundesgericht liegt bei dieser Ausgangslage vermutungsweise selbst dann eine Treuepflichtverletzung vor, wenn man die geschützten Interessen konzernweit definiert. Dies gilt um so mehr, da im Hinblick auf eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit «strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenem, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt». Folglich wäre eine Verletzung der Treuepflicht von A. und damit seine Verantwortung nach Art. 754 OR zu bejahen.<sup>35</sup>

Trotzdem sei noch auf die Frage der Treuepflicht im Konzern eingegangen, mit der sich das Bundesgericht eingehend beschäftigt hat.<sup>36</sup> Das Bundesgericht hat die Frage des Konzerninteresses für die beiden Rechtsverhältnisse unterschiedlich beurteilt. Bei der arbeitsrechtlichen Treuepflicht sei es denkbar, dass eine erweiterte Treuepflicht zu Gunsten anderer Konzernunternehmen bestehe.<sup>37</sup> Bei der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht seien die Organe «von Gesetzes wegen verpflichtet» nur im Interesse derjenigen Gesellschaft zu handeln, deren Organ sie sind.<sup>38</sup> Nicht einleuchtend ist, warum das Bundesgericht ein Konzerninteresse der «Arbeitgeberin» allenfalls zulassen würde, ein solches nach Gesellschaftsrecht jedoch strikte verneint. Der Arbeitgeber ist die Gesellschaft. Diese kann nur *ein* Interesse haben.

Stattdessen hat der Verwaltungsrat nachzuweisen, dass trotz des Interessenkonflikts die Interessen der Gesellschaft in allen Teilen gewahrt worden sind. M.w.H. *Andrea R. Grass*, Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998, S. 53 ff. *Robert W. Hamilton*, Corporations, 4. Auflage, St. Paule, Minnesota 1997, S. 431: «A decision by an interested director with respect to a transaction in which he is interested is not protected by business judgment rule.»

<sup>35</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.1.

<sup>36</sup> Vgl. zur Treuepflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats *Annemarie Nussbaumer/Hans Caspar von der Crone*, SZW 2/2004, S. 139 f.

<sup>37</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.1.

<sup>38</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.2.

Das Schweizer<sup>39</sup> Recht kennt kein in sich geschlossenes Konzernrecht.<sup>40</sup> Der Gesetzgeber ging ursprünglich von der rechtlich, wirtschaftlich und organisatorisch selbständigen Gesellschaft aus. Dieses Modell entspricht der Wirklichkeit je länger je weniger.<sup>41</sup> Immerhin enthält das Gesetz einige Regeln zum Konzernrecht<sup>42</sup> und anerkennt damit den Konzern als rechtmässig relevante Erscheinung. Wie in Art. 663e OR festgehalten, zeichnet sich der Konzern durch seine einheitliche (wirtschaftliche) Leitung aus. Dadurch wird die Selbständigkeit einer Gesellschaft teilweise beschnitten. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung muss sich in das Konzerngebilde einordnen.

Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen Verwaltungsrats- und Geschäftsführungsmitglieder «ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren». Die Frage liegt auf der Hand: Muss ein Organ der Tochtergesellschaft die Interessen der eigenen Gesellschaft wahrnehmen oder kann bzw. muss es die Konzerninteressen wahren? Würde die Treuepflicht das geschäftsführende Organ zur Wahrung der Konzerninteressen verpflichten, könnte eine Verletzung der Treuepflicht konsequenterweise nicht in der Schädigung der beherrschten Gesellschaft liegen, wenn die entsprechende Handlung im übergeordneten Konzerninteresse erfolgt. Anerkennt man ein übergeordnetes Konzerninteresse, liegt eine Verletzung der Treuepflicht erst dann vor, wenn mit der Handlung oder Unterlassung die Interessen des Konzerns als wirtschaftliche Einheit verletzt sind.<sup>43</sup>

Die Organe der Konzerngesellschaft dürfen ihre Handlungen nur dann am Konzerninteresse orientieren, wenn dieses mit dem Interesse der eigenen Gesellschaft übereinstimmt.<sup>44</sup> Dies ist dann gegeben, wenn der Gesellschaftszweck eine Konzerneingliederung vorsieht.<sup>45</sup> Handeln die Organe unter diesen Umständen im Interesse des Konzerns, so handeln sie gleichzeitig auch im Interesse der beherrschten Gesellschaft.<sup>46</sup> Folglich muss für eine Eingliederung der Zweck einer Tochtergesellschaft zugunsten des Konzerns geändert werden. Die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit erfordert die «Zustimmung sämtlicher Aktionäre» (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Die Änderung des Endzwecks ist jedoch nicht zwingend erforderlich, um die Interessen des Konzerns berücksichtigen zu können. Eine Änderung des thematischen Zwecks kann genügen (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Auch eine stillschweigende Zweckänderung ist zu zulassen, solange die Tochtergesellschaft vollständig beherrscht ist.<sup>47</sup> Sodann sind die Organe der beherrschten Konzerngesellschaft verpflichtet, ihr Handeln am Konzerninteresse zu orientieren. Dies gilt nicht, wenn eine anderslautende Weisung vom Verwaltungsrat oder Vorgesetzten vorliegt. Verletzt die Weisung das

<sup>39</sup> Im Gegensatz zu Deutschland, das seit 1965 ein in sich geschlossenes Konzernrecht kennt (§§ 15 ff. und §§ 291 ff. AktG).

<sup>40</sup> Die Motion von *Arnold Koller*, die den Erlass eines Bundesgesetzes über Konzerne verlangte, vom 26. Juni 1973 wurde nicht weiterverfolgt, vgl. Botschaft 1983, S. 39, Ziff. 154. *Forstmoser/Meier-Hayoz*, § 23 N 77, sprechen sich für eine umfassendere gesetzliche Ordnung des Konzerns aus.

<sup>41</sup> Zur wirtschaftlichen und tatsächlichen Bedeutung von Konzernen vgl. *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1993, S. 16 ff.

<sup>42</sup> Art. 659b OR (Erwerb eigener Aktien durch Tochtergesellschaft), Art. 663e bis 663h OR (Konzernrechnung), Art. 671 Abs. 4 und Art. 708 OR (Privilegien der Holdinggesellschaft), Art. 727c Abs. 2 OR (Unabhängigkeit der Revisionsstelle vom Konzern).

<sup>43</sup> Vgl. auch BGE 130 III 213, E. 2.2.1.

<sup>44</sup> *Handschin*, S. 107, *Jean Nicolas Druey/Alexander Vogel*, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 105 ff.

<sup>45</sup> Beispielsweise indem der Zweck der Tochtergesellschaft vorsieht «auch die Interessen des Konzerns zu wahren» oder «das Konzerninteresse geht dem Gesellschaftsinteresse vor». Ganz allgemein ist die einheitliche Leitung durch das Gesetz begrenzt. Der Gesellschaftszweck darf nicht widerrechtlich oder unsittlich sein. *M.w.H. Handschin*, S. 94 ff.

<sup>46</sup> *A.M. Forstmoser/Meier-Hayoz*, § 23 N 41 f., die den Widerspruch zwischen Art. 717 Abs. 1 OR und der einheitlichen Leitung im Konzern sehen, aber sich dennoch dafür aussprechen, dass die Organe «die Interessen der Gesellschaft (und nicht diejenigen einer Unternehmensgruppe oder einer Muttergesellschaft!) in guten Treuen zu wahren haben. Die Interessen der eigenen Gesellschaft müssen daher den Konzerninteressen vorgehen». Allerdings bejahen sie das legitime Bedürfnis einer einheitlichen Leitung und anerkennen die Weisungsgebundenheit und die Zweckänderung.

<sup>47</sup> Vgl. *Handschin*, S. 100: «Beim Tochterunternehmen mit einem einheitlichen Aktionariat sind Verwaltung und Aktionariat Teil der gleichen wirtschaftlichen Einheit. Die Interessenlage der Verwaltung, die eine allfällige stillschweigende Zweckänderung vornimmt, und die des Aktionariats sind identisch. Drittinteressen, die durch den Gesellschaftszweck zu schützen wären, liegen innerhalb der Gesellschaft keine vor und stehen der stillschweigenden Zweckänderung nicht entgegen».

Gesellschafts- und somit das Konzerninteresse, haftet nur diejenige Person, die die Weisung erteilt hat. Ihre Schranke findet die Verfolgung der Konzerninteressen immerhin in den Interessen der Gläubiger. Die Konzerntochtergesellschaft muss ungeachtet des Konzerninteresses so organisiert und geführt sein, dass ihre Solvabilität gewährleistet ist.<sup>48</sup>

Sind an der Gesellschaft noch weitere Aktionäre beteiligt, fällt eine Überordnung der Konzerninteressen und damit die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit ausser Betracht. Für einen Minderheitsaktionär einer abhängigen Gesellschaft steht die Gewinnstrebigkeit seiner Gesellschaft im Vordergrund.<sup>49</sup> Eine solche Gesellschaft kann trotz einheitlicher Leitung nicht uneingeschränkt in den Konzern integriert werden. Die Rechte der Minderheitsaktionäre sind zu wahren.<sup>50</sup>

### C. Fristlose Kündigung

Eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnis ist zulässig, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR vorliegt. Gefordert wird eine besonders schwere Verfehlung des Arbeitnehmers, die objektiv und subjektiv wesentlich ist.<sup>51</sup> Da das

Bundesgericht von zwei Rechtsverhältnissen ausgeht, setzt es sich mit der Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 321a OR auseinander. Zudem sieht das Bundesgericht in der rechtsgrundlosen Gutschrift kein durch das persönliche Interesse des A. motiviertes Handeln. Es nimmt eine leichte Pflichtverletzung an und begründet dies damit, dass zwar Umbuchungen von einer Gesellschaft auf eine andere nicht üblich waren im vorliegenden Konzern, allerdings auch keine Weisung bestanden habe, solche Buchungen zu unterlassen. Folgerichtig seien ohne vorgängige Abmahnung und ohne Wiederholung die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nicht gegeben. Dem Beklagten steht ein Lohnfortzahlungsanspruch (Art. 337c Abs. 1 und 2 OR) sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu.<sup>52</sup>

Wird von einem einheitlichen Rechtsverhältnis ausgegangen, muss sich das Organ nach der Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 717 Abs. 1 OR richten. Eine schwere Verletzung dieser Pflicht stellt einen wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung dar.<sup>53</sup> Unserer Ansicht nach tätigte A. die Gutschrift weder im Konzerninteresse, noch im Interesse der Gesellschaft, deren Organ er ist, sondern er verfolgte mit dieser Transaktion vermutungsweise seine eigenen Interessen. Durch den Versuch mit der rechtsgrundlosen Gutschrift den Verlust der C. Ltd. aus dem Holzkauf zu verheimlichen, ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht wohl genügend schwer verletzt, dass eine Fortsetzung des Rechtsverhältnis für die B. AG nach Treu und Glauben unzumutbar geworden ist.<sup>54</sup> Demnach ist die fristlose Kündigung gerechtfertigt und der Beklagte hat keinerlei Anspruch auf Entschädigung.

### IV. Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts vermag in mehrfacher Hinsicht nicht voll zu überzeugen. Unse-

vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein.»

<sup>52</sup> BGE 130 III 213, E. 3.2.

<sup>53</sup> Sommer, S. 1064.

<sup>54</sup> Die Beweislast für den wichtigen Grund trägt die ihn geltend machende Partei. Dies ergibt sich schon aus der allgemeinen Beweislastregel in Art. 8 ZGB. Vgl. auch BGE 130 III 213, E. 3.2, BGE 128 III 271, E. 2a/aa.

<sup>48</sup> Vgl. Roger Groner, Treuepflicht im Konzern, recht, 2004/4, S. 166. Böckli, § 11 N 308, spricht sich dafür aus, dass der Verwaltungsrat der Untergesellschaft neben der Solvabilität und einer minimalen Eigenkapitalrendite hinsichtlich des öffentlichen Rechts auch «für die Einhaltung der steuerlichen Anforderungen des «dealing at arm's length» sorgen muss. A.M. ist Andreas von Planta, Die Haftung des Hauptaktionärs, S. 25 und Handschin, S. 99. Sie gehen davon aus, dass die neuen Gläubiger den Zweck der Unterordnung kennen müssen und entsprechende vertragliche Vorkehrungen treffen können (z.B. Mitverpflichtung der Muttergesellschaft). Alte Gläubiger, die in einem Dauerschuldverhältnis stehen, können aus wichtigem Grund kündigen. Diese Ansicht ist zurückzuweisen. Einerseits kann den potentiellen Gläubigern nicht zugemutet werden, Einsicht in die Statuten all ihrer Vertragspartner zu nehmen. Andererseits kann den bisherigen Gläubigern nicht dadurch gedient werden, dass man ihnen eine Kündigung aus wichtigem Grund gewährt, da sie ein Erfüllungsinteresse haben.

<sup>49</sup> Roland von Büren, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, Basel und Frankfurt am Main 1997, S. 129, von Planta, S. 26.

<sup>50</sup> Rolf Watter, Der Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 2/1993, S. 117 ff.

<sup>51</sup> BGE 130 III 213, E. 3.1: «Sie müssen einerseits geeignet sein, die Vertrauensgrundlage (...) zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird

rer Meinung nach ist das Rechtsverhältnis zwischen operativ tätigem Organ und der Gesellschaft als einheitliches Rechtsverhältnis zu qualifizieren, auf das primär gesellschaftsrechtliche und subsidiär arbeitsrechtliche Normen zur Anwendung kommen. Das Organ muss sich auf ein einheitliches Bündel von Rechten und Pflichten verlassen können. Folglich muss das Organ sein Verhalten nach der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht richten (Art. 717 Abs. 1 OR).

Der Inhalt des «Gesellschaftsinteresse» nach Art. 717 Abs. 1 OR hängt vom Gesellschaftszweck ab. Enthält der Zweck einer Gesellschaft die Anwei-

sung das Konzerninteresse zu verfolgen, liegt eine Parallelität der Gesellschafts- und Konzerninteressen vor. Somit handeln die Organe im Interesse der Gesellschaft deren Organ sie sind, wenn sie das Interesse des Konzerns verfolgen. Eine unbeschränkte Verfolgung des Konzerninteresses findet seine Grenze im Gläubigerschutz, bei nicht vollständig beherrschten Gesellschaften auch im Minderheitenschutz. Ist ein konzernweites Interesse durch den Zweck nicht geschützt, liegt eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht vor, wenn eine Handlung im Konzerninteresse erfolgte und einen Schaden bei der Konzerngesellschaft verursacht.