

**Wenn Arbeitnehmende zusätzlich arbeiten**

# Arbeitsrechtliche Stolpersteine bei einer Nebenbeschäftigung

Nebenbeschäftigungen sind in der heutigen Arbeitswelt verbreitet. Arbeitnehmende gehen neben ihrer Haupttätigkeit oft weiteren Tätigkeiten nach – aus finanziellen Gründen, zur persönlichen Weiterentwicklung oder aus persönlichem Interesse. Arbeitsrechtlich wirft dies Fragen auf, insbesondere im Spannungsfeld zwischen persönlicher Freiheit und arbeitsvertraglicher Treuepflicht.

Von Dr. iur. Stefan Eichenberger und Tim Vetterli

Eine Nebentätigkeit ist grundsätzlich zulässig, solange keine gesetzlichen oder vertraglichen Einschränkungen entgegenstehen. Sie bergen für Arbeitnehmende wie auch für Arbeitgebende verschiedene arbeitsrechtliche Fallstricke. Diese reichen von Fragen der Treuepflicht – etwa bei Übermüdung, Konkurrenzverboten sowie Geheimhaltungs- und Loyalitätspflichten – über die Einhaltung des Arbeitsgesetzes, etwa bei Höchstarbeits- und Ruhezeiten, bis hin zu versicherungsrechtlichen Aspekten. Viele Unternehmen reagieren erst dann, wenn ein Problem vorliegt – etwa bei einer offenkundigen Konkurrenzsituation oder einem Verdacht auf Schwarzarbeit. Ziel dieses Beitrags ist es, die wichtigsten arbeitsrechtlichen Stolpersteine rund um Nebenbeschäftigungen im Schweizer Recht aufzuzeigen und für Arbeitgebende konkrete, praxisnahe Handlungsempfehlungen zu formulieren.

## Allgemeine gesetzliche Grundlagen

Ausgangspunkt bildet Art. 321a Abs. 3 des Obligationenrechts («OR»), wonach Arbeitnehmende während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten dürfen, soweit sie dadurch ihre Treuepflicht verletzen, insbesondere den Arbeitgebenden konkurrenzieren. Es gibt jedoch keine generelle Pflicht zur ausschliesslichen Berufsausübung für nur einen Arbeitgebenden. Arbeitnehmenden steht es grundsätzlich frei, ausserhalb der Arbeitszeit für andere Arbeitgebende tätig zu werden, selbst wenn sie eine Vollzeitstelle haben.



*Ob eine Nebenbeschäftigung, z.B. als Barkeeperin, neben einem Hauptjob zulässig ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab.*

Neben dem erwähnten Art. 321a Abs. 3 OR – welcher nur Beschäftigungen «gegen Entgelt» erfasst – gibt es auf gesetzlicher Ebene weitere Grenzen im Arbeitsgesetz (z.B. Höchstarbeitszeit, Ruhezeit) zu beachten. Zudem besteht die Möglichkeit, dass im Arbeitsvertrag (insbesondere Nebenbeschäftigungs- und Konkurrenzverbotsklauseln) sowie in einem Gesamtarbeitsvertrag («GAV») weitergehende Regelungen getroffen werden.

## Zulässigkeit der Nebenbeschäftigung

Grundsätzlich gilt: Solange kein Verstoss gegen Art. 321a Abs. 3 OR oder die einschlägigen Vorschriften des Arbeitsgesetzes vorliegt, brauchen Arbeitnehmende grundsätzlich die Zustimmung des Arbeitgebenden zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung nur dann, wenn dies im Arbeitsvertrag ausdrücklich ver-

langt wird. Zulässig ist insbesondere auch eine Vereinbarung einer Meldepflicht des Arbeitnehmenden, damit der Arbeitgebende die Nebenbeschäftigung auf die Verletzung berechtigter Arbeitgeberinteressen überprüfen kann.

Es kann durchaus zulässig sein, ein gänzlich Verbot von Nebenbeschäftigungen im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, wobei für Stellen, die keinen existenzsichernden Lohn garantieren, ein Vorbehalt angebracht werden muss (aufgrund von Art. 27 ZGB). Typische Situationen, in denen ein Verbot bzw. eine Einschränkung gerechtfertigt ist, wären insbesondere bei direkter Konkurrenz des Arbeitgebenden (gleichartige oder ähnliche Tätigkeiten im gleichen Markt) oder bei Tätigkeiten, bei denen sensible Unternehmensdaten, Kundenkontakte oder Know-how genutzt werden könnten.

## Loyalität und Konkurrenzverbot

Unzulässig sind (unentgeltliche) Nebenbeschäftigungen dann, wenn sie mit der Treuepflicht (Art. 321a OR) des Arbeitnehmenden kollidieren – so etwa, wenn der Arbeitgebende konkurrenziert oder das Ansehen des Unternehmens in Mitleidenschaft gezogen wird. Hierbei ist eine sorgfältige Interessenabwägung zwischen den Interessen der Arbeitgebenden und denjenigen der Arbeitnehmenden vorzunehmen.

Von Schwarzarbeit spricht man, wenn Arbeitnehmende im Rahmen ihrer Nebenbeschäftigung Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten und dadurch

ihren Arbeitgebenden konkurrenzieren (Art. 321a Abs. 3 OR), indem sie z.B. Datenträger, Software, Kundendaten oder interne Dokumente ihrer Arbeitgebenden bei der Nebenbeschäftigung verwenden oder Dienstleistungen demselben Kundenkreis anbieten, die in direkter Konkurrenz zum Kerngeschäft stehen.

Verstösst nun eine Nebenbeschäftigung gegen die allgemeine Treuepflicht oder das Schwarzarbeitsverbot, so ist sie nur mit Zustimmung des Arbeitgebenden zulässig. Die Zustimmung führt dazu, dass die Nebentätigkeit zu einer Nebenabrede des Arbeitsvertrags wird, womit der einseitige Widerruf der Zustimmung durch den Arbeitgebenden in der Folge nicht mehr zulässig ist – es sei denn, es wurde ein Widerrufsvorbehalt vereinbart.

Bei Teilzeitarbeit ist ein Konkurrenzverbot hingegen grundsätzlich nicht anwendbar, ausser es wurde ausdrücklich vereinbart. Der Grund dafür liegt darin, dass Teilzeitangestellte nur einen Teil ihrer Arbeitszeit dem Arbeitgebenden zur Verfügung

stellen und über die verbleibende Zeit frei verfügen dürfen. Der Arbeitgebende kann somit grundsätzlich nicht verlangen, dass der Arbeitnehmende seine restliche Arbeitskapazität ausschliesslich ihm vorbehält oder keine weiteren Tätigkeiten ausübt. Ein Verbot von Nebenbeschäftigungen würde somit einen erheblichen Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit der Teilzeitarbeitnehmenden darstellen und ist daher nur zulässig, wenn ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebenden besteht und die Einschränkung schriftlich vereinbart wurde.

Des Weiteren gilt es zu beachten, dass aus der Treuepflicht auch folgt, dass der Arbeitnehmende das Ansehen und den Ruf des Arbeitgebenden durch seine Nebentätigkeit nicht schädigen darf (beispielsweise durch eine Nebenbeschäftigung in einem Tendenzbetrieb).

### Arbeitszeit

Arbeitnehmende sind verpflichtet, ihre Arbeitszeit vollständig dem Arbeitgebenden

zur Verfügung zu stellen; die Verwendung von Arbeitszeit für andere (Neben-)Tätigkeiten stellt eine Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten dar.

Problematisch werden daher Nebenbeschäftigungen, wenn Arbeitnehmende während der Arbeitszeit der Hauptarbeitstätigkeit Aufgaben der Nebenbeschäftigung erledigen oder durch die Nebenbeschäftigung derart erschöpft sind, dass sie bei ihrer Haupttätigkeit nicht mehr ihre volle Leistung erbringen und ihre Arbeitspflichten vertragsgemäss erfüllen können (Verstoss gegen die Treuepflicht). Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Nebenbeschäftigung während der Nacht ausgeübt wird (beispielsweise Arbeit in einer Bar) und dadurch die Konzentrationsfähigkeit des Arbeitnehmenden während der Haupttätigkeit eingebüsst wird oder wenn durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung die gesetzlichen Bestimmungen des Arbeitsgesetzes zu den wöchentlichen Höchstarbeits- oder Ruhezeiten nicht mehr eingehalten werden können.

# Der neue ZeugnisManager NOVO

## Arbeitszeugnisse schnell, einheitlich und rechtssicher erstellt

WEKA

### Die Vorteile vom ZeugnisManager NOVO auf einen Blick:

- Über 1000 vorformulierte, rechtlich geprüfte Textbausteine
- Arbeitszeugnisse in 4 Sprachen (DE, EN, FR, IT)
- Für alle Zeugnisarten inkl. Lehr- und Praktikumszeugnisse
- Automatisierte **Umwandlung** in alle Zeugnisarten und 4 Sprachen
- Transparenter **Workflow** mit E-Mail-Erinnerungen an Vorgesetzte
- Tracking von **Textänderungen** mit Freigabe-Management
- Integration von **firmeneigenen** Briefvorlagen und Formulierungen

Jetzt bestellen  
ab CHF 498.–/Jahr

zeugnismanager.ch

Ebenfalls problematisch ist die Nutzung von Betriebsmitteln des Hauptarbeitgebenden – etwa Laptop, Software, firmeninterne Tools oder Kundendaten – für die Ausübung einer Nebenbeschäftigung. Solche Handlungen können nicht nur gegen arbeitsvertragliche Pflichten und interne Richtlinien verstossen, sondern auch datenschutzrechtliche und sicherheitsrelevante Risiken bergen.

## Ferien

In der Praxis stellen sich immer wieder Fragen bezüglich der Arbeit für einen Dritten während der Ferien. Arbeitnehmende sollen sich grundsätzlich während der Ferien von ihren Anstrengungen der Arbeit erholen und sich selbst gewählten Tätigkeiten widmen können. Dieses Ziel kann jedoch nicht erreicht werden, wenn Arbeitnehmende während der Ferien für einen Dritten arbeiten, um einen zusätzlichen Verdienst zu erzielen.

Aus diesem Grund sieht Art. 329d Abs. 3 OR vor, dass Arbeitgebende den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten Ferienlohn zurückverlangen können, wenn Arbeitnehmende während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten leisten und dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebenden verletzt werden.

## Versicherungsaspekte

Ein weiterer wichtiger Aspekt betrifft die Versicherungssituation bei Nebenbeschäftigungen. Unfälle, die sich während der Arbeit für den Hauptarbeitgebenden ereignen, sind durch dessen Unfallversicherung gedeckt. Ereignet sich der Unfall jedoch im Rahmen einer Nebenbeschäftigung, ist grundsätzlich die Unfallversicherung dieser Tätigkeit zuständig – sofern dort eine entsprechende Versicherungspflicht besteht. Gleiches gilt für Nichtberufsunfälle: Leistungspflichtig ist der Versicherer des Arbeitgebenden, bei welchem der Arbeitnehmende unmittelbar vor dem Unfall zuletzt gearbeitet hat.

Zu beachten ist zudem, dass die Krankentaggeldversicherung (KTG) des Hauptarbeitgebenden ausschliesslich den Lohn aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis deckt.

Für die Invalidenversicherung gilt, dass bei Personen, die über längere Zeit mit einem Gesamtpensum von über 100% gearbeitet haben und dies im Gesundheitsfall weiterhin tun würden, das gesamte erzielte Erwerbseinkommen als Valideneinkommen berücksichtigt wird.

## Konkrete Tipps für Arbeitgebende

Um die typischen Stolpersteine im Bereich der Nebenbeschäftigung frühzeitig zu erkennen, empfehlen sich folgende Massnahmen:

### 1. Vertragliche Regelungen

Im Arbeitsvertrag sollte vereinbart und festgehalten werden, ob (und, wenn ja, welche sowie in welchem Umfang) Nebenbeschäftigungen zulässig sind, wann eine Zustimmung des Arbeitgebenden oder eine Meldepflicht des Arbeitnehmenden erforderlich ist und welche Informationen die Arbeitnehmenden über Nebenbeschäftigungen zur Verfügung stellen müssen. Im Falle einer Meldepflicht sollte ein möglichst einfaches Meldesystem eingeführt werden, mittels welchem Arbeitnehmende Nebenbeschäftigungen beispielsweise mittels eines Formulars oder eines Tools melden können.

Des Weiteren sollte ein Widerrufsvorbehalt für bewilligte Nebenbeschäftigungen vereinbart werden, damit Arbeitgebende die Zustimmung zu Nebenbeschäftigungen widerrufen können, sofern die Voraussetzungen der Zustimmung nicht mehr erfüllt sind.

Zudem kann das gesetzliche Konkurrenzverbot gemäss Art. 321a Abs. 3 OR konkretisiert werden, damit für den Arbeitnehmenden klar ist, was erlaubt ist und was nicht. Ein solches Konkurrenzverbot kann mit einer Konventionalstrafe verbunden werden, um eine Verletzung einfacher sanktionieren zu können.

Gegebenenfalls können auch in einem Personalreglement Richtlinien betreffend die Nebenbeschäftigungen getroffen werden.

### 2. Kontrolle und Dokumentation

Verstösse gegen Vertragsbestimmungen oder Richtlinien sollten dokumentiert und umgehend gerügt werden. Dabei kom-

men – je nach Schwere des Verstosses – die üblichen arbeitsrechtlichen Sanktionen (insbesondere Abmahnung, ordentliche Kündigung, fristlose Kündigung, gegebenenfalls Schadenersatz) zur Anwendung.

### 3. Kommunikation

Es ist im Übrigen empfehlenswert, Arbeitnehmende frühzeitig und transparent über die Thematik von Nebenbeschäftigungen zu informieren. Eine klare Kommunikation hilft, Missverständnisse zu vermeiden und sicherzustellen, dass Arbeitnehmende ihre arbeitsvertraglichen Pflichten kennen und einhalten.

Durch präventive Regelungen, klare Verfahren sowie eine vertrauensvolle und offene Kommunikation können Arbeitgebende die Risiken einer Nebenbeschäftigung minimieren und gleichzeitig die Motivation und Flexibilität der Arbeitnehmenden stärken.

## Fazit

Nebenbeschäftigungen ermöglichen Arbeitnehmenden, ihre Kompetenzen weiterzuentwickeln und zusätzliches Einkommen zu generieren. Gleichzeitig bergen sie Risiken für die Arbeitgebenden, insbesondere im Bereich der Konkurrenztaetigkeiten und Arbeitszeitgestaltung. Durch klare Vertragsklauseln, einfache Meldeverfahren und eine offene Kommunikation können Arbeitgebende Stolpersteine präventiv minimieren und gleichzeitig ein positives Arbeitsklima stärken.



**Dr. iur. Stefan Eichenberger** ist Partner bei der EPARTNERS AG in Zürich. Er berät und unterstützt seine Klienten insbesondere in folgenden Tätigkeitsgebieten: Vertragsrecht (insbesondere Arbeitsrecht), Gesellschaftsrecht, Erbrecht, Datenschutzrecht sowie in der Prozessführung.



**MLaw Tim Vetterli** ist Rechtsanwalt bei der EPARTNERS AG in Zürich. Er ist schwerpunktmässig im Vertragsrecht (insbesondere Arbeitsrecht), im IT- und Technologierecht, Datenschutz- und Gesellschaftsrecht beratend als auch prozessierend tätig.