

FREISTELLUNG

Die Rechtsprechung geht mit der fristlosen Entlassung sehr zurückhaltend um. Die Gefahr für den Arbeitgeber, vom Gericht wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zu Lohnfortzahlung und weiterer finanzieller Entschädigung verpflichtet zu werden, ist relativ gross. Will der Arbeitgeber dieses Risiko umgehen und den Arbeitnehmer trotzdem nicht mehr im Unternehmen sehen, kann er auf die ordentliche Kündigung mit Freistellung zurückgreifen.

Begriff und Anwendungsfälle

Mit der Freistellung wird der Arbeitnehmer – nur, aber immerhin – von seiner Arbeitspflicht entbunden. Nebenpflichten wie Treue- und Herausgabepflichten bleiben bestehen. Das Arbeitsverhältnis wird mit der Freistellung nicht beendet, was bedeutet, dass der Arbeitgeber lohnpflichtig bleibt.

Häufig werden Freistellungen im Zusammenhang mit einer Kündigung für die Dauer der Kündigungsfrist ausgesprochen. Der Arbeitgeber kann aber auch auf die Freistellung zurückgreifen, wenn er vor dem Ergreifen von definitiven Massnahmen zuerst Abklärungen zu allfälligen Vorwürfen (z.B. sexuelle Belästigung, Mobbing, etc.) tätigen möchte.

Lohnzahlungs- und Anrechnungspflicht

Der Arbeitgeber muss während der Freistellung den vollen Lohn bezahlen. Der Arbeitnehmer hat also auch Anspruch auf Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen, Provisionen und das Geschäftsfahrzeug, das er privat nutzen durfte (falls anwendbar). Echte Spesen müssen jedoch nicht mehr bezahlt werden.

Der Arbeitnehmer muss sich Ersatzverdienst von Dritten anrechnen lassen und den Arbeitgeber darüber informieren. Übertrifft der Ersatzverdienst den Lohn beim Arbeitgeber, ist Letzterer von seiner Lohnzahlungspflicht befreit. Deckt der Ersatzverdienst den Lohn nicht ganz, hat der Arbeitgeber die Differenz auszurichten.

Ferien

Der Feriensaldo wächst auch während der Freistellung an. Die Rechtsprechung ist jedoch sehr unterschiedlich in Bezug auf die Frage, wie viele Ferientage während der Freistellung als abgegolten gelten. Wichtig ist, dass dem Arbeitnehmer genügend Zeit für die Stellensuche bleibt. Geschützt wurden von der jüngeren Rechtsprechung z.B. ein Ferienbezug von 15 Tagen bei einer Freistellungsdauer von 3 Monaten und von 5 Ferientagen bei einer Freistellung von 20 Arbeitstagen. Nicht geschützt wurden hingegen ein Ferienbezug von 56 Tagen bei einer Freistellungsdauer von zwei Monaten sowie ein Ferienbezug von 66 Tagen, wenn die Freistellung ungefähr gleich lange dauert.



Das Arbeitsgericht Zürich wendet eine praxistaugliche Faustregel an, wonach grundsätzlich ein Drittel der Freistellungstage als Ferienbezug angerechnet werden kann. Konkret bedeutet dies, dass bei einer Freistellung von 3 Monaten ungefähr 21.75 Arbeitstage als Ferien angerechnet werden können. Konkrete Umstände wie effektiver Ferienbezug, Intensität der Stellensuche, Datum des Abschlusses des neuen Vertrags etc. müssen berücksichtigt werden und können diese Faustregel relativieren.

Überstunden

Überstunden können nur in Form von Zeit kompensiert werden, wenn der Arbeitnehmer mit diesem Prinzip sowie dem Zeitpunkt und der Dauer der Kompensation einverstanden ist. Häufig wird das Prinzip der Kompensation in Zeit schon im Arbeitsvertrag festgehalten. Zusätzlich muss sich der Arbeitgeber aber das Recht vorbehalten, den Zeitpunkt und die Dauer der Kompensation anzuordnen. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, muss der Arbeitnehmer während der Freistellung keine Überstunden kompensieren. Die Verweigerung der Überstundenkompensation ist erst dann allenfalls missbräuchlich, wenn die Freistellung für eine sehr lange Frist ausgesprochen wurde. Nicht kompensierte Überstunden müssen am Ende des Arbeitsverhältnisses ausgezahlt werden.

Arbeitsunfähigkeit

Wird der Arbeitnehmer während der Freistellung arbeitsunfähig, wird seine Kündigungsfrist gemäss Art. 336c OR verlängert. Um Missbräuche zu verhindern, sollte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei der Freistellung schriftlich anordnen, bei einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit bereits ab dem 1. Tag ein Arztzeugnis einzureichen. Der Arbeitgeber sollte sich zudem das Recht vorbehalten, bei einer Verlängerung der Kündigungsfrist (insbesondere bei Schwangerschaft) die Freistellung zu widerrufen.

Freistellungsvereinbarung

Die Freistellung ist nicht an die Schriftform gebunden. Trotzdem wird dem Arbeitgeber empfohlen, eine Freistellung schriftlich anzuordnen und mindestens folgende Punkte zu regeln:

- Anzahl Ferientage und Überstunden, die kompensiert werden sollen
- Allfälliges Recht des Arbeitgebers, die Freistellung zu widerrufen
- Allfällige Pflichten des Arbeitnehmers während der Freistellung
- Informationspflicht bezüglich Ersatzverdienst und Arbeitsunfähigkeit

April 2016

