

Höhere leitende Angestellte – wer ist das überhaupt?

Das Arbeitsgesetz ist mit einer Ausnahme nicht auf höhere leitende Angestellte anwendbar. So gelten für sie die Vorschriften zu Arbeits- und Ruhezeiten nicht. Doch wer ist überhaupt ein höherer leitender Angestellter? Und was für Arbeitszeitbeschränkungen gelten für sie? Der folgende Rechtsartikel hat die Antworten.



Reto Sutter, Dr. iur., LL.M., ist Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte.

1. Der höhere leitende Angestellte und das Arbeitsgesetz
Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) ist ausser mit Bezug auf die Vorschriften über den Gesundheitsschutz u. a. nicht auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, anwendbar (Art. 3 lit. d ArG). Damit untersteht diese Personengruppe namentlich nicht den Vorschriften zu Arbeits- und Ruhezeiten. Auf sie sind die gesetzlich festgelegten wöchentlichen Höchstleistungszeiten, Nacht- und Sonntagsarbeitsverbote und Mindestruhezeiten nicht anwendbar. Folglich gelten auch die Vorschriften zur Überzeit hier nicht. Höhere leitende Angestellte sollen für den Arbeitgeber in zeitlicher Hinsicht frei verfügbar sein (BGE 98 Ib 344, E. 2) und bedürfen wegen ihrer besonderen Stellung im Betrieb nicht des öffentlich-rechtlichen Schutzes des Arbeitsgesetzes (mit Ausnahme des Gesundheitsschutzes).



Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., ist als Rechtsanwalt tätig und doziert regelmässig zum Arbeitsrecht.

2. Wer gilt als höherer leitender Angestellter?
Was unter einer höheren leitenden Tätigkeit zu verstehen ist, definiert Art. 9 der Verordnung Nr. 1 zum ArG (ArGV 1). Demnach gilt, dass eine höhere leitende Tätigkeit ausübt, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.»

Mit der gesetzlichen Definition ist noch nicht viel gesagt. Die Abgrenzung zum normalen leitenden Angestellten ist im Einzelfall selbst für den juristischen Profi schwierig, was sich in den einschlägigen Entscheiden des Bundesgerichts regelmässig widerspiegelt. Zudem handelt es sich bei Art. 3 lit. d ArG um eine Ausnahmebestimmung. Das heisst, im Zweifel ist eher nicht von einer «höheren leitenden Tätigkeit» auszugehen. Die Beurteilung, ob ein höherer leitender Angestellter vorliegt, muss im Einzelfall anhand sämtlicher massgebender Umstände des Arbeitsverhältnisses vorgenommen werden. Die Funktionsbezeichnung, die hierarchische Stellung im Unternehmen oder eine bestimmte Ausbildung sind für sich alleine unerheblich. Das Gesetz stellt ausdrücklich auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit des Arbeitnehmers ab. Massgebend ist demnach, ob der Arbeitnehmer die ihm auf Grund seiner Stellung im Unternehmen eingeräumte Entscheidungsbefugnis ausübt oder nicht.

3. Was sind weitreichende Entscheidungsbefugnisse?
Der Begriff «weitreichende Entscheidungsbefugnis» beinhaltet, dass der fragliche Mitarbeiter selbständig Entscheide in we-



Illustration: Jonas Raeber

sentlichen Belangen des Unternehmens treffen kann und darf. Die Entscheide müssen geeignet sein, den Gang oder die Struktur des Unternehmens mindestens in einem hauptsächlichen Teil nachhaltig zu bestimmen. In Frage kommen etwa Entscheide über die Einstellung oder den Einsatz des Personals, die Einteilung der Arbeitszeiten im Unternehmen oder für eine grössere Zahl Mitarbeiter, die Lohnpolitik oder «Grundsatzfragen der Geschäftspolitik» (BGE 98 Ib 344, E. 3.b).

4. Kriterien zur Abgrenzung

Weitere Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitnehmers mit höherer leitender Tätigkeit können zudem (aber nie nur für sich alleine; BGE 126 III 337) sein:

- Unterschriftsberechtigung für das Unternehmen (namentlich kann ein Mitarbeiter ohne Unterschriftsberechtigung keine Entscheide gegen aussen umsetzen).
- Besondere Vertrauensposition im Unternehmen.
- Hierarchische Stellung unter Berücksichtigung der Grösse dieser Hierarchiestufe im Vergleich zur Gesamtbelegschaft.
- Anzahl unterstellter Mitarbeiter und das Ausmass des Weisungsrechts.
- Verantwortung über eine Unternehmenseinheit, namentlich hinsichtlich Definition von Jahreszielen, Festlegung oder Einhaltung des Budgets und anderer Unternehmenskennzahlen.
- Höhe des Lohns.

Auch die Grösse des Unternehmens kann eine Rolle spielen. Das Bundesgericht kam in einem Entscheid zum Schluss, dass in sehr kleinen Unternehmen, bei dem alle Angestellten im Wesentlichen dieselben Arbeiten verrichten, keinem der Angestellten der Status eines höheren leitenden Angestellten zukommt. Es braucht hierfür eine entsprechende Struktur und Hierarchie (BGE 2C_745/2014 vom 27. März 2015).

«Die zulässige Höchstarbeitszeit für höhere leitende Angestellte beurteilt sich alleine nach der Frage, ob eine Gesundheitsgefährdung vorliegt.»

5. Gibt es Arbeitszeitbeschränkungen für höhere leitende Angestellte?

Höhere leitende Angestellte sind hinsichtlich der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes nur den Gesundheitsschutzbestimmungen unterworfen. Damit gilt, dass ihre Gesundheit im Allgemeinen (Art. 6 ArG) und diejenige von Arbeitnehmerinnen bei Mutterschaft im Besonderen (Art. 35 f. ArG) zu schützen ist. Damit beurteilt sich die zulässige Höchstarbeitszeit für höhere leitende Angestellte alleine nach der Frage, ob eine Gesundheitsgefährdung oder eine Überbeanspruchung

des fraglichen Angestellten vorliegt. Ist dies der Fall, gelten auch für den entsprechenden leitenden Angestellten Beschränkungen in Bezug auf die Arbeitszeit.

6. Praxisrelevanz der Abgrenzung

Wegen der Nichtanwendbarkeit der Höchstarbeitszeiten und damit die fehlende Überzeitenschädigung ist in der Praxis die Abgrenzung vom höheren leitenden zu den übrigen (leitenden) Angestellten von hoher Relevanz. Gerade in diesem Zusammenhang werden Mitarbeitende oft unzulässigerweise als höhere leitende Angestellte qualifiziert.

Die Abgrenzung des höheren leitenden Angestellten bleibt trotz der erwähnten Kriterien schwierig, was auch die Rechtsprechung zu diesem Thema zeigt. Bei Zweifeln entscheidet grundsätzlich die kantonale Arbeitsbehörde über die Anwendbarkeit des ArG auf ein Arbeitsverhältnis (Art. 41 Abs. 3 ArG). Fällt ein Arbeitsverhältnis nicht unter das ArG, empfiehlt es sich, die bestehenden Möglichkeiten auszuschöpfen und die arbeitsvertraglichen Regelungen entsprechend den bestehenden grösseren Freiheiten auszugestalten. Es besteht namentlich die Möglichkeit, die Überstunden- und Überzeitenschädigung auszuschliessen. Solche Regelungen sollten im Vertrag sehr sorgfältig formuliert werden. ■

Reto Sutter, Nicolas Facincani

Arbeit und Recht aktuell

Entsendung oder nicht?



Isabel Kuttler, lic. iur. HSG Rechtsanwältin, arbeitet in der Steuer- und Rechtsabteilung der OBТ AG in Zürich. Sie verfügt über langjährige Erfahrung in der Beratung von KMU in Fragen des Arbeits-, Vertrags- und Gesellschaftsrechts. isabel.kuttler@obt.ch

BGE 4A_564/2014

Das Urteil

Die Schweizer Bank A hatte eine Tochtergesellschaft (Bank A1) auf den Bahamas, welche sie fast vollkommen beherrschte. Die Bank A1 diente der Bank A dazu, ihren Kunden Anlagemöglichkeiten auf den Bahamas anzubieten. Betreut wurden die Kunden durch Kundenberater von der Schweiz aus. Aufgrund der Kritik verschiedener internationaler Steuerbehörden schuf die Bank A auf den Bahamas die Stelle eines «Resident Managers», damit die Kunden durch lokale Kundenberater betreut werden konnten. B war in der Schweiz bei der Bank A angestellt und bewarb sich im Jahr 2011 für die Stelle des «Resident Managers». Es wurde vereinbart, dass die Sozialversicherungen in der Schweiz fortgeführt werden sollen und es wurde B zugesichert, dass er nach seiner Rückkehr in die Schweiz bei der Bank A eine adäquate Stelle angeboten erhalte. Der Arbeitsvertrag wurde in der Folge zwischen B und der Bank A1 geschlossen. Im Jahr 2012 wurde die Bank A1 von der Bank A an K (Bahamas) Ltd. verkauft und B wollte zurück in die Schweiz. Die Bank A teilte ihm jedoch mit, dass sie keine geeignete Stelle für ihn hätte. Als K dem B kündigte, klagte dieser K auf Auszahlung bestehender Lohnansprüche und auf eine Abgangsschädigung ein. K und B einigten sich in der Folge auf einen Vergleichsbetrag und B anerkannte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit K. Zurück in der Schweiz klagte B die Bank A auf Zahlung eines Restlohns bzw. Schadenersatz ein. In seiner Begründung hielt B fest, dass sein bisheriger Arbeitsvertrag mit der Bank A nicht aufgelöst worden sei, sondern im Sinne

eines Entsendungsvertrags mit neuer Funktion auf den Bahamas modifiziert wurde.

Das Bundesgericht stellte fest, dass bei der Vertragsprüfung in erster Linie auf die tatsächliche Willensübereinkunft zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt werden müsse und nur bei dessen Unbeweisbarkeit ein Vertrag aufgrund des Vertrauensprinzips ausgelegt werden soll. In vorliegendem Fall sei der Arbeitsvertrag zwischen der Bank A1 und B geschlossen worden und es verneinte die Passivlegitimation der Bank A für die von B geltend gemachten Lohn- und Spesenansprüche. Auch die Beibehaltung der Sozialversicherungen in der Schweiz vermochte dies nicht zu ändern, da sich die Bank A1 verpflichtete, die Beiträge und die Krankenversicherung zu bezahlen. Wäre die Bank A weiterhin Arbeitgeberin gewesen, wäre eine solche Regelung nicht getroffen worden. Die von der Bank A garantierte Stelle sei wohl eine vertragliche Zusicherung, hingegen führe dies alleine nicht dazu, dass sie als Arbeitgeberin zu qualifizieren sei.

Konsequenz für die Praxis

Eine garantierte «Return-Klausel» der Muttergesellschaft alleine reicht nicht aus, um diese als Arbeitgeberin zu qualifizieren. Vielmehr kommt es auf die tatsächliche Willensübereinkunft der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Die Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge durch die Muttergesellschaft kann eine Qualifikation als Arbeitgeberin begründen. Im vorliegenden Sachverhalt war dies jedoch nicht der Fall, da die Sozialversicherungsbeiträge auf die Tochtergesellschaft überwält wurden.