

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L' exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare
Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht 209

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht
Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede 227

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une
vieille idée 245

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten 259

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung 275

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen
Anpassung des Arbeitsgesetzes 291

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in
Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19
IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im
befristeten Arbeitsverhältnis 461

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
zum Kündigungsschutz 481

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem
Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht

CHRISTOPH SENTI

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	431
II. Grundlagen	432
A. Abgrenzungen	432
B. Vertragsqualifikation und -auslegung	433
1. Der gemischte Vertrag im System der Innominatverträge	433
2. Abgrenzungen zum reinen Arbeitsvertrag	434
a. Reiner Arbeits- oder gemischter Vertrag?	434
b. Arbeitsvertrag mit Beimischung	435
C. Einzelfälle im Fokus	436
1. Der Arbeitnehmer als Verwaltungsrat als gemischter Vertrag?	436
2. Arbeits- und Mietrecht: Hauswartvertrag	437
3. Arbeits- und Mitarbeiterbeteiligungsvertrag	438
4. (Zusätzliche) unentgeltliche Arbeitsleistungen	439
D. Vertragsqualifikation und Rechtsanwendung	441
1. Vorgehen bei der Vertragsqualifikation	441
2. Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen im konkreten Fall	442
III. Schlussbemerkungen	444

I. Einleitung

Dem Jubilar, Prof. Dr. Dr. h.c. THOMAS GEISER, verdanke ich sehr viel. Als einer seiner ersten Assistenten an der Universität St. Gallen lernte ich ihn im Januar 1995 kennen, schätzte ihn als Doktorvater und durfte seither und auch heute noch als Mitarbeiter am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten von seiner Unterstützung profitieren und die Zusammenarbeit mit ihm geniessen. An dieser Stelle deshalb ein universales Dankeschön und meine Ehrerbietung an diesen wirklich aussergewöhnlichen Menschen.

Gegenstand des vorliegenden Beitrages ist die Qualifizierung von Verträgen, die über das eigentliche Arbeitsvertragsrecht hinausgehen. Häufiger als man denkt, bestehen neben den eigentlichen arbeitsrechtlichen Vereinbarungen zusätzliche Abreden, die den arbeitsvertraglichen Rahmen sprengen. Wann wird der reine Arbeitsvertrag zu

einem gemischten Vertrag als eine Kategorie des Innominatvertrages? Der *Versuch* eines systematischen Vorgehens.

II. Grundlagen

A. Abgrenzungen

Gemischte Verträge sind auch im Arbeitsrecht anzutreffen. Diese ergeben sich häufig aus dem Bedürfnis, zusätzlich zum bestehenden Arbeitsverhältnis einen Sachverhalt zu regeln, welcher den Rahmen des Arbeitsvertragsrechts sprengt. In der Praxis anzutreffen sind diverse Konstellationen:

- a) Der Hauswart als Arbeitnehmer mietet zusätzlich eine Wohnung der Arbeitgeberin¹;
- b) Der Arbeitnehmer vereinbart im Rahmen des Bonus-Programmes mit der Arbeitgeberin einen Mitarbeiterbeteiligungsvertrag²;
- c) Der Chauffeur erhält von seinem Arbeitgeber den Auftrag zum Verkauf eines Occasionsfahrzeuges³;
- d) Der Projektleiter einer Bauunternehmung erklärt sich bereit, die Renovation der Liegenschaft des Firmeninhabers zu übernehmen⁴;
- e) Der als Gärtner beschäftigte Arbeitnehmer kümmert sich in seiner Freizeit unentgeltlich um die beiden Pferde des Arbeitgebers⁵;
- f) Der Arbeitnehmer bezieht von der Arbeitgeberin regelmässig und auf eigenen Wunsch Rohmaterial zum Eigengebrauch⁶.

Diesen Fallbeispielen ist gemeinsam, dass das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis im Vordergrund steht. Nicht näher untersucht werden vorliegend Dienstleistungsverträge, welche ebenfalls arbeitsvertragliche Aspekte enthalten, jedoch insgesamt als Innominatkontrakte zu qualifizieren sind und das arbeitsrechtliche Verhältnis nicht

¹ Hauswartzvertrag als gemischtes Vertragsverhältnis?

² Vgl. dazu BGE 130 III 495 ff.; 131 III 615 ff.

³ Anwendbarkeit der Bestimmungen des Maklervertrages nach Art. 412 ff. OR?

⁴ Anwendbarkeit der Bestimmungen des Werkvertrages nach Art. 363 ff. OR?

⁵ Anwendbarkeit der Bestimmungen des Auftrages nach Art. 394 ff. OR oder nur eine Gefälligkeit?

⁶ Naturallohn oder Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kaufvertrages nach Art. 184 ff. OR?

zwingend die ursächliche Grundlage der Zusammenarbeit darstellt⁷. Selbstverständlich sind die Grenzen fließend und hängen entscheidend vom konkreten Einzelfall ab. Ziel dieses Beitrages ist, gestützt auf typische Fallkonstellationen, allgemeine Regeln im Umgang mit solchen Verträgen herauszuarbeiten.

B. Vertragsqualifikation und -auslegung

1. Der gemischte Vertrag im System der Innominatverträge

Innominatverträge lassen sich in gemischte Verträge (*mixti generis*) und Verträge eigener Art (*sui generis*) aufteilen⁸. Während bei gemischten Verträgen die Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen gemischt werden⁹, fügen sich Innominatverträge zu einer besonderen inneren Einheit zusammen und stellen nicht bloss eine eigenständige Mischung von (gesetzlich geregelten oder nicht geregelten) Verträgen dar¹⁰.

Gemischte Verträge sind einheitliche Verträge, welche verschiedene Tatbestandsmerkmale zwei oder mehr anderer Vertragstypen enthalten¹¹. Bei solchen Verträgen wird unterschieden zwischen Kombinationsverträgen einerseits und doppeltypischen Verträgen andererseits¹². Während sich beim Kombinationsvertrag eine Vertragspartei zur Erbringung mehrerer Hauptleistungen verschiedener Vertragstypen verpflichtet, findet bei den doppeltypischen Verträgen ein (gegenseitiger) Austausch verschiedener Hauptleistungen¹³ statt¹⁴.

Von Innominat- und damit auch gemischten Verträgen zu unterscheiden sind zusammengesetzte Verträge¹⁵. Bei Letzteren handelt es sich um zwei separate Verträge, wel-

⁷ Zu denken ist hier bspw. an Betreuungs- oder Pflegeverträge (vgl. KINGA M. WEISS/DOMINO M. HOFSTETTER, Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, AJP 2014, 342 ff.), Sponsoringverträge (vgl. MARTIN KAISER, Rechtliche Überlegungen zu Trendsport und Sponsoring am Beispiel von Red Bull, HAVE 2015, 40 ff., 44) oder Verträge mit arbeitnehmerähnlichen Personen (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 319 N 2).

⁸ MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 9, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

⁹ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 9.

¹⁰ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 11.

¹¹ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 9.

¹² BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 10.

¹³ Bspw. die Miete einer Wohnung gegen die Leistung von Hauswartdiensten.

¹⁴ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 10.

¹⁵ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 12.

che aber «(...) funktionell in der Weise zusammenhängen, dass Ereignisse, welche die ‹Sphäre› des einen Vertrages betreffen, die anderen Verträge ebenfalls tangieren (...). Entscheidend ist, dass zwischen den einzelnen Verträgen eine ‹innere Bindung›, ein ‹innerer Zusammenhang› besteht (...).»¹⁶. Zusammengesetzte Verträge können auch zwischen verschiedenen Vertragsparteien abgeschlossen werden¹⁷.

2. Abgrenzungen zum reinen Arbeitsvertrag

a. Reiner Arbeits- oder gemischter Vertrag?

Bei der Abgrenzung eines gemischten Vertrages vom reinen Arbeitsvertrag ergibt sich folgende Besonderheit: Bei diversen Dienstleistungsverträgen definiert sich die Vertragsart über die Art der Arbeitsleistung selbst¹⁸. Beim Arbeitsvertrag schuldet der Arbeitnehmer zwar die Leistung von Arbeit, die Art dieser Arbeitsleistung ist für die Qualifikation als Arbeitsvertrag aber nicht von primärer Bedeutung¹⁹. Das wesentliche Abgrenzungsmerkmal des Arbeitsvertrages gegenüber anderen Dienstleistungsverträgen liegt also nicht in der Art der Dienstleistung selbst, sondern ergibt sich aus anderen Qualifikationsmerkmalen, wie bspw. dem Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses²⁰. Mit anderen Worten: Vereinbaren Arbeitgeber und -nehmer über das eigentliche Arbeitsverhältnis hinaus weitere Dienstleistungen, führt dies nicht automatisch zu einem gemischten Vertrag, sondern womöglich nur zu einer Ausweitung der dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben. Der Vertrag bleibt ein reiner Arbeitsvertrag, sofern nicht weitere charakteristische Merkmale einer jeweils anderen Vertragsart hinzukommen²¹.

Zweitens kann ein Arbeitsverhältnis diverse Nebenleistungen umfassen, welche ebenfalls nicht automatisch zu einem gemischten Vertrag führen. So führt bspw. das Recht des Arbeitnehmers zur unentgeltlichen privaten Nutzung des Geschäftsfahr-

¹⁶ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 12, im Original teilweise kursiv und mit weiteren Verweisen.

¹⁷ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 12.

¹⁸ Der Auftragnehmer schuldet die Besorgung eines Geschäfts (Art. 394 OR), der Unternehmer eines Werkvertrages ist zur Herstellung eines Werkes verpflichtet (Art. 363 OR) oder der Mäkler zum Abschluss oder der Vermittlung eines Geschäfts (Art. 412 OR).

¹⁹ Vgl. Art. 319 Abs. 1 OR: «Leistung von Arbeit».

²⁰ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 319 N 4 (Werkvertrag), N 6 (Auftrag) oder N 8 (Agenturvertrag).

²¹ Vgl. dazu die bereits genannten Beispiele gemäss lit. c–e in Ziff. II. A. Jene Tätigkeiten führen nicht per se zu einem gemischten Vertrag, sondern nur, wenn im konkreten Einzelfall die weiteren objektiven Tatbestandsmerkmale der betreffenden Vertragsart hinzukommen, nämlich diejenigen des Mäkler- (lit. c) oder Werkvertrages (lit. d), bzw. Auftrages oder allenfalls Gefälligkeit (lit. e).

zeuges nicht zu einem gemischten Vertrag²², ebenso wenig das Recht des Arbeitnehmers zur Nutzung der betriebseigenen Mensa²³ oder die Verfügbarkeit eines Parkplatzes am Arbeitsort für das private Fahrzeug des Arbeitnehmers²⁴.

Drittens kann das Synallagma für geleistete Arbeit als Geld- oder Naturallohn ausgerichtet werden²⁵. Übergibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Naturalien, führt dies nicht zu einem gemischten Vertrag²⁶, sofern es sich bei den übergebenen Naturalien um eine Gegenleistung für geleistete Arbeit handelt²⁷.

Meines Erachtens darf angenommen werden, dass umso eher ein gemischtes Vertragsverhältnis vorliegt, je weniger die zusätzlich vereinbarte Leistung mit dem konkreten Arbeitsverhältnis zu tun hat. Werden zusätzlichen Leistungen vereinbart, die keinen oder nur marginalen Bezug zum arbeitsvertraglichen Verhältnis haben, sprengt dies eher die Grenzen des Arbeitsvertragsrechts, wie wenn eine zusätzliche Nebentätigkeit vereinbart wird, welche mit der arbeitsvertraglichen Tätigkeit in einem Zusammenhang steht²⁸.

b. Arbeitsvertrag mit Beimischung

Nicht als gemischter Vertrag gilt der «typische Vertrag mit Beimischung». Hierbei kommt dem atypischen Element im Verhältnis zum gesamten Vertrag nur eine untergeordnete Bedeutung zu, weshalb es sich nicht aufdrängt, die Rechtsfolgen mehrerer Vertragstypen anzuwenden²⁹. Vielmehr unterstehen typische Verträge mit Beimischung allein dem Recht der betreffenden Vertragsart.

Auch in diesen Fällen lassen sich bei der Qualifikation der betreffenden Vertragsart wohl keine allgemeingültigen, scharfen Grenzen ziehen. Vielmehr ist auf den Einzelfall abzustellen und damit insbesondere die Frage zu beantworten, was die Ver-

²² Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)/Gebrauchsleihe (Art. 305 ff. OR).

²³ Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)/Bewirtungsvertrag (vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 291 ff.).

²⁴ Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)/Mietrecht (Art. 253 ff. OR, insbes. Art. 266e OR).

²⁵ Ausdrücklich erwähnt in Art. 322 Abs. 2 OR oder Art. 324a Abs. 1 OR.

²⁶ Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)/Kauf- (Art. 184 ff. OR) oder auch Werkvertrag (Art. 363 ff. OR).

²⁷ Falls jedoch Geldlohn ausbezahlt wird und der Arbeitnehmer diesen Lohn gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung im Interesse des Arbeitgebers verwenden soll, kollidiert dies womöglich mit dem Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR).

²⁸ Bsp.: Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass Letzterer für gewisse Anlässe beim Arbeitgeber zu Hause kocht und serviert (Catering). Handelt es sich beim Arbeitgeber um ein Restaurant und ist der Arbeitnehmer professioneller Koch, wird eine solche Vereinbarung im Rahmen eines reinen Arbeitsvertrages möglich sein. Anders wohl aber, wenn der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin als Finanz-Controller angestellt ist, womit diese zusätzliche Tätigkeit mit Ausnahme des Arbeitgebers als Vertragspartei keinen Zusammenhang hat.

²⁹ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 9.

tragsparteien effektiv wollten³⁰. Als Beispiel folgender Sachverhalt: Der Arbeitgeber macht den Arbeitnehmer für einen Parkschaden an seinem Fahrzeug verantwortlich. Richtet sich die Haftung in nachfolgenden Fällen nach Arbeitsvertrag³¹ oder einer anderen Vertragsart?

- a) Der Arbeitnehmer (Aussendienst) war geschäftlich mit dem ihm überlassenen Dienstwagen unterwegs;
- b) Der Arbeitnehmer (Aussendienst) war mit dem ihm überlassenen Dienstwagen unterwegs, welchen er während der Ferien privat und unentgeltlich nutzte;
- c) Der Arbeitnehmer (Sachbearbeiter) war privat mit dem Lieferwagen der Arbeitgeberin unterwegs, welchen er sich zwecks Wohnungswechsel für einen symbolischen Geldbetrag an die Kaffeekasse ausleihen durfte;
- d) Der Arbeitnehmer (Sachbearbeiter) war mit einem Privatfahrzeug des Arbeitgebers unterwegs, welches Ersterer für private Zwecke (unentgeltlich) nutzen durfte;
- e) Der Arbeitnehmer (Sachbearbeiter) war mit einem Privatfahrzeug des Arbeitgebers unterwegs, welches Ersterer von seiner Arbeit auf dem Heimweg bei der nahe gelegenen Autogarage hätte zum Service bringen sollen.

Während sich die Rechtsfolgen der Beispiele gemäss lit. a und b wohl unbestritten nach arbeitsvertraglichen Haftungsregeln richten³², fällt die Antwort in den Beispielen von lit. c bis e schwerer³³. Sie zeigen aber exemplarisch den schleichenden Wechsel vom reinen Arbeitsvertrag über einen Arbeitsvertrag mit Beimischung bis hin zum gemischten Vertrag.

C. Einzelfälle im Fokus

1. Der Arbeitnehmer als Verwaltungsrat als gemischter Vertrag?

Liegt ein gemischtes Vertragsverhältnis vor, wenn ein Arbeitnehmer zugleich als Verwaltungsrat der eigenen oder einer anderen Gesellschaft tätig ist? «Eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer ist dann gegeben, wenn das organ-schaftliche und das arbeitsrechtliche Verhältnis rechtsgültig zur selben Zeit und zur gleichen Gesellschaft bestehen.»³⁴

³⁰ Art. 18 OR.

³¹ Art. 321e OR.

³² Art. 321e OR, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (Fn. 7), Art. 321e N 7.

³³ Zu prüfen wäre wohl die Haftung nach den Vorschriften von Gebrauchsleihe, Mietvertrag, Auftrag oder Gefälligkeit.

³⁴ ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 45, mit weiteren Verweisen.

MÜLLER/LIPP/PLÜSS sprechen beim Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsrat und der Gesellschaft von «Doppelstellung» und nicht von einem gemischten Vertragsverhältnis oder Innominatvertrag³⁵. Das der Position eines Verwaltungsrates zugrunde liegende Rechtsverhältnis zur Gesellschaft ist keine vertragliche, sondern eine organschaftliche Beziehung³⁶. Das vertragliche Verhältnis zur Gesellschaft beschränkt sich auf einen reinen bzw. typischen Arbeitsvertrag, weshalb gar keine Veranlassung besteht, auf einen gemischten Vertrag abzustellen.

Bei Arbeitnehmern, die im Rahmen ihrer ordentlichen Tätigkeit als Verwaltungsrat anderer Gesellschaften tätig sind, liegt nicht einmal eine Doppelstellung vor³⁷. Da bei solchen fiduziarischen oder entsandten Verwaltungsräten das organschaftliche Verhältnis zu einer anderen Gesellschaft als der Arbeitgeberin besteht, beschränkt sich das Rechtsverhältnis zu Letzterer auf einen reinen Arbeitsvertrag.

2. Arbeits- und Mietrecht: Hauswartvertrag

Vielleicht der am häufigsten erwähnte Fall von gemischten Verträgen im Arbeitsrecht ist der Hauswartvertrag. Der Arbeitnehmer ist als Hauswart (Facility Manager) für die Arbeitgeberin tätig und wohnt gleichzeitig in einer, durch die Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Wohnung oder Zimmer³⁸.

Ergibt sich die Notwendigkeit einer Wohn- oder Übernachtungsmöglichkeit unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis und beschränkt sich diese auf einen konkreten Arbeitseinsatz, wird wohl ein reiner Arbeitsvertrag vorliegen³⁹. Von einem Arbeitsvertrag mit Beimischung⁴⁰ dürfte auszugehen sein, wenn der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber in einer Hausgemeinschaft wohnt, sofern keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden⁴¹. Von einem gemischten Vertragsverhältnis ist auszugehen, wenn sowohl die arbeitsvertraglichen als auch die mietrechtlichen Rechte und Pflichten in derselben Vertragsurkunde geregelt werden⁴². Möglich ist schliesslich

³⁵ MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 34), 45; So auch das Bundesgericht, vgl. etwa BGer 4A_452/2013, vom 31. März 2014, E. 7.2.

³⁶ MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 34), 39.

³⁷ MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Fn. 34), 45.

³⁸ Vgl. dazu ausführlich in der vorliegenden Festschrift: FS THOMAS GEISER, THOMAS KOLLER, Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts, S. 175 ff.

³⁹ Bspw. das für Pikettdienst zur Verfügung gestellte Schlafzimmer oder eine Dienstwohnung am Sitz der Filiale im Ausland, welche für Besuche als Hotelersatz zur Verfügung steht.

⁴⁰ Vgl. oben, Ziff. II.B.2.b.

⁴¹ Art. 322 Abs. 2 OR.

⁴² KOLLER (Fn. 38), S. 177; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 319 N 11.

auch die Vereinbarung zwei separater (schriftlicher) Verträge, die gegenseitig aufeinander Bezug nehmen⁴³. Diese gelten allerdings nicht als Innominat-, sondern als zusammengesetzte Verträge⁴⁴. Da die Vertragsparteien nicht zwingend identisch sein müssen, liegt selbst dann ein zusammengesetzter Vertrag vor, wenn Vermieter und Arbeitgeber nicht dieselben (juristischen) Personen sind⁴⁵.

Ob es sich um einen reinen Arbeitsvertrag, einen solchen mit Beimischung, einen gemischten oder einen zusammengesetzten Vertrag handelt, ist mehr als eine akademische Frage. Diese präjudiziert sowohl die Anwendbarkeit diverser Schutzbestimmungen (Kündigungsrecht, Mietzinserhöhung etc.) als auch die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit⁴⁶.

3. Arbeits- und Mitarbeiterbeteiligungsvertrag

In zwei Entscheidungen des Bundesgerichts war die Zulässigkeit von Verfallsklauseln bei Bonuszahlungen zu klären⁴⁷. Die Arbeitnehmer hatten neben dem jeweiligen Arbeitsvertrag zusätzlich einen Beteiligungsvertrag unterzeichnet⁴⁸. Dieser sah unter anderem vor, dass die dem Arbeitnehmer zugewiesenen Optionen eine gewisse Zeit gesperrt bleiben und verfallen, falls er das Unternehmen vor Ablauf der Sperrfrist verlässt⁴⁹.

Im ersten Leitsatz erklärt das Bundesgericht in der Regeste: «Durch Verträge der Mitarbeiterbeteiligung dürfen die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts nicht unterlaufen werden. Der Arbeitnehmerschutz entfällt, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligung als Anleger handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptiert. Ob die Beteiligung sich als

⁴³ KOLLER (Fn. 38), S. 177 f.

⁴⁴ Vgl. dazu oben, Ziff. II.B.1.

⁴⁵ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 12.

⁴⁶ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 319 N 11 mit weiteren Verweisen; Eingehend zum Kündigungsrecht KOLLER mit kritischer Würdigung der aktuellen Rechtsprechung (KOLLER (Fn. 38), S. 181 ff.; Zur Mietzinserhöhung beim Hauswartvertrag: BGE 131 III 566 ff., mit weiteren Ausführungen in ZBJV, 142/2006, 404 ff.

⁴⁷ BGE 130 III 495 ff. und BGE 131 III 615 ff. = Pra 95 (2006) Nr. 92, 655 ff.

⁴⁸ BGE 130 III 495, 497; BGE 131 III 615, 621, E. 6.1. = Pra 95 (2006) Nr. 92, 655, 661, E. 6.1

⁴⁹ BGE 130 III 495, 501, E. 4.2.1; BGE 131 III 615, 618, E. 3. = Pra 95 (2006) Nr. 92, 655, 658, E. 3.

Bestandteil des Arbeitsvertrags oder als davon losgelöste Investition ausnimmt, ist aufgrund der Verhältnisse im Einzelfall zu beurteilen.»⁵⁰

Wenn zwei verschiedene Verträge⁵¹ an zwei unterschiedlichen Daten und mit unterschiedlichen juristischen Personen als Arbeitgeberinnen unterzeichnet werden⁵², ist meines Erachtens eher von einem zusammengesetzten als einem gemischten Vertrag auszugehen. Zur Frage, wie diese Verträge untereinander zusammenhängen und ob es sich um einen Innominatvertrag handelt oder nicht, äusserte sich das Bundesgericht in keinem der beiden Urteile.

Als entscheidend für die Nicht-Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts erachtete das Bundesgericht den Umstand, dass den Arbeitnehmern in beiden Fällen die Wahl zum Investment offen stand und sie das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptierten. Ist diese Bedingung erfüllt, so dürfte die Rechtsprechung gemäss dieser beiden Urteile auch bei gemischten Verträgen zur Anwendung gelangen: Die Möglichkeit zum freien Entscheid des Arbeitnehmers zur Anlage und dem damit einhergehenden Risiko ist ein wesentliches Vertragsmerkmal des Beteiligungsvertrages, was die Nichtanwendung der arbeitsvertraglichen Schutzvorschriften zum Lohn rechtfertigt⁵³.

4. (Zusätzliche) unentgeltliche Arbeitsleistungen

Die Vergütung der Arbeitsleistung gilt als objektiv wesentliches Merkmal eines Arbeitsvertrages⁵⁴. Vereinbaren die Vertragsparteien eine vollständig unentgeltliche Arbeitsleistung, würde es sich anbieten, dies dem Auftragsrecht zu unterstellen⁵⁵. Dagegen spricht jedoch, dass das entscheidende Abgrenzungsmerkmal gegenüber einem Arbeitsvertrag nicht die (Un-)Entgeltlichkeit ist, sondern das Vorliegen oder Fehlen eines Subordinationsverhältnisses⁵⁶. Aus diesem Grund gehen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH und andere Autoren bei (vollständig) unentgeltlichen Arbeitsleis-

⁵⁰ BGE 130 III 495.

⁵¹ Arbeitsvertrag und Beteiligungsvertrag.

⁵² BGE 130 III 495, 501, E. 4.2.1; BGE 131 III 615, 621, E. 6.1. = Pra 95 (2006) Nr. 92, 655, 661, E. 6.1.

⁵³ Ergänzend sei zudem darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht im zweiten Urteil zusätzlich würdigte, dass bei jenem Bonus von einer Gratifikation (und nicht Lohn) auszugehen war (BGE 131 III 615, 621, E. 6.1. = Pra 95 (2006) Nr. 92, 655, 661, E. 6.1).

⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 319 N 2.

⁵⁵ Art. 394 ff. OR.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 319 N 6.

tungen trotz Einordnung in die Betriebsorganisation von einem gemischten Vertrag aus⁵⁷.

Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, zur Qualifikation von Vertragsverhältnissen, die mit Ausnahme der Entgeltlichkeit sämtliche übrigen Vertragsbestandsmerkmale erfüllen, noch nicht ausdrücklich geäußert⁵⁸. Es erklärte aber den zu Hause geleisteten Bereitschaftsdienst bei Arbeit auf Abruf als zwingend entschädigungspflichtige Arbeitsleistung: «Ebenso zu bejahen ist, dass ein solcher Bereitschaftsdienst nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR), denn der Arbeitnehmer leistet ihn nicht uneigennützig, sondern im Hinblick auf die (entgeltliche) Hauptleistung.»⁵⁹ Auf die Möglichkeit, dass im konkreten Fall ein gemischter Vertrag, bestehend aus Arbeitsvertrag («normale» Arbeitsleistung) und unentgeltlichem Auftrag (Bereitschaftsdienst), vereinbart wurde, ging das Bundesgericht nicht ein.

Die vollständige Unentgeltlichkeit einer Arbeitsleistung schliesst die Qualifikation als Arbeitsvertrag aus⁶⁰. Schwieriger wird ein Urteil, wenn nur ein Teil der Arbeitsleistung mit Lohn abgegolten wird, die Vertragsparteien jedoch zusätzlich und womöglich gar ausdrücklich die Erbringung weiterer unentgeltlicher Arbeitsleistungen vereinbarten. Nach meinem Dafürhalten kommen dazu folgende Lösungsansätze in Frage, wobei auch hier wiederum die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls und damit auch der Parteiwille absolut entscheidend sind:

- a) Die zusätzliche Arbeitsleistung ist nicht unentgeltlich. Vielmehr entspricht es dem Bewusstsein der Parteien, dass die scheinbar unentgeltlichen Zusatzleistungen mit dem für die entgeltliche Haupttätigkeit bezahlten Lohn als abgegolten betrachtet werden⁶¹;

⁵⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 7), Art. 319 N 6 und Art. 344a N 6 (Praktikum); Gl.M. BSK OR I-PORTMANN, Art. 319 N 13; ZK-STAEHELIN, Art. 319 N 41; CHRISTOPH SENTI, Gratisarbeit und Soziallohn: Folgen eines «falschen» Lohnes; AJP 1/2016, 59, 67; PASCAL DOMENIG, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis; SSA – Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Band/Nr. 79, 7, 8; ROGER PETER MORE, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, SSA – Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Band/Nr. 73, 57, Rz. 125; a.M. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR N 49; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Freiwilligenarbeit aus (arbeits-)vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht, ARV, 57, 60, mit weiteren Verweisen.

⁵⁸ Bestätigt hat es hingegen in BGer 4P.194/2004, vom 24. November 2004, E. 2.3 die zwingende Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages, was im Umkehrschluss bedeutet, dass ohne Entgelt kein (reiner) Arbeitsvertrag vorliegen kann.

⁵⁹ BGE 124 III 249, 251, E. 3b (im Original teilweise Fettschrift).

⁶⁰ Vgl. die Nachweise oben, FN 57.

⁶¹ Diesen Ansatz bringt das Bundesgericht in BGE 124 III 249 ff. zum Ausdruck, wenn es feststellt: «Die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst kann einzel- oder gesamtarbeitsvertraglich auch in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden.» (BGE 124 III 249, 252, E. 3c).

- b) Die unentgeltlichen Zusatzleistungen sind von derart untergeordneter Bedeutung, dass sich die Annahme eines gemischten Vertrages nicht rechtfertigt. Vielmehr liegt ein «Arbeitsvertrag mit Beimischung» vor, womit trotz der unentgeltlichen Zusatzleistung einzig Arbeitsvertragsrecht zur Anwendung kommt⁶²;
- c) Die unentgeltlichen Zusatzleistungen nehmen ein Ausmass an, welches die Annahme eines gemischten Vertrages rechtfertigt.

D. Vertragsqualifikation und Rechtsanwendung

1. Vorgehen bei der Vertragsqualifikation

Den anfänglich gemachten Abgrenzungen folgend⁶³, beschränkt sich vorliegender Beitrag auf gemischte Verträge, womit sich die Vertragsvereinbarung in der Regel aus zwei oder mehreren, gesetzlich geregelten Vertragstypen zusammensetzt⁶⁴. Wie ist bei der Vertragsqualifikation systematisch vorzugehen? Ziel muss sein, dass über die verschiedenen Vertragsarten hinaus ein in sich konsistentes System des Innominatvertragsrecht geschaffen wird, welches sowohl dem konkreten Einzelfall als auch der Systematik und Rechtssicherheit insgesamt gerecht wird⁶⁵.

In einem ersten Schritt gilt es gestützt auf den wirklichen Willen der Parteien zu prüfen, welche, im Verhältnis zum eigentlichen Arbeitsvertrag, zusätzlichen Leistungen ausdrücklich oder konkludent vereinbart wurden und ob bzw. welcher Bezug zum arbeitsvertraglichen Teil des Vertragsverhältnisses besteht.

Zweitens gilt es zu klären, ob diese zusätzlichen Leistungen über das hinausgehen, was Bestandteil eines Arbeitsvertrages sein kann. Ob ein reiner, d.h. ein typischer Arbeitsvertrag vorliegt oder ein gemischter Vertrag vereinbart wurde, ist nicht immer klar⁶⁶. Die Grenzen sind fließend⁶⁷ und die Qualifikation ist nach Auffassung von HUGUENIN immer nur «(...) ein methodischer Ausgangspunkt auf der Suche

⁶² Vgl. dazu oben, Ziff. II.B.2.b.

⁶³ Vgl. oben, Ziff. II.A.

⁶⁴ Selbstredend ist es auch möglich, dass der gemischte Vertrag neben den arbeitsvertraglichen Elementen auch solche sui generis enthält, also aus einem gesetzlich geregelten und einem gesetzlich nicht geregelten Vertragstyp besteht.

⁶⁵ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 4.

⁶⁶ Vgl. bspw. BGer 4A_344/2015, vom 10. Dezember 2015, in welchem die Vorinstanz von einem gemischten Vertrag ausging (Urteil, lit. B.b), das Bundesgericht jedoch zur Auffassung gelangte, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt (vgl. dort, E. 3.4).

⁶⁷ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 3, in: MARKUS MÜLLER-CHEN/CLAIRE HUGUENIN, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Auflage, Zürich 2016.

nach dem richtigen Recht.»⁶⁸ Meines Erachtens drängt sich hierbei folgendes Entscheidungsschema auf:

1. Können diese Leistungen Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung sein, wird wohl ein reiner Arbeitsvertrag vorliegen⁶⁹.
2. Gehen die vereinbarten Leistungen über das Arbeitsvertragsrecht hinaus, sind aber nur von untergeordneter Bedeutung zur (arbeitsrechtlichen) Hauptleistung, kann ein reiner Arbeitsvertrag mit Beimischung vorliegen, auf welchen ebenfalls ausschliesslich Arbeitsvertragsrecht anzuwenden ist⁷⁰.
3. Erfüllen die zusätzlich vereinbarten Leistungen die objektiv wesentlichen Merkmale einer anderen Vertragsart und sind nicht von nur untergeordneter Bedeutung, liegt ein gemischter Vertrag vor.

2. Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen im konkreten Fall

Im Bereich des dispositiven Rechts ist der jeweilige Parteiwille von zentraler Bedeutung⁷¹. Dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit folgend, ist zu prüfen, ob die Parteien selber Regeln vereinbaren, nach welchen sich die betreffende Rechtsfrage entscheiden lässt⁷². Dies bedingt jedoch, dass bei Vertragsabschluss effektiv oder mindestens nach dem Vertrauensprinzip überhaupt ein gemeinsamer Parteiwille zur betreffenden Frage bestand oder sich eruieren lässt⁷³.

Die Rechtsanwendung nach dem Parteiwillen stösst dort an seine Grenzen, wo sich dieser nicht eruieren lässt oder die Anwendbarkeit zwingender Gesetzes- oder Formvorschriften zur Diskussion steht⁷⁴. Vertragsabreden, die gegen zwingendes Recht verstossen, sind nichtig⁷⁵. Dasselbe gilt für die Nichteinhaltung gesetzlich vorgeschriebener Formen⁷⁶. Bei gemischten Verträgen gilt es daher immer zu prüfen, ob der zur Diskussion stehende Vertragstypus solche Bestimmungen enthält und diese im konkreten Fall beachtlich sind.

⁶⁸ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 4.

⁶⁹ Handelt es sich um eine Arbeitsleistung nach Art. 319 OR? Erbringt der Arbeitgeber Leistungen im Bereich von Arbeitsgeräten oder Material (Art. 327 ff. OR), Kost und/oder Logis (Art. 322 Abs. 2 OR) oder andere Naturalleistungen?

⁷⁰ Vgl. oben, Ziff. II.B.2.b.

⁷¹ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 4; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 13 f.

⁷² BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 13.

⁷³ Vgl. dazu anschaulich KOLLER (Fn. 38), S. 178 f.

⁷⁴ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 4; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 14.

⁷⁵ Art. 20 OR.

⁷⁶ Art. 11 OR.

Bei zwingendem Gesetzesrecht oder Formvorschriften hatte der Gesetzgeber regelmässig eine bestimmte Interessenlage vor Augen, deren Normierung nicht dadurch umgangen werden darf, als die Vertragsparteien auf eine nicht geregelte Vertragsart ausweichen⁷⁷. Setzt sich der gemischte Vertrag aus gesetzlich geregelten Vertragstypen zusammen, ist daher zu klären, ob und in welchem Umfang die zwingenden Bestimmungen oder Formvorschriften des jeweiligen Vertragstypus anzuwenden sind⁷⁸. Dazu vertreten AMSTUTZ/MORIN die Auffassung, dass deren Anwendbarkeit nicht vom Parteiwillen und/oder der Dominanz der betreffenden Vertragsart abhängen kann⁷⁹: «Ob die Formvorschriften und zwingenden Regeln, die für den im gemischten Vertrag untergeordneten Nominatstypus gelten, von den entsprechenden Bestimmungen, welche für die dominanten Vertragstypenelemente vorgesehen sind, zurückgedrängt werden sollen, kann nur eine Analyse der Interessenlage der Parteien im konkreten Fall klären (...).»⁸⁰ Im Mittelpunkt steht dabei der Schutzzweck der betreffenden Normen bzw. deren Teleologie. Es geht darum, ob der Schutzzweck der zwingenden Norm bzw. der Formvorschriften deren Anwendbarkeit auch dann fordert, wenn es sich um den untergeordneten Vertragstypus handelt⁸¹. Nicht auf die Interessenlage der Parteien, sondern auf den Schutzzweck bzw. den Schutzzadius einer zwingenden Norm stellen HUGUENIN/PURTSCHERT ab⁸². Dabei ist auf den Wortlaut, die systematische Stellung oder den Sinn und Zweck der verletzten Norm abzustellen⁸³.

Die Anwendbarkeit bestimmter (zwingender) Normen bei gemischten Verträgen ist nach Auffassung des Bundesgerichts für jede einzelne zu beantwortende Rechtsfrage isoliert zu prüfen. Entscheidend ist dabei, «(...) welches der im Vertrag enthaltenen Typenrechte für diese konkrete Frage dominiert».⁸⁴

Bei den zwingenden Gesetznormen des Arbeitsrechts ist im Auge zu behalten, dass sich diese nicht nur aus dem Obligationenrecht ergeben, sondern auch alle weiteren

⁷⁷ THOMAS GEISER, Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz, ARV 20014, 137, 143.

⁷⁸ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 14.

⁷⁹ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 32.

⁸⁰ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 32 (im Original teilweise kursiv), mit weiteren Verweisen; Gleicher Meinung: CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 4.

⁸¹ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 32, mit Verweis auf BGE 135 III 295 E. 3.2.

⁸² CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 32.

⁸³ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 32.

⁸⁴ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 23 (im Original teilweise kursiv). Vgl. auch die Bemerkungen in CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 30 oder die Praxis des Bundesgerichts zum Kündigungsrecht beim Hauswartzvertrag in KOLLER (Fn. 38), S. 181 f. und BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 26 f.

(öffentlich-rechtlichen) Bestimmungen betreffen, namentlich auch die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes⁸⁵. Zu deren Anwendbarkeit äussert sich GEISER wie folgt: «Es liegt aber auf der Hand, dass diese Vertragsfreiheit nicht zu einer Umgehung der Schutzbestimmungen führen kann. Die Anerkennung von Innominatverträgen verlangt, dass die zwingenden Schutzbestimmungen des Gesetzes in analoger Weise angewendet werden, wenn die Interessenlage in gleicher Weise auftritt wie in der vom Gesetzgeber mit zwingenden Bestimmungen ausgestalteten geregelten Vertragsart. Das hat für das Arbeitsvertragsrecht auch das Bundesgericht anerkannt, indem es die arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen auf einen Franchisevertrag angewendet hat.»⁸⁶

III. Schlussbemerkungen

Insgesamt zeigt sich, dass die zentrale Komplexität der Anwendung von gemischten Verträgen im Arbeitsrecht wohl darin liegt, über die Anwendbarkeit zwingender Gesetzesbestimmungen oder Formvorschriften eines (in der Regel untergeordneten) Vertragstypus entscheiden zu müssen. Das Bundesgericht verfolgt dabei einen sehr einzelfallorientierten, dafür aber umso flexibleren Ansatz, was AMSTUTZ/MORIN als eine Koppelung von Absorptions- und Kombinationstheorie bezeichnen und befürworten⁸⁷. Der Vorteil dieses Vorgehens liegt zweifellos in der Möglichkeit zu einem adäquaten und gerechten (Gerichts-)Entscheid im Einzelfall. Der Preis für diesen Vorteil ist demgegenüber die fehlende Rechtssicherheit und Gefahr der Willkür bzw. eines Zufallsergebnisses⁸⁸.

⁸⁵ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG), SR 855.11.

⁸⁶ THOMAS GEISER, Stämpflis Handkommentar, Art. 1 N 12 ArG, in: THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER, Stämpflis Handkommentar SHK Arbeitsgesetz, Bern 2005.

⁸⁷ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN (Fn. 8), Einl. vor Art. 184 ff. N 31.

⁸⁸ CHK-HUGUENIN/PURTSCHERT (Fn. 64), Vorb 184 ff/Innominatkontrakte AT, N 5.