

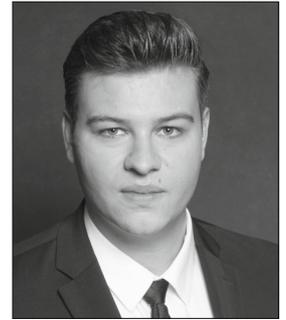


Zum Umfang der Herausgabepflicht des Arbeitnehmers

Art. 321b OR als Grundlage für die Herausgabe von Schmiergeldzahlungen, Kick-backs und Einkünften aus vertragswidrig ausgeübten Nebentätigkeiten?

ANDREA NEUHAUS*

PHILIP LENGACHER**



Der Beitrag untersucht den Umfang der Herausgabepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321b Abs. 1 OR. Die Autoren befassen sich hierbei insbesondere mit dem dritten Tatbestandselement dieser Vorschrift, der «Bestimmung des Erhaltenen für die Arbeitgeberin». Während die herrschende Lehre dieses Merkmal dahingehend verstehen will, dass es auf die Willensrichtung des zuwendenden Dritten (sog. «Zuwendungswille des Dritten») ankommen soll, schlagen die Autoren aufgrund des Normzwecks und praktischer Überlegungen ein alternatives Verständnis vor: Für die Arbeitgeberin bestimmt sind all solche Empfänge des Arbeitnehmers, die ihr objektiv zustehen, da deren Nicht-Herausgabe eine Verletzung der arbeitnehmerischen Treuepflicht (Art. 321a OR) bedeuten und den berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zuwiderlaufen würde. Vorgeschlagen wird damit eine Abkehr von einem faktischen, kaum beweisbaren Element (dem «Zuwendungswillen») hin zu einer treuepflichtbasierten bzw. interessenorientierten Einzelfallabgrenzung.

L'article examine l'étendue de l'obligation de restituer du travailleur au sens de l'art. 321b, al. 1, CO. Les auteurs se penchent en particulier sur le troisième élément constitutif de cette norme, soit le fait que ce qui a été reçu doit être destiné à l'employeur. Selon la doctrine majoritaire, cette caractéristique doit être examinée à la lumière de la volonté du tiers qui remet la chose. Eu égard au but de la norme et compte tenu de considérations pratiques, les auteurs proposent une autre interprétation : une chose reçue par le travailleur est destinée à l'employeur si elle lui revient objectivement, étant donné que le fait de ne pas remettre une telle chose constituerait une violation du devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) et serait contraire à l'intérêt légitime de l'employeur. La proposition consiste donc à s'appuyer non plus sur un élément de fait très difficile à prouver (la volonté du tiers quant à la destination de la chose), mais sur une appréciation au cas par cas sous l'angle du devoir de fidélité et/ou de l'intérêt.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
- III. Der Bezug zur vertraglichen Tätigkeit des Arbeitnehmers
- IV. Die Bestimmung des Erhaltenen für die Arbeitgeberin
 - A. Der Hintergrund des Problems
 - B. Meinungsstand
 1. Herrschende Lehre
 2. Rechtsprechung
 3. Resümee
 - C. Abkehr vom «Zuwendungswillen des Dritten» hin zu einer treuepflichtbasierten Abgrenzung
- V. Fazit

I. Einleitung

Gegenstand des vorliegenden Beitrags bildet die *gesetzliche Herausgabepflicht des Arbeitnehmers* gemäss Art. 321b Abs. 1 OR,¹ wonach der Arbeitnehmer seiner Arbeitgeberin

über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diese von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihr alles sofort *herauszugeben* hat.

Es ist der *Umfang* der so statuierten Herausgabepflicht, der nicht zuletzt auch in der Praxis Anlass zur Diskussion gibt. Grundlage dieser Diskussion bilden die beiden zentralen Tatbestandselemente des Art. 321b Abs. 1 OR. Erstens kann mitunter fraglich sein, ob der (beklagte) Arbeitnehmer eine potenziell herausgabepflichtige Zuwendung *bei seiner vertraglichen Tätigkeit* erhalten hat. Der eigentliche Streit aber liegt, zweitens, häufig darin, ob das von Dritten Erhaltene *für seine Arbeitgeberin* bestimmt war. Dies hat seine Bewandnis darin, dass zur Beantwortung dieser Frage nach der herrschenden Meinung² auf den *Zuwendungswillen* des Dritten und damit auf ein tatsächliches Element (innere Tatsache) abzustellen ist.

Nachdem die Grundlagen zur Herausgabepflicht des Arbeitnehmers in der gebotenen Kürze rekapituliert worden sind (II.), sollen diese beiden zentralen Voraussetzungen der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht – der Bezug zur vertraglichen Tätigkeit des Arbeitnehmers und die Bestimmung des Erhaltenen für die Arbeitgeberin – näher untersucht werden. Hierbei werden die Schreibenden insbesondere vom Kriterium des *Zuwendungswillens* des Dritten Abstand nehmen und eine alternative Abgren-

* ANDREA NEUHAUS, MLaw, Rechtsanwältin, CAS IRP-HSG in Civil Litigation, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Oberland.

** PHILIP LENGACHER, MLaw, Doktorand an der Universität Bern.

¹ Nicht näher eingegangen wird auf die Herausgabepflicht betreffend Arbeitsergebnisse bzw. Arbeitserzeugnisse (Art. 321b Abs. 2 OR) und die mit ihr zusammenhängenden Spezialtatbestände (Art. 332 OR betreffend Erfindungen und Designs, Art. 17 URG betreffend Computerprogramme) sowie die Rückgabepflichten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 339a und Art. 350a Abs. 2 OR).

² Vgl. unten, IV.B.1.

zung vorschlagen (III. und IV.). Der vorliegende Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung der gewonnen Erkenntnisse, im Rahmen derer insbesondere die im Untertitel aufgeworfenen Fragen beantwortet werden (V.).

Um die verschiedenen Problematiken zu illustrieren, erfolgt die Auseinandersetzung zum Umfang der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht vor dem Hintergrund des folgenden Fallbeispiels, welches an den passenden Stellen jeweils aufgegriffen und weiterentwickelt wird:

A. ist Vertriebsleiter bei der X. AG, ein global tätiges Industrieunternehmen. A. schliesst mit zwei Partnern (natürliche Personen) und der I. Ltd. einen Zusammenarbeitsvertrag ab, mit dem Ziel, direkt oder indirekt über die I. Ltd. Produkte der X. AG an Dritte weiterzuverkaufen. Dabei sollen die Drittabnehmer (im Unterschied zur I. Ltd.) den vollen Preis bezahlen, wobei für die Vermittlung des Geschäfts eine Kommission von 30% des Marktpreises an die Beteiligten des Zusammenarbeitsvertrags zurückfallen soll (sog. Kick-Back). Die X. AG stellt sich nun die Frage, ob sie den von A. empfangenen Kommissionsanteil gestützt auf Art. 321b Abs. 1 OR herausverlangen kann.

II. Grundlagen

Die Herausgabepflicht (Art. 321b Abs. 1 OR) ist eine gesetzlich statuierte Nebenleistungspflicht des Arbeitnehmers.³ Sie ist Ausfluss seiner Treuepflicht gemäss Art. 321a OR.⁴ Unter gegebenen Voraussetzungen verleiht sie der Arbeitgeberin einen *Herausgabeanspruch*, der sich gerichtlich durchsetzen lässt⁵ und der mit Erhalt der Drittzuzahlung fällig wird.⁶ Sofern die Herausgabepflicht nicht vertraglich anders ausgestaltet wurde – Art. 321b

Abs. 1 OR ist dispositives Recht⁷ – unterliegt der Herausgabeanspruch der Arbeitgeberin nach herrschender Ansicht folgenden drei (kumulativen) Voraussetzungen:⁸ Der Arbeitnehmer hat erstens *Gegenstände* (im weitesten Sinne) von *Dritten* erhalten; er hat, zweitens, diese Gegenstände *während seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit* entgegengenommen und das Erhaltene ist schliesslich, drittens, *für die Arbeitgeberin bestimmt*.

Während das erste dieser drei Tatbestandsmerkmale kaum Anlass zu Bemerkungen gibt – die arbeitnehmerische Herausgabepflicht ist in *gegenständlicher Hinsicht* prinzipiell unbeschränkt,⁹ was der Gesetzeswortlaut dadurch zum Ausdruck bringt, dass der Arbeitnehmer (neben den ausdrücklich erwähnten *Geldbeträgen*¹⁰) *«alles»* herauszugeben hat, was er von *Dritten*¹¹ entgegennimmt – sind die beiden weiteren Voraussetzungen – wie erwähnt –

³ DOMINIK MILANI, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar SHK, Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV)* unter Einbezug der Art. 319-355 OR sowie Art. 361/362 OR, Bern 2021, Art. 321b OR N 1 (zit. SHK-Verfasser); ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 319-330a OR, Der Arbeitsvertrag*, 4. A., Zürich 2006, Art. 321b OR N 1 (zit. ZK-STAEHELIN).

⁴ BGE 101 Ia 545 E. 3c; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. A., Zürich 2012, Art. 321b OR N 3.

⁵ ALAIN FRIEDRICH/MERET TOBLER, *Arbeitsrecht im Unternehmen, Antworten auf häufige Fragen im Alltag von Personalverantwortlichen*, Bern 2014, 56. Der Herausgabeanspruch nach Art. 321b Abs. 1 OR verjährt grundsätzlich nach Massgabe von Art. 127 OR mit Ablauf von 10 Jahren ab Erhalt; die kürzere fünfjährige Verjährungsfrist ist nicht anwendbar, es sei denn, es handle sich um periodisch ausgerichtete Empfänge (vgl. Art. 128 Ziff. 1 OR).

⁶ JÜRIG BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR*, 3. A., Basel 2014, Art. 321b OR N 3. Mit der Fälligkeit tritt ohne besondere Mahnung der Arbeitgeberin auch der Verzug des Arbeitnehmers ein.

⁷ Art. 361 f. OR *e contrario*; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 321b OR N 6.

⁸ Aufzählung nach RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4. A., Bern 2019, 129: «*Concrètement l'obligation de restitution est subordonnée à trois conditions cumulatives: le travailleur doit avoir reçu la chose d'un tiers, il doit l'avoir reçue dans l'exercice de son activité contractuelle au service de l'employeur et, enfin, il doit l'avoir reçue pour l'employeur.*»

⁹ Die Herausgabepflicht bezieht sich daher neben den im Gesetzestext ausdrücklich genannten Geldbeträgen (d.h. Bar- oder Buchgeld) namentlich auch auf Waren, Werkzeuge, Geräte, Wertpapiere und sonstige Urkunden und Unterlagen, wie etwa Pläne, Skizzen, Berechnungen und geschäftliche E-Mails. Knüpft der Arbeitnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit geschäftliche Kontakte, hat er seiner Arbeitgeberin ferner auch die betreffenden Kontaktinformationen herauszugeben. Vgl. zum Ganzen BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321b N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I, Basler Kommentar*, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); FRANK EMMEL, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Verfasser), Art. 321b OR N 1; SHK-MILANI (FN 3), Art. 321b OR N 10 f.; LUKAS GREBSKI, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar OR*, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Verfasser), Art. 321b N 2; siehe ferner ANGELA HENSCH, *Der Stellenwechsel, eine Quelle von Ärgerissen*, ARV 2019, 1 ff., 6, sowie ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER, *Internet am Arbeitsplatz*, ZBJV 152/2016, 307 ff., 323.

¹⁰ Ob das Herauszugebende einen Geldwert aufweist, ist unbeachtlich, wengleich dies die Regel bilden dürfte.

¹¹ CHRISTIAN FAVRE/ROLF A. TOBLER/CHARLES MUNOZ, *Le contrat de travail*, 2. A., Lausanne 2010, Art. 321b OR N 1.1; WYLER/HEINZER (FN 8), 129. Was der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber selbst erhält oder durch rein faktische Gegebenheiten erlangt – z.B. durch Fund verlorener (Art. 722 Abs. 1 ZGB) oder Aneignung herrenloser Sachen (Art. 718 ZGB) –, fällt nicht unter die Herausgabepflicht nach Art. 321b Abs. 1 OR, vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/ROLAND MÜLLER, *Der Fund aus sachen- und arbeitsrechtlicher Sicht*, AJP 2018, 293 ff., 299.

weniger klar. Sie bedürfen der näheren Erörterung und bilden Gegenstand der folgenden beiden Kapitel.

III. Der Bezug zur vertraglichen Tätigkeit des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer hat seiner Arbeitgeberin nur das herauszugeben, *was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit empfängt* (vgl. Art. 321b Abs. 1 OR). Es kann der Herausgabepflicht nur unterliegen, was einen konkreten Bezug zur Arbeitstätigkeit hat. Nicht überzeugend ist es aber, hierbei auf die *Erfüllung der Arbeitspflicht* (Art. 321 OR) abzustellen.¹² Denn wo das Gesetz an die Erfüllung der Arbeitspflicht anknüpfen will, bringt es dies konkret zum Ausdruck.¹³ Zudem ginge mit dem Abstellen auf die Arbeitspflicht einher, dass sich die Herausgabepflicht nur darauf beziehen könnte, was der Arbeitnehmer *während der Arbeitszeit* von Dritten erhält, denn er erfüllt seine Arbeitspflicht durch die *Ableistung von Arbeitszeit*.¹⁴ Die Arbeitszeit jedoch kann nicht mehr als ein Indiz über den Bezug zur vertraglichen Tätigkeit des Arbeitnehmers sein, zumal er während seiner Arbeitszeit Zuwendungen von Dritten erhalten kann, die überhaupt keinen Bezug zu seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit aufweisen, und er gleichsam ausserhalb der Arbeitszeit Empfänge verzeichnen kann, die unmittelbar sein Arbeitsverhältnis betreffen.

Bezogen auf das Fallbeispiel wird klar, dass es nicht darauf ankommen kann, ob A. seine Kommissionsanteile während der Arbeitszeit oder ausserhalb derselben empfängt.

Ob der Arbeitnehmer etwas während seiner vertraglichen Tätigkeit für die Arbeitgeberin erhalten hat, lässt sich

folglich anhand des Kriteriums der Arbeitszeit wenig verlässlich beurteilen.¹⁵ Zweckdienlicher erscheint es, nach einem «funktionellen»¹⁶, «kausalen»¹⁷ bzw. «inneren»¹⁸ Zusammenhang des Erhaltenen zur Arbeitstätigkeit zu fragen. Was dem Arbeitnehmer zwar nicht während der Arbeitszeit, jedoch «aufgrund» bzw. «infolge» des Arbeitsverhältnisses zukommt, steht in einem inneren Zusammenhang zur vertraglichen Tätigkeit für die Arbeitgeberin. Ein solcher innerer Zusammenhang ist u.E. bereits dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Arbeitnehmer sehe sich aufgrund der Zuwendung veranlasst, die Interessen seiner Arbeitgeberin nicht ausreichend zu berücksichtigen.¹⁹

Bezogen auf das Fallbeispiel wird ohne Weiteres klar, dass die empfangenen Kommissionsanteile einen inneren Zusammenhang zur vertraglichen Tätigkeit des A. haben. Nicht nur kann A. vom Kundennetzwerk der X. AG profitieren, es sind auch die Produkte der X. AG, an deren Verkauf er profitiert. Er konnte mithin die Kommissionsanteile nur in infolge seiner Anstellung bei der X. AG erlangen.

Dieser innere Zusammenhang wäre etwa dann zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer völlig unabhängig von seiner Anstellung bei der Arbeitgeberin handelt,²⁰ oder wenn es um Vorteile geht, die der Arbeitnehmer bloss «bei Gelegenheit» der Arbeitstätigkeit erhält.²¹ So wird denn auch klar, dass aus unerlaubter Nebentätigkeit erworbene Gelder an die Arbeitgeberin nicht nach Art. 321b Abs. 1 OR abzuliefern sind, da diese Gelder den zu fordernden inneren Zusammenhang zur Tätigkeit bei der Arbeitgeberin nicht aufweisen.²²

¹² So aber wohl THOMAS GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Diss. Bern 1983, 327; und, ihm folgend, ALDO STAUB, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Diss. Luzern 2013, N 598.

¹³ So etwa in Art. 332 Abs. 1 OR, wonach Erfindungen und Designs, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und *in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten* macht, dem Arbeitgeber gehören; vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 331-332 N 5.

¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 321 OR N 9; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Bern 2010 (zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI), Art. 321 OR N 8. Dabei ist die Arbeitszeit diejenige Zeitspanne, während welcher der Arbeitnehmer inner- oder ausserhalb des Betriebs für die Bedürfnisse des Arbeitgebers zur Verfügung zu stehen hat und damit über seine Zeit nicht frei verfügen kann, vgl. CHK-EMMEL (FN 9), Art. 321b OR N 4.

¹⁵ Vgl. SHARON SPRING/DIMITRIOS KARATHANASSIS, Die Pflicht zur Herausgabe von Sitzungsgeldern und anderen Entgelten im privaten Arbeitsrecht, ARV 2015, 1 ff., 4.

¹⁶ SHK-MILANI (FN 3), Art. 321b OR N 8.

¹⁷ SPRING/KARATHANASSIS (FN 15), 4; TOBIAS F. ROHNER/MARTINA A. KESSLER, Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – arbeits-, straf- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 112/2016, 221 ff., 222; vgl. auch LUKASZ GREBSKI/JASMIN MALLA, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar SHK, Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013, Art. 21 BPG N 63.

¹⁸ So die Terminologie im deutschen Recht, s. etwa MüKo BGB-SCHÄFER, in: Martin Henssler (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Band: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 631-704, 8. A., München 2020 (zit. MüKo BGB-Verfasser), § 667 N 12.

¹⁹ Vgl. BGE 138 III 755 E. 5.3 (Auftragsrecht).

²⁰ SPRING/KARATHANASSIS (FN 15), 4.

²¹ Vgl. BGE 138 III 755 E. 5.3 (Auftragsrecht).

²² Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 321b OR N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), Art. 312b OR N 3; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 3; Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, 17.6.1986, in: JAR 1987, 119.

Bezogen auf das Fallbeispiel wären also Gelder, die A. in einer konkurrenzierenden Nebentätigkeit erlangt, z.B. durch das Anbieten ähnlicher Produkte wie jene der X. AG über allgemeine Plattformen, nicht über Art. 321b Abs. 1 OR an die X AG abzuliefern, da es am inneren Zusammenhang des hierfür Erhaltenen zu seiner Tätigkeit bei der X. AG fehlt.

IV. Die Bestimmung des Erhaltenen für die Arbeitgeberin

A. Der Hintergrund des Problems

Art. 321b Abs. 1 OR lautet in der deutschen Fassung wie folgt: «Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihm alles sofort herauszugeben.»²³ Der Wortlaut lässt prinzipiell mehrere Deutungen zu. Entweder wird das Gesetz so gelesen, dass der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber alles herausgeben muss, was er «bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen» empfangen hat, oder aber dahingehend, dass der Arbeitnehmer nur abzuliefern hat, was er von Dritten für den Arbeitgeber (d.h. «für diesen») erhalten hat.²⁴ Die unterschiedliche Lesart hat unmittelbare Auswirkungen auf den Umfang der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht gemäss Art. 321b Abs. 1 OR.

Bezogen auf das Fallbeispiel wäre nach der ersten Lesart des Gesetzes alles herauszugeben, was A. bei seiner Tätigkeit für die X. AG erhält, was, sofern ein innerer Zusammenhang zur Arbeitstätigkeit erstellt ist, recht umfassend ist. Nach der zweiten Lesart wäre nur abzugeben, was er für die X. AG erhält, was weit weniger sein dürfte. Hier kommt es auf die Abgrenzung zwischen solchen Zuwendungen, die der Arbeitnehmer für sich selbst und solchen, die er für seine Arbeitgeberin erhält, an. Vor diesem Hintergrund ist es nicht mehr völlig klar, ob A. die erlangten Kommissionsanteile gestützt auf Art. 321b Abs. 1 OR

an die X. AG herauszugeben hat, da er diese prinzipiell für sich bzw. seine Partner (und nicht für die X. AG) erhält.

Mit Blick auf die beiden romanischen Fassungen des Gesetzes²⁵ lässt sich zwar kaum bestreiten, dass Art. 321b Abs. 1 OR in der zweitgenannten Lesart zu verstehen ist. Es stellt sich aber die Frage, anhand welchen Kriteriums beurteilt werden muss, ob das Erhaltene für seine Arbeitgeberin bestimmt ist. Dazu wird im Folgenden zunächst der diesbezügliche Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung dargelegt (IV.B) und anschliessend die eigene Meinung der Schreibenden erörtert und begründet (IV.C).

B. Meinungsstand

1. Herrschende Lehre

Nach der herrschenden Lehre untersteht der Herausgabepflicht nur, was für die Arbeitgeberin bestimmt ist.²⁶ Was der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses hingegen von Dritten für sich selbst erhält, mithin für ihn persönlich bestimmt ist, soll nicht von der Herausgabepflicht erfasst sein.²⁷ Während also etwa für die Arbeitgeberin eingezogene Kundengelder nach Massgabe von Art. 321b Abs. 1 OR herausgabepflichtig seien,²⁸ sollen Trinkgelder und die üblichen Gelegenheitsgeschenke nicht von der Herausgabepflicht erfasst sein, da sie für den Arbeitnehmer und nicht für die Arbeitgeberin gedacht

²³ Der Gesetzesentwurf zu Art. 321b OR umschrieb die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers zunächst mit: «[...] alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für ihn von Dritten erhält, [...]» (Abgedruckt in: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechtes [Der Arbeitsvertrag] vom 25. August 1967, BBl 1967 II 241 ff., 429 [zit. Botschaft Arbeitsvertrag]). Der Nationalrat stimmte in der Folge dem aus der Kommission stammenden Vorschlag zu, die Wortfolge «für ihn» mit der heutigen Wendung «für diesen» zu ersetzen (AB 1969 437 f.). Der Ständerat stimmte dem Beschluss des Nationalrats sodann kommentarlos zu (AB 1970 322). Die Abänderung der Wortfolge hat u.E. keine materielle Bedeutung, d.h., es kann aus ihr nichts abgeleitet werden.

²⁴ Vgl. OGer ZH, 11.10.2018, in: ZR 117/2018, 238 ff., E. 5.2, dort indes offengelassen.

²⁵ Die französische Fassung lautet: «Le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu»; in der italienischen Version heisst es: «Il lavoratore deve presentare al datore di lavoro un rendiconto di tutto ciò che riceve per quest'ultimo da terzi nell'esercizio dell'attività contrattuale, segnatamente denaro, e consegnarglielo subito». Nach den übereinstimmenden französischen und italienischen Fassungen des Gesetzes bezieht Art. 321b Abs. 1 OR die Herausgabepflicht darauf, was der Arbeitnehmer für die Arbeitgeberin von Dritten erhält.

²⁶ WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 396; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321b N 3, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR-Verfasser); ROHNER/KESSLER (FN 17), 222; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 2; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 321b N 1; so ferner auch FADRI BRUNOLD, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Diss. Zürich 2014, N 127.

²⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), Art. 321b OR N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 321b N 1; ROHNER/KESSLER (FN 17), 222; ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 2; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 26), Art. 321b N 4.

²⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), Art. 321b OR N 3.

sind.²⁹ Analoges gelte auch für (Weiterbildungs-)Unterlagen, welche der Arbeitnehmer im Rahmen eines von Dritten organisierten Kurses (auf Arbeitszeit) erhalte.³⁰ Für den Arbeitnehmer persönlich bestimmt seien ferner allfällige Vergütungen, die ein Arbeitnehmer von einer Drittgesellschaft erhält, in deren Verwaltungsrat ihn seine Arbeitgeberin entsandt hat.³¹

Zur Abgrenzung zwischen Zuwendungen, die der Arbeitnehmer für seine Arbeitgeberin, und solchen, die er für sich selbst erhalten hat, stellt die herrschende Lehre auf den *Zuwendungswillen des Dritten* ab.³² Jener soll massgeblich sein, um zu entscheiden, ob die Zuwendung für die Arbeitgeberin oder für den Arbeitnehmer bestimmt ist.³³

Dieses Kriterium wird jedoch nicht konsequent verfolgt. Eine (erste) Gegen Ausnahme sollen zunächst *Schmier- und Bestechungsgelder*³⁴ bilden. Diese seien, trotz ihrer grundsätzlichen Bestimmung für den Arbeitnehmer, herausgabepflichtig.³⁵ Die Herausgabe an die

Arbeitgeberin soll hier jedoch – jedenfalls nach einem Teil der Lehre – nach Art. 423 Abs. 1 OR (Geschäftsammassung) und nicht nach Art. 321b Abs. 1 OR erfolgen.³⁶ Andere Zahlungen, die ein Arbeitnehmer von einem Dritten erhält, sollen sodann immer dann der Herausgabepflicht unterliegen, wenn sie eine Höhe aufweisen, die keinen Trinkgeldcharakter mehr haben kann – auch wenn es sich nicht um eigentliche Schmiergelder handle.³⁷ Dies teils mit der Begründung, dass bei Zuwendungen von Dritten, welche «die üblichen Grenzen übersteigen», davon auszugehen sei, «dass sie für die Arbeitgeberin bestimmt sind.»³⁸ Neben dem – oder statt des – voluntativen Element(s) des Zuwendungswillens wird so ein quantitatives Element eingeführt.³⁹

2. Rechtsprechung

Auch wenn eine Fülle von Urteilen besteht, im Rahmen derer die Norm von Art. 321b Abs. 1 OR genannt wird, können jene Entscheide, die sich substantiell mit dem Umfang der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht befassen, an einer Hand abgezählt werden. Die wichtigsten Entscheidungen, in denen sich mögliche Antworten auf die vorliegende untersuchte Frage finden lassen, werden nachstehend im Einzelnen dargestellt.

Der erste Entscheid, der hinsichtlich des untersuchten Tatbestandmerkmals aufschlussreich sei kann, stammt aus dem Jahr 1908. *BGE 34 II 694* lag folgen-

²⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 321b OR N 3; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 26), Art. 321b N 4; WYLER/HEINZER (FN 8), 129; a.M. gewiss JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/ELSA PERDAEMS, *Droit du Travail*, Basel/Neuenburg 2020, 183: «Les pourboires sont des versements que la personne salariée reçoit pour son propre compte, à titre de complément de revenus, et non pour celui de la partie employeuse. Ces sommes sortent donc du champ d'application de l'art. 321b al. 1 CO.» [Hervorhebungen hinzugefügt].

³⁰ OFK-GREBSKI (FN 9), Art. 321b OR N 2; KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 26), Art. 321b N 4; vgl. auch ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 8.

³¹ KUKO OR-PIETRUSZAK (FN 26), Art. 321b N 4; RETO SCHILTKNECHT, *Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften*, Diss. Bern 1997, 60 f.; SHK-MILANI (FN 3), Art. 321b OR N 21; SPRING/KARATHANASSIS (FN 15), 6.

³² DAMIAN A. FISCHER, *Interessenkonflikte im Schweizerischen Privat- und Wirtschaftsrecht*, Habil. Zürich 2019, 656: «Im Kern wird somit bei der Bestimmung, ob eine Zuwendung dem Arbeitgeber herauszugeben ist oder nicht, auf den Zuwendungswillen des Dritten (voluntatives Element) abgestellt.»

³³ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 2, 3; ROHNER/KESSLER (FN 17), 222; vgl. auch SHK-MILANI (FN 3), Art. 321b OR, N 20 («mutmasslicher Zuwendungswille des Dritten»).

³⁴ Eingehend zum Begriff des Schmiergeldes GEISER (FN 12), 315 ff. und ADRIAN STEINBEISSER, *Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht*, Diss. Basel 1977, 7 ff.

³⁵ ZK-STAEHELIN (FN 3 Art. 321b OR N 3: «Schwarzzahlungen (Schmiergelder), die den Arbeitnehmer gegenüber dem Spender gewogen machen sollen [...], sind trotz fehlendem Zuwendungswillen des Dritten dem Arbeitgeber abzuliefern. Daher hat der Arbeitnehmer empfangene Schmiergelder grundsätzlich abzuliefern»; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 321b N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), Art. 321b OR N 3; CHK-EMMEL (FN 9), Art. 321b OR N 1; SHK-MILANI (FN 3), Art. 321b OR N 21; WYLER/HEINZER (FN 8), 129; a.M. STAUB (FN 12), N 598, mit dem Argument, Schmiergelder würden bloss bei Gelegenheit der

Arbeitsausführung erlangt, und nicht in Erfüllung der vertraglichen Tätigkeit für den Arbeitgeber, wie es der Gesetzestext verlange.

³⁶ FABIO ANDREOTTI/ROLF SETHE, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), *UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Zürich/St. Gallen 2018, N 229; vgl. ferner REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15. A., Bern 2002, § 8 N 135; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 321b N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), Art. 321b OR N 3; CHK-EMMEL (FN 9), Art. 321b OR N 1; OFK-GREBSKI (FN 9), Art. 321b OR N 2; a.M. (Herausgabe nach Art. 321b Abs. 1 OR): FISCHER (FN 32), 657 f.; JÖRG SCHMID, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 419-424 OR, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 3. A., Zürich 1993 (zit. ZK-SCHMID), Art. 423 OR N 85.

³⁷ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR, N 3: «Namhafte Geldbeträge, die der Arbeitnehmer in Verletzung der Interessen des Arbeitgebers empfangen hat und die in Zusammenhang mit der vertraglichen Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber stehen, hat er auch dann herauszugeben, wenn sie nicht als eigentliche Schmiergelder qualifiziert werden können, sondern etwa als Belohnung des Arbeitnehmers für besondere Dienste ausgerichtet werden, da sie zu einem Konflikt zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denjenigen des Kunden führen.»; gl.M. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 9), Art. 312b OR N 3; ähnlich wohl auch BRÜHWILER (FN 6), Art. 321b OR N 1.

³⁸ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht*, 3. A., Basel 2005, N 2.

³⁹ ROHNER/KESSLER (FN 17), 222; SPRING/KARATHANASSIS (FN 15), 6.

der Sachverhalt zu Grunde: Der klagende Arbeitnehmer leitete während mehrerer Jahre das Bierdepot der Aktienbrauerei Wald in Zürich. Zwischen ihm und seiner Arbeitgeberin kam es zu Differenzen, als jener bekannt wurde, dass der Kläger Pferde und Wagen des Depots in Eigeninteresse zur Beförderung von Fuhren für Dritte verwendet hatte.⁴⁰ Die Arbeitgeberin kündigte das Dienstverhältnis, woraufhin der Arbeitnehmer sein noch offenes Guthaben an Lohn und Spesenersatz im Betrag von CHF 2188.80 klageweise geltend machte.⁴¹ Im Prozess wandte die beklagte Arbeitgeberin ein, der Kläger habe ihr alles, was er aus dem Fuhrwerksverkehr, den er auf eigene Rechnung für Dritte vorgenommen hatte, erhalten habe, herauszugeben.⁴² Das Bundesgericht erwog dazu – *inter alia* – folgendes: «Die Sache liegt hier (...) so, dass der Kläger, dem als Dienstverpflichteten Betriebsmaterial (Wagen und Pferde) der Beklagten anvertraut war, damit die fraglichen Besorgungen zwar nicht als Geschäfte seiner Dienstherrin ausführen musste und wollte, sie aber doch tatsächlich in gewissem Umfange *objektiv als deren Geschäfte ausgeführt* hat, insoweit er eben mit Hilfe jenes Betriebsmaterials, das sonst brachgelegen hätte, einen Gewinn erzielt hat. Nun muss es *als eine Regel des Dienstvertrages* gelten, der sich der Dienstverpflichtete beim Vertragsabschlusse mangels einer gegenteiligen Erklärung stillschweigend als einen Bestandteil des gesetzlichen Vertragsinhaltes unterzieht, dass, *falls von ihm aus den übergebenen Geschäftsmitteln ausserhalb des bedungenen Geschäftsstreites ein Gewinn erzielt wird, derselbe nicht ihm gehört, sondern seinem Prinzipal, und diesem, allfällig nach Abzuge für Aufwendung, abzuliefern sei.*»⁴³

Der Entscheid erging unter Geltung des alten Dienstvertragsrechts (Art. 338 ff. aOR 1881), welches keine zu Art. 321b OR korrespondierende Norm kannte. Gleichwohl wird er in der Literatur bisweilen (auch⁴⁴) im Zusammenhang mit Art. 321b Abs. 1 OR zitiert. Dies in der Regel zum Nachweis der Aussage, der Arbeitnehmer habe ebenfalls abzuliefern, «was er durch unbefugte Verwendung von Arbeitsgeräten und -material des Arbeitgebers (...) nach Abzug seines eigenen Arbeitslohnes und seiner

übrigen Aufwendungen vereinnahmt»⁴⁵. Man kann sich fragen, ob der Entscheid im Rahmen des heutigen Regelungszustandes nach wie vor Autorität beanspruchen kann.⁴⁶ Wird dies aber bejaht, so liefert der Entscheid einen ersten Hinweis aus der Rechtsprechung darauf, wie das vorliegend untersuchte Tatbestandsmerkmal der *Bestimmung für die Arbeitgeberin* zu verstehen ist: Zuwendungen, die der Arbeitnehmer von Dritten erhält, sind für die Arbeitgeberin bestimmt, *wenn sie aus Geschäften herühren, die objektiv solche der Arbeitgeberin sind*, was insbesondere dann der Fall ist, wenn sie der Verwendung der arbeitgeberischen Produktionsmittel entstammen.

Erwähnenswert scheint uns alsdann *BGE 101 Ia 545*, in dem sich das Bundesgericht vorfrageweise mit dem Umfang der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht zu befassen hatte.

Der Entscheid handelt von dem bei der B. SA angestellten Chauffeur A., welcher der Kundschaft der B. SA Fahrzeuge zu einem Preis von CHF 1125 für vier Tage vermietet hatte. Seiner Arbeitgeberin lieferte er jedoch nur CHF 1000 ab. Der von A. in Rechnung gestellte Betrag entsprach einer Miete von 4,5 Tagen. Die der B. SA. eingereichte Rechnungskopie war hingegen für nur 4 Tage ausgestellt. Dies hatte seine Bewandnis darin, dass A. mit Einverständnis der Kunden die Differenz von CHF 125 jeweils für sich behalten hatte.⁴⁷ Das Bundesgericht war mit der Frage befasst, ob die infolgedessen ausgesprochene fristlose Entlassung des A. gerechtfertigt war. Dabei nahm es auch Bezug auf Art. 321b Abs. 1 OR und erwog: «D'après l'art. 321b al. 1 nouv. CO, le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, notamment des sommes d'argent; il lui remet immédiatement ce qu'il a reçu. [...] Il est évident que la confiance de l'employeur est ruinée si, lors de l'exécution de cette obligation, le travailleur lui remet des pièces comptables ne correspondant pas aux factures remises à la clientèle, dans l'intention de réaliser un bénéfice illicite.»⁴⁸ Dies vorausgeschickt, er-

⁴⁰ BGE 34 II 694 E. 1.

⁴¹ BGE 34 II 694 E. 2.

⁴² BGE 34 II 694 E. 2.

⁴³ BGE 34 II 694 E. 4 [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁴⁴ Der Entscheid wird im Übrigen auch im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Geschäftsanmassung (Art. 423 OR) zitiert bzw. diskutiert, vgl. ZK-SCHMID (FN 36), Art. 423 OR N 70 und N 78; JÖRG SCHMID, Fragen zur eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, ZBJV 1995, 261 ff., 276 f.; vgl. auch BGE 134 III 306 E. 4.1.3.

⁴⁵ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 3; so auch BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 14), Art. 321b OR N 3.

⁴⁶ So mit eher zweifelhafter Begründung KGer SG, BZ.2010.53, 28.4.2011, E. 3b. Die Herausgabepflicht gemäss Art. 321b OR hatte zwar im alten Dienstvertragsrecht kein Vorbild, da sie aber selbstverständlicher Ausfluss der Treuepflicht ist, bestand sie vorher bereits als ungeschriebene Regel, vgl. BGE 101 Ia 545 E. 3c: «Cette obligation, qui découle du devoir général de fidélité (Message du Conseil fédéral du 25 août 1967, FF 1967 II 310), existait déjà sous l'empire des dispositions abrogées du titre X du CO, même si elle n'y était pas expressément prévue.»

⁴⁷ BGE 101 Ia 545 Sachverhalt A. und C.

⁴⁸ BGE 101 Ia 545 E. 2c.

blickte das Bundesgericht im Umstand, dass A. von einem Kunden unrechtmässig einen Betrag von CHF 125 erhalten und dieses Inkasso verheimlicht hatte, indem er seiner Arbeitgeberin eine Rechnungskopie vorlegte, die nicht dem Original entsprach, einen schweren Verstoss gegen die Treuepflicht.⁴⁹

Von Interesse ist der Entscheid deshalb, da das Bundesgericht das von der Lehre formulierte Kriterium des Zuwendungswillens nicht aufgriff. Dies, obschon es sich gerade um einen Fall handelt, bei dem der Arbeitnehmer Gelder mit dem Einverständnis der Kundschaft für sich behalten hatte. Hätte man auf den Zuwendungswillen der Kundschaft – der «Dritten» – abgestellt, hätte A. die erlangten CHF 125 wohl für sich behalten dürfen, zumal jene einer privaten Vereinnahmung durch den fraglichen Angestellten zugestimmt hatte. Das Bundesgericht stellte im genannten Entscheid vielmehr die *Treuepflicht* des Arbeitnehmers und die Interessen der Arbeitgeberin ins Zentrum und schien vornehmlich deshalb auch die Herausgabepflicht zu bejahen.

Aufschlussreich erscheint uns weiter das Urteil des BGer 6S.711/2000 vom 8. März 2003⁵⁰, bei welchem ein angestellter Anlageberater der «Beta Bank» im Jahre 1993 mit einer amerikanischen Brokerfirma Verhandlungen über die Zeichnung von Aktien der Pharmaunternehmung «Biomune Inc.» geführt hatte. Nachdem die «Beta Bank» infolgedessen Aktien der «Biomune Inc.» im Umfang von USD 875'000 gezeichnet hatte, liess die amerikanische Brokerfirma dem Anlageberater der «Beta Bank» als Honorierung für dessen aussergewöhnlichen Einsatz die Hälfte der ihr nach US-amerikanischen Gepflogenheiten zustehenden Platzierungskommissionen in der Höhe von 10 % des Emissionserlöses überweisen, was einem Betrag von USD 43'750 entsprach. Im Jahre 1994 hat die Brokerfirma der «Beta Bank» erneut ein Angebot zur Zeichnung von Aktien der «Biomune Inc.» unterbreitet, wobei demselben Anlageberater wiederum die Hälfte der Platzierungskommissionen zugeflossen waren. Der gegenüber der «Beta Bank» verschwiegene Anteil der Kommission hatte bei diesem Geschäft einen Betrag von USD 275'000 ausgemacht.⁵¹ Mit Blick auf Art. 321b Abs. 1 OR ging das Bundesgericht mit der Vorinstanz überein, dass es sich bei den vom genannten Anlageberater entgegengenommenen Geldbeträgen – angesichts deren Höhe von total USD 318'750 – zweifellos nicht mehr

um Trinkgelder gehandelt habe. Der wirkliche Grund der Zahlungen sei denn auch nicht reines Wohlwollen gewesen. Vielmehr hätten wirtschaftliche Interessen der Brokerfirma den Anstoss dazu gegeben. Nachdem der Anlageberater vom Vertragspartner seiner Arbeitgeberin eine erste Zahlung von USD 43'750 erhalten habe, habe er sich im Hinblick auf das im darauffolgenden Jahr abgeschlossene Geschäft in einem erheblichen Interessenkonflikt befunden. Um diesem Konflikt zu entgehen, wäre der Anlageberater verpflichtet gewesen, der «Beta Bank» über die ihm zugeflossenen Gelder Rechenschaft abzulegen und sie ihr herauszugeben.⁵²

Auch in diesem Entscheid erwähnte das Bundesgericht den Zuwendungswillen des Dritten – hier der amerikanischen Brokerfirma – in keiner Weise. Dies, obschon die streitgegenständlichen Zahlungen der amerikanischen Brokerfirma augenscheinlich *für den Arbeitnehmer* bestimmt gewesen wären. Der Beurteilung über die Herausgabepflichtigkeit schienen vielmehr treuepflichtorientierte Überlegungen zu Grunde gelegen zu sein: Bei Zuwendungen in relevanter Höhe besteht das Risiko eines *Interessenkonflikts*, weshalb über diese Zuwendungen Rechenschaft abzulegen ist und diese der Herausgabepflicht unterstehen, so das Bundesgericht.

Ferner ist auf das Bundesgerichtsurteil 4A_310/2007 vom 4. Dezember 2007 hinzuweisen, worin sich das Bundesgericht allgemein zur arbeitnehmerischen Herausgabepflicht geäussert hatte. Es hielt insbesondere fest, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitgeberin gestützt auf Art. 321b Abs. 1 OR alle Zuwendungen, die über das übliche Mass hinausgehen, sowie Bestechungsgelder und Rabatte von Lieferanten herauszugeben habe: «En particulier, le travailleur doit restituer à l'employeur *les libéralités excédant ce que l'usage autorise, les pots-de-vin ainsi que les ristournes pratiquées par les fournisseurs.*»⁵³ Während das Bundesgericht auch in diesem Entscheid nicht auf den Zuwendungswillen des Dritten eingeht, taxiert es *Zuwendungen, die über das übliche Mass hinausgehen*, als allgemein herausgabepflichtig. Diese seien generell abzuliefern, ungeachtet dessen, wem sie zustehen.⁵⁴

Aus der kantonalen Rechtsprechung ist schliesslich ein Urteil des *Arbeitsgerichts Zürich* vom 23. September 1986 bekannt, dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag: Der beklagte Arbeitnehmer war bei der Klägerin, einer Finanzgesellschaft, als Direktor angestellt. Im Zusammenhang mit einem grossen und risikoreichen

⁴⁹ BGE 101 Ia 545 E. 2d.

⁵⁰ Dieser Entscheid wurde, im Unterschied zum «Parallellfall» BGE 129 IV 124, nicht amtlich publiziert.

⁵¹ BGer, 6S.711/2000, 8.3.2003, E. 2.1.

⁵² BGer, 6S.711/2000, 8.3.2003, E. 2.2 und 4.5.

⁵³ BGer, 4A_310/2007, 4.12.2007, E. 5.1.

⁵⁴ BGer, 4A_310/2007, 4.12.2007, E. 5.1.

Wechselgeschäft leistete er ausserhalb seiner Arbeitszeit einen erheblichen persönlichen Einsatz. Dafür erhielt er vom betroffenen Kunden Zahlungen von insgesamt CHF 55'512.65. Die Arbeitgeberin verlangte vor Arbeitsgericht die Herausgabe dieser Zahlung gestützt auf Art. 321b Abs. 1 OR.⁵⁵ Das Zürcher Arbeitsgericht näherte sich der angerufenen Bestimmung über einen Vergleich zur auftragsrechtlichen Herausgabepflicht gemäss Art. 400 OR und erwog: «Im Gegensatz zu Art. 400 OR wird in Art. 321b Abs. 1 OR für die Rechenschafts- und Ablieferungspflicht der Zuwendungswille des Dritten berücksichtigt. *Mit der Formulierung, was der Arbeitnehmer (für diesen von Dritten erhält) wollte der Gesetzgeber jedoch nicht die Herausgabepflicht beschränken, sondern lediglich klarstellen, dass übliche Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke nicht an den Arbeitgeber abgeführt zu werden brauchen. Hingegen sind Geldbeträge, die der Arbeitnehmer in Verletzung der Interessen der Arbeitgeberin entgegennimmt (Schmiergelder), trotz fehlendem Zuwendungswillen der Arbeitgeberin abzuliefern*»⁵⁶. Das Arbeitsgericht war weiter der Auffassung, dass im vorliegenden Fall zwar kein Schmiergeldtatbestand vorliege, da mit dem beklagten Arbeitnehmer die «Leistungsprämie» von CHF 55'512.65 nicht zum vornherein vereinbart worden sei und daher auch nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Beklagte erst durch die Zusicherung einer erheblichen Geldzahlung motiviert worden war, das risikoreiche Geschäft einzugehen. Gleichwohl hielt das Arbeitsgericht mit Blick auf Art. 321b Abs. 1 OR fest: «*Von der allgemeinen Herausgabepflicht sind, wie bereits erwähnt, einzig Gelegenheitsgeschenke und Trinkgelder ausgenommen.* Dieser allgemeine, allen Arbeitsverträgen eigene Grundsatz will *verhindern*, dass ein Arbeitnehmer durch Entgegennahme von Geldern Dritter, und seien diese auch keine eigentlichen «Schmiergelder», in einen sich *früher oder später manifestierenden Interessenkonflikt [gerät]*. Nahm der Bekl. nun aber vom Kunden für sich persönlich den namhaften Betrag von rund Fr. 55'000.- an, so begab er sich in einen Interessenkonflikt [...]»⁵⁷, da nicht mehr gewährleistet sei, dass der Beklagte die Interessen seiner Arbeitgeberin vor diejenigen eben dieses Kunden stelle. Damit hatte der Beklagte mit der Entgegennahme der Zahlung (für sich selbst) gegen seine Treue- und Interessenwahrungspflicht verstossen, weshalb er

aufgrund von Art. 321b Abs. 1 OR zur Herausgabe der Zahlung an seine Arbeitgeberin verpflichtet wurde.⁵⁸

Mit Blick auf die hier interessierende Frage ist der Entscheid aus mehreren Gründen bedeutsam. Einerseits hält das Arbeitsgericht zwar einleitend fest, dass in Art. 321b Abs. 1 OR der Zuwendungswille des Dritten «berücksichtigt» sei; andererseits wird im Entscheid deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die arbeitnehmerische Herausgabepflicht prinzipiell *umfassend* zu verstehen sei, und einzig Gelegenheitsgeschenke und Trinkgelder ausgenommen seien. Schliesslich rückt das Arbeitsgericht in der Diskussion um Art. 321b Abs. 1 OR die Treuepflicht des Arbeitnehmers ins Zentrum: Die Norm wolle verhindern, dass ein Arbeitnehmer durch Entgegennahme von Geldern Dritter früher oder später in einen Interessenkonflikt gerät.

3. Resümee

Die herrschende Meinung stellt auf das Kriterium des Zuwendungswillens des Dritten ab, um jene Zuwendungen, die *für die Arbeitgeberin* bestimmt sind, von solchen abzugrenzen, die für den Arbeitnehmer selbst bestimmt sind. Das Kriterium wird indes nicht konsequent verfolgt, sondern sieht sich dort Relativierungen ausgesetzt, wo seine strikte Befolgung zu offensichtlich ungewollten und stossenden Ergebnissen führt. Die rechtliche Korrektur erfolgt entweder aufgrund der wert- bzw. betragsmässigen Höhe des Empfangenen («Zuwendungen, die keinen Trinkgeldcharakter mehr aufweisen») oder aber auf Basis des von Dritten mit seiner Zuwendung an den Arbeitnehmer verfolgten Zwecks («Schmier- und Bestechungsgelder»). Die Rechtsprechung hat den Zuwendungswillen des Dritten als eigenständiges Kriterium dahingegen nicht aufgenommen. Aus den betrachteten Entscheiden ergeben sich zwar keine einheitlichen Kriterien, es lässt sich aber feststellen, dass in der Rechtsprechung bei der Abgrenzung zwischen herausgabepflichtigen Zuwendungen und solchen, die nicht von Art. 321b Abs. 1 OR erfasst werden, treuepflichtorientierte Überlegungen herangezogen werden (Stichwort «Vorbeugung von Interessenkonflikten»). Allgemein scheint die Rechtsprechung die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers vergleichsweise weit zu interpretieren. Zuwendungen, die eine relevante Höhe aufweisen, scheinen nach der Rechtsprechung allgemein als herausgabepflichtig beurteilt zu werden.

⁵⁵ AGer ZH, 23.9.1986, in: JAR 1988, 158.

⁵⁶ AGer ZH, 23.9.1986, in: JAR 1988, 158 f. [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁵⁷ AGer ZH, 23.9.1986, in: JAR 1988, 159 [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁵⁸ AGer ZH, 23.9.1986, in: JAR 1988, 159.

C. Abkehr vom «Zuwendungswillen des Dritten» hin zu einer treuepflichtbasierten Abgrenzung

Die Beschränkung der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht auf das *für die Arbeitgeberin* Erhaltene entspringt dem ursprünglichen gesetzgeberischen Anliegen, Trinkgelder und übliche Gelegenheitsgeschenke von geringem Wert von der Herausgabepflicht auszunehmen.⁵⁹ Zur Ausnahme solcher Kleinzuwendungen von allen übrigen, grundsätzlich herausgabepflichtigen Empfängen des Arbeitnehmers besteht jedoch keine Notwendigkeit, auf den «Zuwendungswillen» des Dritten zu rekurrieren.

Dieses Kriterium hat denn auch weder eine ausdrückliche Grundlage im Gesetzestext noch in der Rechtsprechung und vermag ohne entsprechende Relativierungen und wertungsmässige Korrekturen nicht zu bestehen.⁶⁰ Unser Hauptkritikpunkt aber liegt in der mangelnden Praktikabilität des Kriteriums: Der Zuwendungswille des Dritten stellt an sich ein tatsächliches Element dar, das von der ansprechenden bzw. klagenden Arbeitgeberin behauptet und bewiesen werden muss (vgl. Art. 8 ZGB). Als innere Tatsache ist der Zuwendungswille dem Beweis allerdings nur schwer zugänglich, er erweist sich als «kaum beweisbar»^{61, 62} Weiterhin kann sich das Abstellen auf den Zuwendungswillen als reichlich arbiträr erweisen, weil die Herausgabepflicht vom Willen des zuwendenden Dritten abhängig gemacht wird, den die (klagende) Arbeitgeberin in aller Regel nicht kennt, was hinsichtlich des Beweisverfahrens eine kaum zu überwindende Hürde darstellt. Prozessual betrachtet wird ihr nichts anderes übrigbleiben, als die «zuwendenden» Dritten im Prozess als Zeugen anzurufen; Zeugen, deren Aussagen sie in aller Regel nicht antizipieren können. Sodann werden sich zahlreiche Konstellationen ergeben, in denen sich Drittzuwendende überhaupt keine Gedanken darüber gemacht haben, wem sie ihre Zuwendungen zukommen lassen wollten, zumal sie damit nicht notwendigerweise Eigeninteressen verfolgt haben müssen.

⁵⁹ ZK-STAEHELIN (FN 3), Art. 321b OR N 3; Botschaft Arbeitsvertrag (FN 23), 303; AGer ZH, 23.9.1986, in: JAR 1988, 158 f.

⁶⁰ Vgl. oben, IV.B.1. und IV.B.3.

⁶¹ FISCHER (FN 32), 656.

⁶² Eine gewisse Erleichterung wird der klagenden Arbeitgeberin zwar zu teil, wenn man es mit MILANI auf den «mutmasslichen» Zuwendungswillen des Dritten ankommen lässt, und vertritt, dass «alles, was der Arbeitnehmer in Ausübung seiner vertraglichen Pflichten erhält, vermutungsweise für die Arbeitgeberin bestimmt» ist (vgl. SHK-MILANI [FN 3], Art. 321b OR N 20). Ob sich eine derartige tatsächliche Vermutung mit normativer Bedeutung (und entsprechender Beweislastumkehr) im Anwendungsbereich von Art. 321b Abs. 1 OR wirklich statuieren lässt, erscheint uns indes fraglich.

Bezogen auf das Fallbeispiel wird klar, dass der Beweis des Zuwendungswillens für die X. AG kaum zu erbringen sein wird. Wird davon ausgegangen, dass A. seine Kommissionsanteile direkt aus den jeweiligen Verkaufserlösen von den Drittabnehmern erhält, so wären prinzipiell deren «Zuwendungswillen» massgeblich. Die Drittabnehmer aber hatten stets die I. Ltd. als Vertragspartnerin, womit sie in der Regel weder betreffend A. noch die X. AG einen «Zuwendungswillen» hatten. Wird davon ausgegangen, dass A. die Kommissionsanteile aus einer Übereinkunft mit seinen Partnern erhält, so wären diese übrigen Partner die massgeblichen Dritten. Dass diese nicht bestätigen würden, A.'s Anteile hätten der X. AG zugestanden, liegt auf der Hand.

Vor diesem Hintergrund besteht u.E. das Bedürfnis nach einem Abgrenzungskriterium, das einerseits ohne Relativierungen auskommt und andererseits nicht auf die Tatsachenebene rekurriert.

Da die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers selbst eine Konkretisierung⁶³ bzw. «selbstverständlicher Ausfluss»⁶⁴ der allgemeinen *Treuepflicht* (Art. 321a Abs. 1 OR) ist, muss es letztlich auch deren Zweck sein, die *berechtigten Interessen der Arbeitgeberin* zu schützen.⁶⁵ Die Herausgabepflicht muss mithin auch im Arbeitsrecht dazu dienen, die Treuepflicht einzuhalten, in dem sie der Gefahr vorbeugt, der Arbeitnehmer könne sich aufgrund der Drittzuwendung veranlasst sehen, die Interessen seiner Arbeitnehmerin nicht ausreichend zu berücksichtigen. Insofern ist der Zweck der arbeitnehmerischen Herausgabepflicht, *präventiv einen potenziellen Interessenkonflikt zwischen den Fremdinteressen der Arbeitgeberin und den Eigeninteressen des Arbeitnehmers zu verhindern*.⁶⁶

Wir schlagen vor, diesen Aspekt bei der Bestimmung jener Zuwendungen, die *für die Arbeitgeberin* bestimmt sind, ins Zentrum zu setzen.⁶⁷ Nach Massgabe

⁶³ JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire Stämpfli, Commentaire du contrat de travail*, Bern 2013 (zit. CS CO-Verfasser), Art. 321b OR N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 321b OR N 3; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 38), Art. 321b OR N 1; PORTMANN/WILDHABER (FN 26), N 353; ANINA KUONI, *Arbeitsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2020, 17.

⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 321b OR N 3; vgl. auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 321b N 1.

⁶⁵ Darum geht es bei der Treuepflicht gemäss Art. 321a OR; vgl. BGer, 4A_559/2016, 18.1.2017, E. 5.1; 4A_297/2016, 17.11.2016, E. 4.3; SHK-MILANI (FN 3), Art. 321a OR N 12.

⁶⁶ Vgl. FISCHER (FN 32), 252, insb. auch Fn. 1168; noch weitergehend STEINBEISSER (FN 34), 42: «Ihr Zweck kann nur der sein, den alle Arbeitsverträge beherrschenden und schon in Art. 400 OR wegen seiner besonderen Bedeutung für das Mandat ausdrücklichen Grundsatz des Verbots der Bereicherung des Arbeitnehmers für das Arbeitsvertragsrecht in Erinnerung zu rufen.»

⁶⁷ Ansätze für eine solche Vorgehensweise finden sich namentlich bei CARUZZO, wenn dieser ausführt, dass sich die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers auch auf den Gewinn erstrecken könne, den der

von Art. 321b Abs. 1 OR herausgabepflichtig sind damit prinzipiell sämtliche Drittzuwendungen, die einen inneren Bezug zur Arbeitstätigkeit aufweisen und deren Nichtherausgabe den berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zuwiderlaufen würden. Nach hier vertretener Ansicht ist somit die *Bestimmung für die Arbeitgeberin*, wie sie im Wortlaut von Art. 321b Abs. 1 OR verankert ist, nicht als tatsächliches bzw. voluntatives Element, sondern als rechtlicher Beurteilungsschritt zu verstehen. Die Frage, ob eine Zuwendung *für die Arbeitgeberin* entgegengenommen wird, hat sich im Kern also danach zu richten, ob ihr das Erhaltene *objektiv zusteht*, was nur dann der Fall sein kann, wenn die Treuepflicht eine Herausgabe an die Arbeitgeberin gebietet. Damit wird nicht zuletzt auch der systematischen Verwandtschaft des Art. 321b Abs. 1 OR zu Art. 400 Abs. 1 OR⁶⁸ entsprechendes Gewicht beigemessen.⁶⁹

Im Fallbeispiel hat A. in doppelter Hinsicht seine Treuepflicht verletzt. Als Vertriebsleiter der X. AG hätte er mit der I. Ltd., der er die Produkte der X. AG in einem ersten Schritt verkauft hat, nicht einen derart vergünstigten Preis vereinbaren

Arbeitnehmer durch eigenes Handeln zum Nachteil der Interessen seiner Arbeitgeberin unter Verletzung seiner Treuepflicht («au détriment des intérêts de son employeur, en violation de son devoir de fidélité») erzielt habe; vgl. PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail. Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zürich 2009, Art. 321b OR N 2; ähnlich CS CO-DUNAND (FN 63), Art. 321b OR N 8. Entsprechende Gedanken scheint sich auch VISCHER gemacht zu haben, wenn bei ihm zu lesen ist: «Ausgenommen von der Herausgabepflicht bleiben (...) nur die Fälle, in denen ein rechtlich einwandfreier Zuwendungswille vorliegt, *der sich nicht an der Treuepflicht brechen darf*», vgl. FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, SPR VII/4, 2005, 162 [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁶⁸ Der systematische Bezug zwischen Art. 321b Abs. 1 OR und Art. 400 Abs. 1 OR wird in der Literatur häufig betont, jedoch mit unterschiedlichen Akzentuierungen. Teils wird davon gesprochen, Art. 400 Abs. 1 OR stelle eine *analoge* Bestimmung zu Art. 321b Abs. 1 OR dar (so STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 4], Art. 321b OR N 1; STEINBEISSER [FN 34], 39 und 42; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, § 46. *Der Arbeitsvertrag*, in: Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2000, N 64), andernorts wird auf die Unterschiedlichkeit der beiden Normen hingewiesen (PORTMANN/WILDHABER [FN 36], N 396; ROHNER/KESSLER [FN 17], 225; STAUB [FN 12], N 608).

⁶⁹ Zur Ablieferungspflicht im Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR) hat das Bundesgericht unlängst erkannt: «Die Herausgabepflicht lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlassen sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen.» (BGE 137 III 393 E. 2.3; 138 III 755 E. 5.3).

dürfen, denn er hat für die X. AG prinzipiell den besten Preis herauszuholen. Sodann begab er sich mit der Entgegennahme seiner Kommissionszahlungen in einen erheblichen Interessenkonflikt. Durch den Erhalt von Kommissionszahlungen auf dem Verkauf der Produkte der X. AG hat es A. offensichtlich unterlassen, seine persönlichen Interessen strikt von den geschäftlichen Interessen zu trennen bzw. seine Eigeninteressen unterzuordnen und Situationen zu vermeiden, in denen private Interessen mit denen von der X. AG als Unternehmen in Konflikt stehen. Vor diesem Hintergrund hat A. die erhaltenen Kommissionszahlungen an die X. AG gestützt auf Art. 321b Abs. 1 OR herauszugeben, da ihm diese 1.) von Dritten und 2.) einzig infolge seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit für die X. AG zugekommen sind, und 3.) deren Nichtherausgabe sich an der Treuepflicht offensichtlich stösst: es liegt nicht im berechtigten Interesse der X. AG, dass der Vertriebsleiter ihre Produkte zu einem reduzierten Preis an eine Zwischenhändlerin (die I Ltd.) verkauft, um sie dann zum vollen Preis weiterzuverkaufen und sich an der Differenz im Rahmen von Kommissionszahlungen zu bereichern.

Das Abstellen auf die Frage nach der Treuepflichtverletzung bietet den Vorteil, den Umfang der Herausgabepflicht im Einzelfall und mit Blick auf den infrage stehenden Arbeitnehmer festlegen zu können. Wir schlagen insofern eine *treuepflichtorientierte Einzelfallabgrenzung* der herausgabepflichtigen Zuwendungen vor, mittels derer insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass die Ausprägung der Treuepflicht des Arbeitnehmers je nach dessen hierarchischen Stellung im Betrieb bzw. der Aufbauorganisation der Arbeitnehmerin variiert.⁷⁰

Die treuepflichtorientierte Einzelfallabgrenzung erlaubt sodann ohne Weiteres, die Entgegennahme geringfügiger, sozial üblicher Vorteile von der Herausgabepflicht auszunehmen, ohne dass es auf den Zuwendungswillen ankäme. Hinsichtlich solcher Empfänge ergibt sich nämlich kein Annahmeverbot, weil sie nicht geeignet sind, den Arbeitnehmer in seiner Treuepflicht zur Arbeitgeberin zu beeinflussen⁷¹ bzw. weil in solchen Fällen die legitimen Eigeninteressen des Arbeitnehmers die Fremdinteressen der Arbeitgeberin überwiegen.

Beispiel 1 (Gelegenheitsgeschenk): Erhält A. von einer (Direkt-)Kundin der X. AG für seine ausserordentlichen Bemühungen und zur Pflege der guten Beziehung eine exklusive Flasche Rotwein, so kann er diese für sich behalten; aufgrund seiner leitenden Stellung in der X. AG liegt auch ein solches Präsent im

⁷⁰ Die Pflicht des Arbeitnehmers, die berechtigten Interessen seiner Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren, gilt namentlich für Angestellte mit Kundenkontakt und für leitende Angestellte in erhöhtem Masse, vgl. BGE, 4A_105/2018, 10.10.2018, E. 4.5; 4A_349/2017, 23.1.2018, E. 4.2; 4A_287/2017, 13.10.2017, E. 4.1; 4A_297/2016, 17.11.2016, E. 4.3.1; 8C_541/2015, 19.1.2016, E. 6.

⁷¹ Vgl. BRÜHWILER (FN 6), Art. 321a OR N 2b.

Rahmen des Üblichen, womit eine Nicht-Herausgabe sich mit der Treuepflicht ohne Weiteres verträgt.

Beispiel 2 (Trinkgeld): Erhält der beim Restaurant Z. angestellte Servicemitarbeiter von einem zufriedenen Gast ein Trinkgeld von CHF 20 ausgerichtet, so kann er dieses Trinkgeld ohne Weiteres für sich behalten. Es ist ihm zwar von einem Dritten und während seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit zugekommen, allerdings verträgt es sich ohne Weiteres mit der Treuepflicht, wenn er dieses kleine Trinkgeld für sich behält.

Schliesslich erweist sich eine treuepflichtorientierte Einzelfallabgrenzung auch in tatsächlicher Hinsicht praktikal, da sie das Beweisthema der ansprechenden bzw. klagenden Arbeitgeberin prinzipiell nicht erweitert. Bei der Beurteilung, ob die Nichtherausgabe eine Verletzung der Treuepflicht bedeuten würde, handelt es sich schliesslich um einen Ermessensentscheid (Art. 4 ZGB).

V. Fazit

Die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321b Abs. 1 OR hängt an zwei zentralen Tatbestandsvoraussetzungen, die zugleich deren Umfang bestimmen. Das erste Merkmal begrenzt die Herausgabepflicht «thematisch» darauf, was der Arbeitnehmer *während seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit* von Dritten erhält. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass nur solche Empfänge herausgabepflichtig sein können, deren Erhalt in einem *inneren Zusammenhang* zur Arbeitstätigkeit steht. Zuwendungen, die der Arbeitnehmer völlig unabhängig von seiner Anstellung oder nur bei Gelegenheit seiner vertraglichen Tätigkeit erhält, sind von der Herausgabepflicht ausgeschlossen.⁷² Damit ist klar, dass Einkünfte aus einer *unbefugten Nebentätigkeit* des Arbeitnehmers nicht der Herausgabepflicht gemäss Art. 321b Abs. 1 OR unterliegen. Wenn der Arbeitnehmer zu seiner Nebentätigkeit allerdings Material, Infrastruktur oder Produktionsmittel der Arbeitgeberin eigenmächtig verwendet – wie es in BGE 34 II 694 der Fall war – kann ein solcher innerer Zusammenhang zur Arbeitstätigkeit hingegen prinzipiell bejaht werden.

Das zweite Merkmal lautet dahingehend, dass herausgabepflichtig nur sein soll, was der Arbeitnehmer von Dritten *für seine Arbeitgeberin* erhält. Die herrschende Lehre erblickt darin einen Rekurs auf den *Zuwendungswillen* dieses Dritten. Das Kriterium wird indes nicht konsequent verfolgt, sondern sieht sich dort Relativierungen ausgesetzt, wo seine strikte Befolgung zu offensichtlich ungewollten und stossenden Ergebnissen führt. Die recht-

liche Korrektur erfolgt entweder aufgrund der wert- bzw. betragsmässigen Höhe des Empfangenen («Zuwendungen, die keinen Trinkgeldcharakter mehr aufweisen») oder aber auf Basis des von Dritten mit seiner Zuwendung an den Arbeitnehmer verfolgten Zwecks («Schmier- und Bestechungsgelder»)⁷³. Die Rechtsprechung hat dieses Kriterium nicht übernommen.⁷⁴

Der Gesetzgeber wollte die arbeitnehmerische Herausgabepflicht nicht beschränken, sondern nur sicherstellen, dass die Entgegennahme geringfügiger, sozial üblicher Vorteile von der Herausgabepflicht ausgenommen ist.⁷⁵ Die Herausgabepflicht hängt unmittelbar an der arbeitnehmerischen Treuepflicht. Ihr Zweck muss es demnach sein, die Einhaltung der Treuepflicht zu gewährleisten, und so der Gefahr vorzubeugen, dass der Arbeitnehmer die Interessen seiner Arbeitnehmerin nicht ausreichend berücksichtigt. Insofern dient die arbeitnehmerische Herausgabepflicht dazu, präventiv einen potenziellen Konflikt zwischen den Fremdinteressen der Arbeitgeberin und den Eigeninteressen des Arbeitnehmers zu verhindern. Vor diesem Hintergrund sollte das Tatbestandsmerkmal der *Bestimmung des Erhaltenen für die Arbeitgeberin* nicht als faktisches Element («Zuwendungswille») verstanden werden. Worauf es u.E. anzukommen hat, ist, dass das Erhaltene *objektiv* der Arbeitgeberin zusteht, *da sich eine Nichtherausgabe an der arbeitnehmerischen Treuepflicht brechen würde*. Der Umfang der Herausgabepflicht korrespondiert m.a.W. mit dem Umfang der Treuepflicht. Insofern müssen auch *Schmiergeldzahlungen* und *Kick-Backs* grundsätzlich von der Herausgabepflicht nach Art. 321b Abs. 1 OR erfasst sein; denn ihre Vereinnahmung durch den Arbeitnehmer widerspräche dem Grundpostulat, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin zu wahren und bewegen den Arbeitnehmer unweigerlich in einen Interessenkonflikt. Umgekehrt ist die Entgegennahme geringfügiger, sozial üblicher Vorteile so von der Herausgabepflicht ohne Weiteres ausgenommen, da sie nicht geeignet ist, den Arbeitnehmer in seiner Treuepflicht zum Arbeitgeber zu beeinflussen.⁷⁶

Durch das vorliegend postulierte Abgrenzungskriterium dürfte der Anwendungsbereich des Art. 321b Abs. 1 OR insgesamt eine Erweiterung erfahren und die Norm allgemein an Bedeutung gewinnen. Dies ist u.E. zu begrüssen, insbesondere, da die Arbeitgeberin wohl seltener darauf verwiesen wäre, ihre Ansprüche gestützt auf den Tatbestand der Geschäftsanmassung (Art. 423 OR)

⁷² Oben, III.

⁷³ Oben, IV.B.1.

⁷⁴ Oben, IV.B.2.

⁷⁵ Oben, IV.C.

⁷⁶ Oben, IV.C.

durchzusetzen. Dies gereicht ihr zum Vorteil, kommt sie doch bei Art. 321b Abs. 1 OR in den Genuss einer längeren Verjährungsfrist⁷⁷ und eines schlanker gehaltenen Beweisprogramms.

⁷⁷ Als quasi-deliktischer Anspruch verjährt der Gewinnherausgabeanspruch gemäss Art. 423 OR nach den kurzen deliktischen Verjährungsfristen (BGer, 4A_109/2011, 27.7.2011, E. 9.3.1). Demgegenüber verjährt der Herausgabeanspruch nach Art. 321b Abs. 1 OR nach den längeren, vertraglichen Verjährungsfristen.

Anzeige

Hardy Landolt

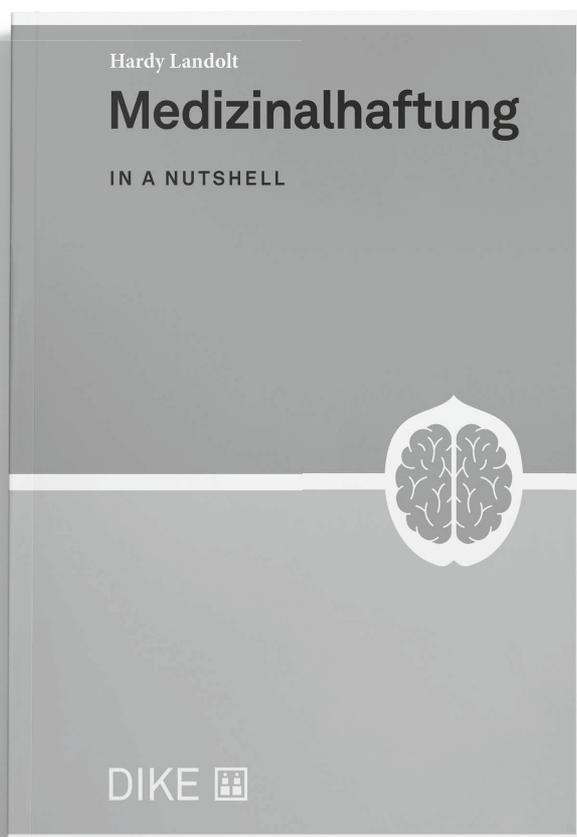
Medizinalhaftung

in a nutshell

Führen medizinische Dienstleistungen oder die Anwendung von medizinischen Produkten zu einem Schaden, ist oft die Haftung umstritten. Es gelten zwar die allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätze, doch bestehen zahlreiche Besonderheiten. Das vorliegende nutshell enthält eine Darstellung des medizinrelevanten Haftungsrechts.

2023, 164 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-500-3
CHF 42.–

www.dike.ch/5003



DIKE 