



Rechtsfragen bei der Freistellung des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist

Geschätzte Leserin, geschätzter Leser

Häufig werden Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist von der Arbeitspflicht freigestellt. Die Gründe dafür sind zahlreich (befürchteter Leistungsabfall oder Beeinträchtigung des Arbeitsklimas, Vertrauensverlust, negative Beeinflussung der anderen Mitarbeiter oder der Kundschaft, unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten usw.).

Die Freistellung von der Arbeitsleistung ist gesetzlich nicht geregelt. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung erachten sie als zulässig. Obwohl sie in der Praxis in verschiedensten Erscheinungsformen vorkommt, hat es der Gesetzgeber bisher unterlassen, die Freistellung im Obligationenrecht näher zu umschreiben. Dies hat zur Folge, dass oft Unsicherheit über die rechtlichen Konsequenzen besteht. Der folgende Beitrag soll zur Klärung dieser Unsicherheit beitragen.

Peter Zumbrunn

► I. Begriff/Rechtsnatur

Die Freistellung ist eine Anordnung des Arbeitgebers, mit welcher der Arbeitnehmer in der Regel nach erfolgter Kündigung angewiesen wird, während einer bestimmten Zeit keine Arbeitsleistungen zu erbringen, ohne dass davon die übrigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, namentlich der Lohnanspruch des Arbeitnehmers, betroffen sind (A. Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen 2000, S. 15).

Die Freistellung ist eine Weisung des Arbeitgebers, die nicht das Einverständnis des Arbeitnehmers voraussetzt.

► II. Zulässigkeit/Arten der Freistellung

Die Freistellung des Arbeitnehmers ist grundsätzlich zulässig, da das schweizerische Recht keinen allgemeinen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers kennt. Ausnahmen sind Angehörige spezifischer Berufsgruppen, deren längere Nichtbeschäftigung zur Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens führen kann (z.B. Künstler, Forscher, Piloten, Chirurgen).

Unterschieden wird die absolute Freistellung, die den Arbeitnehmer definitiv von jeglicher Arbeitsverpflichtung und -bereitschaft befreit und die relative bzw. teilweise Freistellung, bei welcher sich der Arbeitnehmer auf Abruf zur Verfügung des Arbeitgebers halten oder nur noch einen sachlich bzw. zeitlich reduzierten Arbeitseinsatz leisten muss. Bei der relativen Freistellung ist allerdings der Zumutbarkeit Beachtung zu schenken.

Eine Freistellungserklärung ist in der Regel unwiderruflich, es sei denn, sie enthalte einen auf objektiven Kriterien beruhenden Rücknahmevorbehalt.

► III. Rechtsfolgen der Freistellung

Die Freistellung beendet das Arbeitsverhältnis nicht, d.h. die gegenseitigen Rechte und Pflichten bestehen grundsätzlich weiter.

1. Wegfall bzw. Reduktion der Arbeitspflicht

Die hauptsächliche Wirkung der Freistellungserklärung besteht im Wegfall bzw. der Reduktion der Arbeitspflicht.

2. Entlöhnung

Trotz Verzichts des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung hat der Arbeitnehmer weiterhin Anspruch auf den vereinbarten Lohn. Auch am bisherigen Fälligkeitstermin (üblicherweise am Monatsende) ändert sich nichts. Dringend davon abzuraten ist, die verbleibenden Monatslöhne schon zu Beginn der Freistellung auszuzahlen, da darin ein Verzicht auf die zulässige Anrechnung eines während der Freistellung erzielten anderweitigen Verdienstes erblickt werden könnte.

Der Lohnanspruch entfällt, wenn der Arbeitnehmer vorzeitig eine neue Stelle antritt oder eine ihm zumutbare neue Stelle nicht antritt. Ob dies auch der Fall ist, wenn er jegliche Stellensuche während der Freistellungszeit unterlässt, wird unter Ziff. 5 hienach beantwortet.

3. Auslagen (Spesen)

Spesen werden oft in Form von Pauschalen entrichtet. Decken diese durchschnittlich nur die effektiven geschäftlichen Auslagen, sind sie in der Freistellungszeit nicht mehr geschuldet. Wurde hingegen eine Pauschale vereinbart, die weit über die tatsächlichen Auslagen hinausgeht, handelt es sich teilweise um „verdeckten« Lohn, der auch während der Freistellung auszubezahlen ist.

4. Geschäftsauto

Wurde dem Arbeitnehmer das Recht eingeräumt, das Geschäftsauto auch unentgeltlich zu Privatfahrten zu verwenden, hat er Anspruch auf eine Entschädigung, wenn ihm das Auto während der Freistellungszeit entzogen wird. (Urteil des Gewerbl. Schiedsgerichts BS, im JAR 1980, S. 259).

5. Stellensuchpflicht/Recht auf vorzeitigem Stellenantritt

Ob sich der Arbeitnehmer bemühen muss, eine neue Stelle zu finden, die er wenn möglich schon wäh-



rend der Freistellung antreten kann, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Das Bundesgericht scheint dies zu bejahen (128 III 212 E.3b).

Hingegen kann dem Arbeitnehmer nicht verwehrt werden, schon während der Freistellungszeit eine neue Stelle anzutreten, soweit dieser nicht in ein Konkurrenzunternehmen übertritt (vgl. dazu Ziff. 8). Diesfalls entfallen ab diesem Zeitpunkt die Lohnfortzahlungspflicht und die BVG-Versicherung (analoge Anwendung von BVG Art. 10, Abs. 3, Satz 2). Vorbehalten bleibt die Pflicht zur Weiterzahlung einer allfälligen Lohndifferenz.

6. Ferien

Der Ferienanspruch besteht bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da die Ferien grundsätzlich in natura, d.h. als Freizeit zu gewähren sind, sollten sie wenn möglich während der Freistellungszeit bezogen werden. Allerdings können aus Arbeitnehmersicht schützenswerte Gründe vorliegen, die einen Bezug teilweise oder ganz ausschliessen. Zu berücksichtigen sind die Länge der Freistellungszeit, die Anzahl restlicher Ferientage, die Arbeitsmarktsituation, sofern der Arbeitnehmer eine neue Stelle suchen muss, und, ob eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerkündigung vorliegt. Die Frage, ob durch Freistellung restliche Ferientage kompensiert werden, kann deshalb nur im Einzelfall beantwortet werden (BGE 128 III 283).

7. Überstunden

Die Abgeltung von Überstunden durch Freistellung ist möglich, wenn eine Überstundenkompensation durch Freizeit im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Trotz fehlender Vereinbarung kann die Verweigerung der Abgeltung durch Freistellung rechtsmissbräuchlich sein, wenn es sich um wenige Überstunden bei einer vergleichsweise langen Freistellungszeit handelt.

8. Treuepflicht

Der Arbeitnehmer hat auch im gekündigten Arbeitsverhältnis die Treuepflicht zu wahren. Ob er trotzdem bei fehlendem nachvertraglichen Konkurrenzverbot während der Freistellung in ein Konkurrenzunternehmen übertreten darf, ist umstritten. Meines Erachtens ist es insbesondere qualifizierten Arbeitnehmern

oder solchen in Kaderpositionen, selbst wenn ein nachvertragliches Konkurrenzverbot fehlt, nicht erlaubt, eine Stelle bei einem Konkurrenzunternehmen anzutreten, bevor der bisherige Arbeitsvertrag beendet ist (so auch Bezirksgericht Winterthur, Urteil vom 26.01.1998 im JAR 1999, S. 206).

9. Kündigungsschutz

Die Kündigungssperrfristen gelten auch bei der Freistellung, d.h. das Arbeitsverhältnis eines während der Freistellungszeit erkrankten oder verunfallten Arbeitnehmers verlängert sich entsprechend.

10. Inhalt einer schriftlichen Freistellungsanordnung

- Art der Freistellung (relativ/absolut)
- Recht des Arbeitgebers auf Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes und entsprechender Meldepflicht
- Evtl. Recht des Arbeitnehmers, vorzeitig eine neue Stelle anzutreten mit entsprechender Meldepflicht. Folge: Lohnzahlung entfällt
- Bezug von Ferien
- Kompensation von Überstunden
- Meldepflicht bei Eintreten eines Kündigungsschutzgrundes, Beibringen eines Arztzeugnisses
- Evtl. Recht auf Rückruf zur Arbeitsleistung bei Vertragsverlängerung infolge Kündigungsschutz (insbesondere bei absoluter Freistellung)
- Rückgabepflicht von Eigentum des Arbeitgebers im Freistellungszeitpunkt (Geräte, Aufzeichnungen, Materialien, Firmenauto usw.)
- Ort, Datum, Unterschrift

Veranstaltungen

► Voravis

Generalversammlung des Arbeitgeberverbandes Basel

Donnerstag, 9. September 2010, 17 Uhr

Basiskurs: Grundlagen des Arbeitsrechts

3 Tage, je 8.30 - 17.00 Uhr

Donnerstag, 27. Mai 2010

Dienstag, 1. Juni 2010

Dienstag, 15. Juni 2010

Coop Bildungszentrum, Seminarstrasse 12-22,
4132 Muttenz

Kurse zur Vorbereitung auf die Pensionierung

Kurs 2/2010

Mittwoch, 21. April 2010 und

Donnerstag, 22. April 2010, jeweils ganztags
(Warteliste)

Kurs 3/2010

Mittwoch, 13. Oktober 2010 und

Donnerstag, 14. Oktober 2010, jeweils ganztags
(noch wenige Plätze frei)

Kurs 4/2010

Mittwoch, 24. November 2010 und

Donnerstag, 25. November 2010, jeweils ganztags
(Warteliste)

Kursort:

„Alte Kanzlei«, Haus der Vereine in Riehen

Anmeldeschluss Kurse 2/2010, 3/2010 und 4/2010:

Freitag, 26. Februar 2010

Die Teilnahme wird nach Eingang der Anmeldung berücksichtigt.

Kursinformationen und Anmeldungen finden Sie auf: www.arbeitgeberbasel.ch

oder können unter der obigen Adresse direkt beim Sekretariat angefordert werden.

Für weitere Auskünfte wenden Sie sich bitte an das Sekretariat des Arbeitgeberverbandes Basel, Frau K. Leonhard, Telefon 061 205 96 00.

basel

arbeitgeber

Arbeitgeberverband Basel
Aeschenvorstadt 71
Postfach
4010 Basel

Tel. +41 61 205 96 00
Fax +41 61 205 96 09
info@arbeitgeberbasel.ch
www.arbeitgeberbasel.ch