

# Chancen und Tücken einer Freistellung bei Kündigungen

Freistellungen sind im Schweizerischen Obligationenrecht (OR) nicht speziell geregelt. Daher empfiehlt es sich für Betriebe, in denen es häufiger zu solchen Massnahmen kommt, spezielle Regelungen schon bei der Anstellung festzuhalten. Dies vermeidet Fragen, die in der Praxis auftauchen können.

Löst der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber durch Kündigung das Arbeitsverhältnis auf, kann der Arbeitgeber auf die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmenden verzichten. In der Praxis ist dies häufig dann der Fall, wenn der Arbeitgeber damit rechnen muss, eine Weiterbeschäftigung bringe für ihn eher einen Schaden als einen Nutzen. Die damit verbundene Freistellung ist im Arbeitsvertragsrecht (OR) nicht geregelt und wirft in der Praxis immer wieder Fragen auf, was beispielsweise deren Zulässigkeit und die konkreten Konsequenzen anbelangt.

## Was versteht man unter einer Freistellung?

Die Freistellungserklärung stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willensäusserung des Arbeitgebers dar, gerichtet auf einen Verzicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, ohne dass dadurch die übrigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis tangiert werden. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich keine Möglichkeit, sich einer Freistellung zu widersetzen, weil in der Schweiz im Regelfall kein rechtlich begründeter Anspruch auf Weiterbeschäftigung existiert.

Allerdings kann der Arbeitgeber von sich aus, falls er sich dies vorgängig entsprechend vorbehalten hat und bei Vorliegen besonderer Umstände, die Freistellung widerrufen. Beide Parteien des Arbeitsverhältnisses können darüber hinaus jederzeit die Freistellung auch durch eine fristlose Auflösung beenden.

## Unter welchen Voraussetzungen ist eine Freistellung unzulässig?

Aus der Freistellung darf keine Verletzung der Ehre und Würde des einzelnen Arbeitnehmers resultieren. Auch sind schikanöse Anordnungen zu unterlassen, wie beispielsweise die Verpflichtung, sich mehrmals täglich im Betrieb zu melden. Eine solche Verpflichtung stellt einen klaren Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar und muss deshalb vom Arbeitnehmer nicht eingehalten werden. Der Arbeitgeber kann hingegen vom Arbeitnehmer verlangen, dass dieser trotz Freistellung eine reibungslose «Stabsübergabe» gewährleistet, indem er sich an den notwendigen Übergabearbeiten beteiligt.

## Ist während der Freistellung der Lohn weiterhin geschuldet?

Der Arbeitnehmer behält während der Freistellung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist gemäss Vertrag oder Arbeitsvertragsrecht seinen Lohnanspruch grundsätzlich unverändert bei – inklusive Provisionen usw.

Bei stark schwankender bisheriger Lohnhöhe (beispielsweise im Falle von Umsatz- oder Gewinnbeteiligung) ist ein Durchschnittslohn, basierend auf den letzten sechs oder zwölf Monaten vor der Freistellung, zu ermitteln.

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer ebenfalls weiterhin die Spesen auszurichten, wobei aber die arbeitsbezogenen Auslagen, die in

der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers begründet sind, nach ausgesprochener Freistellung nicht mehr anfallen und deshalb davon ausgenommen sind. Der Arbeitnehmer kann demnach nur die Begleichung von Pauschalspesen weiterhin geltend machen, die gemäss Arbeitsvertrag oder Spesenreglement unabhängig von effektiv getätigten Auslagen geschuldet sind.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sich allfällige Einsparungen (etwa durch das Wegfallen von Kosten im Zusammenhang mit der Benutzung des öffentlichen Verkehrs auf dem Weg zur Arbeit) während der Freistellung oder ein anderweitig erzielter Verdienst auf seinen Lohnanspruch anrechnen zu lassen. Es steht aber im Belieben jedes Arbeitgebers, den Arbeitnehmer

**«Der Arbeitnehmer unterliegt während der Freistellungsdauer keiner besonderen Stellensuchpflicht»**

José Sanchez

in der konkreten Freistellungserklärung von der Einhaltung der Anrechnungspflicht zu befreien.

## Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Stellensuche verpflichten?

Der Arbeitnehmer unterliegt während der Freistellungsdauer keiner besonderen Stellensuchpflicht. Insbesondere ist er grundsätzlich auch nicht verpflichtet, sich um die Begründung eines Zwischenverdienstes zu bemühen. Unterlässt er es aber absichtlich, eine neue Stelle vorzeitig anzutreten, verletzt er seine Verpflichtung, die Lohnkosten seines bisherigen Arbeitgebers möglichst tief zu halten.

## Gilt die Treuepflicht des Arbeitnehmers während der Freistellung in unverändertem Masse?

Der Arbeitnehmer ist auch während der Freistellung verpflichtet, die Interessen seines Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Er muss seinen Arbeitgeber beispielsweise über einen geplanten neuen Stellenantritt in Kenntnis setzen und insbesondere diesbezüglich alle Handlungen unterlassen, die seinen bisherigen Arbeitgeber schädigen könnten. Eine Schädigung und damit eine Verletzung von schützenswerten Interessen des Arbeitgebers wäre in der Aufnahme einer konkurrenzierenden Tätigkeit zu sehen. In einem solchen Fall wäre die Kündigungsfrist von beiden Seiten einzuhalten.

## Darf sich der Arbeitnehmer während der Freistellung in die Ferien begeben?

Das Aussprechen einer Freistellung führt nicht generell zum Untergang des Ferienan-

spruchs des Arbeitnehmers. Es kommt mit anderen Worten auf den konkreten Einzelfall an, ob mit der Freistellungserklärung der entsprechende Anspruch abgefolgt wurde oder nicht. Um dies beurteilen zu können, sind insbesondere folgende Kriterien beizuziehen: das Verhältnis von der Freistellungsdauer zur Feriendauer (lange Kündigungsfristen ab vier Monaten und kurze Ferien sprechen eher für eine Kompensation), die konkreten Möglichkeiten des Arbeitnehmers, seine Ferien zeitlich sorgfältig vorzubereiten, die konkreten Stellensuchbemühungen des Arbeitnehmers und die Frage, welche der beiden Parteien die Kündigung ausgesprochen hat (der Ferienanspruch ist eher im Falle einer Kündigung durch den Arbeitgeber aufrechtzuerhalten). Eine klare Regelung in der Freistellungserklärung ist auf jeden Fall zu empfehlen, um allfälligen Missverständnissen vorbeugen zu können.

## Was geschieht mit den durch den Arbeitnehmer geleisteten Überstunden?

Wurde im Arbeitsvertrag die Abgeltung durch Freizeit vereinbart, ist eine Kompensation der Überstunden durch die Freistellung grundsätzlich möglich. Im Einzelfall können allerdings die Bemühungen des Arbeitnehmers, eine neue Stelle zu finden, einer Kompensation entgegenstehen. Fehlt im Arbeitsvertrag aber ein entsprechender Hinweis auf die Abgeltung durch Freizeit, dann vermag die Überstundenkompensation durch Freistellung nicht zu greifen.

## Fazit: Eingehende Regelung der Freistellung im Arbeitsvertrag ist zu empfehlen.

In Betrieben, in denen Freistellungen häufig ausgesprochen werden, wie beispielsweise im Bankenwesen, empfiehlt es sich, bereits im Arbeitsvertrag, aber auch in der individuellen Freistellungserklärung für eine eingehende Regelung besorgt zu sein, was im Fall einer Freistellung konkret gilt. Dies betrifft insbesondere den Widerruf der Freistellung, die Abwicklung bestimmter Übergabearbeiten, die Überstunden- und Ferienkompensation sowie die Anrechnung eines anderweitig erzielten Verdienstes. Vorschriften mit schikanierendem Charakter sind hingegen in jedem Fall zu unterlassen.

José Sanchez

### Der Autor

Lic. iur. José Sanchez verfügt über ein fundiertes Fachwissen und eine langjährige Beratungserfahrung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Er leitet die Rechtsberatung der Sgier und Partner GmbH. Zudem ist er als Dozent am NbW (Netzwerk für betriebswirtschaftliche Weiterbildung) für angehende Personalfachleute sowie als Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Fachhochschule Nordwestschweiz tätig.  
**Kontakt:** jose.sanchez@sgierpartner.ch