



Wissen. Weiterbildung. Lösungen.

◀ Spezielle Kündigungsfälle

16.06.2021

Freistellungen: Rechtssicheres Vorgehen

Sie möchten einen Kadermitarbeitenden nach erfolgter Kündigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist freistellen. Was gilt es aus rechtlicher wie betriebswirtschaftlicher Optik zu wissen und zu entscheiden betreffend Freistellungen? Was müssen Sie bezüglich Lohnfortzahlung, Ferien und Überstunden regeln? Mit dieser Anleitung zeigen wir Ihnen, was Sie Schritt für Schritt beachten und unternehmen müssen.



Schritt 1: Sie entscheiden sich für die Freistellung

Entscheiden Sie sich für eine Freistellung, so kann sich eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter dagegen nicht zur Wehr setzen. Es ist dem Arbeitgeber unbenommen, auf die Arbeitsleistung einseitig zu verzichten.

Lediglich die schonungsvolle Durchführung von Freistellungen ist rechtlich von Bedeutung. Eine unmittelbare Freistellung stellt eine grosse Härte dar. Eine Behandlung wie ein Schwerverbrecher mit sofortiger Räumung des Arbeitsplatzes und ohne die Möglichkeit sich zu verabschieden wurde von Gerichten auch schon als missbräuchliche Kündigung anerkannt, umso mehr als dafür kein

betriebsnotwendiger Grund erkennbar war. Auch bei der Kündigung gilt die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, er hat die Integrität der Mitarbeitenden zu wahren.

i Wir empfehlen Ihnen, vor Freistellungen zu überlegen, ob Optionen für den Einsatz der gekündigten Person während der Kündigungsfrist bestehen. Oftmals dürfte eine unmittelbare Enthebung von einer Führungs- oder Frontfunktion Sinn machen. In vielen Fällen lassen sich auch gekündigten Kadermitarbeitenden Aufgaben zuweisen, welche schon lange auf der Pendenzenliste stehen. Das können qualifizierte Grundlagenarbeiten, anspruchsvolle Dokumentationsarbeiten, etc. sein. Dazu ist das Einverständnis der gekündigten Person erforderlich, sofern es sich um einen Wechsel des vertraglich vereinbarten Aufgabengebiets handelt.

Schritt 2: Sie legen die Bedingungen der Freistellung fest

i Vielfach wird sofort eine Freistellung ausgesprochen und erst im Nachhinein zeigt sich, dass wesentliche Fragen nicht geklärt sind. Wir empfehlen, die Bedingungen von Freistellungen sorgfältig festzulegen.

Im Rahmen Ihres arbeitsvertraglichen Weisungsrechts als Arbeitgeber sind Sie berechtigt, die Freistellung an Bedingungen zu knüpfen und bestimmte Anordnungen zu treffen. So können Sie als Arbeitgeber verlangen,

- dass sich der Arbeitnehmer während der Freistellungszeit für allfällige Arbeiten oder Auskünfte dem Arbeitgeber zur Verfügung hält;
- dass er sich den Lohn, den er in der Freistellungszeit anderweitig verdient, anrechnen lassen muss;
- dass der Arbeitnehmer während der Freistellung keine konkurrenzierende Tätigkeit ausübt.

i Manchmal wird einem Mitarbeiter die Ausübung einer anderen Erwerbstätigkeit während der Freistellungszeit generell untersagt. Ob sich das Beschäftigungsverbot rechtlich durchsetzen lässt, ist unsicher. Verzichtet der Arbeitgeber freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, so dürfte ein Gericht das Interesse des Arbeitgebers an einem Beschäftigungsverbot eher verneinen. Wir empfehlen Ihnen stattdessen eine Bestimmung, nach der das Einkommen aus einer anderweitigen Tätigkeit an die eigene Lohnzahlung oder Abfindung anzurechnen ist.

Unzulässig sind sodann schikanöse Weisungen. Als Arbeitgeber dürfen Sie beispielsweise nicht verlangen, dass sich der Arbeitnehmer täglich viermal an seinem Arbeitsplatz meldet.

Schritt 3: Sie prüfen den Lohnzahlungsanspruch

Falls Sie vertraglich nichts anderes geregelt haben, so hat der Mitarbeitende während der Freistellung Anspruch auf denselben Lohn, wie wenn er arbeiten würde.

Es ist ihm also alles auszubezahlen, was er üblicherweise erhält. Dazu gehört der Monatslohn, der anteilmässige 13. Monatslohn, der Anteil an üblichen Provisionen, Trinkgeldern etc. **Auch Pauschalspesen, welche nicht unmittelbar Auslagenersatz darstellen, sind weiterhin zu bezahlen.**

Stand z.B. dem Arbeitnehmer während seiner Anstellung ein Fahrzeug zur Verfügung, welches er auch zu privaten Zwecken benutzen konnte, so stellt dies einen Lohnbestandteil dar, der ihm auch während der Freistellung zusteht. Muss er das Fahrzeug vorzeitig zurückgeben, kann er die Kosten für einen Mietwagen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen.

Der Mitarbeitende muss sich lediglich anrechnen lassen, was er durch die Freistellung einspart. Das sind im wesentlichen die Spesen im Sinne des Auslagenersatzes.

Schritt 4: Sie klären die Ferien- und Überstundenansprüche

Ferienansprüche

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer Anspruch darauf, seine Ferien in natura zu beziehen. Einigen sich der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer nicht über den Zeitpunkt der Ferien, so hat letztlich der Arbeitgeber unter Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des Arbeitnehmers das Recht, den Ferienbezug anzuordnen. Diese Grundsätze gelten ebenfalls im Rahmen von Freistellungen.

Dem Arbeitnehmer steht allerdings auch nach erfolgter Kündigung eine gewisse Voranzeigefrist zu. Die Ferien sind also rechtzeitig anzukündigen, damit der Mitarbeitende die Ferien organisieren kann.

Die Rechtsprechung hat die Praxis entwickelt, dass der Ferienbezug bzw. die Anrechnung an das Ferienguthaben vom Arbeitgeber angeordnet werden kann, wenn die Freistellung das restliche Ferienguthaben erheblich übersteigt. Viele Juristen gehen davon aus, dass der Arbeitgeber den Ferienbezug ausdrücklich und rechtzeitig verlangen muss. So hat die Gerichtspraxis in einem Fall bei 13 Tagen Ferien und 35 Tagen Freistellung die Anrechnung als zulässig erachtet, in einem andern Fall den Ferienbezug von knapp zwei Wochen bei gut zwei Monaten Freistellung.

Die Überlegung der Gerichte ist dabei, dass durch die Freistellung der gekündigten Person genügend Zeit bleibt, sich neben der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle auch zu erholen. Die Juristen weisen aber regelmässig darauf hin, dass in Ausnahmefällen der Mitarbeitende belegen kann, dass er die ganze Zeit der Freistellung für die Stellensuche benötigte und somit keine Möglichkeit hatte, Ferien zu nehmen und sich zu erholen.

Nicht statthaft ist eine Anrechnung der Ferien in jedem Fall, wenn der Arbeitnehmer sich zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss.

Überstundenanspruch

Aus den Überlegungen des Bundesgerichts: Gemäss Art. 321c Abs. 2 OR können die Überstunden innert einer angemessenen Zeitspanne durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgeglichen werden. Ein solcher Ausgleich setzt allerdings das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus und kann - soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben - nicht einseitig vom Arbeitgeber angeordnet werden. Die Parteien müssen sich vielmehr über den genauen Zeitpunkt der Kompensation geeinigt haben. Ohne Zustimmung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber die Kompensation somit auch nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Freistellungszeit nicht eigenmächtig durchsetzen.

i Noch wichtiger als der Ferienbezug ist die Kompensation der Überstunden während der Freistellungszeit zu regeln. Der Grund liegt darin, dass die Überstundenkompensation das Einverständnis des Arbeitnehmers voraussetzt. Andernfalls sind die Überstunden auszuzahlen. Wenn immer möglich soll deshalb die Kompensation der Überstunden während der Freistellung vereinbart werden.

Schritt 5: Sie verfassen die Freistellungsvereinbarung

Folgende Punkte für eine Freistellungsvereinbarung sind zu überdenken und soweit ein Regelungsbedarf besteht schriftlich festzuhalten:

- Beendigungstermin
- Bezug oder Abgeltung von Ferien
- Kompensation oder Abgeltung von Mehr- und Überstunden
- Umfang der Freistellung
- Verlangte Präsenz, Arbeiten oder Auskünfte während der Auflösungszeit
- Verbot einer konkurrenzierenden Tätigkeit während der Kündigungsfrist
- Anrechnung von erzielttem Einkommen bei Antritt einer neuen Stelle während der Freistellungszeit
- Berechnung des Lohnes, sofern üblicherweise auch Boni, Provisionen, Naturalleistungen, Pauschalspesen oder ähnliches zum Lohn gehören, oder aber pauschale Abgeltung
- Hinweis auf die Sozialversicherungsabzüge von Lohn oder pauschaler Abgeltung
- Rückgabe von Firmeneigentum wie Handy oder Firmenauto
- Weitere firmenspezifische Regelungen
- Saldoerklärung: Mit der Vereinbarung sind alle gegenseitigen Ansprüche abgegolten.

Schritt 6: Sie wickeln die Austrittsformalitäten ab und erstellen das Arbeitszeugnis

Bis zum Ende der Kündigungsfrist laufen die gegenseitigen Verpflichtungen, im speziellen jene die in der Freistellungserklärung verfasst sind, unvermindert weiter. Folgende Informationspflichten müssen Sie als Arbeitgeber beachten:

- Nichtberufsunfallversicherung
- Taggeldversicherung.

Folgende Rückgabepflichten müssen erfüllt werden:

Auf den Zeitpunkt des Austrittes, spätestens aber auf die rechtliche Beendigung hin, haben beide Parteien der anderen alles zurück- bzw. herauszugeben, was dieser gehört (Art. 339a OR). Hierunter fallen vor allem:

- Arbeitsgeräte, Werkzeuge, Laptop, Handy
- Arbeitsunterlagen, Kundenlisten etc.
- Werbe- und Mustermaterial
- Kundengelder, Lohn- und Spesenvorschüsse, Kautionen
- Fahrzeuge
- Arbeitskleidung
- Schlüssel, Badge

Arbeitszeugnis bei Freistellungen:

Im Regelfall erstellt der Arbeitgeber auf den Austrittstermin dem austretenden Arbeitnehmer ein ordnungsgemässes Arbeitszeugnis, auf besonderes Verlangen eine Arbeitsbestätigung.

Bei Freistellungen ist nicht der tatsächliche Austritt, sondern der rechtliche Austritt am Ende des Arbeitsverhältnisses anzugeben. In aller Regel darf die Freistellung im Zeugnis nicht erwähnt werden.

Zudem werden Arbeitgeber oft wegen Referenzen angefragt. Dazu ist das Einverständnis des ehemaligen Arbeitnehmers notwendig. Es ist möglich, eine entsprechende Vereinbarung bereits in die Austrittsformalitäten einzubinden. Die Auskünfte sollen sich im Rahmen des Arbeitszeugnisses bewegen.

Arbeitshilfe zum Sofort-Download