

Mehrfachbeschäftigung

Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Seminar des Europa Instituts an der Universität Zürich vom 27. Juni 2019

Dr. Urs Marti, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

«Niemand kann zwei Herren dienen.»

(Matthäus 6:24)



INHALTSVERZEICHNIS

- I. Gründe, Arten und Bedeutung der Mehrfachbeschäftigung
- II. Vertragsrechtliche Kollisionen bei Mehrfachbeschäftigung
- III. Arbeitsunfähigkeit (am Beispiel Krankheit) und Arbeitsschutzrecht (am Beispiel Überzeitstunden)
- IV. Vertragliche Einschränkung der Nebenbeschäftigungen
- V. Sanktionen bei Verletzung eines Nebenbeschäftigungsverbots
- VI. Fazit

I. Gründe, Arten und Bedeutung der Mehrfachbeschäftigung

I. GRÜNDE FÜR UND ARTEN VON MEHRFACHBESCHÄFTIGUNG

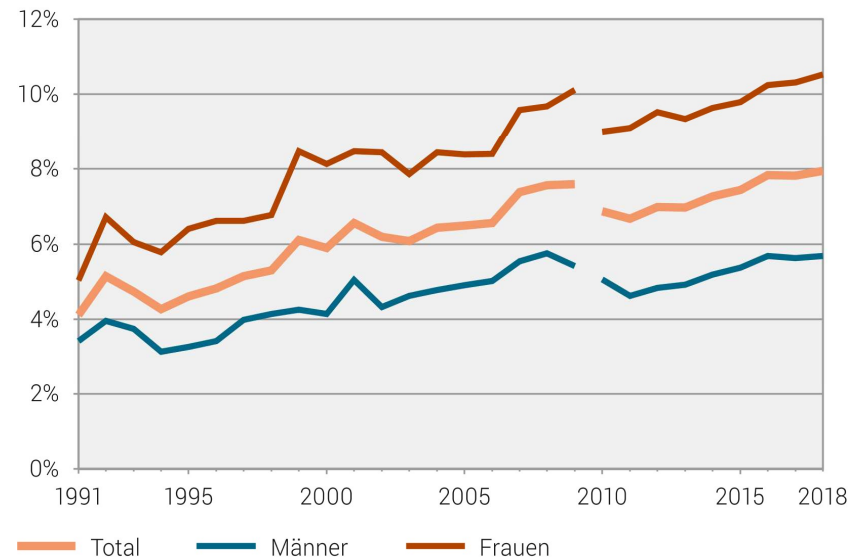
- Fortschreitende Arbeitszeitverkürzung auf 40 Std./Woche vergrössert **Spielraum** für Zusatzbeschäftigungen.
- **Veränderungen** bzgl. **Arbeitszeitgestaltung, Arbeitszeiteinteilung** und **Wertvorstellungen** über die Erwerbstätigkeit.
- V.a. **drei Formen** von Mehrfachbeschäftigung:
 1. Mehrfachteilzeitarbeit (s. Referat von Michèle Stutz).
 2. Kombination von Vollzeitpensum mit einer Nebenerwerbstätigkeit.
 3. Kombination von Vollzeitpensum mit einer unentgeltlichen Beschäftigung (Tendenz, Hausarbeit der „Berufsarbeit“ rechtlich anzunähern).

I. BEDEUTUNG DER MEHRFACHBESCHÄFTIGUNG (1)

- Im Jahr 2018 gaben 354'000 Leute oder **7.9% der Erwerbstätigen** (ohne Lehrlinge) an, mehr als einer Beschäftigung nachzugehen.
- **Frauen** teilen ihre Berufstätigkeit **häufiger** auf mehrere Beschäftigungen auf als Männer (10.5% der erwerbstätigen Frauen vs. 5.7% der erwerbstätigen Männer).
- **Anteil** der Mehrfacherwerbstätigen hat in den letzten drei Jahrzehnten **stark zugenommen** (1991: 4.1% der Erwerbstätigen vs. 2018: 7,9% der Erwerbstätigen).

Erwerbstätige mit mehreren Arbeitsstellen

Ohne Lehrlinge



Quelle: BFS – Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE)

© BFS 2019

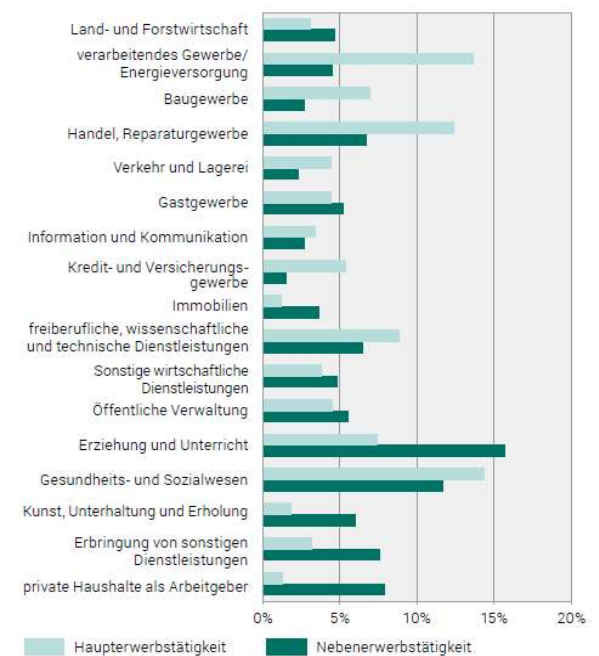
I. BEDEUTUNG DER MEHRFACHBESCHÄFTIGUNG (2)

- Anteil der Mehrfacherwerbstätigen bei **mittlerer Altersgruppe** (40- bis 54-Jährige) am höchsten (8,7%).
- Erwerbstätige mit **hohem Bildungsstand** üben **häufiger** mehrere Beschäftigungen aus (Tertiärstufe: 8,4%; Sekundarstufe II: 7,2%; Sekundarstufe I: 6,6%).
- **Konzentration auf wenige Branchen** (49,7% in „Erziehung und Unterricht“, „Gesundheits- und Sozialwesen“, „private Haushalte als Arbeitgeber“, „Handel, Reparaturgewerbe“ sowie „Erbringung von sonstigen Dienstleistungen“).
- Mehrfachbeschäftigtenquote **in EU tiefer** (4% gemäss EUROSTAT [Stand: 2018]), allerdings grosse länderspezifische Differenzen.

Erwerbstätige nach Wirtschaftsabschnitt des Haupterwerbs (alle Erwerbstätigen) und des Nebenerwerbs (Mehrfacherwerbstätige), 2017

In Prozent, durchschnittliche Jahreswerte

G 5



Quelle: BFS – SAKE

© BFS 2018

II. Vertragsrechtliche Kollisionen bei Mehrfachbeschäftigung

II. VERTRAGSRECHTLICHE KOLLISIONEN: ARBEITSZEITEINTEILUNG

Grundsätze:

- Arbeitgeberin legt Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit fest (Art. 321d OR), aber:
 - Weisungsrecht einschränkbar (Wochentage festlegen, Vorankündigungsfrist vereinbaren etc.; siehe GSG BS in JAR 1990 S. 132 [plötzliche Arbeitszeitänderungen entgegen vertraglicher Abmachung]).
 - Gebot der schonenden Rechtsausübung.
 - Erfordernis der Zumutbarkeit.

Mehrfachbeschäftigung:

- Kurzfristige, ausserordentliche Stundenplanänderungen müssen gegenüber regulären Arbeitsverpflichtungen aus anderen Arbeitsverhältnissen zurückstehen.
- Was gilt bei Verpflichtungen in der Freizeit (Vereinstätigkeiten, politische Ämter, Kinderbetreuung, Weiterbildungskurse etc.)?

→ Siehe Referat von Michèle Stutz zur akzentuierten Problematik bei Arbeit auf Abruf.

II. VERTRAGSRECHTLICHE KOLLISIONEN: ÜBERSTUNDEN

Grundsätze:

Arbeitgeberin darf Überstunden anordnen, soweit Arbeitnehmer sie zu leisten vermag und sie ihm zumutbar sind (Art. 321c Abs. 1 OR).

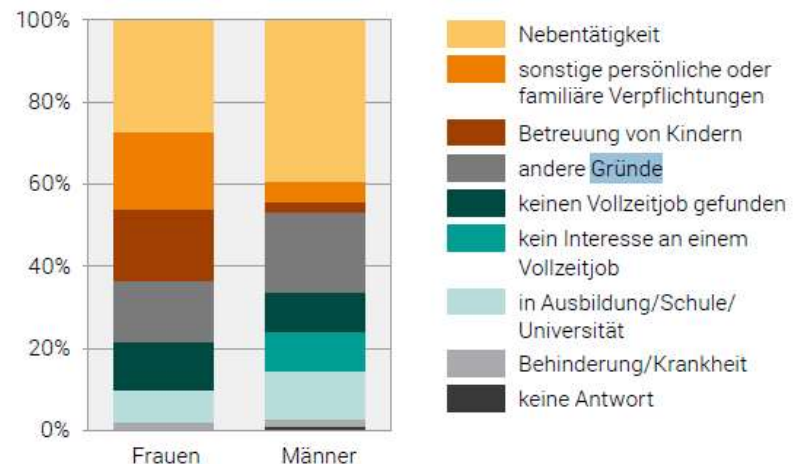
Mehrfachbeschäftigung:

- Unzumutbarkeit nach h.L. bei Mehrfachteilzeitarbeit eher anzunehmen als bei (Einfach-)Vollerwerbstätigkeit.
- Teilzeitbeschäftigte grundsätzlich „bloss“ in proportional reduziertem Umfang zu Überstundenarbeit verpflichtet.
- Informationspflicht des Arbeitnehmers, damit Arbeitgeberin Zumutbarkeit besser einschätzen kann.

Grund für die Hauptbeschäftigung auf Teilzeitbasis nach Geschlecht, 2017

In Prozent der Mehrfacherwerbstätigen mit Teilzeit-Haupterwerb

G8



Quelle: BFS – SAKE

© BFS 2018

II. VERTRAGSRECHTLICHE KOLLISIONEN: FERIEN

Grundsätze:

- Arbeitgeberin legt den Zeitpunkt des Ferienbezugs fest (Art. 329c Abs. 2 OR), aber:
 - Rücksichtnahme auf Wünsche des Arbeitnehmers (bspw. Schulferien).
 - Wenigstens zwei Ferienwochen müssen zusammenhängen (Art. 329c Abs. 1 Satz 2 OR).

Mehrfachbeschäftigung:

- Wenn Arbeitnehmer eine gleichzeitige bzw. koordinierte Ferienabwicklung wünscht, müssen Arbeitgeber (auch) auf die Ferienplanung anderer Arbeitgeber Rücksicht nehmen.
- Gemäss Gesetzeswortlaut gehen die betrieblich-organisatorischen Interessen der Arbeitgeberin vor (bspw. Betriebsferien).

II. VERTRAGSRECHTLICHE KOLLISIONEN: AUSSERORDENTLICHE FREIZEIT

Grundsätze:

- Verrichtung persönlicher Angelegenheiten (Zahnarztbesuche, Behördenbesuche, Wohnungswechsel) nach Möglichkeit nicht in Arbeitszeit, aber:
- Für Erledigung dringender persönlicher Angelegenheiten ist innerhalb der Arbeitszeit die nötige Freizeit zu gewähren (Art. 329 Abs. 3 OR).
 - Keine generelle Lohnzahlungspflicht, häufig aber vereinbart oder Übung (s. Urteil des BGer 4C.298/2005 vom 3. Januar 2006 E. 5.2.2), bspw. bei Anstellung im Monatslohn. Bei öffentlichen Ämtern greift Art. 324a OR!
 - Keine gesetzliche Nachholpflicht, aber vertraglich vereinbar bei Arbeitnehmern ohne Lohnanspruch in der Freizeit (bspw. Stundenlöhner).

Mehrfachbeschäftigung:

- Arbeitnehmer müssen aktiv informieren, wenn Art. 329 Abs. 3 OR greifen soll.
- Teilzeitbeschäftigte müssen persönliche Angelegenheiten nach h.L. eher in ihrer freien Zeit verrichten als Vollzeitbeschäftigte.

II. VERTRAGSRECHTLICHE KOLLISIONEN: KONKURRENZIERUNG

- Konkurrenzierungsverbot (Art. 321a Abs. 3 OR) kann bei Mehrfachbeschäftigung eingeschränkt sein, evt. stillschweigende Einschränkung von Art. 321a Abs. 3 OR (OGer LU in JAR 2008 S. 435 E. 3.1; a.M. STÖCKLI, SJZ 1991, S. 258)?

→ Siehe Referat von Michèle Stutz.

III. Arbeitsunfähigkeit (am Beispiel Krankheit) und Arbeitsschutzrecht (am Beispiel der Überzeitstunden)

III. ARBEITSUNFÄHIGKEIT (AM BEISPIEL KRANKHEIT)

Grundsätze:

- Begriff der Arbeitsunfähigkeit ist funktionsbezogen (GEISER, AJP 2003 S. 324; RUDOLPH/VON KAENEL, SJZ 2010 S. 363).
- Bsp.: Büroangestellte ist trotz gerochenem Bein arbeitsfähig, Bergführer dagegen nicht.

Mehrfachbeschäftigung:

- Je nach Art der vertraglichen Arbeitstätigkeiten ist es durchaus denkbar, dass bei Krankheit eine der beiden Tätigkeiten ausgeübt werden kann (Bsp.: Büroangestellte ist trotz gerochenem Bein arbeitsfähig, kann am Sonntag jedoch nicht als Aushilfe in einer Bäckerei arbeiten).
- Bei bloss arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit dürften Nebentätigkeiten ohne weiteres ausgeführt werden können.

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (1)

Grundsätze zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit:

- **45 Std.** für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben, für Büropersonal, technische und andere Angestellte inkl. Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG).
- **50 Std.** für alle übrigen Arbeitnehmer (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG).
- Höchststundenzahl darf nach Art. 12 Abs. 2 ArG nur unter besonderen Voraussetzungen überschritten werden (Dringlichkeit, Ausserordentlichkeit der Arbeit, Höchstgrenzen bei 2 Std./Tag und 170 Std./Kalenderjahr resp. 140 Std./Kalenderjahr).
- **25%-Lohnzuschlag zwingend** (Art. 13 Abs. 1 ArG), sofern Überzeitarbeit nicht im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums mittels Freizeit von gleicher Dauer kompensiert wird.

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (2)

Mehrfachbeschäftigung und wöchentliche Höchstarbeitszeit:

- Arbeitsgesetzliche Vorschriften sind unter Betrachtung aller Beschäftigungsverhältnisse **insgesamt einzuhalten**.
- Besonders konfliktträchtig sind:
 - Wöchentliche Höchstarbeitszeiten/Überzeitarbeit.
 - Tägliche Höchstarbeitszeit.
 - Tägliche und wöchentliche Ruhezeit.
 - Wöchentlicher freier Halbttag.
- **Verantwortung** zur Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten liegt **vollumfänglich bei den Arbeitgebern**, aber:
- **Arbeitnehmende sind mitteilungs-pflichtig**, d.h. sie müssen die Arbeitgeberinnen unaufgefordert und vollständig informieren (a.A. SECO bzgl. Teilzeitarbeit), andernfalls sie schadenersatzpflichtig werden und die Arbeitgeberinnen zur Verrechnung mit den Überzeitzuschlägen berechtigen (gl.M. SHK ArG-VON KAENEL, Art. 9 N 87).

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (3)

Beispiel 1

Frau Müller ist bei der X AG als Buchhalterin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Std./Woche (Montag bis Mittwochmittag) angestellt. Zusätzlich arbeitet sie in einem gleichen Pensum (Mittwochmittag bis Freitag) bei der Y AG.

In einer bestimmten Woche muss Frau Müller für die X AG 5 Std. mehr als vereinbart und für die Y AG 6 Std. mehr als vereinbart arbeiten.

Wie ist Frau Müller von den beiden Arbeitgeberinnen dafür zu entschädigen?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (3A)

Lösung zu Beispiel 1

- Frau Müller arbeitet in der fraglichen Woche 51 Std. (25 Std. bei X AG, 26 Std. bei Y AG). Bei beiden Tätigkeiten liegt die Höchstarbeitszeit bei 45 Std./Woche (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG), d.h. Frau Müller hat **6 Überzeitstunden** verrichtet.
- Ist bzgl. Mehrarbeit nichts anderes schriftlich vereinbart, müssen beide Arbeitgeberinnen die Mehrarbeit je mit einem 25%-Lohnzuschlag abgelden (Art. 321c Abs. 3 OR).
- Was aber, wenn die Überstundenentschädigung rechtsgültig eingeschränkt oder sogar wegbedungen wurde?

Lösungsansatz #1 – Nach Chronologie:

- Y AG muss 6 Überzeitstunden mit einem 25%-Lohnzuschlag bezahlen.
- Praktikabel, aber ist dieser Ansatz („Den Letzten beißen die Hunde.“) gerecht?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (3B)

Lösung zu Beispiel 1

Lösungsansatz #2 - Aufteilung nach Pensengrösse, falls Überzeitarbeit nicht nur von einer Arbeitgeberin verursacht wurde:

- Aufteilung im Verhältnis 1:1 (da je Pensum von 20 Std./Woche), d.h. X AG und Y AG müssen je 3 Überzeitstunden mit einem 25%-Lohnzuschlag bezahlen.
- Variante: Was aber, wenn Frau Müller bei der X AG bloss 21 Std., bei der Y AG dagegen 30 Std. gearbeitet hat? Ist eine praktikable Aufteilung im Verhältnis 1:1 dann noch gerecht?

Lösungsansatz #3 - Aufteilung nach Verursacherprinzip:

- Grundsachverhalt: X AG muss 5/11 oder 2.7 Überzeitstunden, Y AG muss 6/11 oder 3.3 Überzeitstunden bezahlen, je mit einem 25%-Lohnzuschlag.
- Variante: X AG muss 1/11 oder 0.5 Überzeitstunden, Y AG muss 10/11 oder 5.5 Überzeitstunden bezahlen, je mit einem 25%-Lohnzuschlag.
- Gerechter, aber ist diese Lösung auch praktikabel?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (4)

Beispiel 2

Herr Meier arbeitet bei der X AG als Sachbearbeiter Spedition mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Std./Woche. Zusätzlich arbeitet er bei der Y AG als Sicherheitsangestellter in einem gleichen Pensum.

In einer bestimmten Woche muss Herr Meier für die X AG 10 Std. mehr als vereinbart und für die Y AG 6 Std. mehr als vereinbart arbeiten.

Wie ist Herr Meier von den beiden Arbeitgeberinnen dafür zu entschädigen?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (4A)

Lösung zu Beispiel 2

- Herr Meier arbeitet in der fraglichen Woche 56 Std. (30 Std. bei der X AG, 26 Std. bei der Y AG).
- Massgebend sind die für den jeweiligen Arbeitgeber geltenden Höchstarbeitszeiten (Urteil 8C_68/2010 vom 12. Mai 2010, E. 8.3.2), d.h. als Sachbearbeiter Spedition gilt eine Höchstarbeitszeit von 45 Std./Woche (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG), für die Tätigkeit als Sicherheitsangestellter liegt die Höchstarbeitszeit bei 50 Std./Woche (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG; Urteil 2C_703/2015 vom 20. Juni 2016, E. 2.2).
- Aus Sicht der X AG hat Herr Meier 11 Überzeitstunden, aus Sicht der Y AG bloss 6 Überzeitstunden verrichtet.
- Aufteilung nach Verursacherprinzip (aus der jeweiligen Arbeitgebersicht), d.h. 6.9 Std. die X AG (10/16 von 11 Std.) bzw. 2.3 Std. die Y AG (6/16 von 6 Std.)?
- Ist das praktikabel?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (5)

Beispiel 3

Frau Schmidt wohnt in Lörrach (Deutschland). Sie arbeitet für die X AG als Sachbearbeiterin in deren industriellem Betrieb in Basel (30 Std./Woche) und im Homeoffice in Lörrach (20 Std./Woche).

Ist das zulässig?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (5A)

Lösung zu Beispiel 3

- Auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer ist das ArG auch bei Unterstellung des Arbeitsvertrages unter CH-Recht weder direkt noch indirekt über die sog. Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR anwendbar (BGE 139 III 411, E. 2).
- Kann die Höchstarbeitszeit von 45 Std./Woche (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG) mittels Homeoffice in Deutschland umgangen werden?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (6)

Beispiel 4

Landwirt Gerber erledigt im Winter für die Gemeinde X jeweils Schneeräumungsarbeiten (Strassenunterhalt) mit seinem mehr als 3.5 t schweren Traktor.

Welche Arbeits- und Ruhezeiten müssen er und die Gemeinde während diesen Schneeräumungseinsätzen beachten?

Wie viele Stunden darf Landwirt Gerber pro Woche höchstens im Winterdienst für die Gemeinde X tätig sein?

III. ARBEITSSCHUTZRECHT (AM BEISPIEL ÜBERZEITSTUNDEN) (6A)

Lösung zu Beispiel 4

- Landwirt Geber ist sog. Chauffeur im Nebenberuf, d.h. er muss während der gesamten beruflichen Tätigkeit die in der ARV 1 (Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen [Chauffeurverordnung; SR 822.221]) festgelegten Arbeits- und Ruhezeitgrenzen einhalten (Art. 20 Abs. 1 ARV 1).
- Die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss ARV 1 liegt bei max. 60 Std., wobei die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit in einem Zeitraum von 26 Wochen nicht mehr als 48 Std. betragen darf (Art. 6 Abs. 1 ARV 1).
- Da Landwirt Geber keine festen Arbeitszeiten hat, sollte die Gemeinde von der Vollzugsbehörde (Kantonales Strassenverkehrsamt) eine Grundarbeitszeit festlegen lassen. Landwirt Geber darf dann im Umfang der Differenz zwischen 60 Std. und der festgelegten Grundarbeitszeit im Winterdienst tätig werden, muss aber in einem Zeitraum von 26 Wochen die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 48 Std. einhalten (Art. 6 Abs. 1 ARV 1).
- Ist das realistisch?

IV. Vertragliche Einschränkung der Nebenbeschäftigungen

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: VORBEMERKUNGEN (1)

Begriff der Nebenbeschäftigung

- Alle Arten von Tätigkeiten, die neben einer arbeitsvertraglichen Beschäftigung, welche zeitlich überwiegt, ausgeübt werden (DIETHER KUHN, Probleme der Nebentätigkeit im Individualarbeitsrecht, Diss. ZH 1985, S. 15 ff.).
- Nicht massgebend, ob die Tätigkeit ständig ausgeübt wird (auch wenn minimale, v.a. einmalige, zeitlich nicht ins Gewicht fallende Tätigkeiten wohl nicht als Nebenbeschäftigung anzusehen sind).
- Entgeltliche und unentgeltliche Tätigkeiten (siehe Art. 91 Abs. 1 und Abs. 2 Bundespersonalverordnung).

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: VORBEMERKUNGEN (2)

Art. 91²⁶⁴ Nebenbeschäftigung
(Art. 23 BPG)

¹ Die Angestellten melden ihren Vorgesetzten sämtliche öffentlichen Ämter und gegen Entgelt ausgeübten Tätigkeiten, die sie ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses ausüben.

^{1bis} Unentgeltlich ausgeübte Tätigkeiten sind meldepflichtig, sofern Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden können.²⁶⁵

² Die Ausübung der Ämter und Tätigkeiten nach den Absätzen 1 und ^{1bis} bedarf der Bewilligung, wenn:²⁶⁶

- a. sie die Angestellten in einem Umfang beanspruchen, der die Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund vermindern kann;
- b. aufgrund der Art der Tätigkeit die Gefahr eines Konfliktes mit den dienstlichen Interessen besteht.

³ Wenn nicht im Einzelfall Interessenkonflikte ausgeschlossen werden können, wird die Bewilligung verweigert. Interessenkonflikte können insbesondere bei folgenden Tätigkeiten bestehen:

- a. Beratung oder Vertretung von Dritten in Angelegenheiten, die zu den Aufgaben der Verwaltungseinheit gehören, bei der die angestellte Person tätig ist;
- b. Tätigkeiten im Zusammenhang mit Aufträgen, die für den Bund ausgeführt werden oder die der Bund in absehbarer Zeit zu vergeben hat.

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (1)

Rein deklaratorische Abreden

„Herr X wird keine Nebenbeschäftigung ausführen, die zu einer Überschreitung der Höchstarbeitszeit des ArG führt.“

„Nebenbeschäftigungen sind zulässig, soweit dadurch die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigt und der Arbeitgeber nicht konkurrenziert wird.“

- In der Praxis seltene, aber prinzipiell **unbedenkliche Klauseln**, solange sie bloss allgemeine Grundsätze oder gesetzliche Normen wiederholen.

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 112

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (2)

Generelle Verbote

„Frau X ist verpflichtet, ausschliesslich für die Arbeitgeberin tätig zu sein.“

„Herrn X ist jede Nebentätigkeit untersagt.“

„Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, seine volle Arbeitskraft in den Dienst der A. AG zu stellen.“ (OGer LU in JAR 1994, S. 126 f.)

- **Unwirksame Klauseln**, trotz dispositivem Charakter von Art. 321a Abs. 3 OR, weil unverhältnismässig und unzumutbar.
- Nicht jede entgeltliche Arbeit für Dritte ist verboten, sondern nur jene, welche der Treuepflicht widerspricht.
- Nebenbeschäftigungen, die bewirken, dass der Arbeitnehmer erschöpft und leistungsunfähig zur Arbeit erscheint, verletzen die Treuepflicht (BGer in JAR 1997 S. 182 [entgeltliche Arbeit während der Ferien]).

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 113 f.

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (3)

Verbote mit Zustimmungsvorbehalt

„Der Arbeitnehmer darf ohne schriftliche Erlaubnis der Arbeitgeberin keine Nebenbeschäftigung ausüben.“

„Während der Dauer des Anstellungsverhältnisses darf die Mitarbeiterin keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit sie dadurch ihre Treuepflicht verletzt und insbesondere die Firma konkurrenziert. Für andere Nebenbeschäftigungen gegen Entgelt während der Freizeit ist die vorgängige schriftliche Zustimmung der Geschäftsleitung der Firma einzuholen und im Personaldossier zu vermerken.“

- M.E. **grundsätzlich zulässige Klauseln**, in ihrer praktischen Handhabung aber dann problematisch, wenn sie de facto wie ein generelles Verbot gehandhabt werden.

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 115 ff.

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (4)

Verbot bestimmter Tätigkeiten

„Nebenbeschäftigungen für Unternehmen, mit denen die Arbeitgeberin in Wettbewerb steht, sind der Arbeitnehmerin untersagt.“

- Aufgrund des dispositiven Charakters von Art. 321a Abs. 3 OR **wohl zulässige Klausel** (umstritten) und bei Teilzeitarbeit häufig anzutreffen (AGer ZH in Entscheide 2006 Nr. 6 = JAR 2007 S. 523; Amtsgericht Luzern-Stadt in JAR 1997 S. 112; a.A. PORTMANN , N. 20).

„Will der Arbeitnehmer Vorträge halten oder Veröffentlichungen herausgeben, benötigt er dafür die schriftliche Einwilligung der Arbeitgeberin, sofern dadurch deren Interessen berührt werden.“

- **Grundsätzlich zulässige Klausel** und je nach Branche sinnvoll, weil Arbeitnehmer u.U. Auffassungen propagiert, die mit den Unternehmenszielen unvereinbar sind.

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 122 ff.

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (5)

Verbot bestimmter Tätigkeiten

„Vor Antritt eines öffentlichen Amtes ist die Bewilligung der Geschäftsleitung einzuholen.“

- Mangels berechtigter, überwiegender Interessen zur erfolgreichen Durchführung des Arbeitsvertrages **regelmässig unzulässige Klausel**, bei Amtszwang ohnehin unwirksam (Art. 20 Abs. 1 OR).
- **Art. 324a Abs. 1 OR beachten!** (Bsp.: Wenn ein kommunales Parlamentsmitglied wegen einer Ratssitzung der Arbeit fernbleibt, liegt trotz einer solchen Klausel eine unverschuldete Absenz vor, für die Lohn auszurichten ist).
- **Ausnahmen bei Tendenzbetrieben** (d.h. weltanschaulich ausgerichteten Betrieben) denkbar, bei starker zeitlicher Beanspruchung während der Arbeitszeit oder bei Positionen, die häufige Ortsabwesenheiten bedingen.

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 125 ff.

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (6)

Zustimmung mit Widerrufsvorbehalt

„Eine erteilte Bewilligung kann jederzeit widerrufen werden, wenn der Einsatz für die Arbeitgeberin dadurch beeinträchtigt wird.“

- **Sinnvolle und zulässige Klausel**, wenn Art und Umfang der Nebenbeschäftigung zunächst nicht genau abschätzbar sind und weil sich Art und Umfang von Nebenbeschäftigungen im Verlaufe der Zeit generell verändern können.

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 129 ff.

IV. VERTRAGLICHE EINSCHRÄNKUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNGEN: KLAUSELTYPEN (7)

Anzeige- und Mitteilungspflicht

„Die Arbeitnehmerin ist verpflichtet, der Arbeitgeberin allfällige Änderungen ihrer entgeltlichen oder unentgeltlichen Nebenbeschäftigungen unaufgefordert und rechtzeitig vorher anzuzeigen.“

- **Sinnvolle, zulässige Klausel**, auch wenn diese Mitteilungs- resp. Offenbarungspflicht (nicht blosser Auskunftspflicht! [vgl. STÖCKLI, SJZ 1991 S. 253]) auch aus der allgemeinen Treuepflicht hergeleitet werden kann.
- Grenze dort ziehen, wo die beabsichtigte Nebentätigkeit offensichtlich nicht den Arbeitgeberinteressen zu widerlaufen kann (Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers [Art. 27 ZGB] sowie Pflicht der Arbeitgeberin, diese zu achten [Art. 328 OR]).

→ Vgl. THOMAS BRÄNDLI, Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung, Diss. ZH 2000, S. 133 ff.

V. Sanktionen bei Verletzung eines Nebenbeschäftigungsverbots

V. SANKTIONEN BEI VERLETZUNG EINES NEBENBESCHÄFTIGUNGSVERBOTS

1. Ordentliche Kündigung

2. Fristlose Kündigung

- Bei nennenswerter, konkurrenzierender Nebenbeschäftigung (OGer LU in JAR 2000 S. 247, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N. 10 zu Art. 321a; ähnlich BGer in JAR 1999 S. 292).

3. Schadenersatz

- Nach Massgabe von Art. 321e OR, aber Vereinbarung einer (verhältnismässigen) Konventionalstrafe zulässig (BGE 119 II 162 = Pra 1994 Nr. 11).

4. Unterlassungsklage

- Treuepflicht in erster Line eine Unterlassungspflicht, aber im Einzelfall sinnvoll?

5. Gewinnabschöpfung?

- Umstritten (bejahend AGer ZH, Entscheide 2008 Nr. 3).

VI. Fazit

VI. FAZIT

1. **Mehrfachbeschäftigung** ist grundsätzlich **zulässig** und in der Schweiz seit Jahren auf dem Vormarsch.
2. **Kollisionen** vertragsrechtlicher / sozialversicherungsrechtlicher / berufsvorsorgerechtlicher / steuerrechtlicher Natur sind **vorprogrammiert**.
3. **Arbeitsgesetzliche Vorschriften** sind unter Betrachtung aller Beschäftigungsverhältnisse **insgesamt einzuhalten**. Verantwortung liegt bei den Arbeitgeberinnen, aber:
4. **Arbeitnehmende trifft Mitteilungs- bzw. Offenbarungspflicht**, d.h. sie müssen Arbeitgeberinnen unaufgefordert und vollständig über anderweitige Arbeitstätigkeiten informieren.
5. **Modalitäten** bei Mehrfachbeschäftigung **vertraglich regeln**, insb. explizite Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers sowie Widerrufsrecht der Arbeitgeberin vereinbaren.



Kellerhals
Carrard



Dr. Urs Marti

Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner bei Kellerhals Carrard

Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Telefon +41 (0)58 200 35 28
Fax +41 (0)58 200 35 11
E-Mail: urs.marti@kellerhals-carrard.ch