

RECHT INTERESSANT

DIE FREISTELLUNG**AUF WELCHE PUNKTE DER ARBEITGEBER UNBEDINGT
ACHTEN SOLLTE**

Eine Freistellung, d.h. der Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist, ist jederzeit und formlos möglich. Allerdings empfiehlt es sich, die wichtigen Punkte schriftlich festzuhalten, damit später keine Meinungsverschiedenheiten entstehen können.

Es gibt immer wieder Gründe, die dafür sprechen, den Arbeitnehmer per sofort von seiner Arbeitspflicht zu befreien. In der Regel wird ein solcher Verzicht an bestimmte Bedingungen geknüpft sein. Für den Arbeitnehmer wichtig zu wissen: Es besteht kein Anspruch auf Freistellung! Nachfolgend soll das korrekte Vorgehen sowie der wesentliche Inhalt einer Freistellungsvereinbarung aufgezeigt werden.

Gründe für eine Freistellung

Die Gründe, welche einen Arbeitgeber zur Freistellung eines Arbeitnehmers bewegen sind vielschichtig. In der Praxis sind folgende drei Hauptgründe auszumachen:

- ▶ Der Arbeitgeber möchte dem Arbeitnehmer fristlos kündigen, ist sich jedoch nicht sicher, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Um das Risiko von Schadenersatzansprüchen zu vermeiden wird das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt und der Arbeitnehmer per sofort freigestellt.
- ▶ Der Arbeitgeber befürchtet, dass sich der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist nicht mehr loyal verhält und/oder möchte verhindern, dass der Arbeitnehmer weiter Kontakt zu Kunden hat.
- ▶ Allenfalls hat der Arbeitgeber bereits einen Nachfolger gefunden und der Arbeitsplatz wird per sofort für diesen neuen Mitarbeiter benötigt.

Während in einigen Branchen Freistellungen schon beinahe üblich sind (Bankenwesen, Beratungsbranche, Kadermitarbeiter), kommen diese in anderen Bereichen eher selten vor. Es gibt jedoch immer wieder Situationen, in denen ein Mitarbeiter vom Arbeitgeber freigestellt wird. Die Gründe, welche den Arbeitgeber zu einer Freistellung veranlassen, sind für deren Zulässigkeit nicht massgebend. Es liegt in der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer von seiner Arbeitsleistung freizustellen. In der Art und Weise, wie eine Freistellung ausgesprochen wird, hat der Arbeitgeber jedoch gewisse Pflichten zu beachten, welche sich aus seiner Fürsorgepflicht ergeben. So darf er den Arbeitnehmer nicht schikanieren. Ausser in Ausnahmefällen dürfte eine sofortige Räumung des Arbeitsplatzes, ohne die Möglichkeit sich von seinen Arbeitskollegen verabschieden zu können, die Integrität des Arbeitnehmers verletzen. Zudem besteht in einem solchen Fall die Gefahr, dass die Bedingungen der Freistellung nicht klar festgehalten werden. Eine Freistellung sollte somit immer mit Bedacht ausgesprochen werden.

Fehlende Rechtliche Grundlage - Freistellungsvereinbarung

Die Freistellung ist im Gesetz nicht geregelt. Das Gesetz kennt daher auch keine Formvorschriften. Bei der Freistellung handelt es sich um einen einseitigen Verzicht auf Arbeitsleistung von Seiten des Arbeitgebers, in der Regel während der Kündigungsfrist. Der Arbeitgeber verzichtet dauernd oder temporär auf die Dienste des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis bleibt jedoch weiterhin bestehen und die übrigen Rechte und Pflichten werden durch diese Freistellung nicht berührt. Dies betrifft insbesondere den Anspruch auf Lohnzahlung.

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Beschäftigung. Ein solcher Anspruch kann im Arbeitsvertrag zwar vereinbart werden, kommt in der Praxis jedoch selten vor. Wie weit eine Beschäftigungspflicht für gewisse Berufe besteht, ist in der Lehre umstritten und betrifft nur wenige Berufsgruppen wie z.B. Berufssportler.

Aufgrund der fehlenden Regelung im Gesetz sollte der Arbeitgeber im Falle einer Freistellung die damit verknüpften Bedingungen **schriftlich festhalten** oder besser - gemeinsam mit dem Arbeitnehmer eine **Freistellungsvereinbarung** unterzeichnen.

Definitionen: Freistellungserklärung - Freistellungsvereinbarung - Aufhebungsvereinbarung

Bei der **Freistellungserklärung** werden die Bedingungen der Freistellung einseitig vom Arbeitgeber angeordnet. Seine Anordnungen dürfen nicht über sein Weisungsrecht hinausgehen und den geltenden Arbeitsvertrag nicht verletzen.

In einer **Freistellungsvereinbarung** hingegen einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich über die Bedingungen der Freistellung. Es lassen sich auch vom Arbeitsvertrag abweichende Regelungen treffen. Um ein allfälliges Prozessrisiko zu vermeiden, sollte wenn immer möglich eine einvernehmliche Lösung gesucht werden.

Mit einer **Aufhebungsvereinbarung** wird das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen vor dem Ablauf der gesetzlichen oder vertraglich festgelegten Frist aufgelöst. Die einvernehmliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist nicht gleichzusetzen mit einer Freistellung, bei der es sich bloss um einen einseitigen Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers handelt.

Lohnanspruch während der Freistellung

Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dauert bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Während dieser Zeit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den vollen Lohn. Der Arbeitnehmer ist so zu behandeln, wie wenn er weiterhin arbeiten würde. So sind ihm beispielsweise sämtliche Zulagen, der Anteil 13. Monatslohn und Provisionen weiterhin zu bezahlen. Keinen Anspruch hat der Arbeitnehmer hingegen auf Spesen, sofern diese die effektiven Auslagen decken. Ohne Arbeit, keine Spesen.

Aus einer Freistellungsvereinbarung sollte die Höhe bzw. der Umfang des Lohnanspruchs klar hervorgehen. Zudem kann auch festgehalten werden, wie mit einem allfälligen Ersatzverdienst während der Freistellungszeit umzugehen ist. In der Regel wird vereinbart, dass sich der Arbeitnehmer einen allfälligen Ersatzverdienst anrechnen lassen muss. Aus dieser Anrechnungspflicht folgt auch, dass der Arbeitnehmer sich um eine Ersatzstelle bemühen muss. Unterlässt der Arbeitnehmer diesbezügliche Bemühungen, riskiert er die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Eine klare Vereinbarung auch hierüber verhindert Auslegungsfragen.

Ein weiterer Punkt, welcher in der Praxis oft unklar ist, ist die Frage nach der Nutzung des Geschäftsfahrzeuges während der Freistellungsdauer. Fehlt ein diesbezüglicher Konsens in der Freistellungsvereinbarung, ist davon auszugehen, dass der Mitarbeiter, welcher das Geschäftsfahrzeug auch privat nutzen durfte, dies auch weiterhin tun darf. Wird das Geschäftsfahrzeug zu Beginn der Freistellungsdauer vom Arbeitgeber zurück verlangt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine entsprechende Entschädigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

Freistellung und Ferien

In der Praxis führt die Frage nach der Kompensation von Ferien während der Freistellungsdauer immer wieder zu Streitigkeiten. Der Arbeitgeber möchte den gesamten Ferienanspruch kompensiert sehen und der Arbeitnehmer möchte die Ferien lieber ausbezahlt bekommen. Wer hat nun Recht? Wichtig zu wissen ist, dass Freistellung nicht gleich Ferien bedeutet. Ferien sind zur Erholung da. Durch die Freistellung werden Ferien nicht automatisch kompensiert. Es braucht eine Anordnung durch den Arbeitgeber.

Als Richtlinie kann der Grundsatz dienen, dass Ferienguthaben im Umfang der Hälfte der Freistellungszeit als abgegolten gelten. Es gibt jedoch keine allgemein verbindliche Regel und in jedem Einzelfall sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen, wie insbesondere die Dauer der Freistellungszeit, der Zeitbedarf für eine Stellensuche sowie allfällig weitere Kompensationen aus Überstunden und/oder Überzeit.

Der Ferienanspruch entsteht auch während der Freistellung. Es sind somit nicht nur die bereits aufgelaufenen Ferienguthaben zu berücksichtigen, sondern auch der künftige Ferienanspruch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

Um Streitigkeiten über den Umfang der zu kompensierenden Ferien vorzubeugen, bedarf es einer gegenseitigen Vereinbarung.

Freistellung und Überstunden

Ebenso wie Ferien sind auch Überstunden ein wichtig zu regelnder Punkt während der Freistellungsdauer. Überstunden dürfen gemäss Gesetz nur mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers kompensiert werden. Sieht der Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer Kompensation von Überstunden vor, so kann der Arbeitgeber diese während der Freistellung einseitig anordnen. Er hat hierbei jedoch die Anzahl Überstunden der Freistellungsdauer gegenüber zustellen und dem Arbeitnehmer muss trotz Kompensation genügend Zeit zur Suche nach einer neuen Stelle zur Verfügung stehen. Zudem sind allfällige Ferienguthaben, welche ebenfalls kompensiert werden sollen, zu berücksichtigen.

Ist die Kompensation im Arbeitsvertrag nicht vorgesehen, kann der Arbeitgeber diese nicht einseitig anordnen und es braucht eine Vereinbarung.

Freistellung und Krankheit

Wurde die Kündigung vom Arbeitgeber ausgesprochen, so gelten die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Sperrfristen. Die Kündigungsfrist wird für die Dauer der Krankheit oder Unfall unterbrochen, auch während der Freistellung. Hat der Arbeitnehmer hingegen selber gekündigt, gilt der Sperrfristenschutz nicht.

Von der Verlängerung der Kündigungsfrist zu unterscheiden ist die Frage nach der Lohnfortzahlungspflicht. Bezüglich Umfang und Dauer der Lohnfortzahlung bestehen in der Lehre kontroverse Meinungen, weshalb sich eine klare Regelung in der Freistellungsvereinbarung empfiehlt.

Checkliste: Welche Punkte gehören in eine Freistellungsvereinbarung?

- ▶ Abrufvorbehalt/ Widerruf
- ▶ Höhe des Lohnanspruches
- ▶ Ersatzverdienst/ Pflicht zur Stellensuche
- ▶ Kompensation von Ferien- und Überstundenguthaben
- ▶ Rückgabepflichten
- ▶ Geschäftsfahrzeug
- ▶ Geheimhaltungspflicht/ Konkurrenzverbot

Fazit

Es empfiehlt sich bei einer Freistellung in jedem Fall, die zu regelnden Fragen, insbesondere betreffend Lohnfortzahlung, Kompensation von Ferien und Überstunden, möglichem Widerruf usw. in einer Freistellungsvereinbarung zusammen mit dem Arbeitnehmer festzuhalten. Mit einer umfassenden und korrekt ausgearbeiteten Freistellungsvereinbarung lässt sich ein allfälliges Prozessrisiko erheblich reduzieren. Unsere Juristen stehen Ihnen bei der Ausarbeitung einer auf Sie zugeschnittenen Lösung gerne zur Verfügung.

Haben Sie Fragen?

Für Fragen oder bei Unklarheiten kontaktieren Sie bitte Ihren **Kundenpartner** oder eine unserer **34 Niederlassungen in Ihrer Nähe**.

<http://www.bdo.ch/de/meta/standorte/>

oder Tel. **0800 825 000**

Hinweis

Diese Publikation will einen Überblick vermitteln; sie enthält Informationen allgemeiner Art und kann eine individuelle Abklärung nicht ersetzen. Für den Inhalt wird keine Haftung übernommen. Es ist zu beachten, dass überlagernde Vorschriften bestehen können.

Copyright

Ein Abdruck dieses Artikels (auch auszugsweise) ist nur mit schriftlicher Zustimmung von BDO und mit Quellenangabe gestattet. Bitte senden Sie uns ein Belegexemplar zu.

Ansprechperson: Heidi Fundinger
Tel: 044 444 35 09
E-Mail: Newsletter@bdo.ch