

Das Schwarzarbeitsverbot gemäss OR 321a III und 21.7 LGAV

> Viele Arbeitnehmende gehen neben ihrer eigentlichen Arbeit noch einer Nebenbeschäftigung nach. Dies kommt in der Praxis sowohl gegen Entgelt wie auch unentgeltlich vor wie beispielsweise Freiwilligenarbeit oder Tätigkeit in einem Verein.

Text: Cyrine Zeder, Mitglied der Geschäftsleitung Recht/Soziales/Unternehmensführung beim AM Suisse.

Grundsätzlich geht es den Arbeitgeber nichts an, was der Arbeitnehmer in seiner Freizeit macht. Entsprechend sind entgeltliche wie auch unentgeltliche Nebenbeschäftigungen prinzipiell zulässig. Auch ist der Arbeitnehmer nicht ohne eine entsprechende Regel verpflichtet, den Arbeitgeber über eine entsprechende Tätigkeit in Kenntnis zu setzen oder gar um Erlaubnis zu fragen.

Jedoch können Nebenbeschäftigungen in drei Fällen untersagt werden:

1. Nebenbeschäftigungsverbot ist explizit im Einzelarbeitsvertrag, Firmenreglement oder Ähnlichem untersagt. Muss also explizit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmendem vereinbart werden.



Gegen die Treupflicht verstösst, wer einer Nebenbeschäftigung nachgeht und damit seinen Arbeitgeber konkurrenziert.

Tout employé exerçant une activité accessoire qui concurrence son employeur enfreint le devoir de fidélité.

2. Haupt- und Nebenbeschäftigung überschreiten zusammen die im Arbeitsgesetz definierte Höchst-arbeitszeit für den Betrieb.
3. Die Nebenbeschäftigung verstösst gegen die Treupflicht. Damit sind zwei mögliche Szenarien gemeint:
 - a. Zum einen die sogenannte eigentliche Schwarzarbeit. Damit ist gemeint, dass die entgeltliche

Nebenbeschäftigung den Arbeitgeber konkurrenziert. Dabei definiert die Rechtsprechung, dass eine Konkurrenz vorliegt, wenn der Arbeitnehmende entweder als Selbständigerwerbender oder für einen Arbeitgeber eine gleiche oder ähnliche Leistung erbringt wie beim Hauptarbeitgeber. Damit bietet der Ar-

beitnehmer seine Leistung entweder direkt oder indirekt dem gleichen Kundenkreis an und dadurch besteht die Möglichkeit, dass der angestammte Hauptarbeitgeber finanziell geschädigt wird. Wichtig ist, anzumerken, dass eine tatsächliche Schädigung nicht zwingend vorliegen muss, es reicht, wenn nur die Möglichkeit der Schädigung besteht.

b. Ebenfalls gegen die Treupflicht verstösst ein Arbeitnehmender, wenn durch seine Nebenbeschäftigung seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigt wird, nämlich in einer solchen Weise, dass es dem Arbeitnehmer nicht mehr möglich ist, bei seinem Hauptarbeitgeber seine volle Leistung zu erbringen.

Die Praxis und auch der LGAV sehen als Sanktionsmittel zum einen die fristlose Kündigung (in der Anwendung eher heikel) und die Geltendmachung von Schadenersatz vor, jedoch wird dies fast nur bei der eigentlichen Schwarzarbeit, wie oben unter 3a) beschrieben, angewendet. ■

Interdiction de travailler au noir selon les art. 321a III CO et 21.7 CCNT

> De nombreuses personnes exercent une activité accessoire en plus de leur activité d'employé, que ce soit sous une forme rémunérée ou non (bénévolat ou activités dans une association, par exemple).

Texte : Cyrine Zeder, membre de la direction et directrice Droit / affaires sociales / gestion de l'entreprise chez AM Suisse.

De manière générale, ce que fait l'employé durant son temps libre ne regarde pas l'employeur. Les activités accessoires, qu'elles soient rémunérées ou non, sont donc en principe autorisées. S'il n'y a pas de disposition spécifique à cet égard, l'employé n'est donc pas tenu d'informer son employeur de l'autre activité qu'il exerce, ni de lui demander la permission de pouvoir l'exercer.

Dans les trois cas présentés ci-après, cependant, une activité accessoire peut être interdite.

1. Le contrat individuel de travail, le règlement d'entreprise ou un autre document similaire interdit explicitement toute activité accessoire : l'interdiction doit alors faire l'objet d'un accord explicite entre l'employeur et l'employé.
2. Cumulées entre elles, l'activité principale et l'activité accessoire dépassent le temps maximal de travail autorisé pour l'entreprise prévue par la loi sur le travail.
3. L'activité accessoire transgresse le devoir de fidélité, selon l'un des deux scénarios suivants :
 - a. le travail au noir, soit lorsqu'une activité accessoire rémunérée entraîne une distorsion des conditions de concurrence. La justice considère qu'il y a concurrence lorsque l'employé fournit une prestation identique ou similaire à celle fournie chez son employeur principal, mais pour son propre compte (travailleur indépendant) ou pour



Cyrine Zeder

le compte d'un autre employeur. Dans ce cas, il est alors possible que l'employé propose, directement ou indirectement, sa prestation à la même clientèle et donc que l'employeur principal en soit lésé sur le plan financier. Il est important de retenir que ce type

d'activité est interdit même s'il n'y a aucun dommage dans les faits : la seule possibilité que l'employeur soit lésé justifie l'interdiction.

b. une activité accessoire préjudiciable aux capacités de travail de l'employé, qui n'est plus en mesure d'exécuter avec le soin requis le travail qui lui est confié par son employeur.

En pratique et dans les dispositions de la CCNT, les sanctions peuvent prendre la forme d'une résiliation immédiate (mesure délicate à appliquer) et d'une demande de réparation des dommages. Cependant, ces dispositions sont appliquées presque exclusivement en réponse à des cas de travail au noir à proprement parler (scénario 3a ci-avant). ■