



Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen

Es ist keine Seltenheit, dass Arbeitnehmende – aus ganz unterschiedlichen Motiven – neben ihrer hauptberuflichen Tätigkeit einer Nebenbeschäftigung nachgehen. Nachfolgend soll u.a. beantwortet werden, ob Nebenbeschäftigungen erlaubt sind, eine Informationspflicht besteht und was die Folgen bei einer unzulässigen Nebenbeschäftigung sein können.

■ von MLaw Raffael Breitler, Rechtsanwalt



Zulässigkeit

Zunächst ist zu prüfen, ob Bestimmungen zu Nebenbeschäftigungen in anwendbaren Gesamtarbeitsverträgen, in Reglementen oder im Arbeitsvertrag selbst vorhanden sind. Besteht keine vertragliche Bestimmung, fragt sich, was das Gesetz zu diesem Thema vorsieht. Eindeutige gesetzliche Bestimmungen zu Nebenbeschäftigungen gibt es kaum. Art. 321a Abs. 1 OR statuiert eine allgemeine Treuepflicht. Danach sind die berechtigten Interessen der Arbeitgebenden von den Arbeitnehmenden zu wahren, wobei sich diese Verpflichtung auch auf die Ausübung einer Nebenbeschäftigung bezieht.

Konkurrenzierung

Den in der Praxis wohl wichtigsten Anwendungsfall der Treuepflichtverletzung stellt die konkurrenzierende Nebenbeschäftigung dar, welche in Art. 321 Abs. 3 OR verankert ist (sog. Verbot der Schwarzarbeit). Unter Konkurrenzierung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Anbieten

gleichartiger Leistungen, welche dasselbe Kundenbedürfnis in einem sich mindestens teilweise überschneidenden Kundenkreis befriedigen, zu verstehen. Entgegen dem Gesetzeswortlaut werden in Lehre und Rechtsprechung unter Umständen auch unentgeltliche konkurrenzierende Nebenbeschäftigungen erfasst. Bei der Beurteilung von unentgeltlichen Tätigkeiten sind die Gerichte jedoch weit weniger streng als bei entgeltlichen Tätigkeiten.

- Im Entscheid BZ.2010.53 vom 28. April 2011 taxierte das Kantonsgericht St. Gallen die Nebenbeschäftigung (Aufträge im Heizungsbereich für Dritte) des als Leiter der Abteilung Heizung eingesetzten Arbeitnehmers als konkurrenzierend, was ein Verstoss gegen das gesetzliche Verbot der Schwarzarbeit darstellte.
- Das Bundesgericht schützte eine fristlose Entlassung eines Abteilungsleiters, der für eine einem Verwandten gehörende Konkurrenzfirma wiederholt unentgeltlich tätig war (BGer 4C.221/2004).

- Hingegen wurde die fristlose Entlassung einer Coiffeuse wegen einmaliger unentgeltlicher Coiffeurleistung an einer Kundin während der Freistellungsdauer als unrechtmässig qualifiziert (Obergericht des Kantons Luzern, LGVE 2009 I Nr. 15).

Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit

Als Ausfluss der Treuepflicht wird eine (un-)entgeltliche Nebenbeschäftigung sodann als unzulässig angesehen, wenn durch diese die Leistungsfähigkeit dermassen herabsetzt wird, dass die Erfüllung der Haupttätigkeit beeinträchtigt wird. Dabei ist insbesondere das Arbeitsgesetz (Arbeits- und Ruhezeiten) zu berücksichtigen, sofern dieses anwendbar ist. Massgeblich sind die Beschäftigungsverhältnisse bei allen Arbeitsstellen. Die Arbeitgebenden sind für die Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeiten vollumfänglich verantwortlich.

- Unzulässig dürfte es sein, wenn eine arbeitnehmende Person abends nach der Arbeit noch als Barkeeper oder als Taxifahrer weiterarbeitet und deshalb am nächsten Tag erschöpft und unausgeschlafen zur Arbeit erscheint.
- 1984 qualifizierte das Kantonsgericht St. Gallen die Nebenbeschäftigung eines Lastwagenchauffeurs als unzulässig, der – ohne es dem Arbeitgeber mitzuteilen – in seiner Freizeit als Taxifahrer arbeitete. Durch seine zusätzliche Tätigkeit wurden die Höchstarbeitszeiten und die Ruhezeiten verletzt.

Einfluss auf Reputation

Ebenfalls unzulässig ist eine Nebenbeschäftigung, wenn diese das Ansehen oder den Ruf der Arbeitgebenden schädigt.

Das Verwaltungsgericht des Kt. ZH hatte sich im Urteil vom 2. September 2021 (VB.2021.00069) mit der Frage zu befassen, ob einer sich in einem Teilzeitpensum befindlichen Musiklehrerin für Sekundarschüler zulässigerweise gekündigt wurde, nachdem diese ihrer Arbeitgeberin mitteilte, dass sie einen Diplomlehrgang als Sexualtherapeutin absolviert habe, sie sich weiter zur Sexualberaterin und -therapeutin ausbilden lasse und auch zukünftig beabsichtige, als solche auf selbstständiger Basis tätig zu sein. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Kündigung ohne einen sachlichen Kündigungsgrund erfolgte.



Folglich ist es zwar grundsätzlich zulässig, dass die Arbeitnehmenden parallel zu den Verpflichtungen im Arbeitsvertrag einer Nebenbeschäftigung nachgehen. Die Abgrenzungsfrage, wann eine Nebenbeschäftigung unzulässig ist, dürfte in der Praxis allerdings in einigen Fällen unklar sein.

Nebenbeschäftigung während Ferien

Der Zweck von Ferien ist die Erholung. Das Gesetz sieht deshalb zwingend vor, dass der Ferienlohn verweigert und bereits bezahlter Ferienlohn zurückverlangt werden kann, wenn die Arbeitnehmenden während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten leisten und dadurch die berechtigten Interessen der Arbeitgebenden verletzt werden. Die Vereitelung des Erholungszweckes der Ferien stellt eine Verletzung der berechtigten Interessen der Arbeitgebenden dar. Verrichten die Arbeitnehmenden eine ähnliche Arbeit oder Arbeit im gleichen zeitlichen Umfang wie sonst auch, ist eine Beeinträchtigung der Erholungswirkung anzunehmen.

Teilzeitangestellte

Grundsätzlich kommen auch bei Teilzeitarbeitnehmenden die allgemeine Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR sowie das Konkurrenzverbot von Art. 321a Abs. 3 OR zum Tragen.

Was die Geltung des Konkurrenzverbots anbelangt, werden in der Lehre verschiedene Ansichten vertreten. Ein Teil der Lehre geht von einem stillschweigenden Verzicht auf das Konkurrenzverbot aus. Dies, weil die Arbeitgebenden bei Teilzeitangestellten unter Umständen damit rechnen müssen, dass die Arbeit-

nehmenden auch bei der Konkurrenz arbeiten. Dies wird jedoch nur dann angenommen, sofern keine wesentlichen Interessenkonflikte vorliegen. Ein solcher Interessenkonflikt würde z.B. bei gleichem Kundenstamm vorliegen. Auf der anderen Seite gibt es Autoren, die postulieren, dass das Verbot entgeltlicher Konkurrenzstätigkeit auch für Teilzeitarbeitnehmer zur Anwendung komme. Zwar könne eine ausdrückliche arbeitgeberseitige Zustimmung nicht vorausgesetzt werden, aber es könne auch nicht einfach aus der Natur der Sache geschlossen werden, die Arbeitgebenden müssten mit Konkurrenzierung rechnen.

Informationspflichten

Soweit eine Informations- oder Aufklärungspflicht im Arbeitsvertrag festgehalten wurde oder eine solche in einem Gesamtarbeitsvertrag oder einem Personalreglement vorgesehen ist, ergeben sich grundsätzlich keine Schwierigkeiten.

Den gesetzlichen Bestimmungen ist keine explizite Informations- oder Aufklärungspflicht der Arbeitnehmenden gegenüber den Arbeitgebenden zu entnehmen. In der Literatur finden sich verschiedene Ansichten. Diejenigen Autoren, welche eine solche Verpflichtung aus der allgemeinen Treuepflicht ableiten, begründen dies damit, dass nur durch die Informationspflicht gewährleistet werden kann, dass die Arbeitgebenden ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen können (wie z.B. Anordnung zumutbarer Überstunden, Festlegung Ferienzeitpunkt, Einhaltung Höchstarbeits- und Ruhezeiten, Bezahlung Überzeitzuschlag).

Für mehr Klarheit sind Meldepflichten, Genehmigungspflichten oder auch ein umfassendes Verbot von Nebenbeschäftigungen vertraglich zu vereinbaren. Letzteres setzt jedoch ein legitimes Arbeitgeberinteresse voraus. Dabei darf die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der Arbeitnehmenden aber nicht übermässig eingeschränkt werden.

Widerruf einer erteilten Bewilligung

Zu diesem Thema findet sich keine explizite Gesetzesbestimmung. Mit Blick auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 2016 (A-5065/2016) kann ein Widerruf der Bewilligung wohl erfolgen, wenn sich während der Ausübung der Nebenbeschäftigung wider Erwarten zeigt, dass die Nebenbeschäftigung die Haupttätigkeit beeinträchtigt, oder wenn sich die Rahmenbedingungen geändert haben.

Folgen einer unzulässigen Nebenbeschäftigung

Liegt eine unzulässige Nebenbeschäftigung vor, kann eine betriebliche Disziplinar-massnahme (Verwarnung, Versetzung, Kürzung der Gratifikation und dergleichen) angezeigt sein. Auch Schadenersatz oder die Verweigerung des Ferienlohns kommen als Konsequenzen in Betracht. Darüber hinaus kann die Ausübung einer unzulässigen Nebenbeschäftigung auch ein Grund für eine (fristlose) Kündigung darstellen. Demgegenüber kann vonseiten der Arbeitnehmenden eine Entschädigung gefordert werden, falls die Kündigung missbräuchlich erfolgt.

- Das Bundesgericht hielt die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers für zulässig, welcher nebenbei eine Katzenzucht aufbaute. Verschiedene Umstände ergaben, dass es sich dabei nicht um eine blosser Liebhaberei handelte. Arbeitskollegen hatten den Arbeitnehmer gesehen, wie dieser während der Arbeitszeit mit seinen Katzen unterwegs gewesen war. Zudem ergaben Internetbeiträge, dass der Angestellte während einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung mehrmals im Ausland gewesen war und an Ausstellungen teilgenommen hatte (BGer 4A_379/2021).
- In einem älteren Urteil stufte das Bundesgericht die fristlose Kündigung als rechtmässig ein, weil der Arbeitnehmende Arbeit



für einen Dritten während angeblicher Arbeitsunfähigkeit geleistet hatte (JAR 1999 S. 289).

- Auch bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines wichtigen Grundes in einem Fall, bei welchem der Arbeitnehmende wiederholt unentgeltliche Arbeiten für einen Verwandten leistete, welcher Inhaber einer Konkurrenzfirma war (BGer 4C.221/2004).
- Das Arbeitsgericht Zürich schützte die fristlose Kündigung eines Vermögensverwalters, welcher während Kundenbesuchen die Kunden für sein eigenes Unternehmen abzuwerben versuchte (AN120058).
- Im Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern (LGVE 1999 I Nr. 13 vom 27. Mai 1999) schützte das Gericht die fristlose Entlassung einer Reiseleiterin, weil diese das im Arbeitsvertrag festgehaltene Konkurrenzverbot verletzte.
- Die fristlose Entlassung einer Arbeitnehmerin im Gastrobereich nach Verwarnung und in bereits gekündigter Stellung aufgrund fortgesetzter konkurrenzrender Tätigkeit wurde vom Obergericht des Kantons Obwalden im Entscheid AbR 2010/11 Nr. 5 S. 70 geschützt.
- Bei einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich ging es um einen Arbeitnehmer, welcher während seiner vertraglichen Tätigkeit als Fahrzeugverkäufer eine Nebenbeschäftigung ausübte, obwohl Letztere durch den Arbeitsvertrag verboten war. Dabei verkaufte der Arbeitnehmer Informationen an eine Versiche-

rung, die ihm ausschliesslich aufgrund seiner dienstlichen Stellung zukamen. Dafür erhielt er Versicherungsprovisionen. Gestützt auf Art. 423 OR verpflichtete das Gericht den Arbeitnehmer zur Herausgabe des erzielten Zusatzeinkommens (OGer ZH LA180011).

- In einem Entscheid des Obergerichts Aargau (Obergericht Kt. Aargau, ZVE.2021.58 vom 01.03.2022) verlangte eine Arbeitnehmerin eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Der Arbeitnehmerin, welche Teilzeit angestellt war, wurde zunächst ihre Nebenbeschäftigung befristet bewilligt. Nach Ablauf der Befristung wurde die Bewilligung nicht mehr erneuert. Die Arbeitnehmerin kündigte ihre Nebenerwerbstätigkeit jedoch erst rund zwei Jahre später. Wegen unbewilligter Nebenerwerbstätigkeit erhielt die Arbeitnehmerin die Kündigung. Das Obergericht wies die Klage der Arbeitnehmerin – wie bereits die Vorinstanz – ab, da es kein missbräuchliches Kündigungsmotiv erkennen konnte.

Fazit und Empfehlung

Eine Nebenbeschäftigung ist mithin nicht per se verboten. Ob eine Unzulässigkeit vorliegt, muss in jedem Einzelfall gesondert geprüft werden.

Arbeitnehmenden wird geraten, gleich zu Beginn einer Anstellung bzw. bereits im Einstellungsgespräch mit offenen Karten zu spielen.

Damit lassen sich unangenehme Mitarbeitergespräche und negative Konsequenzen, insbesondere eine spätere (fristlose) Entlassung, vermeiden. Zudem erleichtert dies die Organisation der verschiedenen Arbeitseinsätze und generiert Planungssicherheit. Allenfalls ist ein Hinweis im Arbeitsvertrag auf die weitere Tätigkeit aufzunehmen und anzugeben, unter welchen Bedingungen Anpassungen bei der Arbeitszeit möglich sind.

Für die Arbeitgebenden ergeben sich in diesem Zusammenhang verschiedene rechtliche Verpflichtungen (Festlegung der Arbeitszeiten und Ferien, Arbeitszeiterfassung, Zumutbarkeit von Überstunden, versicherungsrechtliche Ansprüche, Höchstarbeitszeiten). Arbeitgebende sollten bereits beim Einstellungsgespräch nach etwaigen weiteren Beschäftigungen fragen. Sinnvollerweise ist im Arbeitsvertrag oder in einem Anstellungsreglement nebst einer Informationsverpflichtung auch eine Klausel aufzunehmen, wonach die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung wie auch deren Änderungen genehmigungspflichtig sind.



AUTOR

M. Law Rafael Breiter ist Rechtsanwalt und Mediator SAV bei der Anwaltskanzlei Luks und Vogt Rechtsanwältinnen in Zürich.

WEKA FACHTAGUNG

23. WEKA
Arbeitsrecht-Kongress 2023
 Frischen Sie Ihr Know-how zum Schweizer Arbeitsrecht auf

JETZT ANMELDEN!
 Auch als
 Live Web Conference
 buchbar!

Donnerstag, 30. März 2023 – Crowne Plaza Zürich

Anmeldung unter: praxisseminare.ch