



# St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2017

Freitag, 27. Oktober 2017, Grand Casino Luzern



# Gemischte Verträge im Arbeitsrecht

Dr. iur. Christoph Senti

# Beispiele (I)

1. Der Hauswart als Arbeitnehmer mietet gleichzeitig eine Wohnung der Arbeitgeberin.  
=> Hauswartzvertrag als gemischtes Vertragsverhältnis?
2. Der Arbeitnehmer vereinbart im Rahmen des Bonus-Programmes mit der Arbeitgeberin einen Mitarbeiterbeteiligungsvertrag.  
=> Bonus als Lohn/Gratifikation oder separater Mitarbeiterbeteiligungsvertrag?
3. Der Chauffeur erhält von seinem Arbeitgeber den Auftrag zum Verkauf eines Occasionsfahrzeuges.  
=> Arbeitsvertrag mit (separatem) Maklervertrag oder gemischter Vertrag?
4. Der Projektleiter einer Bauunternehmung erklärt sich bereit, die Renovation der Liegenschaft des Firmeninhabers zu übernehmen.  
=> Arbeitsvertrag mit (separatem) Werkvertrag oder gemischter Vertrag?

# Beispiele (II)

5. Der als Gärtner beschäftigte Arbeitnehmer kümmert sich in seiner Freizeit unentgeltlich um die beiden Pferde des Arbeitgebers.  
=> Arbeitsvertrag mit (separatem Auftrag) oder gemischter Vertrag?
  
6. Der Arbeitnehmer bezieht von der Arbeitgeberin regelmässig und auf eigenen Wunsch Rohmaterial zum Eigengebrauch.  
=> Arbeitsvertrag mit Naturallohn, Arbeitsvertrag mit (separatem) Kaufvertrag oder gemischter Vertrag?

# Eine systematische Übersicht

**Verträge** lassen sich wie folgt kategorisieren:

## a) **Zusammengesetzte Verträge**

- Separate Vertragsurkunden mit einem «inneren Zusammenhang», bzw. einer «inneren Bindung»;
- unterschiedliche Vertragsparteien möglich.

## b) **Innominatverträge** als

- **Verträge sui generis**, oder
- **gemischte Verträge**; Diese lassen sich unterteilen in:
  - Kombinationsverträge: 
  - doppeltypische Verträge: 

## c) **Arbeitsverträge** als

- **Arbeitsverträge mit Beimischung**, oder
- «reine» **Arbeitsverträge**.

# Vom Arbeitsvertrag zum gemischten Vertrag (I)

## A. Dienstleistung als zusätzliches Merkmal:

**Beachte:** Der Arbeitsvertrag definiert sich nicht über die Art der Arbeitsleistung. Somit kann grundsätzlich jede zusätzlich vereinbarte Dienstleistung:

- eine Ausweitung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit sein;
- zu einem Arbeitsvertrag mit Beimischung, oder
- zu einem gemischten Vertrag führen.

**Kriterien für das Vorliegen eines gemischten Vertrages** sind meines Erachtens:

- Ähnlichkeit zwischen der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit und der zusätzlich übernommenen Tätigkeit;
- Hinzutreten weiterer objektiver Vertragsmerkmale eines anderen Dienstleistungsvertrages;
- Umfang der zusätzlichen Dienstleistung als Kriterium?

# Vom Arbeitsvertrag zum gemischten Vertrag (II)

## A. Dienstleistung als zusätzliches Merkmal:

**Beispiele:** Der Arbeitgeber erteilt dem Arbeitnehmer den «Auftrag» zum Verkauf seines Privatautos. Welche Vertragsart, wenn:

- a) der Arbeitnehmer als Verkäufer in der Autogarage des Arbeitgebers tätig ist und der Verkauf über die Autogarage abgewickelt wird?
- b) der Arbeitnehmer als Schreiner arbeitet und in seiner Freizeit mit Autos handelt? Den Verkauf darf er während der Arbeitszeit abwickeln und Auslagen übernimmt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer erhält für den Verkauf keine Vergütung.
- c) Variante b), der Arbeitnehmer das Auto jedoch in seiner Freizeit verkauft und eine Verkaufsprovision erhält?

# Vom Arbeitsvertrag zum gemischten Vertrag (III)

**B. Nebenleistung** als zusätzliches Merkmal:

**Beachte:** Das Arbeitsrecht selbst kennt diverse Nebenleistungen, deren Ausrichtung nicht zu einem gemischten Vertragsverhältnis führen. Zudem können Leistungen des Arbeitgebers auch Naturallohn sein, ohne dass ein gemischter Vertrag vorliegt:

**Beispiele:** Fahrzeug (Art. 327b OR), Arbeitsutensilien (Art. 327 OR), Unterkunft und Verpflegung (Art. 322 Abs. 2 OR) etc.

**Kriterien für das Vorliegen eines gemischten Vertrages** sind meines Erachtens:

- (wirtschaftliches) Ausmass der gewährten Leistung(en);
- Hinzutreten weiterer objektiver Vertragsmerkmale einer anderen Vertragsart (bspw. Gegenleistung, Gewährleistung, Haftung etc.);
- Umfang der (zusätzlichen) Nebenleistung als Kriterium?

# Vom Arbeitsvertrag zum gemischten Vertrag (IV)

## B. Nebenleistung als zusätzliches Merkmal:

### Beispiele: Der Arbeitnehmer

- a) eines Hotels hat die Möglichkeit, in einem hoteleigenen Zimmer zu übernachten;
- b) kann im hauseigenen Restaurant des Arbeitgebers an jedem Werktag unentgeltlich das Mittagessen einnehmen;
- c) darf am Wochenende die Werkstatt und Werkzeuge für private Arbeiten nutzen gegen einen Unkostenbeitrag von CHF 5.- pro Stunde;
- d) eines Elektrogeschäftes darf für den Eigengebrauch Material zum Einkaufspreis beziehen.

# Gemischte Arbeitsverträge aus der Praxis (I)

## A. Arbeitsvertrag / Auftrag

**Beispiel:** Arbeitnehmer leistet unentgeltlich zusätzliche Arbeiten.

### Gemischter Vertrag, bestehend aus Arbeitsvertrag & Auftrag?

**BGer:** Kein gemischter Vertrag bei Bereitschaftsdienst für Arbeit auf Abruf.

BGE 124 III 251: Zur Frage der Unentgeltlichkeit des Bereitschaftsdienstes: «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.»

BGer verwirft also die Möglichkeit eines gemischten Vertrages mit entgeltlicher Arbeitsleistung und unentgeltlichem Bereitschaftsdienst.

# Gemischte Arbeitsverträge aus der Praxis (II)

## A. Arbeitsvertrag / Auftrag

**BGer:** Meines Wissens aber bisher nicht ausdrücklich entschieden;

**S/vK/R:** gemischter Vertrag (Auftrag) möglich trotz Subordination.

### Meines Erachtens:

- a) Falls nicht unentgeltlich, sondern (konkludent) im Lohn inbegriffen:  
reiner Arbeitsvertrag (vgl. BGE 124 III 249: Bereitschaftsdienst);
- b) Falls Zusatzleistung von untergeordneter Bedeutung:  
Arbeitsvertrag mit Beimischung;
- c) Falls Zusatzleistung von erheblichem Umfang und explizit unentgeltlich:  
Gemischter Vertrag oder ev. zusammengesetzter Vertrag.

# Gemischte Arbeitsverträge aus der Praxis (III)

## B. Arbeitsvertrag / Mietvertrag

Gemischter Vertrag möglich, aber bitte den Einzelfall genau prüfen:

1. Hotelangestellter übernachtet freiwillig einmal wöchentlich im Hotel des Arbeitgebers. Dafür steht ihm ein Zimmer zur Verfügung, welches von mehreren Mitarbeitenden genutzt werden darf.  
=> Reiner Arbeitsvertrag mit Naturallohn «Logis».
2. Arbeitnehmer einer Filiale besucht Hauptsitz und übernachtet dort in der Wohnung, welche der Arbeitgeber zur Verfügung stellt.  
=> Zur Verfügung Stellen einer Wohnung anstelle von Auslagenersatz.
3. Pensionskasse der X-AG vermietet Einfamilienhäuser an Arbeitnehmende der X-AG bzw. deren Familien. Mietvertrag wird gekündigt, wenn Arbeitsverhältnis endet.  
=> M. E. zusammengesetzter Vertrag: Arbeitsvertrag / Mietvertrag.

# Gemischte Arbeitsverträge aus der Praxis (IV)

## B. Arbeitsvertrag / Mietvertrag

4. Hausabwart mietet gleichzeitig eine Wohnung im Gebäude, um welches er sich nebenamtlich kümmert. Für seine Tätigkeit wird ihm der Mietzins um CHF 500.- pro Monat reduziert.

=> BGE 131 III 566 = Pra 95 (2006) Nr. 54, E. 3.1:

- Gemischter Vertrag: Arbeitsleistung = Arbeitsrecht, Wohnung = Mietrecht;
- ABER: Kündigungsrecht insgesamt nach dem Recht, welches den überwiegenden Teil der Leistung ausmacht (Miete oder Lohn höher?)

# Gemischte Arbeitsverträge aus der Praxis (V)

## C. Arbeitsvertrag / Mitarbeiterbeteiligungsvertrag

BGE 130 III 495 / BGE 131 III 615:

- Arbeitnehmer unterzeichnet zum Arbeitsvertrag einen «Beteiligungsvertrag».
- Arbeitnehmer hat die Wahl, den Bonus in Cash zu beziehen oder in Form von (gesperrten) Optionen zu investieren.

Regeste zu BGE 130 III 495:

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

# Vorgehen im konkreten Fall (I)

## 1. Was wollten die Parteien?

**Parteiwille** und allenfalls gelebte Vertragspraxis als Grundlage.

**Wichtig:** Der wirkliche Wille und nicht die Bezeichnung des Vertrages ist entscheidend (Art. 18 OR).

## 2. Vereinbarte (Gegen-)Leistung als Inhalt eines reinen Arbeitsvertrages?

Arbeitsvertragsrecht lässt **diverse Arten von (Gegen-)Leistungen** zu (Kost/Logis, Fahrzeug, Arbeitsutensilien, etc.).

# Vorgehen im konkreten Fall (II)

## 3. Ist die vereinbarte (Gegen-)Leistung bedeutend?

Unbedeutende Nebenleistungen führen nicht per se zu einem gemischten Vertrag. Es kann auch ein **Arbeitsvertrag mit Beimischung** vorliegen.

## 4. Falls keine nur untergeordnete Bedeutung: Erfüllen die vereinbarten (Gegen-)Leistungen und Modalitäten die objektiv wesentlichen Merkmale einer anderen Vertragsart?

Dies kann:

- eine **besondere Art der Arbeitsleistung** betreffen: Auftrag, Werkvertrag, Maklervertrag etc.;
- eine **besondere Art von Nebenleistung** betreffen: Mietvertrag, Kaufvertrag, Bewirtungsvertrag, etc.

# Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen (I)

## 1. Was wollten die Parteien?

Ist die streitige Frage **vertraglich geregelt**?

### 2a. Falls nein:

- **Abwägung der Parteiinteressen** für den Entscheid, welche Normen welcher Vertragsart ersatzweise zur Anwendung kommen.

### 2b. Falls ja:

- **Abwägung der Parteiinteressen** für den Entscheid, ob die Schutznormen einer bestimmten Vertragsart überhaupt anwendbar sind.
- Falls anwendbar: Verstösst die vertragliche Regelung gegen **zwingende Schutzvorschriften der betreffenden Vertragsart**?

# Beachte zum Schluss

Die **Schutzvorschriften des Arbeitsrechts** beschränken sich nicht auf die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts.

Zu berücksichtigen sind auch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, namentlich die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes.

Dazu THOMAS GEISER (ArG-Kommentar, Art. 1 N 12):

«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.»

# Fragen?

## Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!