

**... IN PERSONALFRAGEN****KÜNDIGUNG**

Die häufigsten Stolperfallen  
bei Kündigungen

**SEITE 3****... IN PERSONALFRAGEN****FRISTLOSE KÜNDIGUNG**

Wie kann ich einen Vertrag  
richtig abschliessen?

**SEITE 5****... IN SICHERHEITSFRAGEN****SCHEIN-  
SELBSTSTÄNDIGKEIT**

Rechtliche Risiken, Unter-  
schiede und Konsequenzen einer  
Scheinselbstständigkeit

**SEITE 7****... IN SICHERHEITSFRAGEN****NACHVERTRAGLICHES  
KONKURRENZVERBOT**

Wie Sie wirksame nach-  
vertragliche Konkurrenz-  
verbote gestalten

**SEITE 10**

# EDITORIAL

■ von Dr. iur. David Schneeberger, Rechtsanwalt, M.A. HSG in Law & Economics, Herausgeber



## Liebe Leserinnen und Leser

In der aktuellen Ausgabe widmen wir uns verschiedenen rechtlichen Aspekten, die für Geschäftsführer in der Schweiz von besonderer Bedeutung sind. In den folgenden Fachbeiträgen erhalten Sie wertvolle Informationen und praktische Tipps, um rechtssicher zu agieren.

Der erste Fachbeitrag von Kollegin Evelyne Suter trägt den Titel «Wann sind Kündigungen rechters? Die häufigsten Stolperfallen in der Praxis» und befasst sich mit den wichtigsten Aspekten rund um das Thema Kündigung von Arbeitsverhältnissen. Dabei werden die sieben grössten Stolperfallen aufgezeigt und erläutert, wie man sie vermeiden kann. Hierzu gehören unter anderem falsche Kündigungsfristen, fehlerhafter Versand der Kündigung, Verletzung von Sperrfristen oder missbräuchliche Kündigungsgründe. Dieser Beitrag ist besonders hilfreich, um Kündigungen rechtssicher auszusprechen und damit arbeitsrechtliche Konflikte zu minimieren.

Der zweite Fachbeitrag, verfasst von Kollege Dr. Matthias Michlig und Kollegin Olivia Guyer, beschäftigt sich mit der fristlosen Kündigung und trägt den Titel «Die fristlose Kündigung – Wie spreche ich sie korrekt aus?». In diesem Beitrag werden Situationen im Arbeitsalltag beleuchtet, in denen eine fristlose Kündigung in Erwägung gezogen werden sollte. Hierbei werden die rechtlichen und formalen Fragestellungen ausführlich diskutiert, um den korrekten Umgang mit dieser Art von Kündigung sicherzustellen.

Im dritten Fachbeitrag «Scheinselbstständigkeit», verfasst vom Herausgeber, wird aufgezeigt, wie Geschäftsführer Scheinselbstständigkeit erkennen und vermeiden können. Der Beitrag beleuchtet die rechtlichen Risiken, die mit einer Fehleinstufung von Arbeitsverhältnissen einhergehen, und erläutert die Unterschiede zwischen Selbstständigkeit und unselbstständiger Erwerbstätigkeit. Dieser Artikel ist besonders hilfreich, um die eigene Personalpolitik zu überprüfen und mögliche Konsequenzen bei Fehleinstufungen zu vermeiden.

Der vierte und letzte Fachbeitrag dieser Ausgabe stammt ebenfalls vom Herausgeber und trägt den Titel «Korrekte Ausgestaltung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots». In diesem Beitrag erfahren Sie, wie nachvertragliche Konkurrenzverbote in Arbeitsverträgen wirksam gestaltet werden können, um den fairen Wettbewerb zu schützen und zu verhindern, dass ehemalige Arbeitnehmer wertvolle Geschäftsgeheimnisse und Kundenstämme zu Konkurrenten mitnehmen. Dieser Artikel liefert wertvolle Informationen, um die eigene Unternehmensstrategie abzusichern und rechtliche Risiken zu minimieren.

Wir hoffen, dass Sie durch das Studium dieser Fachbeiträge wertvolle

Erkenntnisse und Anregungen für Ihren Arbeitsalltag als Geschäftsführer gewinnen können. Wir freuen uns über Ihr Feedback zu den vorliegenden Fachbeiträgen und Anregungen für zukünftige Themen, die wir behandeln können. Unser Anspruch ist es, Ihnen stets aktuelle und relevante Informationen zu bieten, die Ihnen bei der Führung Ihres Unternehmens und der Bewältigung rechtlicher Herausforderungen helfen.

Wir wünschen Ihnen eine interessante und erkenntnisreiche Lektüre der aktuellen Ausgabe und viel Erfolg bei der Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse in Ihrem Unternehmen.

Mit freundlichen Grüssen,

Dr. David Schneeberger, Rechtsanwalt

### Der Herausgeber

«Recht muss zugänglich, verständlich, praxisnah und lösungsorientiert sein», sagt David Schneeberger. Der promovierte Rechtsanwalt arbeitet als Leiter Stab am Bundesverwaltungsgericht in einer Schnittstelle zwischen Justiz, Technologie und Management. Er ist zudem Herausgeber der WEKA-Musterverträge und publiziert als Spezialist regelmässig zu Themen im Gesellschafts-, Arbeits-, Vertrags- und Steuerrecht.

# WANN SIND KÜNDIGUNGEN RECHTENS? DIE HÄUFIGSTEN STOLPERFALLEN IN DER PRAXIS

Kündigungen haben wesentliche Konsequenzen für die Parteien eines Arbeitsvertrags, dennoch werden im Arbeitsalltag häufig fehlerhafte Kündigungen ausgesprochen. Ein Überblick über die sieben grössten Stolperfallen, und was bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen beachtet werden sollte.

■ Von Evelyn Suter, Rechtsanwältin & Notarin

## Falsche Kündigungsfrist

Es ist darauf zu achten, dass die korrekte Kündigungsfrist angewendet und auch eingehalten wird. Primär ist die Kündigungsfrist gemäss Arbeitsvertrag massgebend. Enthält der Arbeitsvertrag keine Angaben zur Kündigungsfrist, so gelten die gesetzlichen, nach Dauer des Arbeitsverhältnisses abgestuften Kündigungsfristen (vgl. Art. 335c Abs. 1 OR). Während der Probezeit gilt eine verkürzte Kündigungsfrist von sieben Tagen auf einen beliebigen Termin (Art. 335b Abs. 1 OR).

## Fehlerhafter Versand der Kündigung

Dem Arbeitnehmer muss die volle Kündigungsfrist zur Verfügung stehen, der rechtzeitige Versand ist deshalb zentral. Die Kündigung ist eine sogenannte empfangsbedürftige Willenserklärung, d.h., sie entfaltet erst mit ihrem Zugang beim Empfänger Wirkung. Die Kündigungsfrist beginnt also erst in dem Moment zu laufen, wenn der Empfänger die Kündigung erhält bzw. diese in seinen Machtbereich gelangt ist:

- Persönlich übergebene Kündigungen sind ab ihrer Übergabe gültig, die Kündigungsfrist beginnt am darauffolgenden Tag zu laufen. Der Erhalt der Kündigung sollte dabei vom Empfänger quittiert werden lassen, um das Empfangsdatum nachweisen zu können.
- Eine Kündigung per Post sollte mittels Einschreiben oder A+Post erfolgen, da bei normaler Post kein Nachweis des Zustelldatums und der Einhaltung der Kündigungsfrist möglich

ist. Eingeschrieben oder per A+Post versendete Kündigungen werden mit der Übergabe (persönlich oder in den Briefkasten) wirksam. Kann das Einschreiben nicht übergeben werden und wird von der Post eine Abholfrist gesetzt, beginnt die Kündigungsfrist an dem Tag zu laufen, an dem die Abholung durch einen korrekten Arbeitnehmer erwartet werden darf. Meist ist dies der Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch. Ist der Empfänger bekannterweise nicht in der Lage, die Kündigung abzuholen (z.B. wegen Ferienabwesenheit), gilt die Kündigung erst als zugestellt, wenn eine Zustellung praktisch wieder möglich ist.

Die Postaufgabe sollte schliesslich frühzeitig erfolgen und eine mögliche Abholfrist einrechnen:

Wird die eingeschriebene Kündigung per Ende Juli z.B. am Freitag, 28. April, aufgegeben, so wird der erste Zustellversuch der Post am Montag, 1. Mai, erfolgen (die Post stellt am Samstag keine Einschreiben zu). Die volle dreimonatige Kündigungsfrist läuft so erst Anfang August ab, und somit verschiebt sich der Kündigungstermin (d.h. das Ende des Arbeitsverhältnisses) auf Ende August. Um dies zu vermeiden, hätte die Kündigung spätestens am Donnerstag, 27. April – oder idealerweise bereits früher –, versendet werden müssen.

## Verletzung von Sperrfristen

In gewissen Situationen darf insbesondere der Arbeitgeber während einer bestimmten Zeitspanne keine Kündi-

gung aussprechen (sog. Kündigung zur Unzeit gemäss Art. 336c OR). Das OR definiert die Sperrfrist auslösenden Situationen abschliessend, nämlich: Militär-, Schutz- oder Zivildienst, unverschuldete Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall, Schwangerschaft (inkl. 16 Wochen nach Niederkunft und allfällig verlängertem Mutterschaftsurlaub), Betreuungsurlaub, Teilnahme an bundesbehördlich angeordnetem ausländischem Hilfeinsatz. Ferien oder der neu eingeführte Vaterschaftsurlaub lösen hingegen keine Sperrfrist aus.

Im Fall von Krankheit oder Unfall bestimmt sich die konkrete Dauer der Sperrfrist abhängig vom Dienstjahr des Arbeitnehmers (30 Tage im 1. Dienstjahr, 90 Tage im 2. bis und mit 5. Dienstjahr, 180 Tage ab dem 6. Dienstjahr).

Eine Kündigung des Arbeitgebers, die während einer Sperrfrist erfolgt, ist nichtig und muss nach dem Ablauf der Sperrfrist nochmals korrekt erfolgen. Tritt nach bereits erfolgter Kündigung ein Sperrfrist auslösendes Ereignis ein (z.B. Unfall Arbeitnehmer), so wird die Kündigungsfrist zu diesem Zeitpunkt unterbrochen und läuft erst ab Wegfall des Ereignisses, spätestens aber nach Ablauf der Sperrfrist ordentlich weiter. Fällt das Ende der Kündigungsfrist danach nicht auf einen Kündigungstermin (i.d.R. ein Monatsende), verlängert sich die Kündigungsfrist weiter bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (Art. 336c Abs. 3 OR). Arbeitnehmer können hingegen auch während

einer Sperrfrist kündigen und auf ihren Kündigungsschutz verzichten.

### Missbräuchliche Kündigungsgründe

Im Schweizer Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit, d.h. eine Kündigung darf grundsätzlich ohne besonderen Grund ausgesprochen werden. Gewisse Kündigungsmotive sind jedoch verpönt, bzw. es sollen die Parteien vor Rechtsmissbrauch geschützt werden (vgl. Art. 336 OR):

- a. Kündigung wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften (Geschlecht, Alter, Nationalität, Religion etc.)
- b. Kündigung wegen Ausübung verfassungsmässiger Rechte
- c. Kündigung, um die Entstehung von berechtigten Ansprüchen der Gegenpartei zu vermeiden (Vereitelungskündigung) oder weil die Gegenpartei solche Ansprüche geltend macht (Rachekündigung)
- d. Kündigung wegen Leistung Militärdienst oder Übernahme anderer gesetzlicher Pflichten
- e. Kündigung, weil der Arbeitnehmer einer Gewerkschaft angehört oder entsprechende Tätigkeiten ausübt
- f. Kündigung bei Massenentlassung, ohne das notwendige Konsultationsverfahren

Eine aus einem solchen verpönten Grund ausgesprochene Kündigung ist grundsätzlich gültig, löst jedoch einen Entschädigungsanspruch der betroffenen Partei von maximal sechs Monatslöhnen aus. Solche Ansprüche aus einer missbräuchlichen Kündigung sind mittels schriftlicher Einsprache vor Ablauf der Kündigungsfrist geltend zu machen.

In den letzten Jahren vermehrt Relevanz erhalten hat die Kündigung von älteren Arbeitnehmern kurz vor dem Ruhestand. Dort trifft den Arbeitgeber eine erhöhte Fürsorgepflicht, d.h., er muss vor einer Kündigung eine Warnung aussprechen, den Arbeitnehmer anhören sowie mögliche Alternativen prüfen und anbieten, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen (z.B. Wechsel in einen anderen Tätigkeitsbereich innerhalb des Unternehmens o.Ä.).

### WICHTIGER HINWEIS



Um eine missbräuchliche Kündigung zu vermeiden, sollten also Kündigungsgründe und -zeitpunkt immer sorgfältig geprüft werden.

### Fristlose Kündigung

Eine fristlose Kündigung, d.h. die ausserordentliche Kündigung ohne Einhaltung der massgeblichen Kündigungsfristen und -termine, ist nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher ist nur gegeben, wenn er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nach Treu und Glauben unzumutbar macht (vgl. Art. 337 OR). Es geht also um schwerwiegende Verfehlungen der Gegenpartei, welche das Vertrauensverhältnis definitiv zerstören. Leichtere Verfehlungen können nur im Wiederholungsfall und nach vorgängiger (schriftlicher) Verwarnung Grund für eine fristlose Entlassung sein.

Vorsicht ist geboten bei (strafrechtlichen) Vorwürfen, die (noch) nicht eindeutig nachgewiesen werden können: Die Fürsorgepflicht gebietet dem Arbeitgeber, den Verdacht zunächst soweit zumutbar abzuklären.

Eine fristlose Kündigung muss innerhalb angemessener Frist nach Kenntnis des wichtigen Grundes (Richtwert in der Praxis: drei Werktage) ausgesprochen werden. Es darf also nicht zu lange zugewartet werden zwischen Kenntnisnahme des Fehlverhaltens und fristloser Kündigung, andernfalls gilt das Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr als unzumutbar.

### WICHTIGER HINWEIS



Stellt sich heraus, dass die fristlose Kündigung zu Unrecht erfolgt ist, bleibt die Kündigung trotzdem gültig. Der Arbeitnehmer hat dann jedoch Anspruch auf den Lohn für die Kündigungsfrist sowie auf eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen.

### Kündigung von befristeten Arbeitsverhältnissen

Befristete Arbeitsverträge enden ohne Weiteres mit Ablauf der vereinbarten Zeitdauer, ohne dass dazu noch eine explizite Kündigung notwendig ist. Auch Sperrfristen kommen hier nicht zum Zug. Vor Ablauf der fest vereinbarten Zeit kann ein befristeter Arbeitsvertrag nur ausserordentlich gekündigt werden, d.h. wenn die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung erfüllt sind oder eine Aufhebungsvereinbarung in gegenseitigem Einvernehmen abgeschlossen wird.

### Aufhebungsvereinbarung

Sind sich die Parteien einig, dass und per wann das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden soll, können sie jederzeit eine Aufhebungsvereinbarung abschliessen und dabei auch die Beendigung auf einen Termin vor Ablauf der Kündigungsfrist vorsehen. Zu beachten ist aber, dass eine solche Aufhebungsvereinbarung insbesondere vom Arbeitgeber nicht erzwungen werden darf – d.h. dem Arbeitnehmer muss genügend Bedenkzeit eingeräumt werden und darf z.B. nicht die Kündigung mit sofortiger Freistellung in Aussicht gestellt werden, wenn er nicht eine Aufhebungsvereinbarung mit Verzicht auf einen Teil seiner Kündigungsfrist unterzeichnet. Verzichtet der Arbeitnehmer mit der Aufhebungsvereinbarung auf einen Teil seiner Rechte (z.B. kürzere Kündigungsfrist, Ferien- oder Überzeitguthaben o.Ä.), dann muss dafür ein angemessener Ausgleich geboten werden. M.a.W. darf nicht nur der Arbeitnehmer einseitig, sondern müssen beide Seiten gleichwertige Zugeständnisse machen.

### AUTORIN



**Evelyne Suter**, Rechtsanwältin/Notarin, ist Partnerin bei KANZLEI JUSTINA Advokatur & Notariat, Bern. Sie betreut KMUs in allen unternehmensrechtlichen und notariellen Fragen.

# DIE FRISTLOSE KÜNDIGUNG – WIE SPRECHE ICH SIE KORREKT AUS?

Situationen im Arbeitsalltag, bei denen eine fristlose Kündigung in Erwägung gezogen werden, sind häufig komplex. Neben den zwischenmenschlichen Herausforderungen stellen sich auch diverse rechtliche und formelle Fragen, die vorliegend erörtert werden.

■ Von Dr. Matthias Michlig, MLaw Olivia Guyer

## Fristlose Kündigung als Notventil

Grundsätzlich besteht in der Schweiz Kündigungsfreiheit. Allerdings ist eine Kündigung grundsätzlich nur unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist zulässig. Die fristlose Kündigung ist die Ausnahme von diesem Grundsatz und als Notventil gedacht. Eine fristlose Kündigung kann insbesondere sogar vor Stellenantritt und auch während Krankheit oder Schwangerschaft ausgesprochen werden.

## Der wichtige Grund

Gemäss Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung nur zulässig, wenn ein sogenannter wichtiger Grund vorliegt. Das Gesetz äussert sich allerdings nicht ausdrücklich dazu, wann ein solcher wichtiger Grund gegeben ist. Die Gerichtsentscheide dazu sind aber zahlreich.

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt dann ein wichtiger Grund vor, wenn die Vorkommnisse objektiv – also auch für jeden Aussenstehenden nachvollziehbar – geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis erforderliche Vertrauensgrundlage zu zerstören bzw. diese so erheblich zu erschüttern, dass eine weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar ist. Hinzu kommt, dass es im konkreten Arbeitsverhältnis auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens gekommen sein muss. Das Vorhandensein des wichtigen Grundes alleine genügt nicht. Das Vertrauen muss auch effektiv erschüttert sein.

## Beurteilungskriterien

Grundsätzlich beurteilt das Gericht im Einzelfall nach freiem Ermessen, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht. Mögliche Kriterien zur Beurteilung sind die Verfehlung an sich, die Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, eine allfällig vorausgegangene Verwarnung sowie die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist. Das Vorgefallene muss grundsätzlich derart schwer wiegen, dass das Einhalten einer ordentlichen Kündigungsfrist bzw. das Abwarten des Ablaufs eines befristeten Vertrags unzumutbar ist.

Bei der Beurteilung des wichtigen Grundes kommen u.a. die folgenden Grundsätze zur Anwendung: Je schwerwiegender die Verfehlung an sich ist, desto weniger kommt es auf die weiteren Umstände der Situation an. Je länger ein Arbeitsverhältnis gedauert hat, umso höhere Anforderungen werden an den wichtigen Grund gestellt. Je länger eine ordentliche Kündigungsfrist dauern würde, desto eher ist eine fristlose Kündigung bereits bei einem weniger schwerwiegenden wichtigen Grund gerechtfertigt. Je grösser die Verantwortung des Arbeitnehmers bzw. je höher seine Stellung, desto strenger ist der Massstab, welcher für sein Verhalten angewendet wird, bzw. desto geringer sind die Anforderungen an den wichtigen Grund. Bei höhergestellten Mitarbeitenden ist also aufgrund ihrer Verantwortung schneller ein Grund für einen schwerwiegenden Vertrauensverlust gegeben.

## Mögliche wichtige Gründe

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen schwerwiegenden und weniger schwerwiegenden Verfehlun-

gen (die Aufzählungen sind nicht abschliessend):

### 1. Schwerwiegende Verfehlungen

- strafbare Handlungen des Arbeitnehmers mit Bezug zum Arbeitsplatz, wenn dadurch die Vertrauenswürdigkeit dahingefallen ist (beispielsweise Diebstahl, Nötigung, sexuelle Belästigung, schwere Beleidigungen, Betrug, Tötlichkeiten oder Körperverletzung)
- parallele Tätigkeit in einem konkurrierenden Unternehmen und damit Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer
- Missbrauch von Geschäftsgeheimnissen und damit ebenfalls Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer

### 2. Weniger schwerwiegende Verfehlungen

- falsche Angaben im Bewerbungsverfahren
- Nichterscheinen am Arbeitsplatz (ohne wichtigen Grund)
- wiederholte Arbeitsverweigerung
- Verstösse gegen vertragsrechtliche Punkte (beispielsweise private Internetnutzung, sofern ein gewisses Mass überschritten wird; Konsultation des Wetterberichts reicht nicht aus)
- Verweigerung, zumutbare Überstunden zu leisten
- Beleidigung oder Bedrohung von Dritten

Wichtig ist festzuhalten, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Vorfälle, die zeitlich weiter zurückliegen und für sich alleine nicht für eine fristlose Kündigung ausreichen würden,

in der Kombination mit anderen Vorfällen später ausreichen können. Wenn ein letzter Vorfall den Tropfen bildet, der das Fass zum Überlaufen bringt, dann liegt ebenfalls ein wichtiger Grund vor.

Wie diese Ausführungen zeigen, gibt es einige wenige klare Fälle, welche eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Daneben sind zahlreiche Konstellationen denkbar, bei denen es einer genauen Prüfung des Einzelfalls bedarf. Im Zweifelsfall sollte eine Arbeitgeberin sich juristisch beraten lassen.

### **Nicht ausreichende Gründe gemäss Rechtsprechung**

Eine mangelhafte Arbeitsleistung rechtfertigt nur dann eine fristlose Kündigung, wenn dem Arbeitnehmer ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss und eine entsprechende Verwarnung ausgesprochen wurde. Ansonsten ist schlechte Arbeit an sich kein Grund für eine fristlose, allenfalls aber für eine ordentliche Kündigung.

Gleichgültigkeit und mangelnde Einsatzbereitschaft, einmaliges Fernbleiben vom Arbeitsplatz oder gelegentliches Zuspätkommen beispielsweise reichen ebenfalls nicht aus.

Sobald eine Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zu verstehen gibt, dass eine weitere Zusammenarbeit unter anderen Vertragsbedingungen oder Umständen denkbar wäre, ist eine fristlose Kündigung grundsätzlich nicht mehr gerechtfertigt. In einem solchen Fall fehlt es an der Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses.

### **Voraussetzungen der fristlosen Kündigung nach bereits erfolgter ordentlicher Kündigung**

Wie aus dem oben Ausgeführten ersichtlich wird, ist die Schwelle für eine korrekt ausgesprochene und gerechtfertigte fristlose Kündigung hoch. Wurde ein Arbeitnehmer bereits ordentlich entlassen, ist die Hürde für eine fristlose Kündigung während laufender Kündigungsfrist nochmals höher. Damit eine fristlose Auflösung dann noch gerechtfertigt ist, muss etwas

besonders Schwerwiegendes vorgefallen sein. Die Dauer der ordentlichen bzw. noch laufenden Kündigungsfrist ist dabei entscheidendes Kriterium für die Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorgelegen hat oder nicht. Je kürzer die Kündigungsfrist, desto schwerwiegender muss der wichtige Grund sein.

### **Verwarnungen**

Bei einer Verwarnung wird dem Arbeitnehmer in unmissverständlicher Weise angedroht, dass für den Wiederholungsfall der Vertragsverletzung eine fristlose Kündigung erfolge. Im Idealfall wird eine solche Verwarnung schriftlich verfasst. Die Bezeichnung der «fristlosen Kündigung» muss grundsätzlich nicht explizit erfolgen, aber auch hier empfiehlt es sich, dies ausdrücklich in der Verwarnung zu benennen. Ebenso muss sich aus der Verwarnung klar ergeben, welches Verhalten zukünftig nicht mehr toleriert wird. So können allfällige Missverständnisse verhindert werden.

Eine Verwarnung ist nicht in jedem Fall einer fristlosen Kündigung notwendig. Das Bundesgericht stellt keine starren Regeln hierzu auf. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass es bei schwerwiegenden Verfehlungen keine vorgängige Abmahnung des Arbeitnehmers braucht. Bei weniger schwerwiegenden Verfehlungen hingegen schon. Bei Unsicherheit, ob eine schwerwiegende Verfehlung vorliegt, ist eine Abmahnung empfehlenswert, um allfällige spätere juristische Streitigkeiten zu vermeiden.

### **Fristen bzw. Erfordernis der unmittelbaren Kündigung**

Eine fristlose Kündigung ist umgehend zu erklären, sobald der wichtige Grund bekannt ist bzw. wird. Andernfalls könnte die fristlose Kündigung verspätet sein, was wiederum zu einer Zahlungspflicht der Arbeitgeberin führen kann. In der Praxis verlangen die Gerichte, dass die fristlose Kündigung nach sicherer Kenntnis des wichtigen Grundes innert zwei bis drei Arbeitstagen erfolgt.

Eine längere Frist kommt etwa dann in Betracht, wenn die Arbeitgeberin in-

terne Abklärungen zur Feststellung der Verfehlung vornehmen muss bzw. wenn das Unternehmen sehr gross ist und Entscheidungswege dementsprechend lang sind. Wichtig ist hierbei, dass die nötigen Schritte zur Prüfung des Sachverhalts zeitnah eingeleitet werden.

Bei längerem Zuwarten wird vermutet, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Arbeitgeberin zumutbar ist. Es wird dann angenommen, dass der Vorfall für die Arbeitgeberin nicht derart schwerwiegend gewesen ist bzw. dass das Vertrauen eben nicht derart erschüttert ist, dass eine fristlose Kündigung notwendig ist. Einer ordentlichen Kündigung – allenfalls auch kombiniert mit einer Freistellung – steht in solchen Fällen allerdings nichts im Weg.

### **Form**

Bei einer fristlosen Kündigung gelten gemäss herrschender Lehrmeinung grundsätzlich dieselben Formvorschriften wie bei einer ordentlichen Kündigung. Sie hat schriftlich zu erfolgen, sofern im Arbeitsvertrag bzw. in einem internen Reglement ein Schriftlichkeitsvorbehalt festgehalten ist. Ansonsten kann sie auch mündlich erfolgen.

Denkbar ist weiter folgender Ausnahmefall von dieser Regel: Akzeptiert die Gegenseite eine mündliche Kündigung trotz vorliegendem Schriftlichkeitsvorbehalt, kann diese Formvorschrift sogenannt konkludent, das heisst im gegenseitigen Einvernehmen, abgeändert werden.

In jedem Fall ist auf Wunsch des Gekündigten eine schriftliche Begründung nachzureichen. Im Zweifelsfall ist eine schriftliche Kündigung, zugestellt per Einschreiben, bzw. die eigenhändige Übergabe einer schriftlichen Kündigung gegen Unterschrift des Gekündigten die sicherste Wahl.

### **Beweislast**

Diejenige Seite, welche einen wichtigen Grund behauptet, muss diesen im Zweifelsfall auch beweisen. Die Arbeitgeberin trägt damit die Beweislast dafür, dass ein wichtiger Grund vorgelegen hat, wenn sie den Arbeitnehmer

fristlos entlässt. Dabei können interne Untersuchungen als Beweise genügen. Folglich ist es ratsam, alle relevanten Vorfälle, Verwarnungen oder interne Untersuchungen schriftlich und lückenlos zu dokumentieren.

### Beendigung in jedem Fall

Eine fristlose Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis in jedem Fall umgehend. Dies ist auch dann der Fall, wenn kein wichtiger Grund vorgelegen hat oder die fristlose Kündigung zu spät erfolgte. Es besteht so oder so kein Anspruch auf Wiederanstellung.

### Konsequenzen einer ungerechtfertigten bzw. verspäteten fristlosen Kündigung

Liegt ein Fall von ungerechtfertigter oder verspäteter fristloser Kündigung vor, hat der Arbeitnehmer Anspruch

auf Lohnersatz für die Dauer der hypothetischen Kündigungsfrist. Er ist so zu stellen, als wäre er ordentlich entlassen worden. Weiter besteht unter Umständen auch ein Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen.

### Fazit

Wie kann nun eine fristlose Kündigung rechtskonform und fehlerfrei ausgesprochen werden? Wichtig ist vorab, dass alle Vorkommnisse und vor allem der infrage stehende wichtige Grund schriftlich und lückenlos dokumentiert werden. Gleiches gilt für allfällige Verwarnungen, welche klar und deutlich kommuniziert werden müssen. Auf dieser Grundlage muss eine fristlose Kündigung dann umgehend, also innert zwei bis drei Arbeitstagen (je nach Umständen einige Tage mehr), vorzugsweise schriftlich

bzw. mit Einschreiben ausgesprochen werden. Ist eine Arbeitgeberin unsicher, ob die Schwelle für das Vorliegen eines wichtigen Grundes erreicht ist, sollte sie sich möglichst schnell juristisch beraten lassen und auf die Dringlichkeit der Angelegenheit hinweisen. Im Zweifelsfall kann es ratsam sein, eine ordentliche Kündigung allenfalls unter Freistellung auszusprechen.

### AUTOREN



**Dr. Matthias Michlig** ist Rechtsanwalt und Managing Partner bei Michlig Knutti Partner AG. Er berät und vertritt Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts und weiteren Rechtsgebieten.



**MLaw Olivia Guyer**, ist als Rechtsanwältin bei der Kanzlei Michlig Knutti Partner AG tätig. Sie berät und vertritt Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts und weiteren Rechtsgebieten.

## SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT

Entdecken Sie in diesem Fachbeitrag, wie Sie als Geschäftsführer Scheinselbstständigkeit erkennen und vermeiden können. Erfahren Sie, wie Sie rechtliche Risiken minimieren, die Unterschiede zwischen Selbstständigkeit und unselbstständiger Erwerbstätigkeit verstehen und welche Konsequenzen bei Fehleinstufungen drohen.

■ Von Dr. iur. David Schneeberger

### Einleitung

Scheinselbstständigkeit ist ein Thema, das im schweizerischen Recht sowohl im Steuerrecht als auch im Sozialversicherungsrecht relevant ist. Die korrekte Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist für Geschäftsführer von zentraler Bedeutung, da sie erhebliche Auswirkungen auf die steuerliche Behandlung und die sozialversicherungsrechtliche Stellung der betroffenen Person hat. Eine sorgfältige Prüfung der tatsächlichen Umstände und die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind entscheidend, um eine sachgerechte Entscheidung zu treffen und rechtliche Risiken zu minimieren.

In diesem Fachbeitrag werden die wichtigsten Fragen rund um das The-

ma Scheinselbstständigkeit beantwortet. Sie erhalten wertvolle Informationen zur Unterscheidung zwischen Selbstständigkeit und unselbstständiger Erwerbstätigkeit, den Indikatoren für Scheinselbstständigkeit und den möglichen Konsequenzen bei Fehleinstufungen. Zudem werden Empfehlungen für die Zusammenarbeit mit Freelancern gegeben, um das Risiko einer Scheinselbstständigkeit zu minimieren.

### Was ist Scheinselbstständigkeit im schweizerischen Recht?

Scheinselbstständigkeit ist ein Phänomen im schweizerischen Recht, bei dem eine Person fälschlicherweise als selbstständig eingestuft wird, obwohl sie tatsächlich in einem unselbstständigen Beschäftigungsverhältnis steht.

### Warum ist diese Abgrenzung so wichtig?

Die korrekte Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist im schweizerischen Recht von zentraler Bedeutung, da sie weitreichende Auswirkungen auf die steuerliche Behandlung und die sozialversicherungsrechtliche Stellung der betroffenen Person hat.

Selbstständige Erwerbstätige sind im Allgemeinen verantwortlich für ihre eigene Steuerzahlung und Sozialversicherungsbeiträge, während bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit der Arbeitgeber diese Verpflichtungen übernimmt. Die korrekte Einstufung hat daher direkte Auswirkungen auf die finanzielle Belastung und die Verantwortlichkeiten der beteiligten Parteien.

Darüber hinaus unterliegen selbstständige Erwerbstätige weniger arbeitsrechtlichen Vorschriften, was ihnen eine grössere Flexibilität bei der Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen ermöglicht. Unselbstständige Erwerbstätige geniessen hingegen einen grösseren Arbeitsschutz, wie etwa den Anspruch auf geregelte Arbeitszeiten, bezahlten Urlaub oder Kündigungsschutz.

### Wie wird die Selbstständigkeit im schweizerischen Recht beurteilt?

Im schweizerischen Recht erfolgt die Beurteilung der Selbstständigkeit anhand der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht aufgrund der rechtlichen Natur des Vertragsverhältnisses zwischen den beteiligten Parteien. Entscheidend ist eine umfassende Würdigung der tatsächlichen Umstände, wobei die einzelnen Gesichtspunkte nicht isoliert betrachtet werden dürfen.

Um die Selbstständigkeit einer Person zu beurteilen, werden verschiedene Kriterien herangezogen. Dazu gehören unter anderem:

- das Vorhandensein von unternehmerischem Risiko: Selbstständige tragen in der Regel das finanzielle Risiko ihres Unternehmens und sind für den Erfolg oder Misserfolg ihrer Geschäftstätigkeit verantwortlich.
- die Unabhängigkeit von einer einzigen Auftraggeberin: Selbstständige arbeiten in der Regel für mehrere Auftraggeber und sind nicht von einer einzigen Einkommensquelle abhängig.
- der Marktauftritt: Selbstständige treten in der Regel am Markt auf, z.B. durch eine eigene Website, Visitenkarten oder Marketingmassnahmen.

Es ist wichtig zu beachten, dass die Beurteilung immer auf einer individuellen Basis erfolgt und von Fall zu Fall variieren kann.

### Welche Rolle spielen die wirtschaftlichen Gegebenheiten bei der Beurteilung der Selbstständigkeit?

Wirtschaftliche Gegebenheiten sind entscheidend für die Beurteilung der Selbstständigkeit im schweizerischen

Recht, da sie die tatsächlichen Umstände der Erwerbstätigkeit einer Person widerspiegeln. Die rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses zwischen den beteiligten Parteien ist hierbei weniger relevant, da sie nicht immer die tatsächliche Art der Zusammenarbeit und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten abbildet.

Die wirtschaftlichen Gegebenheiten, die bei der Beurteilung der Selbstständigkeit eine Rolle spielen, umfassen unter anderem die folgenden Aspekte:

- Entscheidungsfreiheit: Selbstständige haben in der Regel die Freiheit, Entscheidungen über die Ausführung ihrer Arbeit, Arbeitszeiten und -orte sowie die Auswahl ihrer Kunden und Projekte zu treffen.
- Investitionen und Ressourcen: Selbstständige investieren häufig in ihre eigene Geschäftstätigkeit, beispielsweise durch den Erwerb von Ausrüstung, Software oder die Anmietung von Büroräumen.
- Preisgestaltung: Selbstständige sind in der Regel frei, ihre Preise und Honorare selbst festzulegen und entsprechend den Marktbedingungen anzupassen.
- Geschäftsführung: Selbstständige übernehmen typischerweise administrative und organisatorische Aufgaben, wie z.B. das Führen von Geschäftsbüchern, Rechnungsstellung oder das Abschliessen von Versicherungen.

Es ist wichtig zu betonen, dass keine starre Checkliste oder ein starres Schema für die Beurteilung der Selbstständigkeit existiert. Vielmehr ist eine umfassende Würdigung der gesamten wirtschaftlichen Gegebenheiten und der tatsächlichen Umstände erforderlich. Dabei müssen die einzelnen Gesichtspunkte in ihrer Gesamtheit betrachtet und abgewogen werden, um eine sachgerechte Entscheidung über die Selbstständigkeit einer Person zu treffen.

### Was sind die Indikatoren für eine Scheinselbstständigkeit?

Scheinselbstständigkeit liegt vor, wenn eine Person als selbstständig

eingestuft wird, obwohl sie tatsächlich in einem unselbstständigen Beschäftigungsverhältnis steht. Um Scheinselbstständigkeit zu erkennen, können verschiedene Indikatoren herangezogen werden, die auf eine fehlende Selbstständigkeit hindeuten:

- fehlendes unternehmerisches Risiko: Eine Person, die kein finanzielles Risiko trägt oder keinen unternehmerischen Gewinn oder Verlust erleidet, ist eher als unselbstständig anzusehen.
- Abhängigkeit von einer einzigen Auftraggeberin: Wenn eine Person hauptsächlich oder ausschliesslich für einen Auftraggeber arbeitet und von dessen Beauftragungen wirtschaftlich abhängig ist, kann dies auf eine Scheinselbstständigkeit hindeuten.
- fehlender Marktauftritt: Wenn eine Person keine eigenen Marketingaktivitäten unternimmt, keine eigene Geschäftsbezeichnung verwendet oder keine eigene Geschäftsadresse besitzt, kann dies ein Indikator für Scheinselbstständigkeit sein.
- Weisungsgebundenheit: Wenn eine Person Anweisungen des Auftraggebers hinsichtlich Arbeitszeit, -ort und -weise befolgen muss, kann dies auf eine unselbstständige Tätigkeit hindeuten.
- Integration in die Organisation des Auftraggebers: Eine Person, die eng in die Organisationsstruktur und Arbeitsabläufe des Auftraggebers integriert ist, ist eher als unselbstständig zu betrachten.
- keine eigenen Mitarbeiter: Selbstständige beschäftigen oft eigene Mitarbeiter oder vergeben Teile ihrer Aufträge an Subunternehmer. Fehlt diese Praxis, kann dies ein Hinweis auf Scheinselbstständigkeit sein.

Es ist wichtig zu beachten, dass das Vorhandensein eines oder mehrerer dieser Indikatoren allein nicht zwangsläufig eine Scheinselbstständigkeit bedeutet. Die Beurteilung der Selbstständigkeit erfordert eine umfassende Würdigung der gesamten wirtschaftlichen Gegebenheiten und der tatsächlichen Umstände. Die einzelnen Indikatoren müssen in ihrer Gesamtheit

betrachtet und abgewogen werden, um eine fundierte Entscheidung zu treffen.

### Welche Konsequenzen hat Scheinselbstständigkeit für Betroffene und Auftraggeber?

Scheinselbstständigkeit kann sowohl für die betroffene Person als auch für den Auftraggeber erhebliche finanzielle, rechtliche und soziale Konsequenzen haben:

- **Nachzahlungen:** Sowohl die betroffene Person als auch der Auftraggeber können zur Nachzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet werden, wenn eine Scheinselbstständigkeit nachträglich als unselbstständige Erwerbstätigkeit eingestuft wird.
- **Strafen und Bussgelder:** Im Falle einer vorsätzlichen Umgehung von gesetzlichen Verpflichtungen können Strafen oder Bussgelder für die betroffene Person und den Auftraggeber verhängt werden.
- **Verlust von Arbeitnehmerschutz:** Personen, die in einer Scheinselbstständigkeit arbeiten, verlieren den Schutz, den das Arbeitsrecht für unselbstständige Erwerbstätige vorsieht, wie z.B. geregelte Arbeitszeiten, bezahlter Urlaub und Kündigungsschutz.
- **Reputationsrisiken:** Die Aufdeckung von Scheinselbstständigkeit kann zu einem erheblichen Reputationsverlust für den Auftraggeber führen und das Vertrauen von Kunden, Geschäftspartnern und Mitarbeitern beeinträchtigen.

### Wie kann man Scheinselbstständigkeit vermeiden?

Um Scheinselbstständigkeit zu vermeiden und rechtliche Risiken zu minimieren, sollten sowohl Auftraggeber als auch Selbstständige einige grundlegende Schritte beachten:

- **klare Vertragsbedingungen:** Sorgen Sie für klar definierte Verträge, die die Art der Zusammenarbeit, die Rechte und Pflichten beider Parteien sowie die Kriterien für die Selbstständigkeit des Auftragnehmers widerspiegeln. Vermeiden Sie un-

präzise oder widersprüchliche Vertragsklauseln, die zu Missverständnissen führen können.

- **wahren Sie die Unabhängigkeit des Auftragnehmers:** Stellen Sie sicher, dass der Auftragnehmer Entscheidungsfreiheit über die Ausführung seiner Arbeit, die Wahl seiner Kunden und Projekte sowie die Festlegung seiner Arbeitszeiten und -orte hat.
- **unternehmerisches Risiko:** Der Auftragnehmer sollte ein gewisses unternehmerisches Risiko tragen, wie z.B. die Verantwortung für den Erfolg oder Misserfolg seiner Geschäftstätigkeit oder die Möglichkeit, einen Gewinn oder Verlust zu erzielen.
- **Diversifizierung der Kundenbasis:** Sorgen Sie dafür, dass der Auftragnehmer nicht von einer einzigen Auftraggeberin abhängig ist und stattdessen mit mehreren Kunden zusammenarbeitet.
- **eigener Marktauftritt:** Der Auftragnehmer sollte am Markt aktiv sein, z.B. durch eine eigene Website, Visitenkarten oder Marketingmassnahmen, um seine Selbstständigkeit zu untermauern.
- **Überprüfung durch Experten:** Holen Sie sich gegebenenfalls rechtlichen Rat von Experten, um die korrekte Einstufung von Selbstständigkeit oder Unselbstständigkeit zu gewährleisten.
- **regelmässige Überprüfung:** Überprüfen Sie regelmässig die Arbeitsverhältnisse und Verträge, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den gesetzlichen Anforderungen und aktuellen Rechtsprechungen entsprechen.

### Welche Rolle spielt die Anerkennung der Selbstständigkeit durch die AHV-Ausgleichskasse?

Die Anerkennung der Selbstständigkeit durch die AHV-Ausgleichskasse kann als Indikator für die selbstständige Erwerbstätigkeit herangezogen werden, sollte jedoch immer im Kontext der gesamten wirtschaftlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Umstände betrachtet werden.

### Welche Rolle spielen Steuer- und Sozialversicherungsbehörden bei der Identifizierung von Scheinselbstständigkeit?

Steuer- und Sozialversicherungsbehörden haben eine wichtige Rolle bei der Identifizierung von Scheinselbstständigkeit, da sie für die Überprüfung der korrekten Einordnung von Erwerbstätigkeit, die Berechnung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen sowie die Einhaltung der relevanten Gesetze und Vorschriften verantwortlich sind. Diese Behörden können im Rahmen von Routineprüfungen oder aufgrund von Hinweisen von Dritten auf Fälle von Scheinselbstständigkeit aufmerksam werden.

Im Falle einer Untersuchung können Steuer- und Sozialversicherungsbehörden verschiedene Informationsquellen nutzen, um die tatsächliche Art der Erwerbstätigkeit zu ermitteln. Dazu gehören die Prüfung von Verträgen, Arbeitsunterlagen, Rechnungen, Steuererklärungen und anderen relevanten Dokumenten. Sie können auch Interviews mit den betroffenen Personen und gegebenenfalls deren Auftraggebern führen.

Wenn die Behörden feststellen, dass eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, können sie Massnahmen ergreifen, wie z.B. die Nachforderung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, die Verhängung von Strafen oder Bussgeldern oder die Einleitung von rechtlichen Schritten gegen die betroffenen Parteien.

### Wie können Betroffene ihre rechtliche Situation klären, wenn sie unsicher sind, ob sie als selbstständig oder unselbstständig gelten?

Bei Unsicherheit bezüglich der eigenen rechtlichen Situation im Hinblick auf die Einstufung als selbstständig oder unselbstständig können Betroffene folgende Schritte unternehmen:

- **eigene Prüfung:** Führen Sie eine selbstständige Überprüfung Ihrer Arbeitsumstände, Verträge und bisherigen Tätigkeiten durch, um festzustellen, ob Sie die Kriterien für eine selbstständige Erwerbstätigkeit erfüllen.

- **Beratung durch Experten:** Holen Sie sich rechtlichen Rat von einem Rechtsanwalt oder Steuerberater, der auf Arbeitsrecht, Steuerrecht oder Sozialversicherungsrecht spezialisiert ist. Diese Experten können Ihre Situation beurteilen und Ihnen bei der Klärung Ihrer rechtlichen Stellung helfen.
- **Kontaktaufnahme mit den zuständigen Behörden:** Wenden Sie sich an die zuständigen Behörden wie z.B. die AHV-Ausgleichskasse, das Steueramt oder die Sozialversicherungsanstalt, um Ihre Situation zu klären und gegebenenfalls notwendige Anpassungen vorzunehmen.

### Welche Rechte haben Betroffene von Scheinselbstständigkeit?

Personen, die von Scheinselbstständigkeit betroffen sind, haben verschiedene Rechte und können entsprechende Massnahmen ergreifen, um ihre Situation zu klären und ihre Interessen zu wahren. Dazu gehören:

- **Anpassung der Verträge:** Wenn eine Person als Scheinselbstständiger eingestuft wird, kann sie eine Anpassung der Verträge verlangen, um ihre tatsächliche Tätigkeit korrekt widerzuspiegeln und die rechtlichen Anforderungen zu erfüllen.
- **Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen:** Betroffene können Anspruch auf Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen haben, die aufgrund der Scheinselbstständigkeit nicht entrichtet wurden.
- **arbeitsrechtliche Ansprüche:** Personen, deren Tätigkeit als un-

ständig eingestuft wird, können arbeitsrechtliche Ansprüche geltend machen, wie z.B. bezahlter Urlaub, Entschädigung für Überstunden, Kündigungsschutz oder Teilnahme an betrieblichen Altersvorsorgeprogrammen.

- **Rechtsmittel einlegen:** Betroffene haben das Recht, Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Behörden oder Gerichte einzulegen, wenn sie mit der Beurteilung ihrer Erwerbstätigkeit nicht einverstanden sind.

### Welche Konsequenzen können sich für Auftraggeber ergeben, die Scheinselbstständige beschäftigen?

Auftraggeber, die Scheinselbstständige beschäftigen, können mit verschiedenen Konsequenzen konfrontiert werden, darunter:

- **Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen:** Auftraggeber könnten verpflichtet werden, rückwirkend Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile) für den gesamten Zeitraum der Beschäftigung der betroffenen Person zu entrichten.
- **Nachzahlung von Steuern:** Die Behörden können Nachzahlungen von Steuern verlangen, die aufgrund der fehlerhaften Einstufung der Erwerbstätigkeit nicht entrichtet wurden.
- **Bussgelder und Strafen:** Auftraggeber können mit Bussgeldern oder Strafen konfrontiert werden, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig Scheinselbstständige beschäftigen.

### Fazit

Die Beurteilung der Scheinselbstständigkeit ist eine komplexe Angelegenheit, die eine sorgfältige Prüfung der tatsächlichen Umstände und eine umfassende Kenntnis der gesetzlichen Anforderungen erfordert. Geschäftsführer sollten sich der rechtlichen Risiken bewusst sein und proaktiv Massnahmen ergreifen, um das Risiko von Scheinselbstständigkeit zu minimieren. Eine offene Kommunikation, klare Verträge und die Zusammenarbeit mit Experten sind entscheidend, um die korrekte Einordnung von Arbeitnehmern sicherzustellen und potenzielle rechtliche und finanzielle Konsequenzen zu vermeiden.

### AUTOR



**Dr. iur. David Schneeberger,** Rechtsanwalt, M.A. HSG in Law & Economics. Arbeitet als Leiter Stab am Bundesverwaltungsgericht.

## KORREKTE AUSGESTALTUNG EINES NACHVERTRAGLICHEN KONKURRENZVERBOTS

Erfahren Sie, wie Sie als Geschäftsführer wirksame nachvertragliche Konkurrenzverbote in Arbeitsverträgen gestalten und somit den fairen Wettbewerb schützen und verhindern, dass ehemalige Arbeitnehmer wertvolle Geschäftsgeheimnisse und Kundenstämme zu Konkurrenten mitnehmen.

■ Von **Dr. iur. David Schneeberger**

### Einleitung

In der heutigen Geschäftswelt ist der

Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Kundenbeziehungen von entschei-

dender Bedeutung. Als Geschäftsführer müssen Sie sicherstellen, dass

Ihre Mitarbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine schädigenden Informationen oder Kundenkontakte an Ihre Wettbewerber weitergeben. Nachvertragliche Konkurrenzverbote sind ein effektives Instrument, um dieses Ziel zu erreichen. In diesem Fachbeitrag erfahren Sie, wie Sie nachvertragliche Konkurrenzverbote rechtssicher gestalten, welche gesetzlichen Voraussetzungen zu beachten sind und wie Sie potenzielle Fallstricke vermeiden. Wir werden auch auf die wichtigen Aspekte von Schriftlichkeit, Handlungsfähigkeit, Einblick in den Kundenkreis und potenzielle Schädigung des Arbeitgebers eingehen. Darüber hinaus zeigen wir Ihnen, wie Sie Konkurrenzverbote nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen begrenzen, um ihre Durchsetzbarkeit zu gewährleisten.

### Was sind nachvertragliche Konkurrenzverbote?

Nachvertragliche Konkurrenzverbote sind vertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die den Arbeitnehmer daran hindern, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Konkurrenz zum ehemaligen Arbeitgeber zu treten. Sie sollen den Arbeitgeber vor möglicher Schädigung durch den Arbeitnehmer schützen, indem sie den Zugang zu Geschäftsgeheimnissen, Kundenkreisen und anderen unternehmensspezifischen Informationen beschränken.

### Was bedeutet der Begriff «konkurrenzierende Tätigkeit» im Kontext von nachvertraglichen Konkurrenzverboten?

Der Begriff «konkurrenzierende Tätigkeit» im Kontext von nachvertraglichen Konkurrenzverboten bezieht sich auf eine Tätigkeit, die der ehemalige Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausübt und die in direktem Wettbewerb zum Geschäftsbereich, den Produkten oder Dienstleistungen des ehemaligen Arbeitgebers steht. Eine konkurrenzierende Tätigkeit kann beispielsweise die Gründung eines eigenen Unternehmens im gleichen Marktsegment,

die Arbeit für einen direkten Wettbewerber oder die Abwerbung von Kunden des ehemaligen Arbeitgebers umfassen. Dabei ist es wichtig, dass die Tätigkeit in einer Weise ausgeübt wird, die den ehemaligen Arbeitgeber potenziell schädigen könnte, etwa durch Nutzung von Geschäftsgeheimnissen oder Ausnutzung von Kundenbeziehungen.

### Wo befinden sich die gesetzlichen Grundlagen?

In der Schweiz sind die gesetzlichen Grundlagen für nachvertragliche Konkurrenzverbote im Obligationenrecht (OR) verankert. Die Art. 340 bis 340b des Obligationenrechts behandeln ausführlich die verschiedenen Aspekte von nachvertraglichen Konkurrenzverboten und stellen die Basis für die Ausgestaltung und Durchsetzung solcher Verbote in Arbeitsverträgen dar.

Die Art. 340 bis 340b des Obligationenrechts legen unter anderem fest, welche Voraussetzungen für die Gültigkeit eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots erfüllt sein müssen, wie die Begrenzungen hinsichtlich Zeit, Ort und Gegenstand ausgestaltet sein sollten und welche Rolle die Karenzentschädigung bei der Durchsetzung von Konkurrenzverboten spielt.

Es ist wichtig zu beachten, dass die gesetzlichen Grundlagen im Obligationenrecht lediglich den Rahmen für nachvertragliche Konkurrenzverbote vorgeben. Die konkrete Ausgestaltung der Verbote und die individuellen Regelungen in Arbeitsverträgen können je nach Situation und den spezifischen Interessen der beteiligten Parteien variieren. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollten sich daher bei der Gestaltung und Anwendung von nachvertraglichen Konkurrenzverboten stets an die gesetzlichen Vorgaben des Obligationenrechts halten und gegebenenfalls die Unterstützung eines Rechtsanwalts oder eines Fachspezialisten in Anspruch nehmen, um sicherzustellen, dass das Konkurrenzverbot rechtlich wirksam und durchsetzbar ist.

### Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein?

Für ein wirksames nachvertragliches Konkurrenzverbot müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers: Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer die notwendige Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit besitzt, um eine solche Vereinbarung wirksam einzugehen.

b) Schriftlichkeit der Vereinbarung: Diese ist wichtig, um die Ernsthaftigkeit und Verbindlichkeit der getroffenen Vereinbarung zu dokumentieren und Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen. Dies dient auch der Verhinderung von Missverständnissen zwischen den Parteien.

c) Eingebundenheit des Arbeitnehmers in den Kundenkreis: Der Arbeitnehmer ist dann qualifizierend in den Kundenkreis eingebunden, wenn er in direktem Kontakt mit den Kunden steht, Entscheidungen beeinflusst oder Kundenbeziehungen pflegt.

d) Kenntnis von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen: Hierzu zählen namentlich Produktionsverfahren, Rezepturen, Forschungsergebnisse, Marketingstrategien, Kunden- und Lieferantendaten oder Kalkulationsgrundlagen.

e) potenzielle Schädigung des Arbeitgebers: Wenn ebendieser nachweisen kann, dass eine konkurrenzierende Tätigkeit des ehemaligen Arbeitnehmers erhebliche wirtschaftliche Schäden verursachen könnte, etwa durch Verlust von Geschäftsgeheimnissen oder Kundenbeziehungen, ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass ein Gericht das Konkurrenzverbot als gültig ansieht.

f) angemessene Begrenzung nach Ort, Zeit und Gegenstand.

Das bedeutet, dass sie räumlich auf das Gebiet beschränkt sein sollten, in dem der Arbeitgeber tatsächlich geschäftlich tätig ist, zeitlich auf eine angemessene

Dauer (üblicherweise zwischen sechs und 24 Monaten) und inhaltlich auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und Branche des Arbeitnehmers.

Die zu verbotende Konkurrenz­­tätigkeit sollte so umschrieben werden, dass sie die Art der Tätigkeit, die Branche und den möglichen Schaden für den Arbeitgeber klar und präzise definiert. Eine zu allgemeine oder vage Formulierung kann zur Unwirksamkeit des Konkurrenzverbots führen.

Die grösstmögliche örtliche Ausdehnung eines Konkurrenzverbots hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie der Art des Geschäfts, der Grösse des Unternehmens und dem Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers. In der Regel sollte sie sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Arbeitgeber tatsächlich geschäftlich tätig ist und in dem der Arbeitnehmer seine Tätigkeit ausgeübt hat.

Die zeitliche Begrenzung von nachvertraglichen Konkurrenzverboten wird von verschiedenen Faktoren beeinflusst, die die Angemessenheit und Verhältnismässigkeit der Dauer bestimmen. Dazu gehören:

- i) die Art und der Umfang der Tätigkeit des Arbeitnehmers: Je höher die Position des Arbeitnehmers und je grösser der Einfluss auf Geschäftsentscheidungen und Kundenbeziehungen, desto länger kann die zeitliche Begrenzung des Konkurrenzverbots sein.
- ii) die Art und Bedeutung der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse: Je schützenswerter und sensibler die Informationen, desto länger kann die zeitliche Begrenzung gerechtfertigt sein.

iii) die Dauer des Arbeitsverhältnisses: Eine längere Beschäftigungsdauer kann eine längere zeitliche Begrenzung rechtfertigen, da der Arbeitnehmer in dieser Zeit tiefgehendes Wissen und stärkere Beziehungen zu Kunden und Lieferanten aufgebaut hat.

iv) die Notwendigkeit des Schutzes des Arbeitgebers: Je grösser die potenzielle Schädigung des Arbeitgebers durch die konkurrenzierende Tätigkeit, desto länger kann die zeitliche Begrenzung sein.

v) die Interessen des Arbeitnehmers: Eine zu lange zeitliche Begrenzung kann die berufliche Entwicklung und den Wiedereinstieg des Arbeitnehmers unangemessen beeinträchtigen. Daher müssen die Interessen des Arbeitnehmers bei der Festlegung der zeitlichen Begrenzung angemessen berücksichtigt werden.

In der Schweiz ist die maximale Dauer eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots in der Regel auf drei Jahre begrenzt. In besonderen Fällen kann jedoch eine längere Dauer vereinbart werden, wenn die oben genannten Faktoren dies rechtfertigen. Es ist wichtig, die Dauer des Konkurrenzverbots angemessen und verhältnismässig zu gestalten, um seine Gültigkeit und Durchsetzbarkeit sicherzustellen.

**Was sind die Hauptursachen für das Scheitern von Konkurrenzverboten in der Praxis?**

Hauptursachen für das Scheitern von Konkurrenzverboten in der Praxis sind eine zu weitreichende Ausgestaltung, fehlende Schriftlichkeit, unangemessene Beschränkungen oder die fehlende Androhung einer angemessenen

(und gleichwohl prohibitiven) Karenzentschädigung.

**Was ist eine Karenzentschädigung, und welche Rolle spielt sie bei der Durchsetzung von Konkurrenzverboten?**

Eine Karenzentschädigung ist eine finanzielle Entschädigung, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der Dauer des nachvertraglichen Konkurrenzverbots zahlt. Sie spielt eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung von Konkurrenzverboten, da sie einen Ausgleich für die wirtschaftlichen Nachteile des Arbeitnehmers darstellt, die durch die Beschränkung seiner beruflichen Möglichkeiten entstehen.

**Fazit**

Nachvertragliche Konkurrenzverbote sind ein effektives Mittel, um den Schutz Ihrer Geschäftsgeheimnisse und Kundenbeziehungen zu gewährleisten. Eine sorgfältige und rechtssichere Gestaltung dieser Verbote ist entscheidend, um ihren Erfolg sicherzustellen. Achten Sie darauf, die gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen und potenzielle Fallstricke wie unklare Formulierungen und unzureichende Schriftlichkeit zu vermeiden. Vergessen Sie nicht, das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, um eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers auszuschliessen. Schliesslich ist es empfehlenswert, bei der Implementierung von nachvertraglichen Konkurrenzverboten die Unterstützung eines erfahrenen Rechtsanwalts in Anspruch zu nehmen, um sicherzustellen, dass die Verträge in Übereinstimmung mit den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung gestaltet sind.

**IMPRESSUM**

Verlag WEKA Business Media AG  
Hermetschloosstrasse 77  
CH-8048 Zürich  
www.weka.ch

Herausgeber David Schneberger

Redaktion Joel Weishaupt

Layout/Satz Tobias Ammann

Publikation 10 x jährlich, Abonnement: CHF 98.- pro Jahr, Preise exkl. MWST und Versandkosten.

Als digitale Publikation erhältlich unter: www.weka-library.ch

Bildrechte www.istockphoto.com

Bestell-Nr. NL9135

© WEKA Business Media AG, Zürich 2023

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Wenn möglich verwenden wir immer geschlechtsneutrale Bezeichnungen. Aus Platzgründen oder aufgrund einer besseren Lesbarkeit verwenden wir bei Texten nur eine Schreibweise.