

Die Analyse der Konsequenzen einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer zeigt, dass letztlich unter verschiedenen Aspekten eine verschärfte Verantwortlichkeit resultiert.

ROLAND MÜLLER

PROBLEMATIK EINER DOPPELSTELLUNG ALS VERWALTUNGSRAT UND ARBEITNEHMER Ein besonderes Mass an Verantwortung?

1. EINLEITUNG

1.1 Fragwürdigkeit einer Doppelstellung. Das schweizerische Gesellschaftsrecht ist durch den Monismus geprägt [1]. Dies zeigt sich bereits an Art. 716 Abs. 2 OR (*Obligationenrecht*), wonach der *Verwaltungsrat* (VR) die Geschäfte der Gesellschaft selbst führt, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat [2]. Der VR ist zwingend für die Oberleitung der Gesellschaft und für die Aufsicht über die Geschäftsführung verantwortlich [3]. Lediglich bei den Banken und Sparkassen ist ein angenähertes dualistisches System vorgeschrieben [4]. Bei den übrigen Aktiengesellschaften wurde eine entsprechende Gesetzesbestimmung schon während der Vorarbeiten abgelehnt [5]. Der VR gilt deshalb nicht als vertraglicher, sondern als organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft als Arbeitgeberin mit entsprechenden Kompetenzen vor Arbeitsgericht. Damit scheint eine Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer in der gleichen Gesellschaft zum vornherein rechtlich unmöglich [6]. Wie nachstehend gezeigt wird, ist eine solche Doppelstellung jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Daraus ergeben sich zahlreiche rechtliche Konsequenzen, welche in ihrer Gesamtheit wiederum in Hinblick auf mögliche Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit zu prüfen sind.

1.2 Begriff und Bedeutung einer Doppelstellung. Eine Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer ist dann gegeben, wenn das organschaftliche und das arbeitsrechtliche Verhältnis rechtsgültig zur selben Zeit und zur gleichen Gesellschaft bestehen [7]. Unter dem Begriff «Arbeitnehmer-VR» ist dagegen ein Arbeitnehmer zu verstehen, der dem VR einer oder

mehrerer Konzerngesellschaften angehört, ohne mit jenen Gesellschaften jedoch direkt in einem Arbeitsverhältnis zu stehen [8]. Eine Doppelstellung im hier verstandenen Sinne liegt generell dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer einer Gesellschaft bei einer anderen Gesellschaft als VR tätig ist. In solchen Fällen spricht man entweder vom abhängigen bzw. fiduziarischen VR oder aber vom entsandten VR [9].

In der Praxis kommen Doppelstellungen in dem hier verwendeten Sinn überraschend häufig vor. Von den über 9200 VR-Delegierten stehen rund 73% in einem zusätzlichen Arbeitsverhältnis zur gleichen Gesellschaft [10]. Bei Grossgesellschaften sind die Fälle von Doppelspitzen (Personalunion von VR-Präsident und CEO) bekannt, die oftmals von den Medien kritisiert werden. Im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance wird dem VR die Entscheidung über Personalunion oder Doppelspitze freigestellt mit folgender Einschränkung:

«Entschliesst sich der Verwaltungsrat aus unternehmensspezifischen Gründen oder weil die Konstellation der verfügbaren Spitzenkräfte es nahe legt, zur Personalunion, so sorgt er für adäquate Kontrollmechanismen [11]. Zur Erfüllung dieser Aufgabe kann der Verwaltungsrat ein nicht exekutives, erfahrenes Mitglied bestimmen (lead direktor). Dieses ist befugt, wenn nötig selbständig eine Sitzung des Verwaltungsrat einzuberufen und zu leiten.» [12]

1.3 Entstehungsmöglichkeiten einer Doppelstellung. Eine Doppelstellung kann unabhängig davon entstehen, welche Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft bereits bestehen [13]: → Ein ordnungsgemäss gewählter und als solcher tätiger VR erhält einen Arbeitsvertrag. → Ein ordnungsgemäss vertraglich verpflichteter Arbeitnehmer wird als VR gewählt oder nimmt die Funktion eines faktischen VR wahr. → Ein Aktionär wird zum offiziellen oder zum faktischen VR und übernimmt gleichzeitig eine Arbeitnehmerfunktion. → Ein unbeteiligter Dritter wird gleichzeitig VR und Arbeitnehmer.

Während die Übernahme eines VR-Mandates bereits im Arbeitsvertrag vorgesehen werden kann [14], ist es der Generalversammlung verwehrt, die Wahl eines VR an die Bedingung knüpfen, dass dieser einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abzuschliessen habe [15]. In den Statuten kann untersagt werden, dass die Mitglieder des VR in einem zu-



ROLAND MÜLLER, PD DR. IUR.
RECHTSANWALT, PRIVAT-
DOZENT FÜR PRIVAT- UND
WIRTSCHAFTSRECHT
SOWIE LUFTRECHT,
UNIVERSITÄT ST. GALLEN,
SENIORPARTNER, MÜLLER
ECKSTEIN RECHTS-
ANWÄLTE, STAAD/SG

Abbildung: **VORAUSSETZUNG UND ZULÄSSIGKEIT**

	Arbeitsfähigkeit	Zulässigkeit einer Doppelstellung
Mehrere VR-Mitglieder	Organunabhängige Tätigkeit	Zulässig, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind und keine Einschränkungen in den Statuten oder im Organisationsreglement bestehen
Mehrere VR-Mitglieder	Organabhängige Tätigkeit	Zulässig, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind und keine Einschränkungen in den Statuten oder im Organisationsreglement bestehen
Nur ein VR-Mitglied	Organunabhängige Tätigkeit	Nur wenn mehrstufige Organisationsstruktur vorliegt und wenn das VR-Mitglied nicht gleichzeitig die Gesellschaft wirtschaftlich beherrscht
Nur ein VR-Mitglied	Organabhängige Tätigkeit	Grundsätzlich unzulässig, ausser in Konzernverhältnissen, wenn das Weisungsrecht an die Muttergesellschaft delegiert ist

Quelle: Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 479

sätzlichen Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Zulässig wäre auch eine statutarische Regelung zur paritätischen Zusammensetzung des VR aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern [16]. Nichtig wäre aber eine Statutenbestimmung, wonach die Generalversammlung einen von der Belegschaft vorgeschlagenen VR zu wählen hat.

Es ist rechtlich nicht möglich, in einem Arbeitsvertrag zwingend die Übernahme eines VR-Mandates zu vereinbaren. Ebenso unzulässig ist es, die Wahl eines VR mit der aufschiebenden Bedingung zu verknüpfen, dass zwingend ein Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abgeschlossen werden muss.

1.4 Rechtsverhältnis zwischen VR und Gesellschaft. Das Rechtsverhältnis eines VR zur Aktiengesellschaft muss als eigenständiges organschaftliches Grundverhältnis qualifiziert werden [17]. Daneben können zusätzliche, eigenständige Rechtsverhältnisse wie Auftrag oder Arbeitsvertrag bestehen. Das organschaftliche Grundverhältnis weist zwar vertragsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Komponenten auf, doch enthält es keinen eigenständigen Vertragsteil im Sinne eines Innominatkontrakts *sui generis*. Dies zeigt sich insbesondere an der gesetzlichen Möglichkeit von Art. 762 OR, in den Statuten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts die Gelegenheit zu bieten, Vertreter in den VR abzuordnen bzw. diese auch wieder abzurufen, ohne dass die Gesellschaft diesbezüglich mitwirken kann.

2. VORAUSSETZUNGEN UND ZULÄSSIGKEIT

Entscheidendes Kriterium für den Bestand eines Arbeitsvertrages ist auch bei Mitgliedern des VR gemäss Art. 319 OR das Subordinationsverhältnis [18]. Besteht ein VR nur aus einem einzigen Mitglied, so erscheint eine Doppelstellung unmöglich. Bei der Einmann-AG ist ein Arbeitsverhältnis des einzigen VR tatsächlich ausgeschlossen. Ist der wirtschaftliche Eigentümer jedoch vom einzigen VR verschieden, so kann u. U. doch ein Arbeitsverhältnis möglich sein. Dabei ist zwischen organabhängiger und organunabhängiger [19] Tätigkeit zu unterscheiden. Im ersten Fall muss das Weisungsrecht

delegiert werden, während im zweiten Fall eine mehrstufige Organisationsstruktur vorhanden sein muss. Die Voraussetzungen und die Zulässigkeit einer Doppelstellung sind in der *Abbildung* dargestellt.

Die Aussage, dass allenfalls auch bei einem VR mit nur einem Mitglied ein Arbeitsverhältnis bestehen kann, erscheint auf den ersten Blick absurd. Folgendes Beispiel vermag den Blickwinkel jedoch zu verschieben: Ein Direktor ist schon seit mehreren Jahren Mitglied des vierköpfigen VR. Bei der Fahrt zu einer Firmenbesichtigung sterben die anderen drei Mitglieder. Soll nun der Direktor plötzlich seinen Arbeitsvertrag verlieren und ohne Sozialschutz dastehen, nur weil er noch der einzige amtierende VR ist?

Im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance wird empfohlen, dass nur eine Minderheit der VR-Mitglieder eine solche Doppelstellung einnimmt [20]. Arbeitsverträge zwischen VR-Mitgliedern und der Gesellschaft sind durch den Gesamt-VR zu genehmigen, dabei hat der Betroffene in den Ausstand zu treten. Eine Genehmigung ist zu verweigern, wenn der Vertragsabschluss nicht zu Drittbedingungen erfolgen würde. Börsenkotierte Gesellschaften haben Arbeitsverträge mit ihren VR-Mitgliedern offenzulegen, soweit diese eine operative Führungsfunktion ausüben [21].

3. KONSEQUENZEN BEZÜGLICH DER VERANTWORTLICHKEIT

3.1 Arbeitsrechtliche Konsequenzen. Ein VR mit einer Doppelstellung hat nicht nur die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nach Art. 717 OR, sondern auch die arbeitsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 321a OR zu beachten [22]. Da die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weitergeht als die arbeitsrechtliche, wird die Stellung eines Arbeitnehmers aus haftpflichtrechtlicher Sicht durch die Wahl in den VR verschlechtert. Dies ist bei Arbeitnehmervertretern in paritätisch zusammengesetzten VR jedoch praktisch unbekannt.

Zudem gilt während der Dauer des Arbeitsvertrages ein verschärftes Konkurrenzverbot, da ein umfassender Einblick in Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse besteht. Nach

Beendigung des Arbeitsvertrages bleibt die höhere Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR zumindest während einer beschränkten Zeit bestehen, da der Arbeitnehmer seine als VR erlangten Kenntnisse über die Gesellschaft nicht einfach mit dem Ende des VR-Mandats verliert. Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit schriftlich vereinbarten Konkurrenzverboten über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus haben die Gerichte deshalb nicht nur eine aktuelle, sondern auch eine frühere Doppelstellung im Einzelfall zu prüfen und angemessen zu berücksichtigen.

Ein Arbeitnehmer ist für einen von ihm verursachten Schaden gegenüber der Gesellschaft nach Art. 321e OR schadenersatzpflichtig, auch wenn er selbst VR dieser Gesellschaft ist und seine Handlung oder Unterlassung nach dem Willen des Alleinaktionärs erfolgte. Nur wenn ein Weisungsberechtigter den Arbeitnehmer zur Handlung oder Unterlassung anwies, besteht eine Befolgungspflicht nach Art. 321d OR und damit ein Haftungsausschluss. Ein VR mit einer Doppelstellung als Arbeitnehmer kann sich auch im Falle einer organabhängigen Tätigkeit nicht darauf berufen, seine Schadenersatzpflicht sei wegen angeblich schadensgeneigter Arbeit zu reduzieren [23].

3.2 Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen. Eine Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer führt immer dann zu einer besonderen Verantwortlichkeit im Rahmen der Organhaftung nach Art. 754 OR, wenn die Kenntnisse aus dem Arbeitsverhältnis als besonderes Spezialwissen zu qualifizieren sind, welches eine allfällige Pflichtverletzung als gravierender erscheinen lässt. Besteht die Arbeitstätigkeit in einer Geschäftsführungsfunktion, so verletzt der Arbeitnehmer durch eine Missachtung der Geschäftsführungspflichten stets auch die Pflicht als VR zur Oberaufsicht über die Geschäftsführung, womit auch das Verschulden schwerer wiegt. Der Beizug von Hilfspersonen führt dabei zu keiner Reduktion der Verantwortlichkeit; der betroffene VR hat sich die fehlbaren Handlungen und Unterlassungen der beigezogenen Hilfspersonen vollumfänglich anrechnen zu lassen. Im Unterschied dazu führt eine berechtigte Delegation zu einer Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit auf die Auswahl, die Instruktion und die Überwachung des Delegationsempfängers [24].

3.3 Versicherungsrechtliche Konsequenzen. Eine Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer kann bedeutende Konsequenzen bei Regressansprüchen von Drittversicherungen haben. Der Deckungsausschluss für Regressansprüche Dritter gegenüber Arbeitnehmern wird in der Regel durch eine Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer aufgehoben. Die Betriebshaftpflichtversicherungen werden deshalb bei ihrer Prämienfestsetzung diesen Umstand berücksichtigen. Umgekehrt werden die Sachversicherer bei der Prüfung von möglichen Regressansprüchen gegen schadensverursachende Arbeitnehmer mit Vorteil prüfen, ob diese keine Doppelstellung als VR haben [25].

Art. 52 AHVG (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung) führt praktisch zu einer Kausalhaftung des VR für nicht abgelieferte Arbeitnehmerbeiträge. Wird ein Arbeitnehmer in den VR gewählt, trifft ihn diese Haf-

tung unmittelbar und uneingeschränkt. Im Konkurs einer Gesellschaft gelangen die Ausgleichskassen mit ihren Forderungen immer zuerst an die in der Schweiz wohnhaften Mitglieder des VR; damit ersparen sie sich die mühsame Abklärungen, ob ein Geschäftsleitungsmitglied überhaupt für die Belange der Sozialversicherung zuständig war. Für einen Arbeitnehmer führt deshalb die Einsitznahme im VR unter diesem Aspekt zu einer gravierenden Verschärfung der Verantwortlichkeit.

3.4 Prozessrechtliche Konsequenzen. In einem Verantwortlichkeitsprozess kann ein VR mit einer Doppelstellung als Arbeitnehmer u. U. bei einem Gericht eingeklagt werden, bei dem er ohne seine Doppelstellung dafür nicht belangt werden könnte. Konkret ist dies der Ort, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Führt die Gesellschaft eine Betriebsstätte, wo sich weder der Sitz noch eine Zweigniederlassung der Gesellschaft befindet, und verrichtet der beklagte VR mit einer Doppelstellung dort seine Arbeitstätigkeit, so kann er dort für gesellschaftsrechtliche Ansprüche mit einem sachlichen Zusammenhang zu arbeitsrechtlichen Ansprüchen eingeklagt werden.

Ein zusätzliches Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft kann für das betroffene VR-Mitglied bei Verantwortlichkeitsprozessen Auswirkungen auf die Beweislastverteilung haben. Im Falle einer Doppelstellung gilt die vertragliche Verschuldensvermutung, falls sich die Pflichtverletzung auch auf den Arbeitsvertrag bezieht (z. B. eine arbeitsrechtliche Treuepflichtverletzung nach Art. 321a OR, welche gleichzeitig auch eine gesellschaftsrechtliche Treuepflichtverletzung nach Art. 717 OR darstellt) [26].

4. FAZIT

4.1 Verschärfte Verantwortlichkeit. Die Analyse der Konsequenzen einer Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer zeigt klar, dass letztlich unter verschiedenen Aspekten eine verschärfte Verantwortlichkeit resultiert.

In erster Linie wird die haftpflichtrechtliche Situation des Arbeitnehmers verschlechtert, welcher in einen VR gewählt wird. Dies ist insbesondere bei Arbeitnehmervertretern in paritätisch zusammengesetzten VR noch zuwenig bekannt. Zudem verlieren solche Arbeitnehmer ihre Privilegien im Konkurs und ihre Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung [27].

Doch auch VR verschlechtern ihre haftpflichtrechtliche Situation, wenn sie einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abschliessen. Dies gilt insbesondere in bezug auf die Anrechenbarkeit von besonderen Fachkenntnissen, aber auch auf die örtliche Zuständigkeit und die Beweislastverteilung bei Verantwortlichkeitsprozessen.

4.2 Regelungen in Statuten, Reglementen und Verträgen. Um Konflikte im Zusammenhang mit einer Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer zu vermeiden, sollten zwischen der Gesellschaft und dem Betroffenen klare Regelungen bezüglich des organschaftlichen und des arbeitsrechtlichen Verhältnisses getroffen werden. Solche Regelungen sind möglich in den Statuten, im Organisationsreglement und in Verträgen

(Arbeitsvertrag, Mandatsvertrag oder Aktionärbindungsvertrag). Konkret sind insbesondere folgende Regelungen möglich [28]:

→ Enthaltungs- bzw. Freistellungsklausel im Mandatsvertrag; → Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit

im Arbeitsvertrag; → Verpflichtung zum Abschluss einer Director's and Officer's Versicherung im Organisationsreglement; → VR-Honorar und Arbeitslohn sind getrennt festzulegen und gesondert abzurechnen. ■

Anmerkungen: 1) Vgl. Böckli, Aktienrecht, Rz. 300 zu § 13, und Potthoff/Tescher, Rz. 81 ff. und 99 ff. 2) In der Botschaft zum Aktienrecht, Sonderdruck 83.015, 25, wird das schweizerische System deshalb als «Boardsystem» im Gegensatz zum «Aufsichtsratsystem» bezeichnet. 3) Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR. 4) Nach Art. 8 Abs. 2 BankV darf kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs einer Bank der Geschäftsführung angehören. 5) Konkret war dies die Arbeitsgruppe von Greyerz, welche ein derartiges strenges Trennsystem ablehnte (vgl. Böckli, Aktienrecht, Rz. 9 zu § 13). 6) Deshalb auch ein Fragezeichen hinter dem Titel «Verwaltungsrat mit Arbeitsvertrag?», Artikel von Emmel in NZZ vom 9. 5. 2001, Nr. 106, S. 85. 7) Vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 2 f. In diesem Sinne wird der Begriff Doppelstellung erstmals verwendet von Hofer, 37. 8) Vgl. Schiltknecht, 3. 9) In Grosskonzernen ist das Entsenden von leitenden Arbeitnehmern in den Verwaltungsrat von Tochtergesellschaften ein echtes Bedürfnis, um eine einheitliche Leitung im Konzern sicherzustellen (vgl. Schiltknecht, 20). 10) Vgl. Müller, arbeitsrechtliche Stellung, 1367 ff., und die Zusammenfassung der repräsentativen Umfrage bei Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 156. 11) Eine Aufzählung möglicher Kontrollinstrumente (Control Self Assessment) findet sich bei Paulsen/Meierhofer, 1066 f. 12) Swiss Code Ziff. 18. 13) Die Doppelstellung kann dabei auch unbewusst entstehen (vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 20 ff., mit entsprechenden Beispielen).

14) Dazu ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 34 ff. 15) Vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 37 ff. 16) Dies ist z. B. bei der Trisa Bürstenfabrik AG in Triengen der Fall, wo seit 1973 die Hälfte der sechs Mitglieder des Verwaltungsrates von der Belegschaft gestellt werden dürfen. 17) Dies ist das Ergebnis der eingehenden wissenschaftlichen Analyse von Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 40 ff.; ähnlich bereits 1990 Plüss, 113 ff., in seiner Dissertation zur Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds. 18) Vgl. BGE 125 III 78 Erw. 4 und 130 III 213 E. 2.1; ebenso Streiff/von Kaenel, N 11 zu Art. 319 OR. 19) Als organunabhängige Tätigkeit ist jede Arbeitsleistung zu qualifizieren, welche keine Organfunktion voraussetzt (z. B. Marketingberater); unter organabhängiger Tätigkeit ist dagegen jede Arbeitsleistung zu verstehen, welche eine Organfunktion voraussetzt (z. B. Direktor). 20) Swiss Code Ziff. 12. 21) Ziff. 3.1 der Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance. 22) BGE 4C.258/2003 vom 9. Januar 2004 veröffentlicht unter BGE 130 III 213, vgl. die Kommentierungen durch Markus Felber in SJZ 100 (2004) 215, durch Peter Forstmoser/Patrik R. Peyer in SJZ 100 (2004) 518 und durch Joseph Küng in der Anwalts Revue 10/2004 384 f. sowie die ausführliche Entgegnung von Sommer, 1059 ff. 23) Zu den arbeitsrechtlichen Konsequenzen ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 268 ff. 24) Zu den gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 320 ff. 25) Vgl. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer,

370 ff. und das dort angeführte Beispiel. 26) Zu den versicherungsrechtlichen Konsequenzen ausführlich Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 365 ff. 27) Vgl. dazu die weitergehenden Ausführungen bei Müller, Konkursprivileg, 553 ff. 28) Entsprechende Musterklauseln finden sich bei Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 386 ff. **Literatur:** ► Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 (zit. Böckli, Aktienrecht). ► Emmel Frank, Verwaltungsrat mit Arbeitsvertrag?, in: NZZ vom 9. 5. 2001, Nr. 106 (2001) 85, Zürich 2001. ► Hofer Hermann, Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates, Diss. Bern, Zürich 1944. ► Müller Roland, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005 (zit. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer). ► ders., Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, in: AJP 12/01 (2001) 1367 ff. (zit. Müller, arbeitsrechtliche Stellung). ► ders. Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in: SJZ 100 (2004) 553 ff. (zit. Müller, Konkursprivileg). ► Paulsen Terje/Meierhofer Peter, Vom Sklaven zum Aufseher der eigenen Risiken, in: ST 78 (2004) 1066 ff. ► Plüss Adrian, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds, SSHW Bd. 130, Zürich 1990. ► Potthoff Erich/Treschler Karl, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Stuttgart 2003. ► Schiltknecht Reto, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, ASR Heft 592, Bern 1997. ► Streiff Ullin/von Kaenel Adrian, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006.

RÉSUMÉ

Problématique de la double qualité de membre du conseil d'administration et de salarié

L'analyse des effets d'une double qualité de membre du conseil d'administration et de salarié démontre clairement qu'il en résulte une responsabilité accrue, et ce à divers égards.

En premier lieu, le salarié élu au sein du conseil d'administration se retrouve, en termes de responsabilité civile, dans une situation juridique défavorable. Ceci est encore trop peu connu, notamment des représentants du personnel siégeant au sein de conseils d'administration paritaires. En outre, ces salariés perdent leurs privilèges en cas de faillite et leurs droits vis-à-vis de l'assurance-chômage.

La situation juridique des membres du conseil d'administration se détériore également, toujours en termes de res-

ponsabilité civile, dès lors qu'ils concluent un contrat de travail avec l'entreprise. Ceci vaut tout particulièrement en liaison avec la prise en compte de compétences spécifiques, mais également avec la compétence locale et avec la répartition de la charge de la preuve, en cas d'action en responsabilité.

Règles dans les statuts, les règlements d'organisation et les contrats

Afin de prévenir les conflits liés à la double fonction de membre du conseil d'administration et de salarié, il convient que la société et la personne concernée mettent en place des règles explicites clarifiant leurs rapports, à la fois dans le cadre du fonctionnement des organes de l'entreprise et dans celui du droit du tra-

vail. De telles règles peuvent être introduites dans les statuts, dans le règlement d'organisation et dans les contrats (contrat de travail, contrat de mandat ou contrat d'actionnaire). Concrètement, les règles possibles sont notamment les suivantes:

→ dans le contrat de mandat: clause de dégage- ment de responsabilité ou clause libératoire; → dans le contrat de travail: limitation de la responsabilité aux cas de négligence grave; → obligation de souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle pour cadres dirigeants; → fixation et versement séparés des honoraires d'administrateur et du salaire. RM/JA