

# ARBEITSRECHT

APRIL 2024  
NEWSLETTER 04

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



## Liebe Leserin, lieber Leser

Unter dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und EU (FZA) ist eine **Entsendung** von Mitarbeitenden bis zu 90 Tagen bewilligungsfrei möglich und untersteht lediglich einer Meldepflicht. Längere Einsätze unterstehen der Bewilligungspflicht. In unserem ersten Top-Thema wird Ihnen ein Überblick über die wichtigsten Bestimmungen vermittelt.

**Langzeitabsenzen** am Arbeitsplatz werfen eine Reihe von Fragen auf. Unser zweites Top-Thema beleuchtet die rechtlichen und praktischen Aspekte der Langzeitarbeitsunfähigkeit und des unbezahlten Urlaubs.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

### IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Entsendung Seite 1
- FAQ: Entsendung Seite 4
- Top-Thema: Langzeitabsenzen Seite 5
- Fachbeitrag: KI am Arbeitsplatz Seite 8
- Gerichtsentscheid: Schmiergelder als Gegenleistung Seite 9

## Entsendung in die Schweiz (inkl. Meldeverfahren)

Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union EU erlaubt die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern für bis zu 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr ohne Bewilligung. Unternehmen aus der EU können ihre Mitarbeiter für diesen Zeitraum ohne Genehmigung in die Schweiz entsenden, für welche jedoch eine elektronische Meldepflicht besteht. Bei Entsendungen von mehr als 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr ist eine Bewilligung der Schweizer Behörden erforderlich, für die das Abkommen nicht gilt.

■ Von Stefan Müller und Sabine Taxer

### Die Entsendung

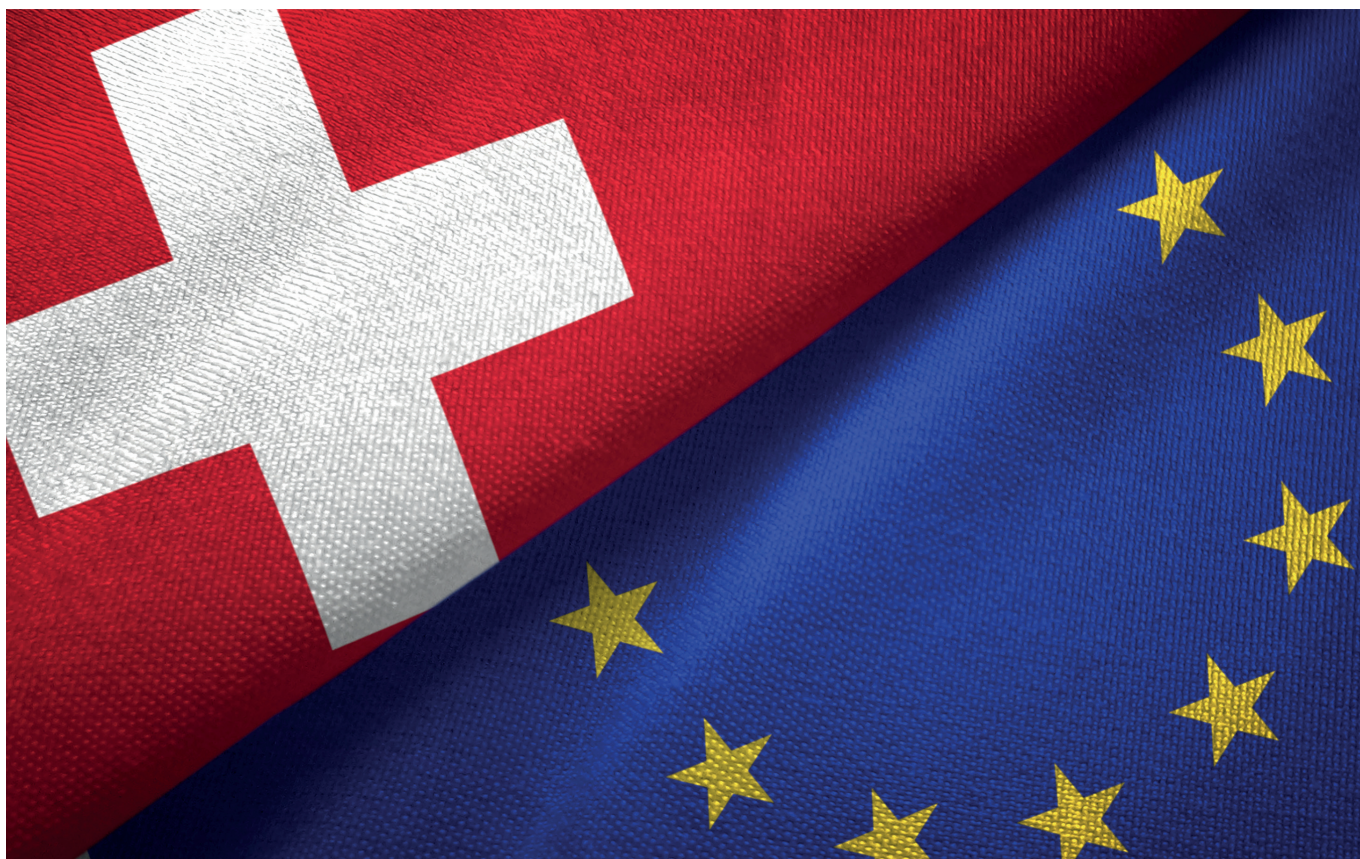
Eine Entsendung von Arbeitnehmenden liegt vor, wenn ein Arbeitgeber Arbeitnehmende in ein anderes Land entsendet, anders als

der Staat, in dem er seinen Sitz hat und die Arbeitnehmenden gewöhnlich ihre Arbeit verrichten. Arbeitnehmende erbringen folglich im Ausland im Namen und auf Rechnung des

Arbeitgebers eine Arbeitsleistung. Für die entsandten Arbeitnehmenden bleibt ihr bestehender Arbeitsvertrag gültig, und sie sind immer auf Antrag des Arbeitgebers weiterhin den Sozialversicherungen ihres Herkunftsstaats unterstellt.

Die Dauer der Beschäftigung im Rahmen der Entsendung muss vorgängig zumindest bestimmbar sein; sie kann sich infolge der Eigenart der Beschäftigung (z.B. Entsendung für die Dauer eines zeitlich begrenzten Projekts) oder aus einer schriftlichen Entsendevereinbarung ergeben.

Weitere Merkmale einer Entsendung sind, dass entsandte Arbeitnehmende ihre Funktion im Betrieb im Ausland beibehalten und nach ihrer Rückkehr wieder ausüben werden. Arbeitnehmende bleiben weiterhin ihrem Ar-



beitgeber im Ausland gegenüber weisungsgebunden. Auch der Lohn wird während des Einsatzes in der Schweiz weiterhin durch den Arbeitgeber im Ausland ausgerichtet.

### Entsendungen bis maximal 90 Tage pro Kalenderjahr

Arbeitnehmende, welche von einem Unternehmen mit Sitz in der EU oder der europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) in die Schweiz entsandt werden, können während maximal 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr bewilligungsfrei ihrer Arbeit nachgehen. Es besteht aber eine durch den ausländischen Arbeitgeber wahrzunehmende elektronische Meldepflicht (sog. Meldeverfahren). Der Einsatz muss den Behörden mindestens acht Tage vor Aufnahme der Tätigkeit in der Schweiz online gemeldet werden. Ausländische Arbeitgeber haben im Rahmen der Entsendung die in der Schweiz geltenden orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einzuhalten.

Diese Meldepflicht gilt für entsandte Arbeitnehmende generell erst ab dem achten Tag des Aufenthalts pro Kalenderjahr. Eine Ausnahme bilden Tätigkeiten im Bereich des Bau-

haupt- und Baunebengewerbes (hierzu zählt auch der Messebau), des Garten- und Landschaftsbaus, des Gastgewerbes, des Reinigungsgewerbes in Betrieben und Haushalten, des Überwachungs- und Sicherheitsdienstes, des Erotikgewerbes sowie des Reisendengewerbes (Ausnahme: Zirkusse und Messen). In den genannten Fällen hat die Meldung unabhängig von der Dauer des Einsatzes in der Schweiz vom ersten Tag an zu erfolgen. Als Ausnahme von dieser Regel hat in Notfällen wie dringenden Reparaturen, Unfällen, Naturkatastrophen oder anderen nicht vorhersehbaren Ereignissen die Meldung sofort nach Kenntnis, spätestens jedoch während des ersten Arbeitstags zu erfolgen. Die Gründe für den Notfall müssen erläutert werden.

Inhalt dieser elektronischen Meldung sind unter anderem Angaben zu dem Unternehmen, der Person des Arbeitnehmers, dem Arbeitsbeginn, dem Zweck der Arbeitsleistung und dem Einsatzort.

### Entsendungen über 90 Tage pro Kalenderjahr

Für Arbeitseinsätze, die 90 Tage pro Kalenderjahr überschreiten, ist immer und für jeden

einzelnen Arbeitnehmenden vor der Aufnahme der Tätigkeit eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit bei der zuständigen kantonalen Arbeitsmarktbehörde einzuholen. Im Gegensatz zum Meldeverfahren besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung; bei der Genehmigung der entsprechenden Bewilligungen handelt es sich um Ermessensentscheide der zuständigen kantonalen Behörden.

Die Bewilligungserteilung ist von diversen Voraussetzungen wie der Einhaltung der schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen, der beruflichen Qualifikation des Arbeitnehmenden sowie dem verfügbaren Kontingent (pro entsandten Arbeitnehmenden) abhängig. Darüber hinaus können Ausländerinnen und Ausländer zur Entsendung in die Schweiz nur zugelassen werden, wenn ihre Tätigkeit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz entspricht.

Zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen werden in der Regel nur Führungskräfte, Spezialistinnen und Spezialisten und andere qualifizierte Arbeitskräfte. Die Qualifikationen müssen mit den Tätigkeiten während des Ein-



satzes übereinstimmen. Entsendungen zu berufsbezogenen Aus- und Weiterbildungszwecken bedürfen einer Einzelfallprüfung durch die zuständige Behörde.

### Arbeitnehmerschutz bei Entsendungen in die Schweiz

Die Schweiz hat im Rahmen der Personenfreizügigkeit mit der EU flankierende Massnahmen eingeführt, die Arbeitnehmende vor dem Risiko von Sozial- und Lohndumping schützen sollen. Diese ermöglichen Kontrollen der minimalen oder üblichen Arbeits- und Lohnbedingungen und Massnahmen durch die zuständigen Behörden bei festgestellten Missbräuchen.

Das Entsendegesetz der Schweiz verpflichtet einen ausländischen Arbeitgeber, der seine Arbeitnehmenden in die Schweiz entsendet, die Arbeits- und Lohnbedingungen (minimale Entlohnung, Arbeits- und Ruhezeiten, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann), die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrats, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (GAV) und Normalarbeitsverträgen (NAV) vorgeschrieben sind, einzuhalten. In Branchen oder Berufen ohne zwingende Mindestlöhne sind grundsätzlich die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne zu respektieren. Die tripartiten Kommissionen beobachten den Arbeitsmarkt dahin gehend.

Grundsätzlich sind ausländische Arbeitgeber verpflichtet, die Kosten für die Entsendung

wie die Reise, Verpflegung und Unterkunft zu übernehmen. Arbeitgeber, welche Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, müssen diesen eine Unterkunft garantieren, die dem üblichen Standard bezüglich Hygiene und Komfort entspricht.

Kantonale Arbeitsinspektorate kontrollieren die Einhaltung von Vorschriften über den allgemeinen Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz und über die Arbeits- und Ruhezeiten. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt Suva kontrolliert ergänzend zu den kantonalen Arbeitsinspektoraten die Einhaltung von Vorschriften hinsichtlich Gesundheitsschutz.

### Sanktionen

Ausländischen Entsendebetrieben drohen verwaltungsrechtliche, zivilrechtliche und strafrechtliche Sanktionen, wenn sie die entsprechenden Vorschriften nicht einhalten. Das Ziel der Sanktionierung ist die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen in der Schweiz. Die Bandbreite der Sanktionen reicht von Verwarnung über Administrativbusse bis hin zur Dienstleistungssperre.

Besonders schwerwiegende Verstösse können eine Administrativbusse und eine Entsendungssperre zur Folge haben. Massive Lohnunterbietungen oder die Nichtbezahlung rechtskräftiger Bussen werden von den sanktionierenden Behörden als schwere Verstösse taxiert. Werden ausländische Unternehmen mit einer solchen Sperre belegt, dürfen sie für eine bestimmte Zeitdauer keine Arbeitnehmenden mehr in die Schweiz entsenden. Ein solches Verbot kann sich im Wiederholungs-

fall auf bis zu fünf Jahre erstrecken. Überdies werden schwere Verstösse im Internet auf einer öffentlich einsehbaren Liste publiziert.

### Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass insbesondere im Rahmen von internationalen Geschäftsbeziehungen die Möglichkeit der Entsendung von Arbeitnehmenden vom Ausland in die Schweiz nicht mehr wegzudenken ist. Das elektronische Meldeverfahren für Arbeitseinsätze von Arbeitnehmenden bis zu maximal 90 Tagen im Kalenderjahr in der Schweiz ermöglicht Arbeitgebern mit Sitz in der EU eine einfache administrative Anmeldung von solchen Arbeitseinsätzen. Ausländische Arbeitgeber sind dennoch gut beraten, wenn sie sich mit den anwendbaren gesetzlichen Vorschriften vertraut machen und frühzeitig prüfen, ob das Meldeverfahren für die geplanten Einsätze in der Schweiz ausreicht oder eine Arbeitsbewilligung bei der zuständigen Behörde einzuholen ist.

### AUTOREN



**Stefan Müller**, MLaw, LL.M., Notar des Kantons Zug, Attorney and Counsellor at Law (NY), ist Partner und leitet das Migrations- und Arbeitsrecht-Team bei Wenger Vieli AG. Er ist auf Migrations- und Arbeitsrecht sowie auf Gesellschaftsrecht und M&A spezialisiert.



**Sabine Taxer**, MLaw, LL.M., ist Associate bei Wenger Vieli AG und vorwiegend in den Bereichen des Arbeits- und Migrationsrechts tätig. Sie berät und prozessiert in allen Bereichen des Arbeitsrechts und vertritt sowohl Arbeitgebende als auch Arbeitnehmende.

## MOVIS MITARBEITENDEN- UND FACHBERATUNG

Konflikte am Arbeitsplatz? Persönliche Herausforderungen? Gesundheitliche Schwierigkeiten? Finanzielle Probleme?

Die **Movis Mitarbeitenden- und Fachberatung** unterstützt Mitarbeitende, Vorgesetzte und HR bei der Lösungssuche in verschiedenen Lebensbereichen. Vertraulich und professionell. Wir sind für Sie da!

+41 (0)848 270 270 | [info@movis.ch](mailto:info@movis.ch) | [www.movis.ch](http://www.movis.ch)

**MOVIS**  
for work and life



## Fragen & Antworten zum Thema Entsendung

Die Entsendung von Arbeitnehmenden in die Schweiz bringt oft eine Vielzahl von Fragen für ausländische Arbeitgebende mit sich. Nachstehend finden Sie eine Auswahl von Antworten auf häufig auftretende Fragen, welche sich im Zusammenhang mit Entsendungen in die Schweiz stellen.

### ■ Von Stefan Müller und Sabine Taxer

**Frage:** Ich möchte als Arbeitgeber mit Sitz in der EU/EFTA Arbeitnehmende im Rahmen des Meldeverfahrens in die Schweiz entsenden. Spielt die Staatsangehörigkeit der zu entsendenden Arbeitnehmenden eine Rolle?

**Antwort:** Ja. EU-/EFTA-Staatsangehörige, welche bei einem Unternehmen mit Sitz in der EU/EFTA angestellt sind, können während einer Dauer von maximal 90 Tagen innerhalb eines Kalenderjahrs im Rahmen des Meldeverfahrens eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausüben. Drittstaatsangehörige hingegen müssen vor der Entsendung in die Schweiz bereits dauerhaft auf dem regulären Arbeitsmarkt in einem Mitgliedstaat der EU oder der EFTA zugelassen sein. Dies bedeutet, dass Drittstaatsangehörige vor der Entsendung seit mindestens zwölf Monaten im jeweiligen EU-/EFTA-Land bereits gearbeitet haben müssen.

**Frage:** Das Meldeverfahren ist auf 90 Tage beschränkt – wie werden diese Tage berechnet?

**Antwort:** Die 90 Tage beziehen sich auf die entsendende ausländische Unternehmung sowie auf die entsandten Arbeitnehmenden. Entsendet ein Unternehmen z.B. an fünf Tagen jeweils drei Mitarbeitende, so sind dem Unternehmen von seinem 90-Tage-Guthaben fünf Tage abzuziehen. Für das Guthaben des Unternehmens ist es unerheblich, wie viele Mitarbeitende an einem bestimmten Tag gleichzeitig entsendet werden. Es zählen jeweils die Kalendertage, an denen die Mitarbeitenden in die Schweiz entsandt werden. Wurde ein Mitarbeiter bereits für 90 Tage von einem Unternehmen in die Schweiz entsandt, so kann ihn kein anderes Unternehmen für weitere Einsätze im selben Kalenderjahr in die Schweiz entsenden. Der Mitarbeiter hat sein Guthaben von 90 Tagen aufgebraucht.



**Frage:** Wann liegt ein Notfall vor, bei welchem die Arbeit im Meldeverfahren ausnahmsweise vor Ablauf der achttägigen Meldefrist aufgenommen werden darf?

**Antwort:** Ein Notfall ist bei der zuständigen kantonalen Behörde geltend zu machen und folglich bei der Meldung des Einsatzes bekannt zu geben und zu begründen. Der geplante Einsatz muss der Behebung eines unvorhersehbar eingetretenen Schadens sowie der Verhinderung weiteren drohenden Schadens dienen. Darüber hinaus muss der Einsatz unverzüglich, in der Regel nicht später als drei Tage nach Eintritt des Schadens erfolgen.

**Frage:** Kann ich als ausländischer Arbeitgeber nachträglich eine getätigte elektronische Meldung im Meldeverfahren abändern?

**Antwort:** Eine erfolgreich gesendete Meldung kann online weder abgeändert noch annulliert werden. Ergibt sich eine Änderung der erfassten Meldung, so muss diese unverzüglich und spätestens vor Beginn des Einsatzes der zuständigen kantonalen Behörde gemeldet werden. Folgende Änderungen müssen an die zuständige kantonale Behörde gemeldet werden: (a) Verschiebung des Einsatzdatums, solange die achttägige Frist eingehalten wird, (b) Änderung der Einsatzdauer, (c) Arbeitsunterbruch sowie (d) Annullation der Meldung. Für alle anderen Änderungen muss eine neue Meldung gemacht werden. In allen erwähnten Fällen müssen die gemeldete Änderungen respektive

muss die neue Meldung einen Verweis auf die bereits erfolgte Meldung beinhalten.

**Frage:** Ich möchte als ausländischer Arbeitgeber Arbeitnehmende für mehr als 90 Arbeitstage in die Schweiz entsenden. Was bedeutet die Voraussetzung, dass die Entsendungen im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz sein müssen?

**Antwort:** Ausländische Arbeitnehmende können zur Erbringung einer vorübergehenden, grenzüberschreitenden Entsendung nur zugelassen werden, wenn ihre Tätigkeit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz entspricht.

Gemäss den Weisungen des Staatssekretariats für Migration ist davon auszugehen, dass die Zulassung ausländischer entsandter Arbeitnehmender in den folgenden Situationen dem langfristigen gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz entspricht: (a) Die vorgesehene Entsendung bezieht sich auf einen Auftrag, für dessen Erfüllung sich in der betreffenden Region und innerhalb einer nützlichen Frist weder ein Betrieb noch Arbeitskräfte mit den notwendigen beruflichen und fachlichen Qualifikationen finden lassen. (b) Der Auftrag hängt ganz oder grösstenteils mit einem Projekt zusammen, dessen Realisierung besondere Fachkenntnisse erfordert. (c) Die angebotene Dienstleistung des ausländischen Unternehmens bringt der Wirtschaft und/oder der nationalen bzw. regionalen Bevölkerung einen Mehrwert, sowie (d) die zur Erbringung der Dienstleistung entsandten Personen verfügen über Qualifikationen und/oder besondere Berufserfahrungen, die in der betreffenden Region nicht vorhanden sind. Diese Kriterien sind nicht abschliessend sowie sind sie weder einschränkend noch müssen sie kumulativ vorliegen.

### AUTOREN



**Stefan Müller**, MLaw, LL.M.,  
Notar des Kantons Zug, Attorney and  
Counsellor at Law (NY), ist Partner und  
leitet das Migrations- und Arbeits-  
recht-Team bei Wenger Vieli AG. Er ist  
auf Migrations- und Arbeitsrecht sowie  
auf Gesellschaftsrecht und M&A spezialisiert.



**Sabine Taxer**, MLaw, LL.M., ist  
Associate bei Wenger Vieli AG und  
vorwiegend in den Bereichen des  
Arbeits- und Migrationsrechts tätig.  
Sie berät und prozessiert in allen  
Bereichen des Arbeitsrechts und  
vertritt sowohl Arbeitgebende als auch Arbeitnehmende.

## Langzeitabsenz – was nun?

Längere Absenzen vom Arbeitsplatz werfen – je nach Ursache und Dauer – ein breites Spektrum an Themen auf, die auch ausserhalb des Arbeitsrechts im engeren Sinne liegen und oft vergessen gehen. Wir beleuchten zwei häufige Langzeitabsenzen: die Langzeitarbeitsunfähigkeit und den unbezahlten Urlaub.

■ Von Anna Neukom Chaney und Julien Boulter



### Ausfall!

#### a) Lohnfortzahlung

Arbeitgeberinnen stellen sich zunächst oft die Frage, in welchem Umfang (Höhe und Dauer) sie den Lohn eines länger abwesenden Mitarbeitenden bezahlen müssen. Der Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist bei unverschuldeten Verhinderungsgründen, die in der Person des Mitarbeitenden liegen (hierzu gehören insbesondere Krankheit und Unfall), die Dauer der grundsätzlichen Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR. Ist die Verhinderung an der Arbeitsleistung verschuldet oder der Verhinderungsgrund überpersönlich, besteht keine Fortzahlungspflicht.

Die Dauer der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht bestimmt sich nach regionalen Skalen, bei denen die Anzahl geleisteter Dienstjahre der entscheidende Faktor ist. Bereits im sechsten Dienstjahr dauert die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht – je nach anwendba-

rer Skala – drei Monate oder zwölf Wochen pro Dienstjahr. Bei sehr langjährigen Mitarbeitenden kann die Lohnfortzahlungspflicht sechs Monate oder mehr dauern, insbesondere bei dienstjahrübergreifenden Abwesenheiten. Die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht bleibt somit auch bei Langzeitabsenzen relevant.

Im Grundsatz ist im Rahmen der Lohnfortzahlung der volle Lohn geschuldet, hiervon gibt es aber zwei wichtige Ausnahmen: (1) Es besteht eine obligatorische Versicherung gegen die wirtschaftlichen Folgen eines von Art. 324a Abs. 1 OR erfassten Verhinderungsgrunds (z.B. Erwerbsersatz bei Militärdienst und Taggelder der obligatorischen Unfallversicherung), oder (2) es wurde eine mit Art. 324a OR gleichwertige Ersatzlösung (Krankentaggeldversicherung) vereinbart.

Im ersten Fall muss die Arbeitgeberin – unter Anrechnung der erbrachten Versicherungs-

leistungen – nur 80% des Lohns zahlen. Die Lohnfortzahlung greift also nur, wenn die Versicherungsleistungen nicht 80% des Lohns erreichen. In der obligatorischen Unfallversicherung ist beispielsweise maximal ein Jahreslohn von CHF 148 200.– versichert. Im Falle einer Ersatzlösung entfällt die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin; sie wird durch die Leistungen der Krankentaggeldversicherung ersetzt. Die gültige Vereinbarung einer Ersatzlösung bedarf jedoch der Schriftform und muss gewisse materielle Kriterien erfüllen, die in der Praxis immer wieder zu Diskussionen führen.

#### b) Obligatorische Unfallversicherung

Der Versicherungsschutz der obligatorischen Unfallversicherung endet am 31. Tag nach dem Tag, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn aufhört. Als Lohn gelten in diesem Zusammenhang u. a. auch Taggelder der obligatorischen Unfallversicherung oder gemäss Erwerbsersatzordnung (EO; z.B. bei Mutterschaft). Auch Taggelder einer Krankentaggeldversicherung gelten als Lohn, aber nur, soweit sie die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin ersetzen, was bei über das Ende eines Arbeitsverhältnisses hinaus geleisteten Taggeldern nicht der Fall ist.

Gerade bei Langzeitkrankheiten oder mehreren verschiedenen Krankheitsgründen pro Jahr endet die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht aber oftmals noch während dem laufenden Arbeitsverhältnis. Grund hierfür ist, dass die gesetzlichen Sperrfristen (hierzu sogleich) in vielen Fällen länger als die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht dauern und dass die Sperrfristen bei jedem neuen Grund neu ausgelöst werden. Zwei verschiedene Krankheiten lösen also zwei unabhängige Sperrfristen aus, während die Lohnfortzahlungspflicht pro Dienstjahr begrenzt ist.

Der genaue Zeitpunkt des Endes des Versicherungsschutzes ist deshalb relevant für Arbeitgeberinnen, weil sie verpflichtet sind, Arbeitnehmende hierüber sowie über die gesetzlich zwingende Möglichkeit der Verlängerung des Versicherungsschutzes um bis zu sechs Monate (sog. Abrediversicherung) zu informieren. Wollen Arbeitnehmende hiervon Gebrauch machen, müssen sie den Antrag zwingend vor Ende des Versicherungsschut-



zes stellen. Verpassen sie diese Frist, weil sie nicht entsprechend informiert wurden, droht Arbeitgeberinnen eine Schadenersatzpflicht erheblichen Ausmasses.

### c) Kündigung?

Bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall kommt in der Praxis oft die Frage auf, ob eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden darf oder ob eine solche als missbräuchlich qualifiziert würde. Klar ist, dass eine Kündigung während der anwendbaren Sperrfrist (maximal 30 Tage im ersten Dienstjahr, 90 Tage im zweiten bis fünften Dienstjahr und anschliessend 180 Tage pro Verhinderungsgrund) nichtig ist. Doch wie verhält es sich, wenn die Kündigung (kurz) nach Ablauf der Sperrfrist ausgesprochen wird?

Arbeitgeberinnen sind allgemein zwar gut beraten, bei Kündigungen im Kontext von Arbeitsunfähigkeit bedacht vorzugehen, denn die Kündigung aufgrund einer persönlichen Eigenschaft (wozu auch eine Krankheit oder körperliche Beeinträchtigung gehört) ist grundsätzlich missbräuchlich, und das Gesetz räumt den Gerichten bei der Prüfung und Beurteilung der Missbräuchlichkeit ein weites Ermessen ein.

In seiner kürzlich bestätigten Praxis schafft das Bundesgericht zugunsten der Arbeit-

geberinnen jedoch etwas Klarheit und hält fest, dass die Kündigung aufgrund einer Krankheit, welche die Arbeitsleistung beeinträchtigt, nach Ablauf der Sperrfrist grundsätzlich zulässig ist. Eine Missbräuchlichkeit komme nur in «krassen Fällen» infrage, z.B. wenn die Arbeitgeberin die Krankheit direkt (z.B. durch unterlassene Gesundheitsschutzmassnahmen) verursacht habe. Hinsichtlich psychischer Krankheiten, die oft zu langen Absenzen führen, vertritt das Bundesgericht den Standpunkt, dass durch Konflikte am Arbeitsplatz ausgelöste Depressionen oder andere psychische Krankheiten nicht als direkt durch die Arbeitgeberin verursacht anzusehen seien.

Hinzu kommt, dass Arbeitnehmende bei der Geltendmachung einer missbräuchlichen Kündigung prozessuale Hürden überwinden müssen. Sie tragen als klagende Partei die Beweislast dafür, dass (allein) der missbräuchliche Kündigungsgrund ausschlaggebend war. Dieser Beweis ist äusserst schwierig zu führen.

Immer zu empfehlen ist es jedoch, dass Arbeitgeberinnen sich bei Mitarbeitenden rechtzeitig über die Prognose (nicht aber die Diagnose) der Krankschreibung erkundigen, damit einerseits frühzeitig organisatorische Massnahmen zur Überbrückung einer Lang-

zeitkrankheitsabsenz umgesetzt werden können, und um andererseits der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht nachzukommen (z.B. Prüfung milderer Massnahmen oder Frühintervention bei der Invalidenversicherung).

#### BEISPIEL

##### Vorgehen bei Kündigung bei Langzeitkrankheit:

- Gespräch suchen, um vollständige Informationsgrundlage zu haben (Prognose erfragen)
- Prüfen, ob und inwiefern die Krankheit die Arbeitsleistung beeinträchtigt
- Begründung vorsichtig formulieren: nicht «aufgrund Deiner Krankheit ...» schreiben, sondern konkrete Auswirkungen auf Arbeitsleistung und den Betrieb als Kündigungsgrund nennen
- Festhalten (zumindest in einer internen Notiz), dass (und welche) mildere(n) Massnahme(n) geprüft wurde(n) (schonende Rechtsausübung)

#### Bis dann!

Einen Anspruch auf einen (längeren) unbezahlten Urlaub (z.B. zwecks längerer Reise oder Verlängerung des Mutterschafts- bzw. Vaterschaftsurlaubs) besteht nicht, und eine allgemeine gesetzliche Regelung sucht man ebenfalls vergebens. Das Grundprinzip ist aber simpel und unbestritten: Das Arbeitsverhältnis bleibt bestehen, es wird jedoch weder gearbeitet noch Lohn bezahlt (Ruhe der Hauptleistungspflichten).

## a) Kündigung?

Eine Kündigung ist auch während eines unbezahlten Urlaubs innerhalb der üblichen Schranken zulässig. Insbesondere löst ein unbezahlter Urlaub keine Sperrfrist aus, während derer eine Kündigung nichtig wäre. In Lehre und Praxis umstritten sind jedoch die Fragen, wie eine Kündigung bei sich auf Reise befindenden Arbeitnehmenden zugestellt werden kann und wann die Kündigungsfrist bei einer Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs zu laufen beginnt.

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muss dem Empfänger zugehen, und dieser muss die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben. Bei «normalen» Auslandsferien gilt daher grundsätzlich, dass die per Post zugestellte Kündigung erst dann Wirkung entfaltet, wenn die Arbeitnehmerin an den Wohnort zurückgekehrt ist und es ihr damit möglich wird, den Briefkasten zu leeren. Umstritten ist, ob diese Regel auch bei unbezahltem Urlaub gilt, was eine Kündigung während dieser Zeit erschweren würde. In diesem Fall möglich sein muss unseres Erachtens aber jedenfalls die elektronische Zustellung per E-Mail oder anderer elektronischer Dienste (z.B. WhatsApp), denn heutzutage ist es üblich, dass diese bei längeren Auslandsreisen mit einer gewissen Regelmässigkeit abgerufen werden. Die gegenteilige Ansicht würde eine Kündigung während des unbezahlten Urlaubs oftmals praktisch verunmöglichen.

Hinsichtlich des Beginns der Kündigungsfrist werden in der Lehre diverse Meinungen vertreten. Einige stellen sich auf den Standpunkt, die Kündigungsfrist beginne erst nach Ende des unbezahlten Urlaubs zu laufen. Andere wollen die Kündigungsfrist während des unbezahlten Urlaubs beginnen, aber erst mit dessen Ende ablaufen lassen. Nach wiederum anderer Auffassung hat ein unbezahlter Urlaub für sich keinen Einfluss auf die Kündigungsfrist, es kann aber – auch stillschweigend – ein Kündigungsverbot vereinbart werden. Unseres Erachtens dürften Arbeitnehmende, die sich auf ein mit dem unbezahlteten Urlaub vereinbartes Kündigungsverbot berufen, intakte Chancen haben. Bis die Rechtslage geklärt ist, empfehlen wir Arbeitgeberinnen daher, mittels schriftlicher Vereinbarung möglichst Klarheit zu schaffen und beispielsweise expli-

zit festzuhalten, dass eine Kündigung zulässig ist und dass die betreffende Arbeitnehmerin per E-Mail erreichbar ist.

## b) Weiterhin versichert?

Neben der Kündigungsproblematik werden in der Praxis oft auch die versicherungsrechtlichen Auswirkungen eines unbezahlten Urlaubs übersehen, z. B.:

- Weil im Gegensatz zu einer Langzeitausreise wegen Krankheit oder Unfall kein Lohnanspruch besteht oder Ersatz Einkommen in Form von Taggeldern bezahlt wird, endet der Versicherungsschutz der obligatorischen Unfallversicherung am 31. Tag des unbezahlten Urlaubs. Für die Arbeitgeberinnen greift auch in diesem Fall die Informationspflicht und das bei Unterlassung drohende Haftungsrisiko.
- Entschädigung bei Mutter- und Vaterschaft oder Adoption gemäss EO setzt voraus, dass während der neun Monate vor Geburt bzw. Adoption des Kindes mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde. Bei einem über viermonatigen unbezahlteten Urlaub direkt vor der Geburt bzw. Adoption eines Kindes entfällt somit ein Entschädigungsanspruch gemäss EO.
- Solange die Schwelle von aktuell CHF 22'050.– im betreffenden Kalenderjahr überschritten wird, bleibt der Versicherungsschutz der beruflichen Vorsorge grundsätzlich bestehen. Viele Pensionskassen bieten die Möglichkeit, die Versicherung während eines unbezahlten Urlaubs weiterzuführen oder den Sparprozess zu unterbrechen und nur die Risikobeiträge zu bezahlen.
- Familienzulagen werden nach Antritt des Urlaubs nur während des laufenden Monats und der drei darauffolgenden Monate ausgerichtet. Der Anspruch entsteht bei längerer Abwesenheit wieder ab dem ersten Tag des Monats, in dem die Arbeit wieder aufgenommen wird.

## Und was ist mit dem Arbeitszeugnis?

Längere Arbeitsunterbrüche sind – auch wenn sie krankheitsbedingt waren – in einem qualifizierten Zeugnis zu erwähnen, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen und daher ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung ein falscher Eindruck entstünde.



## Fazit

Um durch Langzeitabwesenheiten ruhig zu navigieren und um böse Überraschungen zu vermeiden, lohnt es sich, die zahlreichen Auswirkungen von längeren Absenzen vom Arbeitsplatz abzuklären und – sofern möglich – frühzeitig zu planen.

### Aufnahme von Langzeitabsenzen in Arbeitszeugnissen?

- Entscheidend ist das **Verhältnis** zwischen der Dauer der effektiv geleisteten Arbeit und jener der Abwesenheit. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls.
- Müssen Arbeitsunterbrüche erwähnt werden, dann gebieten es der Grundsatz der Vollständigkeit und das Gebot der Klarheit eines Arbeitszeugnisses, auch die Gründe für die Abwesenheit aufzuführen (z. B. Krankheit, Militärdienst, Mutterschaftsurlaub, unbezahlter Urlaub, Freistellung).

## AUTOREN



**Anna Neukom Chaney** ist Fachwältin für Arbeitsrecht und Partnerin bei Thouvenin Rechtsanwälte KLG. Sie berät Arbeitgebende sowie Mitarbeitende in allen Belangen des Arbeitsrechts und verfügt über umfangreiche Prozessenerfahrung.



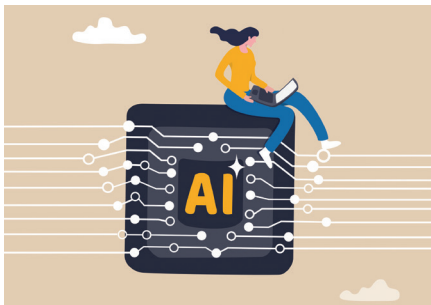
**Julien Boulter** ist Rechtsanwalt bei Thouvenin Rechtsanwälte KLG. Er hat seinen Tätigkeitsschwerpunkt in der Beratung bei arbeitsvertraglichen Fragestellungen sowie der Führung von Zivilprozessen.



# KI am Arbeitsplatz: Die drei wichtigsten Punkte für Mitarbeitende

Wenn Mitarbeitende KI für ihre Arbeit einsetzen, kann das für alle ein Gewinn sein. Aber worauf muss geachtet werden? Um diese Frage zu beantworten, hat VISCHER ein kurzes Video produziert, in welchem eine KI gleich selbst die drei wichtigsten Punkte für einen sicheren, sinnvollen und erlaubten Einsatz von KI erläutert. Das Video kann kostenlos zur Aufklärung der Mitarbeitenden eingesetzt werden.

■ Von David Rosenthal



Ob die Unternehmen es wollen oder nicht: Immer mehr Mitarbeitende werden für ihre Arbeit Tools mit künstlicher Intelligenz (KI) einsetzen. Umso wichtiger ist es, dass sie dabei die Grundregeln für eine sichere, sinnvolle und erlaubte Nutzung beachten. Ein von uns produziertes Schulungs- und Aufklärungsvideo vermittelt diese Grundregeln in fünf Minuten. Präsentiert werden sie gleich von der KI selbst, in der Form eines virtuellen Avatars: Diana Perry.

Derzeit haben in den Unternehmen allgemeine Verbote noch die Oberhand. Das ergibt jedoch wenig Sinn, weil Mitarbeitende KI-Tools wie ChatGPT sonst schlicht wild oder auf privaten Geräten einsetzen, aber mit Daten und Inhalten der Unternehmen. Darum sollten sie zwar ermuntert werden, KI-Tools einzusetzen, dies jedoch auf eine verantwortungsvolle Weise zu tun. Hierzu vermittelt Diana Perry in den fünf Minuten die drei Punkte, auf die beim Einsatz von KI bei der Arbeit in erster Linie geachtet werden sollte:

## 1. Inhalte prüfen, Kontrolle behalten

Weil die KI hervorragend darin ist, Texte und Inhalte zu generieren, diese aber nicht versteht, können Antworten unpassend oder falsch sein. Die Mitarbeitenden werden da-

her dazu angehalten, den Output der KI zu kontrollieren, um sich einerseits nicht zu blamieren oder gar anderen zu schaden – und andererseits die Kontrolle zu behalten. Die Mitarbeitenden bleiben für die Nutzung von KI verantwortlich. Wir lassen unser Modell Diana Perry dabei bewusst in «Ich»-Form über sich als KI sprechen, um nachhaltiger zu vermitteln, wie tückisch die Nachahmung des Menschen durch eine Maschine sein kann – eine KI plaudert quasi aus dem Nähkästchen. Wir stellen aber auch klar, dass die Inhalte, die Diana erzählt, selbstverständlich nicht von ihr stammen, sondern von uns – den Spezialistinnen und Spezialisten von VISCHER.

## 2. KI-Tools nur wie freigegeben einsetzen

Es gibt eine Vielzahl von Programmen und Dienstleistungen im Bereich der KI, die von verschiedenen Unternehmen angeboten werden. Da nicht alle Anbieter vertrauenswürdig und sicher sind, sollten Mitarbeitende Personendaten, vertrauliche Daten und Werke Dritter nur in jenen Anwendungen nutzen, deren Einsatz zuvor geprüft und dafür freigegeben wurde. Zwar müssen für gewisse KI-Tools vorab gewisse Vorkehrungen getroffen werden, ein datenschutz- und auch sonst rechtskonformer Einsatz ist in der Regel aber möglich. Die Auswahl der Tools sollte Fachleuten überlassen werden, da die Angebote leider wenig transparent sind und nicht alle über die nötigen Voraussetzungen verfügen. «ChatGPT Plus» oder «Microsoft Copilot» genügt z. B. den Anforderungen nicht, unter anderem, weil die eingegebenen Daten von den Anbietern für das KI-Training benutzt werden oder Datenschutzverträge fehlen.

## 3. Viele Regeln zum KI-Einsatz gibt es schon

Auch wenn alles nach mehr Regulierung ruft, gibt es schon viele sehr konkrete gesetzliche Vorgaben, die bei KI-Vorhaben zu beachten sind, so z. B., wo Transparenz zu schaffen ist und welche Inhalte überhaupt der KI zur Verfügung gestellt werden dürfen, sei dies zu deren Training oder zur Generierung von Output. Diese Vorgaben sollten vor der Umsetzung von Projekten geprüft werden. Es ist zudem zu klären, an welche ethischen Standards, die über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehen, eine Organisation sich halten will.

Das Video darf zur Schulung im eigenen Betrieb kostenlos eingesetzt werden; es ist auf Deutsch, aber auch auf Englisch und Französisch erhältlich, sowohl als Download wie auch als Video bei YouTube. Wir empfehlen, dass es mit einer kurzen Weisung und für jene, die das wollen, mit einer eingehenderen Schulung zum praktischen Einsatz von KI kombiniert wird. In der Weisung sollte angegeben werden, welche Tools mit welchen Daten verwendet werden können, sowie etwaige Einschränkungen. Zudem sollte darin daran erinnert werden, dass der Output einer KI jeweils auf seine Richtigkeit zu prüfen ist und dort, wo es für Dritte im Rahmen ihrer Interaktion darauf ankommt, auch Transparenz geschaffen werden sollte. Wir werden in Kürze eine solche Weisung zur freien Verwendung publizieren.

### TOOLBOX

Zum Video:



Zur Vorlage KI-Weisung:

<https://vischerlnk.com/ki-weisung>



### AUTOR

**David Rosenthal**, ist Partner bei VISCHER AG in Zürich. Er berät zahlreiche Schweizer und internationale Unternehmen, KMU, Start-ups und Behörden im Bereich Daten- und Technologie-Recht und vertritt Parteien in technologiebezogenen Streitfällen.





## Schmiergelder als Gegenleistung für Geschäftsabschlüsse

Ein leitender Angestellter hat im Zusammenhang mit der Vergabe von Lieferantenverträgen diverse Beratungshonorare von rund USD 350 000.– angenommen. Dies hat seine Arbeitgeberin als Annahme von Schmiergeldern interpretiert. Das Bundesgericht musste sich im Urteil 6B\_645/2022 vom 7. Oktober 2022 der Frage widmen, inwiefern der Mitarbeitende mit der Vermögensverwaltung beauftragt war, obwohl er keine Zeichnungsberechtigung hatte, und ob eine Schädigungsabsicht bestand.

■ Von Dr. iur. David Schneeberger, Rechtsanwalt, M.A. HSG

### Sachverhalt/Hintergrund

Die schweizerische B mit Sitz in Y bezweckt den Handel mit Textilien und Modeartikeln aller Art. Das Unternehmen wurde 1984 von C und D gegründet. A wird vorgeworfen, er habe sich zum Nachteil der B bereichert, indem er von drei Lieferanten Zahlungen von USD 352 174.04 entgegengenommen habe.

Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt sprach A am 7. Juni 2018 frei. Die dagegen gerichtete Berufung der B hiess das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 25. Februar 2022 gut, während es die Anschlussberufung von A abwies. Es verurteilte ihn wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zu Schadenersatz von USD 352 174.04 nebst Zins an die B. Nach Durchlaufen der gerichtlichen Instanzen reichte A eine Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht ein. Dieses entschied mit Urteil vom 7. Oktober 2022 (BGer-Urteil 6B\_645/2022).

### Relevante Rechtsbestimmungen

#### Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

Im Beitrag ausgeführt.

### Entscheid des Bundesgerichts (gekürzt)

#### 3.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Schuldspruch wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung.

#### 3.1.

**3.1.1.** Den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB)

erfüllt, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, das Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird. Handelt der Täter mit unrechtmässiger Bereicherungsabsicht, liegt nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB eine qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung vor.

Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB ist, wer in tatsächlicher oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Die Stellung als Geschäftsführer fordert ein hinreichendes Mass an Selbstständigkeit, mit welcher dieser über das fremde Vermögen oder über wesentliche Bestandteile desselben, über Betriebsmittel oder das Personal eines Unternehmens verfügen kann. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auf operationell leitende Organe von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften. Geschäftsführer ist aber auch, wem die Stellung nur faktisch zukommt und ihm nicht formell eingeräumt worden ist.

Geschütztes Rechtsgut ist das anvertraute Vermögen des Geschäftsherrn bzw. Treugebers. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Täter in der Stellung eines Geschäftsführers treuwidrig eine Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen verletzt hat und es dadurch zu einer Schädigung des anvertrauten Vermö-

gens gekommen ist. Ein Vermögensschaden liegt vor bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nichtverminderung der Passiven oder Nichtvermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss.

Auf der subjektiven Seite ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt.

#### 3.2.

**3.2.1.** Die Vorinstanz stellt fest, gemäss Arbeitsvertrag habe die Beschwerdegegnerin 2 den Beschwerdeführer als «Head of Development & Strategies» eingestellt. Nach seiner Beförderung zum «Brand Director» habe er monatlich CHF 27 500.– zuzüglich Boni verdient. Dieses Salär lasse auf seine hohe Stellung schliessen. Es sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer hierarchisch nur den Firmengründern D und C unterstanden habe. Gemäss Vorinstanz kann nicht auf die Stellenbeschreibung abgestellt werden. Denn es sei nicht belegt, dass diese dem Beschwerdeführer effektiv vorgelegt worden sei. Der Beschwerdeführer habe das Vertrauen von D genossen. Dieser habe den Beschwerdeführer sogar als seinen möglichen Nachfolger angesehen. Der Beschwerdeführer habe bei der B stets eine Kaderstellung auf der obersten Hierarchiestufe direkt unter den Firmengründern bekleidet. Durch sein Engagement in verschiedenen Abteilungen habe er auch faktisch grossen Einfluss auf das wirtschaftliche Fortkommen des Konzerns genommen.

Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe bei der B eigenständig strategische und operative Entscheide in diversen Geschäftsbereichen gefällt, und zwar bereits vor seiner Beförderung zum «Brand Director». Dies begründet die Vorinstanz ausführlich und überzeugend. Sie relativiert, dass der Beschwerdeführer nie als Zeichnungsberechtigter im Handelsregister erschien. Denn für diverse Verträge seien keine Unterschriften benötigt worden. So seien Bestellungen an Textilfabrikanten per E-Mail übermittelt wor-



den. Diese hätten die Bestellung ohne formelle Bestätigung ausgeführt. Zudem hätten die Firmengründer ihre Unterschriften beispielsweise bei Personalentscheiden vorbehaltlos und ohne Gegenprüfung erteilt, solange der Budgetrahmen eingehalten worden sei. So erstaune nicht, dass in den Akten kein vom Beschwerdeführer unterschriebener Arbeitsvertrag zu finden sei. Er habe autonom Personalentscheide getroffen und D nachträglich darüber in Kenntnis gesetzt. Weiter hält die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer sei entgegen den Erwägungen der Erstinstanz für den Wareneinkauf verantwortlich gewesen. Auch dies belegt sie mit einschlägigen Aktenverweisen. Zudem weist die Vorinstanz darauf hin, dass der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben für das Budget der B verantwortlich gewesen sei. Weiter entnimmt sie den Akten, dass der Beschwerdeführer bei der Qualitätskontrolle der Waren das letzte Wort hatte. Vor dem Hintergrund aussagekräftiger objektiver Beweismittel verwirft die Vorinstanz die anderslautenden Behauptungen des Beschwerdeführers zu seiner Rolle bei der B.

**3.2.2.** Sodann wendet sich die Vorinstanz den Zahlungen der drei Lieferanten zu. Der Beschwerdeführer habe eingestanden, während seiner Tätigkeit für die B veranlasst zu haben, dass die E Ltd. gegründet, eine Managerin eingesetzt und bei der F in U ein Konto auf die Gesellschaft eröffnet wird.

Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, der Beschwerdeführer habe gemeinsam mit einem ihm unterstellten chinesischen Mitarbeiter von drei Lieferanten der B Zahlungen von USD 352 174.04 vereinnahmt. Das Geld sei auf die Konten der E Ltd. und der G Ltd. geflossen. Der Beschwerdeführer habe auf das Konto der G Ltd. Zugriff gehabt, die E Ltd. habe er sogar selbst gegründet.

Der Beschwerdeführer bestritt bereits im kantonalen Verfahren, in einer Verbindung zur in V domizilierten G Ltd. gestanden zu haben. Diese Bestreitung widerlegt die Vorinstanz überzeugend und unter Hinweis auf zahlreiche Aktenstücke. Zwar habe der Beschwerdeführer bei der G Ltd. keine offizielle Funktion ausgeübt. Doch habe er Zugang zum Konto dieser Gesellschaft bei der F gehabt.



Der Beschwerdeführer hatte bereits vor Erstinstanz eingewendet, bei den Zahlungen der drei Lieferanten handle es sich um Beratungshonorare. Dass dies eine blosser Schutzbehauptung ist, begründet die Vorinstanz unter Verweis auf die erstinstanzlichen Erwägungen ausführlich und überzeugend. So legt sie dar, dass insgesamt USD 281 670.85 an die E Ltd. und USD 70 503.19 an die G Ltd. überwiesen wurden. Die resultierende Gesamtsumme von USD 352 174.04 lasse sich nicht mit dem vom Beschwerdeführer behaupteten Beratungsmandat in Übereinstimmung bringen. Die Summe stehe in keinem Verhältnis zu den angeblichen Dienstleistungen des Beschwerdeführers. Zudem weist die Vorinstanz darauf hin, dass die einzelnen Zahlungen zweier Lieferanten jeweils 3% des Auftragsvolumens der B entspreche. Beim dritten Lieferanten seien es 2%. Da es sich um insgesamt 32 Überweisungen handle, könne eine zufällige Übereinstimmung ausgeschlossen werden. Es handle sich somit eindeutig um Zahlungen der Lieferanten an den Beschwerdeführer im Zusammenhang mit Bestellungen der B. Diese Feststellung steht überdies im Einklang mit eidesstattlichen Erklärungen der Lieferanten.

**3.3.** In rechtlicher Hinsicht erwägt die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe den Tatbestand der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt, indem er die Zahlungen von USD 352 174.04 entgegennahm.

**3.3.1.** Die Vorinstanz qualifiziert den Beschwerdeführer zutreffend als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB. Sie hält fest, dass er mit der Wahrnehmung von Vermögensinteressen der B befasst war. Er habe in mehreren Bereichen das Einkaufs- und Personalbudget verwaltet und sei für die Betriebsmittel der Abteilungen in W und X zuständig gewesen. Der Beschwerdeführer habe über ein hohes Mass an Selbstständigkeit verfügt. In diesem Zusammenhang betont die Vorinstanz zu Recht, dass sich eine solche Selbstständigkeit auch aus der weitgehenden Freiheit in der Organisation der eigenen Tätigkeit ergeben kann. Dabei ist ohne Belang, ob der Geschäftsführer den Geschäftsherrn nach aussen vertritt oder vertreten darf, oder ob er nur intern über entsprechende Vermögenswerte wie Personal und Betriebsmittel verfügt. Daher hilft dem Beschwerdeführer nicht, dass sich in den Akten kein von ihm unterzeichnetes Dokument findet. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass der Beschwerdeführer bereits vor der Beförderung zum «Brand Director» eigenständig strategische und operative Entscheide gefällt habe. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer zumindest als faktisches Organ der B qualifiziert. Unerheblich ist dabei, dass er nicht zur Zeichnung berechtigt war. Denn die Zeichnungsberechtigung ist höchstens ein Indiz für die Selbstständigkeit eines Geschäftsführers. Die Vorinstanz fährt fort, der Beschwerdeführer sei mit der B in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Seine



Pflichten hätten gerade darin bestanden, die Vermögensinteressen der B zu wahren. Die Vorinstanz nimmt zu Recht an, dass die vom Beschwerdeführer verwalteten Vermögensinteressen durchaus bedeutsam und von Gewicht waren.

**3.3.2.** Die Vorinstanz bejaht zu Recht eine Tathandlung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Sie legt dar, wie der Beschwerdeführer seine Treuepflichten gegenüber der B verletzte. Betroffen waren jene spezifischen Pflichten, die den Beschwerdeführer in seiner Stellung als Arbeitnehmer der B generell trafen, aber auch bezüglich spezieller Geschäfte zum Schutz der B. **Die Zahlungen der drei Lieferanten im Betrag von USD 352 174.04 stellten im Grunde eine Preisreduktion dar, die der B hätte zukommen müssen.** Die Vorinstanz weist darauf hin, dass der Beschwerdeführer gemeinsam mit dem ihm unterstellten chinesischen Mitarbeiter nicht nur die Zahlungen der drei Lieferanten zurückbehalten habe. **Vielmehr habe er die Zahlungen im Sinne von Schmiergeldern als Gegenleistung für Geschäftsabschlüsse mit diesen drei Lieferanten verlangt.** Es liegt auf der Hand, dass der Beschwerdeführer damit seine privaten Vermögensinteressen pflichtwidrig über diejenigen der B stellte.

**3.3.3.** Schliesslich erkennt die Vorinstanz zu Recht auf einen Vermögensschaden. Wie sie zutreffend ausführt, reicht es aus, dass der Beschwerdeführer die Vermögenswerte auf eigene Konten transferierte. Denn dadurch standen sie der B nicht mehr zur Verfügung. Die Vorinstanz führt aus, dass der Beschwerdeführer durch das Einfordern der Zahlungen von USD 352 174.04 **günstigere Einkaufsmodalitäten für die B vereitelte.** Sie kommt zum zutreffenden Schluss, dass der B ein Vermögensschaden im Umfang dieser Zahlungen entstand. Der Kausalzusammenhang zwischen dem treuwidrigen Verhalten des Beschwerdeführers und diesem Vermögensschaden liegt auf der Hand.

**3.3.4.** Was den subjektiven Tatbestand betrifft, schliesst die Vorinstanz zu Recht auf einen direkten Vorsatz. Denn es war dem Beschwerdeführer klar, dass er gegen seine arbeitsvertragliche Treuepflicht gegenüber der B versties. Ihm war auch bewusst, dass

er durch die Vereinnahmung der Zahlungen einen Vermögensschaden der B verursachte. Die Vorinstanz bejaht zu Recht eine Absicht des Beschwerdeführers, sich im Umfang der kassierten USD 352 174.04 zu bereichern, weshalb der qualifizierte Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erfüllt ist.

**3.4.** Was der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzlichen Erwägungen vorbringt, verfährt nicht.

**3.4.1.** Der Beschwerdeführer beanstandet die vorinstanzliche Feststellung, wonach er als faktisches Organ der B agierte. Er trägt vor, die Vorinstanz stelle einzig auf die Aussagen von D ab. Dies ist offensichtlich unzutreffend. Die Vorinstanz würdigt darüber hinaus zahlreiche Aktenstücke und **legt überzeugend dar, weshalb es nicht allein auf den Arbeitsvertrag und die Stellenbeschreibung ankommen kann.**

**3.4.2.** Die Ausführungen des Beschwerdeführers erschöpfen sich weitgehend in einer unzulässigen appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil. Dies ist etwa der Fall, wenn er auf die E-Mails über die Kontoeröffnung bei der F Bezug nimmt, ohne im Ansatz darzutun, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen sein soll. Gleiches gilt, wenn er auf das chinesische Strafurteil gegen den ihm unterstellten chinesischen Mitarbeiter verweist. Selbst wenn dieser chinesische Mitarbeiter bereits unzulässige Zahlungen angenommen haben sollte, lange bevor der Beschwerdeführer sein Vorgesetzter wurde, schliesst dies nicht aus, dass er solche Praktiken gemeinsam mit dem Beschwerdeführer fortführte. Dass der Beschwerdeführer im chinesischen Strafurteil nicht erwähnt wird, lässt die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung keineswegs als willkürlich erscheinen.

**3.4.3.** Der Beschwerdeführer scheint der Vorinstanz vorwerfen zu wollen, sie habe den Grundsatz «in dubio pro reo» als Beweislastmaxime verletzt, indem sie verlangt habe, dass er mittels E-Mail hätte beweisen müssen, dass er nicht in den Entscheidungsprozess involviert gewesen sei. Solches trifft offensichtlich nicht zu. **Die Vorinstanz verurteilt den Beschwerdeführer nicht mit der Begründung, er habe seine Unschuld nicht**

**nachgewiesen.** Vielmehr legt sie in ihrer ausführlichen Urteilsbegründung unter sorgfältiger Würdigung zahlreicher Beweismittel überzeugend dar, weshalb der Beschwerdeführer schuldig ist. Es kann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz von der falschen Meinung ausgegangen wäre, der Beschwerdeführer habe seine Unschuld zu beweisen.

**3.4.4.** Der Beschwerdeführer rügt eine unzulässige Berücksichtigung von «bestellten» und nachträglich eingereichten E-Mails. Hier übergeht er, dass die Vorinstanz die Unterlagen aus dem Recht weist, welche die B erst an der Berufungsverhandlung einreichte. Die Vorinstanz begründet dies damit, dass es der B möglich gewesen wäre, die entsprechenden Beweismittel bereits früher zu den Akten zu geben, wodurch dem Beschwerdeführer ermöglicht worden wäre, sich eingehend damit auseinanderzusetzen und dazu Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz ergänzt, der Beweiswert der Schreiben vom 15. November 2021 und 14. November 2021 und der E-Mail vom 15. November 2021 sei ohnehin zu relativieren, da D diese Dokumente mit Blick auf die Berufungsverhandlung bestellt zu haben scheine. Der Beschwerdeführer legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Einschätzung der Vorinstanz zu beanstanden wäre.

**3.4.5.** Der Beschwerdeführer bestreitet einen Schaden. Er beanstandet die vorinstanzliche Feststellung, wonach der B Gewinn im Umfang von USD 352 174.04 entging, weil der Beschwerdeführer günstigere Einkaufsmodalitäten verhinderte. Auch hier stellt er den sorgfältigen vorinstanzlichen Erwägungen bloss seine eigene Sicht der Dinge gegenüber, ohne im Ansatz Willkür darzutun.

**3.4.6.** Der Beschwerdeführer beruft sich auf ein Bundesgerichtsurteil (BGE 129 IV 124), wonach der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung nur erfüllt ist, wenn der Empfänger durch die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern (als Gegenleistung für eine Bevorzugung) zu einem Verhalten verleitet wird, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richtet und sich somit schädigend auswirkt. Dieses Präjudiz hilft dem Beschwerdeführer nicht. Denn die Vorinstanz legt überzeugend dar, dass sich



das Verhalten des Beschwerdeführers gegen die Vermögensinteressen der B richtete und schädigend für sie auswirkte.

**3.5.** Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung hält vor Bundesrecht stand.

## Urteil

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Die Gerichtskosten von CHF 3000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

## Zusammenfassung & Fazit

Im Mittelpunkt des Falls steht A, ein hochrangiger Mitarbeiter der schweizerischen Firma B, der von drei Lieferanten Zahlungen in Höhe von USD 352 174.04 entgegennahm, was zu seiner Verurteilung wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung führte. Das Bundesgericht wies die Beschwerde von A zurück und bestätigte die

Entscheidung der Vorinstanz, die A zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zur Zahlung von Schadenersatz verurteilte. Die Vorinstanz stellte fest, dass A als «Head of Development & Strategies» und später als «Brand Director» eine Schlüsselposition mit erheblichem Einfluss und Entscheidungsbefugnis innehatte. Obwohl A nie offiziell als zeichnungsberechtigt geführt wurde, hatte er dennoch umfassenden Zugang zu Vermögenswerten und konnte eigenständig über wichtige Geschäftsentscheidungen bestimmen.

Die Vorinstanz betonte, dass A seine Treupflichten verletzte, indem er Zahlungen entgegennahm, die eigentlich der Firma B hätten zugutekommen müssen. Diese Handlungen wurden als Schmiergelder interpretiert, die im Austausch für Geschäftsabschlüsse gezahlt wurden. A's Verteidigung, die Zahlungen seien Beratungshonorare gewesen, wurde von der Vorinstanz als Schutzbehauptung abgetan. Die Vorinstanz bekräftigte, dass A vorsätzlich

gehandelt habe, mit dem Ziel, sich unrechtmässig zu bereichern. Das Bundesgericht schloss sich dieser Auffassung an und bestätigte, dass A seine Position missbraucht habe, um sich auf Kosten der Firma B zu bereichern.

Dieser Fall illustriert die wesentliche Bedeutung der Treupflicht von Geschäftsführern und leitenden Angestellten gegenüber ihrem Arbeitgeber, und wie deren Verletzung schwere rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Die Entscheidung des Bundesgerichts sendet ein starkes Signal an alle Führungskräfte über die Grenzen ihrer Handlungsfreiheit und die Bedeutung ethischen Verhaltens im Geschäftsleben. Es wird deutlich, dass auch ohne formelle Zeichnungsberechtigung die faktische Einflussnahme auf das Unternehmensvermögen ausreicht, um eine strafrechtliche Verantwortung zu begründen. Die sorgfältige Auslegung der subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale zeigt, wie wichtig eine transparente und verantwortungsbewusste Geschäftsführung ist.

Der Fall verdeutlicht die Wichtigkeit von Compliance-Programmen, die nicht nur existieren, sondern auch aktiv gelebt und überprüft werden müssen. Für Unternehmen ist es ratsam, die Auswahl und Beförderung von Führungskräften sorgfältig zu prüfen, um sicherzustellen, dass diese die Unternehmenswerte teilen und bereit sind, diese zu leben. Schliesslich zeigt der Fall, dass Unternehmen proaktiv handeln müssen, um Unregelmässigkeiten zu erkennen und zu adressieren, bevor sie zu juristischen Streitigkeiten führen.



## AUTOR

**Dr. iur. David Schneeberger,**  
Rechtsanwalt, M.A. HSG in  
Law & Economics, Generalsekretär  
an der Universität St. Gallen (HSG).

## IMPRESSUM

Verlag	WEKA Business Media AG Hermetschloostrasse 77 CH-8048 Zürich www.weka.ch	Layout/Satz	Tonio Schelker
Herausgeber	Marc Ph. Prinz, VISCHER	Publikation	10 x jährlich, Abonnement: CHF 98.– pro Jahr, Preise exkl. MWST und Versandkosten.
Redaktion	Birgitt Bernhard Claudia Maio	Bildrechte	www.istockphoto.com
Korrektur	Margit Bachfischer M.A., Bobingen	Bestell-Nr.	9100

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2024 – 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. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.

## Scannen und bestellen:

Dieser Newsletter ist in gedruckter Form und digital in unserem Online-Shop erhältlich.



## Ihre Vorteile

- Aktuelle Themen und Gerichtsentscheide im Fokus
  - Klare Antworten zu Praxisfällen
- [www.weka.ch/shop](http://www.weka.ch/shop)