

# Festschrift

Zur Emeritierung  
von Jean-Fritz Stöckli

Herausgegeben von  
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



# Festschrift

## Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli

Herausgegeben von  
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



© 2014 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-630-0  
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum unter Hinweis auf die Erstpublikation im Open-Access-Repositoryum ihrer Heimuniversität zu hinterlegen.



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung der Verlage unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014

ISBN 978-3-03751-630-0

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

© 2014 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-630-0  
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum unter Hinweis auf die Erstpublikation im Open-Access-Repository ihrer Heimuniversität zu hinterlegen.

---

# Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN <i>Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich</i> Arbeitsrechtliche Paradigmenwechsel des neuen Sanierungsrechts Ausgewählte Fragen zum Arbeitsverhältnis im Nachlassverfahren und im Konkurs	1
URS R. BEHNISCH <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Steuerrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i> Zur steuerlichen Behandlung der Weiterbildungskosten	25
ALFRED BLESİ <i>Dr. rer. publ. lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht</i> THOMAS PIETRUSZAK <i>lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht</i> Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?	47
STEPHAN BREITENMOSE <i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Richter am Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen</i> ROBERT WEYENETH <i>Dr. iur., Advokat, wissenschaftlicher Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i> Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht	61
PIA BUSER <i>Dr. iur.</i> Die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund im Urhebervertragsrecht Das Beispiel des «Roten Vari» (Urteil des BGer. 4A_598/2012 vom 19. März 2013)	95

CONRADIN CRAMER	129
<i>Dr. iur., LL.M., Advokat und Notar, Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigungen	
Möglichkeiten für die Implementierung geänderter Arbeitsbedingungen	
JEAN-PHILIPPE DUNAND	151
<i>Prof. Dr. iur., avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel</i>	
SANDRINE TORNARE	
<i>lic. iur., avocate, médiatrice, chargée d'enseignement suppléante à l'Université de Genève</i>	
«Personne de confiance» et prévention des conflits au travail	
Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011	
ROLAND FANKHAUSER	177
<i>Prof. Dr. iur., LL.M., Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Advokat in Basel</i>	
SARAH GUILLOD	
<i>MLaw, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Arbeitsbeziehungen zwischen Ehegatten – Risiken und Nebenwirkungen	
MARTIN FARNER	193
<i>lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich</i>	
Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz	
Plädoyer für eine Reform	
THOMAS GÄCHTER	211
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich</i>	
Keine Insolvenzenschädigung für nicht bezogene Ferien und geleistete Überstunden?	
Gedanken an einer Schnittstelle von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	

THOMAS GEISER	233
<i>Prof. Dr. iur., Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen</i>	
Flexibilisierung der Arbeitszeiten	
Möglichkeiten und Schranken	
PHILIPPE GNÄGI	265
<i>Dr. iur., Chargé de cours à l'Université de Fribourg, président du Conseil de l'institut fédéral des Hautes Etudes en formation professionnelle, Ancien Conseiller d'Etat</i>	
Un défi pour demain: le contrat intergénérationnel dans le cadre de la prévoyance vieillesse	
FELIX HAFNER	297
<i>Prof. Dr. iur., Studiendekan und Ordinarius für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Das öffentliche Personalrecht im Visier des privatrechtlichen Arbeitsrechts	
LUKAS HANDSCHIN	317
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Rechtsanwalt in Zürich</i>	
BEAT JUCKER	
<i>MLaw, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden im auftrags-, arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht	
PETER JUNG	335
<i>Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Der leitende Angestellte als arbeitsrechtlicher Typus	
ALFRED KOLLER	359
<i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität St. Gallen</i>	
Wann begründen Fremdwährungsschäden Fremdwährungsschulden?	

MICHAEL KULL <i>Dr. iur., Rechtsanwalt</i> Die Verbindlichkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots und des Anspruchs auf Karenzentschädigung nach Art. 418d Abs. 2 OR	369
PETER MOSIMANN <i>Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i> Goethes Intendanz, die Bühnenbräuche und das heutige Theaterrecht	389
ROLAND A. MÜLLER <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Obligationen-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich</i> DANIELA FRITSCH <i>lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin von Prof. Dr. Wolfgang Portmann, Lehrstuhl für Privat- und Arbeitsrecht, Universität Zürich</i> Die soziale Verantwortung (multi-)nationaler Unternehmen im Rahmen der internationalen Instrumente – eine Gegenüberstellung	407
KURT PÄRLI <i>Prof. Dr. iur., Professor für Arbeitsrecht und Europarecht an der School of Management and Law der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften und Privatdozent für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St. Gallen</i> Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte Zu den weitreichenden Folgen der jüngeren Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte	435
ANNE PETERS <i>Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Direktorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg), Titularprofessorin an der Universität Basel, Honorarprofessorin an der Universität Heidelberg</i> Internationale Arbeiterrechte als subjektive internationale Rechte	465
WOLFGANG PORTMANN <i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich</i> Das kollektive Arbeitsrecht im neuen ungarischen Arbeitsgesetzbuch Eine Betrachtung aus schweizerischer Perspektive	493

MANFRED REHBINDER	527
<i>Prof. Dr. iur., em. o. Prof. der Universität Zürich, Honorarprofessor der Universität Freiburg (Br.)</i>	
Statusbegriffe von Henry S. Maine über Georg Jellinek bis in die Gegenwart	
ROGER RUDOLPH	547
<i>Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Streiff von Kaenel AG, Wetzikon</i>	
Allgemeine Anstellungsbedingungen: Ausgewählte Rechtsfragen	
ADRIAN STAEHELIN	567
<i>Prof. Dr. iur. Dr. h.c., o. Appellationsgerichtspräsident, em. Professor der Universität Basel</i>	
Betriebsübergang bei Insolvenz des Arbeitgebers nach neuem Recht: Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse	
HANS-ULRICH STAUFFER	583
<i>Dr. iur., Advokat, Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
Schnittstellenprobleme Arbeitsvertragsrecht Berufliche Vorsorge Anforderungen an die Koordination	
OLIVIER SUBILLIA	595
<i>Dr. iur., Avocat, Formateur et spécialiste FSA droit du travail</i>	
Quelques cas atypiques de transferts d'entreprises Le transfert d'activités de ou vers une collectivité publique à l'épreuve des art. 333 s. CO et de la LFus	
THOMAS SUTTER-SOMM	621
<i>Prof. Dr. iur., Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	
NICOLAS FUCHS	
<i>MLaw</i>	
Ausgewählte Fragen des arbeitsrechtlichen Prozesses nach der ZPO	



CHRISTA TOBLER <i>Prof. Dr. iur., Ordinaria für Europarecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	649
Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs Zum Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 und insbesondere zur Frage der Vergleichbarkeit	
FRANK VISCHER <i>Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Emeritus für Privatrecht und Internationales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	677
Anmerkungen zum sozialen Vertragsrecht	
ADRIAN VON KAENEL <i>Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich</i>	697
Gleichwertigkeitsvergleich zwischen zwei Gesamtarbeitsverträgen	
GUSTAV WACHTER <i>Univ.-Prof. i.R. Dr. iur., langjähriger Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Innsbruck, langjähriger Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck, Präsident der Tiroler Juristischen Gesellschaft</i>	715
Der aktuelle rechtliche Rahmen für die Bezüge von Vorstandsmitgliedern in Österreich	
SARAH WENGER <i>Dr. iur., Advokatin, WALDMANN PETITPIERRE, Basel</i>	751
MARTIN KAISER <i>Dr. iur., Advokat, BEELEGAL, Zürich/Brugg</i>	
(Arbeits-)rechtliche Aspekte des Berufssports Unter besonderer Berücksichtigung des Fussballsports	
CORINNE WIDMER LÜCHINGER <i>Prof. Dr. iur., Advokatin, Ordinaria für Privatrecht, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel</i>	777
Zur Kausalität bei Asbestschäden	

ANDREAS WIEDE 797  
*lic. iur., Advokat, Zürich*

Die schwächere Partei  
Materielle Vertragsgerechtigkeit wie und für wen?

ISABELLE WILDHABER 835  
*Prof. Dr. iur., LL.M., Assistenzprofessorin für Arbeits- und Haftpflichtrecht  
an der Universität St. Gallen*

Gedanken zum Schutz von Vermietern

---

# Der leitende Angestellte als arbeitsrechtlicher Typus

PETER JUNG

## Inhaltsübersicht

I.	Einführung	335
II.	Methodische Grundlagen	338
	1. Methodische Einordnung des Begriffs	338
	a) Der leitende Angestellte als typologisch geprägter Begriff	338
	b) Der leitende Angestellte als normativer Realtypus	343
	2. Methodische Handhabung des Begriffs	344
III.	Merkmale der leitenden Tätigkeit	346
	1. Merkmalsgruppen	346
	a) Tätigkeitsbezogene Merkmale (Arbeitsverpflichtung)	346
	b) Kompetenzbezogene Merkmale (Ermächtigung)	347
	c) Zurechnungsbezogene Merkmale (Verantwortung)	348
	d) Statusbezogene Merkmale (Stellung)	349
	e) Vergütungsbezogene Merkmale (Gegenleistung)	349
	2. Gewichtung der Merkmale	350
IV.	Erscheinungsformen der leitenden Tätigkeit	352
	1. Typenreihe der höheren leitenden Tätigkeit	352
	2. Typenreihe der leitenden Tätigkeit	355
V.	Schluss	357

## I. Einführung

Der im schweizerischen Recht verschiedentlich verwendete Begriff des leitenden Angestellten/Arbeitnehmers<sup>1</sup> (*cadre dirigeant/employé occupant une fonction dirigeante, impiegato con funzione dirigenziale*) ist ein klassifikatorischer Begriff, der einer in einem Arbeitsverhältnis stehenden Person aufgrund ihrer Stellung und Tätigkeit einen Status zuweist. Aus diesem Status ergeben

---

<sup>1</sup> In diesem Beitrag wird der überkommene und auch im Gesetz verbreitete Begriff des «leitenden Angestellten» verwendet, obgleich das private Arbeitsrecht nicht mehr zwischen Arbeitern und Angestellten unterscheidet, so dass eigentlich vom «leitenden Arbeitnehmer» (so auch etwa THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2009, N 933) gesprochen werden müsste.

sich ganz unterschiedliche insbesondere völker-<sup>2</sup>, ausländer-<sup>3</sup>, aufsichts-<sup>4</sup>, steuer-<sup>5</sup>, straf-<sup>6</sup>, personal-<sup>7</sup> und arbeitsrechtliche<sup>8</sup> Rechtsfolgen. Die Stellung des Begriffs in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten und Regelungszusammenhängen bedingt eine zumindest im Detail divergierende Auslegung.<sup>9</sup> Der folgende Beitrag beschränkt sich auf das Arbeitsrecht, welchem sich *Jean-Fritz Stöckli* als liebenswerter Kollege in der Basler Fakultät besonders engagiert und gewinnbringend gewidmet hat.

Im Arbeitsrecht verwendet der Gesetzgeber bzw. definiert der Verordnungsgeber nur den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit (*fonction dirigeante*

<sup>2</sup> Siehe dazu etwa das Verbot politischer Betätigung nach Art. V Abschnitt 6 des Abkommens über die Internationale Entwicklungsorganisation vom 26. Januar 1960 (SR 0.979.3) oder Art. III Abschnitt 9 des Abkommens über die Internationale Finanz-Corporation vom 25. Mai 1955 (SR 0.979.4).

<sup>3</sup> Siehe zum Erfordernis einer schweizerischen Staatsangehörigkeit bzw. eines schweizerischen Wohnsitzes etwa Art. 5c Abs. 3 der Seeschiffahrtsverordnung vom 20. November 1956 (SR 747.301).

<sup>4</sup> Siehe etwa zum Erfordernis der branchenspezifischen Zuverlässigkeit von leitenden Angestellten bzw. leitendem Personal einer bewilligungspflichtigen Person Art. 5c und Art. 12 Abs. 1 lit. a 12 VSBG (SR 935.521); ähnlich (leitende Funktion für die Erbringung der Transportdienstleistung) Art. 4 Abs. 2 STUG (SR 744.10); das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG beschränkt sich auf die Tätigkeit in leitender Stellung (Gewährspersonen und Personen mit wesentlicher Verantwortung; dazu etwa BSK-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, N 20 zu Art. 33 FINMAG) bei einer oder einem von der FINMA Beaufsichtigten; auch die Sanktion der Einziehung nach Art. 35 Abs. 1 und 2 FINMAG ist neben der/dem Beaufsichtigten auf verantwortliche Personen in leitender Stellung beschränkt (dazu BSK-BÖSCH, N 11 zu Art. 35 FINMAG).

<sup>5</sup> Siehe etwa Art. 1 Abs. 1 lit. a ExpaV (SR 642.118.3); zur ausnahmsweisen Besteuerung am Arbeitsort von Personen in leitender Stellung, die nur am Wochenende an ihren Wohnort zurückkehren, siehe für das interkantonale Verhältnis BGE 101 Ia 557, Erw. 4.a) und PETER LOCHER, Einführung in das interkantonale Steuerrecht, 3. Aufl., Bern 2009, S. 31; lediglich der Sache nach (dazu ROBERT WALDBURGER, Das Einkommen aus unselbständiger Arbeit im internationalen Steuerrecht der Schweiz, St. Gallen 1990, S. 251) und unter Einbeziehung von Organmitgliedern Art. 15 Abs. 4 S. 1 DBA-Deutschland (SR 0.672.913.62).

<sup>6</sup> Siehe etwa zur Zurechnung des Verhaltens von leitenden Angestellten im Zusammenhang mit der Strafbarkeit von juristischen Personen Art. 18 Abs. 1 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption vom 27. Januar 1999 (SR 0.311.55).

<sup>7</sup> Im öffentlichen Personalwesen ist zumeist von Mitgliedern des obersten und oberen Kaders (vgl. zu einer Umschreibung des Begriffs etwa den Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt RRB Nr. 03/17/21 vom 13. Mai 2003) die Rede, für die etwa aufgrund des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen des obersten Kaders und der Mitglieder leitender Organe von Unternehmen und Anstalten des Bundes (AS 2004, 297) Sonderregelungen gelten; zur Möglichkeit einer Delegation von Aufgaben durch Mitglieder des obersten Kaders an leitende Angestellte siehe etwa Art. 49 Abs. 3 BGerR (SR 173.110.131).

<sup>8</sup> Dazu sogleich näher.

<sup>9</sup> Siehe dazu nur VG BE BVR 2008, S. 514 ff., 518.

élevée, ufficio direttivo elevato) in Art. 3 lit. d und Art. 3a lit. b ArG bzw. Art. 9 ArGV 1. Er wollte damit vom Geltungsbereich der öffentlich-rechtlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen<sup>10</sup> und damit auch der Überzeitent-schädigung (vgl. Art. 13 ArG)<sup>11</sup> eine Kategorie von Arbeitnehmern, Organ-  
personen und Gesellschaftern herausnehmen, die wie selbständige Unterneh-  
mer ihre Arbeitszeit im Wesentlichen selber bestimmen könnten und daher  
nicht des Schutzes der hierauf bezogenen Regelungen bedürften.<sup>12</sup>

Der Begriff des leitenden Angestellten wurde demgegenüber von der Recht-  
sprechung und Lehre insbesondere im Zusammenhang mit der Leistung und  
Abgeltung von Überstundenarbeit nach Art. 321c OR entwickelt. Zwar gilt  
Art. 321c OR auch für leitende Angestellte<sup>13</sup>, doch besteht ein Anspruch auf  
die Abgeltung von Überstundenarbeit nach ständiger Rechtsprechung nur  
dann, wenn die Abgeltung oder eine Normalarbeitszeit vereinbart wurden,  
Zusatzaufgaben übertragen wurden oder die ganze Belegschaft über längere  
Zeit im wesentlichen Umfang Überstundenarbeit leistet.<sup>14</sup> Nach dem Zweck  
dieser auch für viele Gesamtarbeitsverträge massgeblichen Begriffsbildung  
handelt es sich um Arbeitnehmer, von denen erwartet wird, dass sie mehr als  
das übliche Pensum leisten, und bei denen der Umfang und das Gewicht der  
zu erfüllenden Aufgaben die Gegenleistung des Arbeitgebers in bedeutende-  
rem Masse bestimmen als die wöchentliche weitgehend frei einzuteilende  
Arbeitszeit.<sup>15</sup> Weitere arbeitsrechtliche Bedeutung hat die leitende Stellung

<sup>10</sup> Anwendbar bleiben jedoch nach Art. 3a lit. b ArG die Bestimmungen des ArG zum Gesund-  
heitsschutz.

<sup>11</sup> CHRISTOPH SENTI, Überstunden, AJP 2003, S. 373, 384; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/  
ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich  
2012, N 6 zu Art. 321c OR.

<sup>12</sup> Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl 1960, S. 947 (zu den beispielhaft aufgezählten Funktionen  
siehe unten in FN 113); zur Zielsetzung auch FRANK VISCHER, Schweizerisches Privatrecht,  
Obligationenrecht – Besonderer Teil: Der Arbeitsvertrag (SPR VII/4), 3. Aufl., Basel 2005,  
S. 62.

<sup>13</sup> So ausdrücklich das Urteil des BGer. 4A\_172 und 4A\_174/2012 (vereinigt) vom 22. Au-  
gust 2012, E. 4.3.2; KUKO-PIETRUSZAK, N 20 zu Art. 321c OR; generell zur unterschiedslosen  
Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts auf alle Arbeitnehmer BGE 130 III 213, Erw. 2.1;  
VISCHER (FN 12), S. 59.

<sup>14</sup> BGE 129 III 171, Erw. 2.1; BGer. JAR 1998, S. 144 ff., 145 f.; BGer. 4A\_172 und 4A\_174/2012  
(vereinigt) vom 22. August 2012, E. 4.3.2; in der Lehre BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu  
Art. 321c OR; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht,  
3. Aufl., Zürich 2013, N 173; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), N 6 zu Art. 321c OR;  
KUKO-PIETRUSZAK, N 20 zu Art. 321c OR.

<sup>15</sup> BGE 129 III 171, Erw. 2.1.

etwa<sup>16</sup> für die Intensität der arbeitsvertraglichen Treuepflicht und ihre ausnahmsweise Ausstrahlung in den ausserdienstlichen Bereich<sup>17</sup>, die Kündigung aufgrund persönlicher Eigenschaften<sup>18</sup>, die Schranken des Weisungsrechts<sup>19</sup>, die allfällige Vergütung von Erfindungen und Designs (Art. 332 Abs. 4 OR) oder die Zulässigkeit der Bearbeitung von persönlichen Daten<sup>20</sup>.

Unklar sind nicht nur die Kriterien für die Abgrenzung der (höheren) leitenden von den sonstigen Angestellten, sondern auch das Verhältnis des Begriffs des (einfachen) leitenden Angestellten zu dem in Art. 3 lit. d bzw. 3a lit. b ArG verwendeten und in Art. 9 ArGV 1 definierten Begriff der höheren leitenden Tätigkeit.<sup>21</sup> Die folgende Skizze beschäftigt sich mit diesen Fragen und möchte damit zugleich einen exemplarischen Beitrag zum methodischen Umgang mit Typusbegriffen leisten.

## II. Methodische Grundlagen

### 1. Methodische Einordnung des Begriffs

#### a) Der leitende Angestellte als typologisch geprägter Begriff

Der Begriff des leitenden Angestellten ist ein durch das typologische Merkmal der leitenden Tätigkeit und Stellung im Unternehmen (*fonction dirigeante, ufficio direttivo*) geprägter Begriff.<sup>22</sup> Derartige Typenbegriffe umschreiben mit Hilfe eines elastischen und interdependenten Merkmalsgefüges einen Wesenskern, der allen dem Typus zugehörigen Erscheinungen trotz der Verschiedenheit ihrer Einzelzüge innewohnt.<sup>23</sup> Im Gegensatz zu einem gewöhn-

---

<sup>16</sup> Zu einer umfassenden Darstellung der Sonderstellung von leitenden Angestellten siehe CLAUS HUTTERLI, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht*, 2. Aufl. Bern 1982, S. 34 ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu nur PORTMANN/STÖCKLI (FN 14), N 360 und 371; VISCHER (FN 12), S. 157; speziell zur Bindung an ein Konkurrenzverbot HUTTERLI (FN 16), S. 21; generell zur Relativität der Treuepflicht in Abhängigkeit von der geschuldeten Arbeitsleistung THOMAS GEISER, *Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken*, Bern 1983, S. 57 et passim.

<sup>18</sup> VISCHER (FN 12), S. 239.

<sup>19</sup> Dazu etwa PORTMANN/STÖCKLI (FN 14), N 439.

<sup>20</sup> Dazu etwa PORTMANN/STÖCKLI (FN 14), N 579.

<sup>21</sup> Siehe nur BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), N 6 zu Art. 321c OR.

<sup>22</sup> Zögernd in der Qualifikation als Typus HUTTERLI (FN 16), S. 19 f.

<sup>23</sup> Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 221 und 462.

lichen Begriff ist der Typus durch die Offenheit, die vereinzelte Entbehrlichkeit und die Abstufbarkeit seiner Merkmale gekennzeichnet, so dass ein Sachverhalt ihm nur wertend zugeordnet und nicht unter ihn subsumiert werden kann.<sup>24</sup>

Offen ist der Typus, weil er im Gegensatz zum Begriff nicht durch bestimmte Merkmale einer Definition abschliessend festgelegt ist.<sup>25</sup> Der lediglich exemplarisch herausgearbeitete Merkmalskomplex soll den Typus möglichst zutreffend beschreiben, er unterliegt aber einer ständigen Korrektur anhand des leitenden Wertungsgesichtspunkts und der tatsächlichen Entwicklungen. Damit können auch bislang unberücksichtigte Kriterien herangezogen werden.<sup>26</sup> So blieb beispielsweise das Merkmal der Ausbildung für eine Leitungsfunktion in der bisherigen Rechtsprechung offenbar unberücksichtigt, weil es auf die tatsächlich wahrgenommene Funktion und nicht auf die theoretischen Fähigkeiten und Entfaltungsmöglichkeiten einer Person ankommt.<sup>27</sup> Dies steht jedoch in Zweifelsfällen der Berücksichtigung einer für das obere Management typischen Aus- oder Fortbildung – insbesondere, wenn diese von der Arbeitgeberin gefordert wird bzw. angeregt oder angeboten wurde – nicht entgegen, zumal sich die Mitglieder des oberen Kaderns typischerweise durch eine besondere Qualifizierung und Schulung auszeichnen bzw. die

<sup>24</sup> Zur methodischen Gegenüberstellung von Begriff und Typus siehe nur LARENZ (FN 23), S. 215 ff. und 461 ff.; ARNOLD KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Fribourg 1967, S. 15 ff.; KARL ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. Heidelberg 1968, S. 237 ff.; HARM PETER WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin 1970, S. 102 ff.; krit. hingegen LOTHAR KUHLEN, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin 1977, S. 65 ff. und passim; FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, Juristische Methodik, Bd. 1 (Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis), 11. Aufl., Berlin 2013, N 230 f.; REINHOLD ZIPPELIUS, Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in: Bockelmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M. 1969, S. 224 ff.; PETER KOLLER, Theorie des Rechts – Eine Einführung, 2. Aufl., Wien 1997, S. 207 ff.

<sup>25</sup> LARENZ (FN 23), S. 303; DETLEF LEENEN, Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971, S. 34 ff.; GUSTAV WACHTER, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person, Berlin 1980, S. 113 ff.; krit. JOACHIM STOLTERFOHT, Die Selbständigkeit des Handelsvertreters – Ein Beitrag zur Abgrenzung nach Handels-, Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, Düsseldorf 1973, S. 171 f.

<sup>26</sup> LEENEN (FN 25), S. 109; WACHTER (FN 25), S. 117 ff.

<sup>27</sup> Gegen eine Berücksichtigung daher etwa auch ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz – Kommentar, 7. Aufl., Zürich 2009, N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG und HUTTERLI (FN 16), S. 30.

Wahrnehmung der ihnen typischerweise übertragenen Aufgaben besondere Fähigkeiten, Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt<sup>28</sup>.

Der Typus ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass nicht alle Typusmerkmale gegeben sein müssen, sondern das Fehlen einzelner Merkmale durch das Vorhandensein anderer Merkmale kompensiert werden kann.<sup>29</sup> Grundsätzlich ist damit jedes Typusmerkmal für sich genommen entbehrlich und ein blosses Indiz im Rahmen der exemplarisch gemeinten Typusbeschreibung.<sup>30</sup> Zwar gibt es regelmässig bedeutendere Typusmerkmale, die sich ihrer Natur nach einem unverzichtbaren Begriffsmerkmal annähern können<sup>31</sup>, wie dies im Fall der leitenden Tätigkeit und Stellung für die von Art. 9 ArGV 1 und allgemein als besonders wichtig erachtete Kombination aus wesentlicher Entscheidungsgewalt und Verantwortung gilt<sup>32</sup>. Bei einem für das Unternehmen zentralen Forscher oder Designer oder dem Leiter einer Stabsabteilung wie der Rechtsabteilung sollte eine fehlende wesentliche Entscheidungsgewalt zumindest der Qualifikation als einfacher leitender Angestellter nicht entgegenstehen.<sup>33</sup> Letztlich kommt es beim typologischen Denken immer nur darauf an, dass der Sachverhalt die Typusmerkmale in solcher Anzahl und Stärke aufweist, dass er bei der zuordnenden und am leitenden Wertungsgesichtspunkt orientierten Gesamtbetrachtung dem Typus noch entspricht.<sup>34</sup> So kann aufgrund der Kompensationsmöglichkeit auch eine Person, die direkt den Weisungen des Verwaltungsrates unterstellt ist und die Mehrzahl der anderen Mitarbeiter einstellt, trotz eines niedrigen Gehalts von monatlich CHF 6'500 als leitender Angestellter qualifiziert werden, wenn das betreffende Unternehmen erst seit kurzem besteht und zusätzlich zum Gehalt eine Gewinnbeteiligung vereinbart wurde.<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 20; vgl. dazu auch § 5 Abs. 3 Nr. 3 deutsches BetrVG.

<sup>29</sup> STOLTERFOHT (FN 25), S. 69 f.

<sup>30</sup> LARENZ (FN 23), S. 219 f.

<sup>31</sup> Dazu generell WACHTER (FN 25), S. 120 f. und LEENEN (FN 25), S. 54.

<sup>32</sup> So für die höhere leitende Tätigkeit OGer. LU JAR 2001, S. 174 ff., 176; HUTTERLI (FN 16), S. 23 f., 32; JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, Bern 2007, S. 261; GEISER/MÜLLER (FN 1), N 935; HENRI ZWAHLEN, in: Hug (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N 13 zu Art. 3 ArG.

<sup>33</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 26 f.

<sup>34</sup> Dazu LEENEN (FN 25), S. 34 ff.; LARENZ (FN 23), S. 221, 303 f. und 451.

<sup>35</sup> Siehe dazu CAPH GE JAR 1999, S. 153 ff.



Schliesslich kennt der Typus statt eines «Entweder oder» aufgrund der Abstufbarkeit zumindest einiger seiner Merkmale ein «Mehr oder Weniger».<sup>36</sup> Zwar können auch Begriffsmerkmale in unterschiedlich starker Ausprägung gegeben sein<sup>37</sup>, doch ist dies für die Subsumtion unter den Begriff unerheblich, während der Grad der Ausprägung der verschiedenen Typusmerkmale für die wertende Zuordnung eines Sachverhalts zu einem Typus von massgeblicher Bedeutung ist. Es ist daher in aller Regel nicht allein das Vorhandensein eines Typusmerkmals festzustellen, sondern auch eine Aussage zur Stärke seiner Ausprägung zu tätigen. So ist es beispielsweise von Bedeutung, ob die Vertretungsmacht in Form einer Einzel- oder Kollektivprokura mit oder ohne Grundstücks Klausel oder in Form einer General- oder mehr oder weniger weit reichenden Gattungshandlungsvollmacht besteht. Im Falle einer Kollektivvertretung ist zudem festzustellen, ob es sich um eine gemeinsam mit dem Inhaber, einem Organmitglied bzw. Personengesellschafter oder einer gleich- bzw. untergeordneten Person auszuübende Vertretungsmacht handelt. Ferner wäre eine allfällige Filialbeschränkung (vgl. Art. 460 Abs. 1 OR) zu beachten. Im Prinzip kann für jedes Typusmerkmal eine derartige nach der Intensität abgestufte Typenreihe gebildet werden.<sup>38</sup>

Der Typus ist damit ein elastisches, mehrdimensionales und interdependentes Merkmalsgefüge<sup>39</sup>, unter das nicht subsumiert werden kann, sondern dem lediglich ein Sachverhalt, der einem anderen, zweifelsfrei zum Typus gehörenden Sachverhalt in den für die Beurteilung massgeblichen Merkmalen hinreichend nahekommt, zugeordnet werden kann<sup>40</sup>. Es geht um eine zugleich beobachtende und wertende Rechtsanwendung.<sup>41</sup> Erforderlich sind mithin ein Einzelvergleich der Typusmerkmale und eine anschliessende Bewertung im Hinblick auf die Ähnlichkeit des gesamten Erscheinungsbildes.

<sup>36</sup> LEENEN (FN 25), S. 34; KOLLER (FN 24), S. 21 ff.; ENGISCH (FN 24), S. 242 ff.; WACHTER (FN 25), S. 121 ff.; WALTER OTT, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht – Dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1972, S. 25 f.; so auch am Beispiel des Tierhalters LARENZ (FN 23), S. 219; krit. KUHLEN (FN 24), S. 78 f.; MÜLLER/CHRISTENSEN (FN 24), N 230.

<sup>37</sup> MÜLLER/CHRISTENSEN (FN 24), N 230.

<sup>38</sup> OTT (FN 36), S. 63.

<sup>39</sup> LEENEN (FN 25), S. 34 und 47; KOLLER (FN 24), S. 23.

<sup>40</sup> LARENZ (FN 23), S. 275; KARSTEN SCHMIDT, Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften – Eine Untersuchung des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung, Bonn 1972, S. 78 f.; WESTERMANN (FN 24), S. 101.

<sup>41</sup> WESTERMANN (FN 24), S. 101.

Erforderlich ist dabei unter Berücksichtigung ihres Gewichts im Hinblick auf den jeweiligen Normzweck zumindest ein Überwiegen der typischen im Vergleich zu den untypischen Merkmalen.<sup>42</sup>

Im Vergleich zu einem herkömmlichen Begriff ist der Typus mithin regelmässig flexibler handhabbar<sup>43</sup>, wandelbarer<sup>44</sup>, wertungsoffener<sup>45</sup> und anschaulicher<sup>46</sup>, weist aber auch eine geringere Trennschärfe<sup>47</sup> auf. Seine Anwendung ist daher weniger rechtssicher<sup>48</sup> sowie weniger durchschaubar und kontrollierbar<sup>49</sup>. Typus und Begriff schliessen sich dabei keineswegs aus, sondern finden sich häufig in Kombinationen.<sup>50</sup> So beruht auch der Typusbegriff des leitenden Angestellten auf dem Begriff des Arbeitnehmers und dieser wiederum auf dem nur typologisch zu umschreibenden Element des Subordinationsverhältnisses<sup>51</sup>. Ferner ist der Begriff des leitenden Angestellten nur ein Oberbegriff für teilweise klar definierte Arbeitnehmergruppen wie etwa diejenige der nicht dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft angehörenden Direktoren.

---

<sup>42</sup> ZIPPELIUS (FN 24), S. 227; speziell zur Gewichtung anhand des Normzwecks OTT (FN 36), S. 66.

<sup>43</sup> ENGISCH (FN 24), S. 242.

<sup>44</sup> Zur Anpassungsfähigkeit von Typusbegriffen an veränderte Gegebenheiten siehe nur ENGISCH (FN 24), S. 242; HANS J. WOLFF, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale Bd. 5 (1952), S. 195, 202.

<sup>45</sup> Vgl. dazu LARENZ (FN 23), S. 222.

<sup>46</sup> Aufgrund der Entbehrlichkeit einzelner Typusmerkmale können zur Beschreibung eines Typusbegriffs mehr Merkmale in einer Begriffsdefinition Verwendung finden; zur vergleichswisen Konkretheit des Typus ENGISCH (FN 24), S. 237 ff.

<sup>47</sup> OTT (FN 36), S. 62; GUSTAV RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, IZTR 12 (1938), S. 46, 49; STOLTERFOHT (FN 25), S. 171 ff.

<sup>48</sup> Siehe nur OTT (FN 36), S. 119; referierend und relativierend STOLTERFOHT (FN 25), S. 171 ff. (S. 171: «Der Vorwurf der Ungenauigkeit trifft daher nicht die Denkform des Typusbegriffs, sondern die diese Denkform pervertierende Rechtswissenschaft.»).

<sup>49</sup> JOSEF ESSER, Rezension zu Karl-Heinz Strache: Das Denken in Standards, 1968, AöR 96 (1971), S. 140, 141.

<sup>50</sup> KOLLER (FN 24), S. 27.

<sup>51</sup> Vgl. zum Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit nach der sog. Schwerpunkttheorie des deutschen Handelsvertreterrechts als einem Typusbegriff eingehend STOLTERFOHT (FN 25), S. 156 ff.

## b) Der leitende Angestellte als normativer Realtypus

Nach der Form seiner Bildung kann der Begriff des leitenden Angestellten zudem als normativer Realtypus<sup>52</sup> charakterisiert werden. Als empirischer Typus findet er sich zunächst in der realen Arbeitswelt und kann damit aus der Erfahrung gewonnen werden. Insofern wird er als ein der Rechtswissenschaft in gewisser Weise vorgegebener Begriff mehr gefunden als erfunden.<sup>53</sup> Der Begriff des leitenden Angestellten kann zudem durch charakteristische Beispiele aus seinem Objektbereich (sog. positive Kandidaten) und durch den Hinweis auf den Gegentypus des einfachen Angestellten (sog. negative Kandidaten) verdeutlicht werden, um die auf einer Gesamtbetrachtung beruhende Zuordnung konkreter Sachverhalte durch Vermutungen zu erleichtern und logisch nachvollziehbar auszugestalten. Auf der anderen Seite wohnt dem Begriff des leitenden Angestellten von vornherein aber auch ein normatives Element inne, weil die Auswahl und Beschreibung der für den Typus massgeblichen Merkmale auf juristischer Abstraktion und Wertung beruhen.<sup>54</sup> Auch wenn es sich dadurch noch nicht um einen Idealtypus im Sinne MAX WEBERS<sup>55</sup> oder GEORG JELLINEKS<sup>56</sup> handelt, kommt es für die Bildung und Anwendung des Begriffs doch weniger auf empirisch feststellbare Häufigkeiten als vielmehr auf die angesichts der massgeblichen Rechtsfolgen entwickelten Wertungsgesichtspunkte und Sollensvorstellungen an.<sup>57</sup> Der Begriffsinhalt wird damit letztlich nicht durch eine bestimmte Anschauung, sondern durch den Willen des Verwenders, die systematische Stellung des Begriffs und insbesondere durch den Zweck seiner Verwendung bestimmt.<sup>58</sup> So geht es beispielsweise im Zusammenhang mit Art. 321c OR um die Bestimmung eines Kreises von Arbeitnehmern, für welche die branchenübliche Arbeitszeit nicht

<sup>52</sup> Zu dieser Bezeichnung insbesondere LARENZ (FN 23), S. 465; zur Mischung realer und normativer Elemente in den rechtswissenschaftlichen Typen näher LEENEN (FN 25), S. 80 ff.; ENGISCH (FN 24), S. 289 f.; STOLTERFOHT (FN 25), S. 170; KOLLER (FN 24), S. 29; OTT (FN 36), S. 69.

<sup>53</sup> So allgemein die Formulierung von KOLLER (FN 24), S. 30.

<sup>54</sup> Vgl. zu dieser Charakteristik normativer Begriffe ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013, S. 66 ff.

<sup>55</sup> Siehe dazu MAX WEBER, Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Winckelmann (Hrsg.), Max Weber – Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik, Stuttgart 1956, S. 186, 234 ff.

<sup>56</sup> Siehe dazu GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1922, S. 34 ff.

<sup>57</sup> Besonders hervorgehoben wird dieser Gesichtspunkt von LARENZ (FN 23), S. 465.

<sup>58</sup> Siehe dazu für den Begriff des leitenden Angestellten nur VG BE BVR 2008, S. 514 ff., 518.

gilt, weil von ihnen erwartet wird, dass sie mehr als nur das übliche Pensum leisten.<sup>59</sup> Hierfür ist dann etwa die empirisch belegbare Tatsache unbeachtlich, dass die grosse Mehrzahl der leitenden Angestellten über 30 Jahre alt ist.<sup>60</sup>

## 2. Methodische Handhabung des Begriffs

Die Zuordnung eines Sachverhalts zum Typusbegriff des leitenden Angestellten erfolgt zunächst durch herkömmliche Subsumtion unter die begrifflich fassbaren Merkmale, d.h. die Eigenschaft als natürliche Person, die sich auf bestimmte oder unbestimmte Zeit positiv betätigt und hierfür ein Entgelt erhält.<sup>61</sup> Die typologische Betrachtung begegnet sodann erstmals im Zusammenhang mit dem Merkmal des Subordinationsverhältnisses bzw. der Einordnung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin, worauf an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen werden soll.<sup>62</sup>

Im Anschluss daran ist die Stellung des zu beurteilenden Angestellten auf das Vorhandensein derjenigen Merkmale hin zu untersuchen, die das Typuselement der leitenden Tätigkeit und Stellung beschreiben. Ungeachtet der von den Beteiligten vorgenommenen Zuordnung (z.B. leitender Angestellter, Kadermitglied, Topmanager) und der von ihnen gewählten Funktionsbezeichnung (z.B. Mitglied der Unternehmensleitung, Vizedirektor, Abteilungsleiter)<sup>63</sup> ist eine gewichtete Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalls vorzunehmen.<sup>64</sup> An die anhand ihrer Intensität, Beständigkeit und Wirkungsweise vorzunehmende Bewertung der einzelnen Ty-

---

<sup>59</sup> BGE 129 III 171, Erw. 2.1; BGer. JAR 1998, S. 144 ff., 145; KUKO-PIETRUSZAK, N 20 zu Art. 321c OR.

<sup>60</sup> Vgl. dazu STOLTERFOHT (FN 25), S. 170.

<sup>61</sup> Siehe zu den Begriffsmerkmalen der positiven Betätigung, der Dauer und der Entgeltlichkeit BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 1 ff. zu Art. 319 OR; KUKO-PIETRUSZAK, N 3 ff. zu Art. 319 OR.

<sup>62</sup> Siehe dazu nur PORTMANN/STÖCKLI (FN 14), N 10 ff.

<sup>63</sup> Zur Unerheblichkeit von Funktionsbezeichnungen und Titeln BGE 126 III 337, Erw. 5.a), sowie die Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (abrufbar unter <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=de>); SENTI (FN 11), S. 385; für die Unerheblichkeit der Einordnung in einem Organigramm SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG; für eine Indizfunktion von Funktionsbezeichnungen als sekundäres Merkmal hingegen BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 263.

<sup>64</sup> BGE 126 III 337, Erw. 5.a) f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), N 6 zu Art. 321c OR; BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 260 und 263 f.; SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG; RENÉ HIRSIGER, Die Zielvereinbarung im Arbeitsrecht, Bern 2011, S. 106; R. MÜLLER (FN 27), N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG.

pusmerkmale schliesst sich daher eine an den leitenden Wertungsgesichtspunkten orientierte Gesamtbetrachtung des Sachverhalts und ein Vergleich mit den zweifellos zum Objektbereich des Typus gehörenden Erscheinungsformen an. Je zahlreicher, je stärker und je genauer die einzelnen Merkmale übereinstimmen, umso mehr spricht für die Zuordnung des Sachverhalts zum Typus und damit für eine Gleichbehandlung auf der Rechtsfolgenseite.

Mit dem beschriebenen Vorgehen kann zwar dem Vorwurf begegnet werden, das typologische Denken sei unwissenschaftlich, rein intuitiv und führe zu willkürlichen Ergebnissen.<sup>65</sup> Es handelt sich aber auch im Vergleich zur Subsumtion unter einen Begriff um eine deutlich aufwendigere und langsamere Methode der Rechtsfindung.<sup>66</sup> Als echter Typus sollte der Begriff des (höheren) leitenden Angestellten daher nur dort behandelt werden, wo es im Einzelfall auf eine möglichst gerecht vorzunehmende Differenzierung gegenüber den sonstigen Angestellten ankommt. Geht es hingegen in besonderer Weise um eine vergleichsweise einfache und rechtssichere Handhabung des Begriffs, wie dies etwa im Massenverkehr der Sozialversicherung oder im Steuerrecht der Fall ist, sollte besser mit einer der Subsumtion zugänglichen Begriffsdefinition oder einer abschliessenden Liste von Leitungsfunktionen gearbeitet werden. So werden etwa nach dem freilich nicht ganz glücklichen Art. 15 Abs. 4 S. 1 DBA-Deutschland<sup>67</sup> nur Vorstandsmitglieder<sup>68</sup>, Direktoren, Geschäftsführer und Prokuristen ausnahmsweise am Sitz der Kapitalgesellschaft besteuert, weil bei diesen Leitungspersonen von einem regelmässig besonders engen Bezug zum Sitz der Gesellschaft auszugehen ist, welcher die Ausnahme von der Besteuerung des Einkommens im Ansässigkeitsstaat zugunsten des Quellenstaats rechtfertigt.

---

<sup>65</sup> Vgl. dazu STOLTERFOHT (FN 25), S. 171 ff.

<sup>66</sup> Vgl. dazu KOLLER (FN 24), S. 25 und ENGISCH (FN 24), S. 263, FN 103.

<sup>67</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 11. August 1971 (SR 0.672.913.62).

<sup>68</sup> Nach deutscher Rechtsprechung stehen den Vorstandsmitgliedern noch die mit Geschäftsführungsfunktionen betrauten Verwaltungsräte (Delegierte) einer schweizerischen Aktiengesellschaft gleich (BFHE 233, 385).

### III. Merkmale der leitenden Tätigkeit

#### 1. Merkmalsgruppen

Nach Art. 9 ArGV 1 übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, «*wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann*». Aus dieser Umschreibung sowie der Rechtsprechung und Lehre namentlich zu Art. 3 lit. d ArG und zu Art. 321c OR ergeben sich einzelne Merkmale der (höheren)<sup>69</sup> leitenden Tätigkeit, die nach Sachzusammenhängen zu Gruppen zusammengefasst werden können. Dabei bestehen auch zwischen diesen Gruppen Wechselwirkungen, weil etwa ein erfolgsbezogener Vergütungsanteil vor allem dann einen Sinn ergibt, wenn der betreffende Arbeitnehmer aufgrund seiner Stellung und Kompetenzen einen Einfluss auf den Unternehmenserfolg nehmen kann. Ausserdem bedingt beispielsweise eine hierarchisch herausgehobene Stellung regelmässig entsprechende Kompetenzen und umgekehrt. Einzelne Aspekte können auf diese Weise mehrfach ins Gewicht fallen.

##### a) Tätigkeitsbezogene Merkmale (Arbeitsverpflichtung)

Für die (höhere) leitende Tätigkeit ist zunächst eine starke Arbeitsbelastung kennzeichnend, wobei eine wöchentliche Arbeitszeit in aller Regel nicht festgelegt ist<sup>70</sup> und die Arbeit im Wesentlichen frei eingeteilt werden kann<sup>71</sup>. Aus der Sicht des Arbeitgebers sollte der leitende Angestellte in zeitlicher Hinsicht frei verfügbar sein.<sup>72</sup> Die Arbeitszeit tritt mithin hinter der Aufgabenerfüllung zurück.<sup>73</sup> Die im Arbeitsvertrag festgelegte Arbeitsverpflichtung

---

<sup>69</sup> Trotz der Unterschiedlichkeit der Typen und der an sie gestellten Anforderungen (dazu unten bei FN 137 ff.) sind die Merkmale der höheren und der sonstigen leitenden Tätigkeit praktisch deckungsgleich; für eine Identität der «*Kriterien*» bei Unterschiedlichkeit des «*Massstabs*» auch SENTI (FN 11), S. 385, mit FN 160.

<sup>70</sup> Zu einer Ausnahme siehe BGE 129 III 171, Erw. 2.1.

<sup>71</sup> BGE 129 III 171, Erw. 2.1; REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), N 1 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), N 6 zu Art. 321c OR; ZWAHLEN (FN 32), N 13 zu Art. 3 ArG; einschränkend BGer. JAR 1994, S. 137.

<sup>72</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 2; HUTTERLI (FN 16), S. 22.

<sup>73</sup> BGE 129 III 171, Erw. 2.1.

ist zumeist individuell auf die Person und die Funktion zugeschnitten.<sup>74</sup> Die leitende Tätigkeit setzt regelmässig besondere Qualifikationen (Ausbildung, Fähigkeiten, Erfahrungen und Kenntnisse) voraus.<sup>75</sup> Sie ist zudem abwechslungsreich und immer wieder mit neuen Herausforderungen und Erfahrungen verbunden. Daher hat der leitende Angestellte oft auch ein besonderes Interesse an der Beschäftigung und Entfaltung im Unternehmen.<sup>76</sup> Ein hoher Anteil des Angestellten an den dem Arbeitgeber gehörenden Erfindungen und Designs i.S.v. Art. 332 OR bildet ein weiteres Indiz.<sup>77</sup>

## **b) Kompetenzbezogene Merkmale (Ermächtigung)**

Ein (höherer) leitender Angestellter verfügt sodann in aller Regel über eine weitreichende Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, die er auch ausübt. Intern besitzt er eine nicht unerhebliche finanzielle<sup>78</sup> und organisatorische<sup>79</sup> Autonomie. Im Aussenverhältnis kann ein (höherer) leitender Angestellter die Arbeitgeberin aufgrund einer weitreichenden Zeichnungsberechtigung rechtsgeschäftlich binden<sup>80</sup>, wobei eine allein oder gemeinsam mit einem Organ ausübende Prokura oder Generalhandlungsvollmacht ein besonders starkes Indiz bilden<sup>81</sup>. Bedeutsam sind zudem Informations- und Kontrollrechte.<sup>82</sup> Die Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit der Entscheidungsgewalt insbesondere auf die Kompetenz zur Einstellung und Kün-

<sup>74</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 31; siehe demgegenüber den in BGE 98 Ib 344, Erw. 3.a) wiedergegebenen Sachverhalt.

<sup>75</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 20; vgl. dazu auch § 5 Abs. 3 Nr. 3 deutsches BetrVG.

<sup>76</sup> Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Vertragsaufhebung VISCHER (FN 12), S. 266.

<sup>77</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 22.

<sup>78</sup> Zur Bedeutung der Budgetautonomie für den Begriff der höheren leitenden Tätigkeit auch BGE 126 III 337, Erw. 5.b); SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG; zur Bedeutung der Budgetverantwortung für die leitende Stellung i.S.v. Art. 35 FINMAG, BSK-BÖSCH, N 12 zu Art. 35 FINMAG.

<sup>79</sup> Zur Bedeutung eines organisatorischen Handlungsspielraums für die leitende Tätigkeit auch Urteil des BGer. 4C.157/2005 vom 25. Oktober 2005, E. 5.3.

<sup>80</sup> Urteil des BGer. 4C.157/2005 vom 25. Oktober 2005, E. 5.3; zu Art. 35 FINMAG, BSK-BÖSCH, N 12 zu Art. 35 FINMAG; vgl. zur generellen Bedeutung der Vertretungsmacht für die leitende Stellung auch die strafrechtliche Zurechnung nach Art. 18 Abs. 1 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption vom 27. Januar 1999 (SR 0.311.55); einschränkend HUTTERLI (FN 16), S. 30 und BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 263.

<sup>81</sup> Dazu bereits oben im Text nach FN 37; vgl. dazu auch § 5 Abs. 3 Nr. 2 deutsches BetrVG.

<sup>82</sup> Vgl. dazu auch die strafrechtliche Zurechnung nach Art. 18 Abs. 1 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption vom 27. Januar 1999 (SR 0.311.55).

digung von Personal<sup>83</sup> sowie die Weisungsbefugnis gegenüber anderen Mitarbeitern<sup>84</sup> abgestellt. Diese auch sog. Arbeitgeberfunktion, die deutlich über eine blossе Vorgesetztenfunktion hinausgeht<sup>85</sup>, bringt den leitenden Angestellten trotz seiner Arbeitnehmereigenschaft in einen gewissen Interessengegensatz zu den einfachen Angestellten.<sup>86</sup> Speziell für den höheren leitenden Angestellten ist es wichtig, dass dieser wiederholt Entscheidungen von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen kann<sup>87</sup> bzw. über einen grossen Entscheidungsspielraum bei der Festsetzung von Strategien und Prioritäten verfügt<sup>88</sup>.

### c) **Zurechnungsbezogene Merkmale (Verantwortung)**

Mit den Befugnissen sollte eine Verantwortung für das gesamte Unternehmen oder einen bedeutenden Teil des Unternehmens einhergehen.<sup>89</sup> Die Verantwortung sollte nicht nur abstrakt bestehen, sondern im Falle von Fehlentscheidungen bzw. eines negativen Geschäftsverlaufs z.B. aufgrund variabler Lohnbestandteile auch mit persönlichen Konsequenzen für den Angestellten verbunden sein. Auch wenn die Verantwortung für das eigene Handeln in diesen Fällen ohnehin besteht (vgl. Art. 55 Abs. 3 ZGB), sollte auch die Tatsache der ausnahmsweisen Zurechnung des schädigenden Verhaltens des Angestellten zu einer juristischen Person über die (faktische) Organschaft (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 722 OR) als starker Hinweis auf eine leitende Stellung gewertet werden.

---

<sup>83</sup> BGE 126 III 337, Erw. 5.b); Urteil des BGer. 4C.157/2005 vom 25. Oktober 2005, E. 5.3; vgl. dazu auch § 5 Abs. 3 Nr. 1 deutsches BetrVG und § 14 Abs. 2 deutsches KSchG.

<sup>84</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 2; 126 III 337, 5.a); vgl. zu der für leitende Angestellte typischen Personalverantwortlichkeit auch Art. 53 BGerR (SR 173.110.131).

<sup>85</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 31.

<sup>86</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 17 und 28 f.

<sup>87</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 2; HUTTERLI (FN 16), S. 23 f.; BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 261.

<sup>88</sup> SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG; vgl. dazu auch die im Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt (RRB Nr. 03/17/21) vom 13. Mai 2003 herausgestellten Charakteristika des oberen Kaderns.

<sup>89</sup> Vgl. dazu auch Art. 9 ArGV 1 (SR 822.111) und die im Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt (RRB Nr. 03/17/21) vom 13. Mai 2003 herausgestellten Charakteristika des oberen Kaderns; zu Art. 3 lit. d ArG SENTI (FN 11), S. 385; zu Art. 33 FINMAG BSK-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, N 20 zu Art. 33 FINMAG; zu Art. 35 FINMAG BSK-BöSCH, N 12 zu Art. 35 FINMAG.



#### d) Statusbezogene Merkmale (Stellung)

Für den (höheren) leitenden Angestellten sind schliesslich eine zumeist in einem Organigramm (organizational chart) dokumentierte und tatsächlich gegebene obere Stellung in der Unternehmenshierarchie<sup>90</sup> und eine entsprechend hohe Anzahl unterstellter Personen<sup>91</sup> kennzeichnend. Es darf in Relation zur Gesamtzahl der Beschäftigten nicht zu viele Personen auf vergleichbarer Hierarchiestufe geben.<sup>92</sup> Für die höhere leitende Tätigkeit ist zudem eine unmittelbare Berichts- und Rechenschaftspflicht gegenüber der obersten Hierarchieebene kennzeichnend.<sup>93</sup> Ein leitender Angestellter sollte ferner eine Stellung innehaben, in der ihm besonderes Vertrauen entgegengebracht wird.<sup>94</sup> Personen ohne Führungsfunktion sollten schliesslich über eine zentrale Stellung bei der Entscheidungsvorbereitung (Ratgeber) oder für die Leistungen des Unternehmens (z.B. Forscher, Entwickler, Designer, Redakteure) verfügen.<sup>95</sup> Leitende Angestellte werden schliesslich regelmässig auch von aussen als wichtige Repräsentanten des Unternehmens betrachtet, weil sie als Entwickler, Promotoren bzw. Kommunikatoren wirken und/oder Verbindungen zum Umfeld des Unternehmens herstellen.<sup>96</sup>

#### e) Vergütungsbezogene Merkmale (Gegenleistung)

Für die (höhere) leitende Tätigkeit ist ein in der jeweiligen Branche vergleichsweise hoher und zumeist aussertariflicher Lohn charakteristisch. Verbreitet sind zudem leistungs- bzw. erfolgsbezogene Bestandteile, wobei eine Gewinnbeteiligung (partiarisches Arbeitsverhältnis)<sup>97</sup> oder eine Gesellschafts-

<sup>90</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 3.a).

<sup>91</sup> BGE 101 Ia 557, Erw. 4.a); 126 III 337, Erw. 5.b).

<sup>92</sup> Vgl. dazu auch BGE 98 Ib 344, Erw. 3.d) («Ausserdem widerspricht es auch der praktischen Erfahrung, dass in einem Fabrikationsbetrieb von insgesamt rund 300 Arbeitnehmern volle zwanzig [...] über Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten verfügen sollen.»).

<sup>93</sup> SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG; ZWAHLEN (FN 32), N 13 zu Art. 3 ArG; HUTTERLI (FN 16), S. 25; BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 263 f.

<sup>94</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 2; vgl. auch BGE 126 III 337, Erw. 5.a) (für sich allein in casu jedoch nicht ausreichend); zu Art. 35 FINMAG BSK-BÖSCH, N 12 zu Art. 35 FINMAG; einschränkend VISCHER (FN 12), S. 59.

<sup>95</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 26 ff.

<sup>96</sup> Vgl. dazu auch die im Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt (RRB Nr. 03/17/21) vom 13. Mai 2003 herausgestellten Charakteristika des oberen Kaders.

<sup>97</sup> Siehe dazu etwa CAPH GE JAR 1999, S. 153 ff. und PORTMANN/STÖCKLI (FN 14), N 272.

beteiligung (z.B. aufgrund eines Aktienoptionsplans)<sup>98</sup> starke Indizien bilden. So betrug nach der Lohnstrukturerhebung des Bundesamts für Statistik im Jahre 2008<sup>99</sup> der durchschnittliche Monatslohn der Mitglieder des obersten Kaders (Topmanagement) CHF 23'500, des oberen Kaders CHF 10'505, des mittleren Kaders CHF 9'340 und des unteren Kaders CHF 7'530. Ferner erhielten die Mitglieder der verschiedenen Kader in bis zu 40% der Fälle einen teilweise erfolgs- und leistungsabhängigen Lohn, während dies nur bei 25% aller Beschäftigten der Fall war. Ausserdem lag der variable Lohnanteil bei den Kadern durchschnittlich bei 17,1% (89% im Bankenbereich), während er im allgemeinen Durchschnitt nur 4,8% ausmachte. Sofern schliesslich bereits eine Abfindung vertraglich vereinbart worden sein sollte, kann auch deren Höhe ein zusätzliches Kriterium bilden.<sup>100</sup>

## 2. Gewichtung der Merkmale

Das prinzipielle Gewicht der einzelnen Typenmerkmale bzw. Merkmalsgruppen im Rahmen der Gesamtbetrachtung ist zunächst davon abhängig, wie stark sie das Idealbild des leitenden Angestellten prägen.<sup>101</sup> Danach haben grundsätzlich eine grosse Bedeutung (Kernmerkmale)<sup>102</sup>: die zeitlich und inhaltlich im wesentlichen freie Gestaltung der anspruchsvollen Tätigkeit, die wesentliche interne und/oder externe Entscheidungsgewalt und Verantwortung in finanzieller und organisatorischer Hinsicht (Führungsfunktionen) bzw. die zentrale Bedeutung für die Entscheidungsvorbereitung (Stabsfunktionen) oder die Leistungen des Unternehmens (Entwicklungs- und Produktionsfunktionen), die Wahrnehmung einer Vertrauensstellung. Weniger wichtig sind zumeist (Zusatzmerkmale): die Höhe des Lohns sowie der Anteil von erfolgs- und leistungsbezogenen Lohnbestandteilen, die Nichterfassung

---

<sup>98</sup> VISCHER (FN 12), S. 110 ff.

<sup>99</sup> Kommentierte Ergebnisse sind abrufbar unter (betreffend die Kaderlöhne auf S. 12 f.): <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/22/publ.html?publicationID=3768>.

<sup>100</sup> VISCHER (FN 12), S. 204.

<sup>101</sup> So unterscheidet etwa auch BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 261 ff. mit gewissen Abweichungen gegenüber der hier befürworteten Einteilung sog. primäre und sog. sekundäre (Indizien) Merkmale.

<sup>102</sup> Die Bedeutung dieser Merkmale wird durch die häufig bei ihrer Nennung zu findende Wendung, dass ihr Vorliegen für sich allein nicht ausreichend sei, eher unterstrichen als eingeschränkt.

durch einen Tarifvertrag, die Vereinbarung von erheblichen Abfindungen, die Wahrnehmung von Kontrollfunktionen sowie das besondere Interesse an einer Beschäftigung bzw. Entfaltung im Unternehmen. Eine blossе Indizwirkung haben aufgrund ihrer deklaratorischen Natur Funktionsbezeichnungen, Organigramme, Titel und Handelsregistereintragungen. Das gilt grundsätzlich auch für die Ausbildung und fachliche Qualifikation der betreffenden Person.<sup>103</sup>

Letztlich hängt die prinzipielle Relevanz einzelner Merkmale bzw. Merkmalsgruppen aber vom jeweiligen Regelungszweck ab.<sup>104</sup> So ist etwa die Lohnhöhe für die Zuordnung einer Person zu den höheren leitenden Arbeitnehmern i.S.v. Art. 3 lit. d ArG nur ein untergeordnetes Kriterium<sup>105</sup>, während ihm für Art. 321c OR eine zentrale Bedeutung zukommt<sup>106</sup>, weil bei einem hohen Lohn von einer Abgeltung der Überstundenarbeit ausgegangen werden kann. So sind für Art. 321c OR auch etwa die freie Gestaltung der Arbeitszeit und die freie Verfügbarkeit des Arbeitnehmers zentral, während sie für die Intensität und Reichweite der Treuepflicht von untergeordneter Bedeutung sind. Für die Reichweite der Treuepflicht in den privaten Bereich hinein kommt es stattdessen in besonderer Weise auf die Repräsentationsfunktion eines Angestellten und die Aussenwahrnehmung an. Für die höhere leitende Tätigkeit i.S.v. Art. 3 lit. d ArG ist sodann nach Art. 9 ArGV 1 die Kombination aus Entscheidungsgewalt und Verantwortung besonders prägend, während diese Elemente bei einer einfachen leitenden Tätigkeit unter Umständen entbehrlich sind.<sup>107</sup>

Das konkrete Gewicht einzelner Merkmale bzw. Merkmalsgruppen bei der Zuordnung einer bestimmten Person zum Typus des (höheren) leitenden Angestellten hängt schliesslich von der Intensität ihres Vorliegens<sup>108</sup> sowie von der Art (z.B. Branche<sup>109</sup>, Unternehmensgegenstand), der Organisationsform

<sup>103</sup> Dazu bereits oben nach FN 26; die fachliche Qualifikation entgegen der h.M. höher gewichtend HUTTERLI (FN 16), S. 20.

<sup>104</sup> Dazu generell für Typenmerkmale OTT (FN 36), S. 66.

<sup>105</sup> Für eine blossе Indizfunktion sogar BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 263; HUTTERLI (FN 16), S. 30 f.

<sup>106</sup> VISCHER (FN 12), S. 166; REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), N 1 zu Art. 321c OR.

<sup>107</sup> Dazu bereits oben bei FN 32 f.

<sup>108</sup> Dazu bereits oben bei FN 36 ff.

<sup>109</sup> So kommt etwa nach GEISER/MÜLLER (FN 1), N 934, dem Lagerchef in einem Lagerunternehmen, nicht aber in einem Produktionsbetrieb eine höhere leitende Funktion zu.

(z.B. Rechtsform des Unternehmensträgers, Führungsstruktur, Betriebsstruktur, Konzernierung) und der Grösse<sup>110</sup> des Unternehmens ab.

## IV. Erscheinungsformen der leitenden Tätigkeit

Neben den einzelnen Typenmerkmalen kann auch der Typus insgesamt in seinen Erscheinungsformen abgestuft werden, wobei das Typische allmählich in das Atypische übergeht.<sup>111</sup> Daher können auch für die Typen der leitenden und der höheren leitenden Tätigkeit anhand der Zahl und des Gewichts der gegebenen bzw. nicht gegebenen Typusmerkmale sog. Typenreihen aus Erscheinungsformen gebildet werden, die im Sinne des sog. Drei-Bereiche-Modells<sup>112</sup> mehr oder minder eindeutig (sog. positive Kandidaten), unter Umständen (sog. neutrale Kandidaten) oder mehr oder minder eindeutig nicht (sog. negative Kandidaten) in den Anwendungsbereich des Typus fallen.

### 1. Typenreihe der höheren leitenden Tätigkeit

In der Botschaft zum Arbeitsgesetz findet sich eine beispielhafte Liste von Funktionen, die mit einer höheren leitenden Tätigkeit verbunden sind.<sup>113</sup> Mit Ausnahme der Direktoren<sup>114</sup>, der Betriebsleiter und des höheren Forstperso-

---

<sup>110</sup> So auch ausdrücklich Art. 9 ArGV 1 (SR 822.111).

<sup>111</sup> OTT (FN 36), S. 62.

<sup>112</sup> Siehe dazu nur KRAMER (FN 54), S. 62 ff.

<sup>113</sup> Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl 1960, S. 947 (beispielhaft werden in einer teilweise unklar formulierten Aufzählung genannt: Direktoren, Betriebsleiter, das höhere Forstpersonal, die zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Kollektivgesellschaftler, die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, die zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Mitglieder der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, die Geschäftsführer und Vertreter von AG, GmbH und Genossenschaften sowie Drittpersonen, denen die Geschäftsführung und Vertretung einer AG oder Genossenschaft übertragen sind).

<sup>114</sup> Bei Direktoren ist die Qualifikation des schuldrechtlichen Bestandteils des Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft als Arbeitsverhältnis unbestritten (dazu für einen Vizedirektor etwa BGE 128 III 129, Erw. 1.bb)); zur umstrittenen Einordnung der Delegierten des Verwaltungsrats als Selbständige siehe KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich 2007, N 582 m.w.N.; vgl. dazu auch BGE 118 III 46, Erw. 3 (Verweigerung des Arbeitnehmern zukommenden Konkursprivilegs bei einem einzelzeichnungsberechtigten Delegierten); siehe zum Ganzen eingehend STEFAN SCHMIDTMADDEL, Das Verhältnis von Exekutivorganmitgliedschaft und Anstellung im schweizerischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, Basel 2013, S. 78 ff.

nals betreffen die dort aufgeführten Beispiele allerdings Gesellschafter oder die Mitglieder des obersten weisungsbefugten Exekutivorgans und damit keine nach zutreffender Ansicht in einem Subordinationsverhältnis stehenden Angestellten.<sup>115</sup> Nach dem daraus erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen aber jedenfalls die Mitglieder der obersten Führungsebene eines Unternehmens auch dann eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, wenn sie in einem Arbeitsverhältnis stehen.<sup>116</sup> Das gilt auch für die in das Exekutivorgan einer Tochtergesellschaft delegierten Arbeitnehmer der Muttergesellschaft, da sie zwar einerseits als Arbeitnehmer den Weisungen der Muttergesellschaft unterliegen, andererseits aber auch das Interesse der rechtlich eigenständigen Tochtergesellschaft zu wahren und dabei grundsätzlich wichtige unübertragbare Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR bzw. Art. 810 Abs. 2 OR<sup>117</sup> wahrzunehmen haben.

Zu den höheren leitenden Angestellten sollten ferner Personen auf der unmittelbar nachgeordneten Leitungsebene gehören, sofern sie Entscheidungen von grosser Tragweite für das Unternehmen als Ganzes oder bedeutendere Teile des Unternehmens (Abteilungen) mehr oder weniger selbständig treffen und so die Geschicke des Unternehmens nachhaltig beeinflussen.<sup>118</sup> In einem Einzelunternehmen gehört zu diesem Personenkreis zweifellos ein Arbeitnehmer, der die Inhaberin regelmässig in der Leitungsfunktion vertritt («alter ego»,

<sup>115</sup> Zur Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Geschäftsbesorgungsverhältnissen sowie zur auftragsrechtlichen Natur eines allfälligen gesonderten Dienstvertrags mit einem Gesellschafter siehe nur ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. Bern 2012, § 1 N 86 ff.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 18 zu Art. 319 OR und CHK-JUNG, N 3 zu Art. 540 OR; zur nach h.M. gegebenen Doppel- und Innominatnatur des organchaftlichen Geschäftsbesorgungsverhältnisses auf der obersten Ebene siehe nur BGE 128 III 129, Erw. 1 ff.; PORTMANN/STÖCKLI (FN 14), N 29 f.; VISCHER (FN 12), S. 59 f. und 61 f.; ROTH PELLANDA, (FN 114), N 581 f. m.w.N.; hingegen grundsätzlich für eine Arbeitnehmereigenschaft von Verwaltungsräten GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 1682 (mit Ausnahme bei wirtschaftlicher Identität mit der Gesellschaft); zur Abhängigkeit der Qualifikation von der Weisungsabhängigkeit im Einzelfall BGE 130 III 213, Erw. 2.1; siehe zum Ganzen eingehend SCHMIDTMADEL (FN 114), S. 57 ff.

<sup>116</sup> So auch etwa SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG.

<sup>117</sup> Die Einzelheiten der Rechtsstellung der Exekutivorganmitglieder der Tochtergesellschaft sind aufgrund des sog. Konzernparadoxons sowohl im Fall der Einordnung (Beteiligung ab 95%) wie auch sonst umstritten (siehe dazu nur MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER [FN 115], § 24 N 45 ff. und PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 11, N 236 ff.)

<sup>118</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 2; BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 261; ZWAHLEN (FN 32), N 13 zu Art. 3 ArG.

«rechte Hand»<sup>119</sup>. Angenommen wurde dies auch im Falle des Leiters zweier Abteilungen eines Einzelunternehmens.<sup>120</sup> In grösseren Unternehmen sind die Leiter bedeutender Abteilungen wie der Personalabteilung, des Ein- und Verkaufs sowie der Produktion zu den höheren leitenden Angestellten zu zählen.<sup>121</sup> In einem Spital kommt jedenfalls dem Verwaltungsdirektor und grundsätzlich auch den Chefärzten eine solche Funktion zu.<sup>122</sup>

Unter Umständen gehören auch Filialleiter, Betriebsleiter und Bauführer auf Grossbaustellen zu den höheren leitenden Angestellten.<sup>123</sup> Wichtig ist dabei jedoch die Kumulation von bedeutenden Entscheidungsbefugnissen und grosser Verantwortung für einen bedeutenden Unternehmensteil im oben beschriebenen Sinne.<sup>124</sup> Dabei kann die entsprechende Leitungsfunktion auch bei einer erheblichen Grösse der Filiale, des Betriebs oder der Baustelle in Frage stehen, wenn das Unternehmen straff von seiner Hauptverwaltung aus gelenkt wird. Zu den prinzipiell neutralen Kandidaten gehören auch Vizedirektoren, Generalbevollmächtigte, Zeichnungsberechtigte i.S.v. Art. 119 Abs. 1 lit. h HRRegV oder Prokuristen i.S.v. Art. 458 ff. OR<sup>125</sup>, da bei ihnen die Entscheidungsbefugnisse und die Stellung in der Unternehmenshierarchie stark variieren können<sup>126</sup>.

An einer höheren leitenden Tätigkeit fehlt es hingegen, wenn lediglich eine beratende Funktion wahrgenommen wird<sup>127</sup> oder nur die Möglichkeit besteht, durch Vorschläge oder Anträge auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen<sup>128</sup>. So wurde in der Rechtsprechung auch konsequent bei dem Angestellten einer Fluggesellschaft, der lediglich selbständig Offerten erstellen

<sup>119</sup> BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 262; R. MÜLLER (FN 27), N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG; ZWAHLEN (FN 32), N 14 zu Art. 3 ArG.

<sup>120</sup> AGER ZH JAR 1990, S. 127 ff.

<sup>121</sup> R. MÜLLER (FN 27), N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG.

<sup>122</sup> ZWAHLEN (FN 32), N 14 zu Art. 3 ArG.

<sup>123</sup> ZWAHLEN (FN 32), N 14 zu Art. 3 ArG; einschränkend SHK-GEISER, N 22 zu Art. 3 ArG.

<sup>124</sup> Siehe dazu oben bei FN 78 ff.

<sup>125</sup> BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 261; HUTTERLI (FN 16), S. 30.

<sup>126</sup> Dazu etwa SAMUEL KRÄHENBÜHL/FLORIAN ZIHLER, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis – Status quo und Vorschlag zur Entschlackung, REPRAX 3/2010, S. 53 ff.

<sup>127</sup> OGER. ZH JAR 1990, S. 373; a.A. für wichtige Berater mit unternehmenspolitischer Stabsfunktion HUTTERLI (FN 16), S. 26 f.

<sup>128</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 2; 126 III 337, Erw. 5.b); mit der zuletzt genannten Entscheidung und SENTI (FN 11), S. 385 mit FN 154 gilt dies auch dann, wenn der Angestellte im Entscheidungsgremium zwar ein Rede-, aber kein Stimmrecht hat.

und die Unterschrift von Kunden einholen konnte, eine höhere leitende Tätigkeit verneint.<sup>129</sup> Dies gilt auch für Mitarbeiter, die selbst weitgehend weisungsgebunden handeln, regelmässig in einer über eine bloss Rechenschaftspflicht hinausgehenden Weise über Einzelheiten auskunftspflichtig sind und jederzeit andere Aufgaben oder Arbeiten zugewiesen bekommen können.<sup>130</sup> Die Wahrnehmung von Kontrollaufgaben<sup>131</sup> oder die Inhaberschaft einer Vertrauensstellung<sup>132</sup> bzw. Kaderstellung<sup>133</sup> sind für sich allein ebenfalls nicht ausreichend. Auch bei Mitarbeitern, die für die Marktstellung des Unternehmens zentrale Leistungen erbringen (z.B. Forscher, Entwickler, Designer, Redakteure), kann von einer höheren leitenden Tätigkeit nur ausgegangen werden, wenn sie auch bedeutende Leitungsfunktionen wahrnehmen (z.B. Leiter einer bedeutenden Forschungs- und Entwicklungsabteilung oder Redaktion).<sup>134</sup> Nach der Botschaft zum ArG üben zudem Werkmeister und Poliere keine höhere leitende Tätigkeit aus.<sup>135</sup> Das gilt auch für Gruppenchefs und Vorarbeiter.<sup>136</sup>

## 2. Typenreihe der leitenden Tätigkeit

Rechtsprechung und Lehre gehen aufgrund des Wortlauts («höhere»)<sup>137</sup>, des gesetzgeberischen Willens (Erfassung von mit Selbständigen vergleichbaren Personen) und der systematischen Stellung (Ausnahmevorschrift)<sup>138</sup> von Art. 3 lit. d ArG davon aus, dass an die höhere leitende Tätigkeit strengere Anforderungen zu stellen sind als an den Begriff des leitenden Angestellten, wie er von Rechtsprechung und Lehre etwa zur Einschränkung von Art. 321c OR entwickelt wurde.<sup>139</sup> Da mithin der Begriff des höheren leitenden Angestell-

<sup>129</sup> OGer. ZH SAZ 1998, S. 266.

<sup>130</sup> BGE 98 Ib 344, Erw. 3.a).

<sup>131</sup> BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 262.

<sup>132</sup> BGE 126 III 337, Erw. 5.a).

<sup>133</sup> BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 259.

<sup>134</sup> Weitergehend allerdings HUTTERLI (FN 16), S. 27 f.

<sup>135</sup> Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl 1960, S. 947.

<sup>136</sup> ZWAHLEN (FN 32), N 14 zu Art. 3 ArG.

<sup>137</sup> ZWAHLEN (FN 32), N 14 zu Art. 3 ArG.

<sup>138</sup> Zur engen Auslegung von Art. 3 lit. d ArG ausdrücklich BGE 98 Ib 344, Erw. 2, und BGE 126 III 337, Erw. 5.a).

<sup>139</sup> SENTI (FN 11), S. 385 f. mit FN 160; BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 266 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 11), N 6 zu Art. 321c OR; GEISER/MÜLLER (FN 1), N 933; HIRSIGER

ten der speziellere gegenüber demjenigen des leitenden Angestellten ist, gehören zumindest alle eindeutig dem Begriff des höheren leitenden Angestellten zuzurechnenden Personen auch zum Kreis der leitenden Angestellten.<sup>140</sup> Von der Rechtsprechung wurden jedenfalls der geschäftsführende Direktor<sup>141</sup> und der Tourismus-Direktor eines Engadiner Verkehrsvereins<sup>142</sup> als leitende Angestellte qualifiziert. Da sämtliche Merkmale einer bestimmten Stelle zu berücksichtigen sind, wurde auch etwa eine Person, die direkt den Weisungen des Verwaltungsrates unterstellt war und die Mehrzahl der anderen Mitarbeiter einstellte, trotz eines niedrigen Gehalts von monatlich CHF 6'500 als leitender Angestellter qualifiziert, da das betreffende Unternehmen erst seit kurzem bestand und zusätzlich zum Gehalt eine Gewinnbeteiligung vereinbart worden war.<sup>143</sup> Trotz einer geringen Entscheidungsgewalt kann die leitende Stellung auch bei Personen angenommen werden, die als strategische Ratgeber (Stabsfunktionen) oder als zentrale Forscher, Entwickler, Designer, Redakteure etc. (Entwicklungs- und Produktionsfunktionen) für das Unternehmen von grosser Bedeutung sind.<sup>144</sup>

Nicht als leitender Angestellter wurde von der Rechtsprechung hingegen eingestuft, wer wie ein Buchhaltungschef und Personalbetreuer ohne eigene Entscheidungskompetenzen zwar eine verantwortungsvolle Tätigkeit ausübte, jedoch nicht über wesentliche Entscheidungsbefugnisse verfügte.<sup>145</sup> Dies galt auch für die Chefin der Personaladministration mit einem Jahreslohn von CHF 95'000<sup>146</sup>, den «Supervisor» einer Sicherheitsfirma im Flugbereich mit einem Monatsgehalt von CHF 5'253<sup>147</sup>, einen ohne Vertragsänderung zum

---

(FN 64), S. 106.

<sup>140</sup> So ausdrücklich auch SENTI (FN 11), S. 385.

<sup>141</sup> TA TI JAR 1993, S. 135.

<sup>142</sup> BGE 129 III 171, Erw. 2.1.

<sup>143</sup> CAPH GE JAR 1999, S. 153 ff.

<sup>144</sup> HUTTERLI (FN 16), S. 26 ff.

<sup>145</sup> OGer. LU JAR 2001, S. 174 ff., 175 f. (laut Sachverhalt bestand eine Zuständigkeit für die alleinige Führung von drei Buchhaltungen bis zur Übergabe an die jeweilige Revisionsstelle, das Erstellen aller Abrechnungen mit den Sozialversicherungen, das Erstellen der Lohnabrechnungen, die Personalbetreuung, die Führung der Kostenstellen, die Führung der Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung, das Erstellen der Mehrwertsteuerabrechnungen sowie der Statistiken und Jahresrechnungen, die Unterstützung der EDV-Anlagen, die Alleinverantwortung für die Installation der neuen EDV-Programme und die Einrichtung der Schnittstellen).

<sup>146</sup> TPH GE JAR 2000, S. 150, E. I.10.

<sup>147</sup> OGer. ZH SAE 1998, S. 10.



Werkmeister (chef d'atelier) beförderten Mitarbeiter<sup>148</sup> und den Abteilungsleiter ohne Einbeziehung in die Entscheidungen des Gesamtunternehmens, obwohl er für seine Abteilung Personal einstellen konnte<sup>149</sup>. Bei all diesen Personen war die Tätigkeit durch ausführende Funktionen geprägt.<sup>150</sup>

## V. Schluss

Die typologische Unterscheidung zwischen (höheren) leitenden und einfachen Angestellten bereitet der arbeitsrechtlichen Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Der Gesetzgeber kann und will sich häufig nicht mit einem abschliessenden Katalog rechtlich eindeutig definierter Funktionen begnügen, da er damit in einem vielgestaltigen und dynamischen Gebiet immer nur einen (kleinen) Teil des massgeblichen Personenkreises statisch erfassen und er mithin weder dem Normzweck noch dem Gleichbehandlungsgrundsatz hinreichend gerecht werden würde.<sup>151</sup> Auf der anderen Seite bieten allgemeine Umschreibungen der leitenden Tätigkeit und Stellung nach dem Muster von Art. 9 ArGV 1 keinen nennenswerten Gewinn an Rechtssicherheit.<sup>152</sup> Exemplarisch gedachte Funktionskataloge des Gesetzgebers nach dem Muster der Botschaft zu Art. 3 lit. d ArG sind zwar hilfreich, weil sie einige bedeutende Anwendungsfälle ausser Streit stellen sowie den ins Auge gefassten Personenkreis und damit indirekt auch die massgeblichen Abgrenzungskriterien konkretisieren bzw. die Zuordnung nicht erfasster Tätigkeiten durch Vergleich ermöglichen. Sie entbinden letztlich aber nicht von einer umfassenden Analyse und einer am jeweiligen Normzweck orientierten wertenden Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalls. Der Arbeitsrechtler sieht sich daher im Umgang mit dem Begriff des leitenden Angestellten bzw. der (höheren) leitenden Tätigkeit zumindest im Bereich der «neutralen» Kandidaten zu der im vorstehenden Beitrag methodisch und inhaltlich näher beschriebenen typologischen Betrachtung gezwungen.

<sup>148</sup> Urteil des BGer. 4A\_172/2012 und 4A\_174/2012 (vereinigt) vom 22. August 2012, E. 4.3.

<sup>149</sup> OGer. ZH Plädoyer 1989/4, S. 69.

<sup>150</sup> Vgl. zu diesem Gegenmerkmal auch BREGNARD-LUSTENBERGER (FN 32), S. 262.

<sup>151</sup> So hält etwa auch HUTTERLI (FN 16), S. 19 die Abfassung eines abschliessenden Katalogs von Merkmalen oder Funktionen für unmöglich.

<sup>152</sup> Krit. zu Art. 9 ArGV 1 auch SENTI (FN 11), S. 384 («ziemlich schwammig»).