



## Nebenverdienst und Interessenkonflikte

Nebenverdienste kommen nicht nur bei Teilzeitarbeit, sondern nicht selten auch in Kombination mit einem Vollzeitpensum vor. Dabei stellen sich verschiedene arbeitsrechtliche Fragen, und es können auch Interessenkonflikte entstehen.

■ Von Dr. iur. Stefan Rieder, LL.M., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Als Bestandteil der arbeitsrechtlichen Treuepflicht ist in Art. 321a Abs. 3 OR vorgesehen, dass der Arbeitnehmende während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten darf, sofern dadurch die Treuepflicht verletzt wird. Eine solche Treuepflichtverletzung liegt insbesondere, aber nicht nur, bei einer Konkurrenzierung vor. Eine Konkurrenzierung der Arbeitgeberin – d.h. das Tätigsein für einen Anbieter gleichartiger Leistungen, die dasselbe Kundenbedürfnis befriedigen, an einen sich (teilweise) überschneidenden Kundenkreis – während des Arbeitsverhältnisses ist also ausdrücklich unzulässig. Diese verbotene Konkurrenzierung kann bei Teilzeitarbeit wegfallen, wenn die Arbeitgeberin aufgrund der konkreten Umstände damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmende auch bei der Konkurrenz arbeitet. In einem solchen Fall wird – jedoch nur, sofern ein wesentlicher Interessenkonflikt ausgeschlossen ist – nach Treu und Glauben eine stillschweigende Genehmigung

angenommen. Um solche stillschweigenden Genehmigungen zu vermeiden, macht es aus Sicht der Arbeitgeberin Sinn, das Thema Nebenbeschäftigungen vertraglich zu regeln.

Nebenverdienste können aber auch ohne Ausübung einer konkurrenzierenden Tätigkeit die arbeitsrechtliche Treuepflicht verletzen. Nebenbeschäftigungen, die aufgrund des Umfangs die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen (z.B. Ermüdung oder Schlafmangel), verletzen die Treuepflicht genauso wie z.B. die Nichteinhaltung der Arbeitszeit- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes. Ebenso ist nach Art. 329d Abs. 3 OR die entgeltliche Arbeit in den Ferien unzulässig, soweit dadurch die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin verletzt werden. Die Arbeitgeberin kann in einem solchen Fall den Lohn während der Ferien verweigern oder aber zurückfordern, wenn dieser schon bezahlt worden ist. Nebenverdienste in den Ferien sind insbesondere unzulässig, wenn es sich um eine konkurrenzierende

Tätigkeit handelt oder wenn die Tätigkeit den Erholungszweck der Ferien vereitelt.

### Informations- oder Genehmigungspflicht

Obschon Tätigkeiten mit einem Nebenverdienst eine Treuepflichtverletzung darstellen können, besteht keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht, solche Tätigkeiten der Arbeitgeberin zu melden, geschweige denn, diese genehmigen zu lassen. Die Arbeitgeberin hat jedoch aus verschiedenen Gründen ein grosses Interesse daran zu wissen, ob und in welchem Umfang Arbeitnehmende Nebenbeschäftigungen ausüben, weshalb die Regelung von mindestens einer Informationspflicht oder sogar einer Genehmigungspflicht im Arbeitsvertrag oder Personalreglement sinnvoll ist. Gründe für dieses Interesse sind die folgenden:

- Eine (kurzfristige) Änderung oder Erweiterung der Arbeitszeit ist aufgrund der Arbeitsverpflichtung aus der Nebenbeschäftigung nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich.
- Die Leistung von Überstunden ist aufgrund der Nebenbeschäftigung u.U. unzumutbar.
- Die Hauptarbeitgeberin ist genauso wie die Nebenarbeitgeberin für die Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie für die Ruhezeiten gemäss Arbeitsgesetz verantwortlich.





### FORMULIERUNGSBEISPIEL

#### Nebenbeschäftigungen

Nebenbeschäftigungen mit Erwerbscharakter sind melde- und bewilligungspflichtig. Die Bewilligung wird erteilt, wenn:

- die Ausübung der Nebenbeschäftigung den Interessen der Arbeitgeberin nicht schadet;
- der geordnete Betrieb gewährleistet ist;
- die Arbeitsleistung nicht leidet;
- die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften nach dem Arbeitsgesetz gesamthaft eingehalten werden.

Die Bewilligung kann mit Auflagen verbunden werden.

Beschäftigungen ohne Erwerbscharakter sind nicht bewilligungspflichtig. Sie sind jedoch der Arbeitgeberin vor der Aufnahme zu melden und müssen die vorgenannten Voraussetzungen ebenfalls einhalten.

- Die Festlegung des Zeitpunktes des Ferienbezuges, die grundsätzlich durch die Arbeitgeberin unter Rücksichtnahme der Wünsche des Arbeitnehmenden erfolgt, kann sich aufgrund von koordinierten Ferien bei beiden Arbeitgebern schwieriger gestalten.
- Bei Grenzgängern kann es sein, dass diese für ihre Tätigkeit in der Schweiz gar nicht in der Schweiz, sondern in ihrem Wohnsitzstaat sozialversicherungspflichtig sind, sofern die Nebentätigkeit im Wohnsitzstaat mindestens 25% beträgt.

### Interessenkonflikte

Im Rahmen von Nebenbeschäftigungen kann es insbesondere auch zu Interessenkonflikten kommen. Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Arbeitnehmende Eigeninteressen verfolgt und dadurch nicht mehr sichergestellt ist, dass er die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin wahrt. Bei solchen Interessenkonflikten liegt regelmässig eine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR vor, wonach der Arbeitnehmende die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin wahren muss. Dabei steht primär die Pflicht des Arbeitnehmenden im Vordergrund, alles zu unterlassen, was der Arbeitgeberin Schaden zufügen könnte. Pflicht- oder rechtswidriges Verhalten gegenüber der Arbeitgeberin, anderen Mitarbeitenden, Kunden oder Geschäftspartnern sind unzulässig. Die Treuepflicht ist abhängig von der Funktion und Stellung des Arbeitnehmenden, d.h., je höher seine Stellung im Betrieb ist, desto grösser sind die Anforderungen an seine Treuepflicht. Kadermitarbeitende haben deshalb eine erhöhte Treuepflicht.

Ein Interessenkonflikt liegt insbesondere vor, wenn der Arbeitnehmende für einen Lie-

feranten, einen Kunden oder sogar für ein Konkurrenzunternehmen tätig wird. Eine Treuepflichtverletzung infolge eines Interessenkonfliktes kann aber auch vorliegen, wenn der Arbeitnehmende für einen branchenfremden Dritten, der nichts mit dem Unternehmen zu tun hat, tätig wird. Ein Autoverkäufer, der für seine Arbeitgeberin nicht nur Autos verkaufte, sondern den Kunden gleich noch eine Autoversicherung vermittelte und von der Versicherungsgesellschaft auf eigene Rechnung Provisionen einkassierte, hatte offensichtlich einen Interessenkonflikt. In einem solchen Fall wäre z.B. nicht nur eine Kündigung ohne Weiteres zulässig, sondern die Arbeitgeberin konnte in diesem Fall auch den durch die Provisionen erzielten Gewinn herausverlangen, weil sich der Arbeitnehmende unzulässigerweise ein Geschäft anmasste und dieses ohne Auftrag führte (Urteil LA180012 des Obergerichts Zürich vom 11. Oktober 2018).

### Umgang mit Interessenkonflikten

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten sollte bei den Arbeitnehmenden ein Verständnis geschaffen werden, dass Entscheidungen mit Bezug auf die Arbeitgeberin oder welche dieselbe berühren, immer vernünftig, unvoreingenommen und objektiv zugunsten der Interessen der Arbeitgeberin zu fällen sind. Deshalb sind im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit Situationen zu vermeiden, bei denen die persönlichen Interessen oder Interessen von Dritten oder private Aktivitäten sowie Beziehungen zu Drittpersonen mit den Interessen der Arbeitgeberin tatsächlich oder auch nur möglicherweise in Konflikt geraten.

Aus Sicht der Arbeitgeberin empfiehlt es sich, Regeln aufzustellen, wie mit potenziellen Interessenkonflikten umzugehen ist. Eine Regelung könnte zum Beispiel vorsehen, dass

im Falle eines möglichen Interessenkonflikts oder des Verdachts auf einen solchen der Vorgesetzte oder der Bereichsleiter darüber in Kenntnis zu setzen ist, damit überprüft werden kann, ob tatsächlich ein Interessenkonflikt vorliegt und wie diese Situation am besten unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitgeberin fair und transparent geregelt werden kann. Wenn die Arbeitgeberin rechtzeitig über eine Situation mit einem potenziellen Interessenkonflikt informiert ist, kann sie eine (schriftliche) Genehmigung erteilen oder gestützt auf das Weisungsrecht anordnen, wie weiter vorzugehen ist.

### Vorbereitung zukünftiger Tätigkeit

Heikle Interessenkonflikte können bestehen, wenn sich ein Arbeitnehmender entscheidet, die Arbeitgeberin zu verlassen, und fortan eine konkurrenzierende Tätigkeit vorbereitet. Hier geht es um die existenzsichernde Zukunft des Arbeitnehmenden, weshalb seine privaten Interessen gewichtig sind, und es muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitgeberin abgewogen werden, welche Vorbereitungsmaßnahmen zulässig sind und welche nicht. Während die Gründung eines Unternehmens (AG, GmbH, Einzelfirma etc.), das Mieten von Geschäftsräumlichkeiten, die Vorbereitung von Produkten, die Erstellung von Werbung oder die Personalsuche mit Blick auf eine Aufnahme der Tätigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Regel unproblematisch sind, ist die Abwerbung von anderen Arbeitnehmenden, Kunden und Lieferanten nicht zulässig. Die Grenze der Zulässigkeit liegt dort, wo die Arbeitgeberin in ihrer Geschäftstätigkeit beeinträchtigt oder gefährdet wird, z.B., indem die zukünftige Tätigkeit bereits beworben wird, die Kunden der Arbeitgeberin angeschrieben werden, Offerten erstellt werden oder in irgendeiner Art und Weise aktiv auf dem Markt aufgetreten wird. Zulässige Vorbereitungsmaßnahmen für eine spätere konkurrenzierende Tätigkeit dürfen selbstredend nicht während der Arbeitszeit oder unter Nutzung von Betriebsmitteln der Arbeitgeberin erfolgen.



#### AUTOR

**Stefan Rieder** ist als Fachanwalt SAV Arbeitsrecht im privaten Arbeitsrecht, öffentlichen Personalrecht und Sozialversicherungsrecht sowohl beratend als auch prozessierend tätig.