

## Arbeitsrecht

# Regelungen zur Freistellung von Mitarbeitenden

Nicht selten werden Mitarbeitende nach einer Kündigung freigestellt. Mit einer fristlosen Kündigung hat die Freistellung aber nichts gemeinsam, auch wenn sie umgangssprachlich oft als «eine Fristlose» dargestellt wird. Eine Freistellung wirft in der Folge oft juristische Fragen auf. Vieles kann vorab mittels Freistellungserklärung geregelt werden.

› Brigitte Kraus-Meier

Um es gleich vorwegzunehmen, die Freistellung ist kein Anspruch, der vom Arbeitnehmenden eingefordert werden kann. Die Freistellung ist die einseitige Erklärung des Arbeitgebers, wonach dieser auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmenden verzichtet. Die Freistellung kann im Laufe des Arbeitsverhältnisses vorübergehend erfolgen. Meistens erfolgt sie aber erst in Verbindung respektive nach einer ausgesprochenen Kündigung. Dabei ist es nur zweitrangig, wer die Kündigung ausgesprochen hat. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die Freistellung im Zusammenhang mit einer Kündigung erfolgt ist.

## Arbeitsverhältnis läuft weiter

Wichtig zu merken ist, dass bei einer Freistellung das Arbeitsverhältnis an sich normal weiterläuft. Dies im Unterschied zur fristlosen Kündigung, die dem Arbeitsverhältnis immer ein sofortiges Ende setzt. Die Freistellung kann jederzeit erfolgen, entweder sogleich mit Aussprechen der Kündigung oder auch erst im Verlauf der Kündigungsfrist. Der Entscheid, ob und wann eine Freistellung ausgesprochen wird, obliegt allein dem Arbeitgeber. Bei

der Ausgestaltung der Freistellung ist der Arbeitgeber an die gesetzlichen Regeln gebunden. Auf vertraglicher Ebene, also im Einverständnis mit dem Arbeitnehmenden, können auch abweichende Regelungen getroffen werden.

## Ferien und Überstunden

Wo keine gemeinsame Freistellungsvereinbarung getroffen worden ist, stellt sich die Frage, was der Arbeitgeber alles einseitig anordnen kann, und wo er allenfalls

auch das Einverständnis des Mitarbeitenden benötigt.

Das wohl brisanteste Freistellungsthema ist die Frage, welchen Einfluss die Freistellung auf den Ferien- und Überstundensaldo hat. Hier muss differenziert werden. Der Grundsatz besteht, dass Ferien real bezogen werden müssen. Daher kann der Arbeitnehmende grundsätzlich angewiesen werden, dass er die Restferien während der Kündigungsfrist bezieht. Mehr noch, der Arbeitgeber kann anweisen, dass mit einer ausgesprochenen Freistellung das vorhandene Ferienguthaben abgegolten sei. Allerdings muss die Freistellungszeit gegenüber der Dauer der Restferien deutlich grösser sein. Um welchen Faktor lässt sich nicht allgemeingültig sagen. Als Daumenregel kann man sich merken, dass ein Drittel der Freistellungstage als Ferienbezug angerechnet werden kann. Stehen den Ferientagen weniger Freistellungstage gegenüber, empfiehlt es sich eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Der Ferienanspruch ist mit Freistellung übrigens auch dann konsumiert, wenn dies nicht ausdrücklich so angewiesen wurde. Da aber die Rechtsprechung diesbezüglich nicht einheitlich ist, emp-



## kurz & bündig

- › Die Freistellung kann jederzeit erfolgen, entweder sogleich mit dem Aussprechen einer Kündigung oder auch erst im Verlauf der Kündigungsfrist.
- › Der Entscheid, ob und wann eine Freistellung ausgesprochen wird, obliegt allein dem Arbeitgeber.
- › Der Arbeitgeber kann anweisen, dass mit einer ausgesprochenen Freistellung das vorhandene Ferienguthaben abgegolten sei.



fehlt es sich dennoch, schriftlich anzuordnen, dass der Restferiensaldo mit der Freistellungszeit kompensiert ist.

Etwas anders sieht es bei den Überstunden aus, wobei für diese Frage zunächst die Anstellungsbedingungen zu konsultieren sind. Beinhaltet nämlich der Arbeitsvertrag oder die Anstellungsbedingungen (z. B. Personalreglement, Mitarbeiterhandbuch) die Kompetenz des Arbeitgebers, dass er den Zeitpunkt für die Kompensation von Mehrstunden selber bestimmen darf, so darf er auch die Bestimmung der Kompensation während der Kündigungsfrist anordnen. Damit konsumiert faktisch die Freistellungszeit auch allfällige Überstundenguthaben. Fehlt eine solche Kompetenzzuweisung im entsprechenden Arbeitsvertrag oder Reglement, gilt die gesetzliche Regelung, wonach der Mitarbeiter sein Einverständnis in die Kompensation der Überstunden geben muss. Dann also braucht der Arbeitgeber zwingend eine gegenseitig unterzeichnete Freistellungsvereinbarung, mit welcher der Arbeitnehmende mittels handschriftlicher Unterschrift sein Einverständnis zur Kompensation bekundet.

## Arbeitsunfähigkeit

Welche Auswirkung hat eine Arbeitsunfähigkeit während der Freistellung? Da das Arbeitsverhältnis grundsätzlich normal weiterläuft, besteht natürlich der Sperrfristenschutz, wenn die Kündigung vom Arbeitgeber ausgesprochen wurde, selbstverständlich auch wenn der Mitarbeiter von seiner Arbeitspflicht befreit, also freigestellt, ist. Der Lauf der Kündigungsfrist wird also durch Arbeitsunfähigkeit unterbrochen; die Kündigungsfrist ruht während der Arbeitsverhin-

derung, womit sich der Endtermin des Arbeitsverhältnisses nach hinten verschiebt. Je nach Situation darf der Arbeitgeber natürlich auch während einer Krankheit in einer Freistellung den Arbeitnehmenden zum Vertrauensarzt aufbieten. Der Arbeitgeber tut gut daran, dies schnell zu klären, da infolge der örtlichen Distanz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine gewisse Unverbindlichkeit entsteht, die unter Umständen zu einer sehr langen Arbeitsunfähigkeit führen kann. Solange der Arbeitgeber eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat, oder wenn es sich um eine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit handelt, wird dem Arbeitgeber für den Lohn, den er weiter bezahlt, immerhin ein Taggeld zurückerstattet. Hat der Mitarbeiter aber selber gekündigt, so genießt er keinen Sperrfristenschutz und es bleibt beim ursprünglichen Austrittstermin.

## Ersatzverdienst

Der freigestellte Mitarbeiter ist grundsätzlich verpflichtet, sich bereits während der Freistellung um eine neue Arbeitsstelle zu bemühen. Hat er ein Angebot, bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist eine neue Stelle antreten zu können, darf er dieses annehmen. Weil das Arbeitsverhältnis aber noch andauert, darf die neue Tätigkeit den bestehenden Arbeitgeber nicht konkurrenzieren. Über das zu erzielende Einkommen muss der Arbeitnehmende den Arbeitgeber informieren. Anders als man vielleicht vermuten würde, beendet der Antritt einer neuen Stelle das bisherige Arbeitsverhältnis nicht automatisch.

Die Parteien können dies selbstverständlich so vorsehen, und es wird auch oft so

gemacht, spätestens dann, wenn die Freizügigkeitsleistung der Pensionskasse angefragt wird. Doch wie gesagt, die Tatsache, dass ein Mitarbeitender eine neue Stelle antritt, beendet das erste Arbeitsverhältnis nicht – es bestehen für eine begrenzte Dauer zwei Arbeitsverhältnisse. Davon abzugrenzen ist die Frage, welche Pensionskasse denn nun zuständig ist. In aller Regel werden aber beide Parteien das übereinstimmende Interesse haben, das Arbeitsverhältnis vorzeitig, also mit Antritt der neuen Stelle, aufzulösen. Es empfiehlt sich aber sehr, dies schriftlich mit eigenhändiger Unterschrift so festzuhalten.

## Mobile Geräte / Geschäftswagen

Oft werden dem Mitarbeitenden zu dessen Ausübung Geräte wie Laptop, Smartphone, Tablet oder ein Geschäftsfahrzeug zur Verfügung gestellt. Wird nach einer Kündigung der Mitarbeitende freigestellt, stellt sich die Frage, ob diese Gerätschaften oder das Fahrzeug sofort zurückzugeben sind oder ob diese bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses weiter genutzt werden dürfen. Mobile Geräte, die im Eigentum des Arbeitgebers sind, darf dieser vom Mitarbeitenden zurückfordern, und zwar schon vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses, also beispielsweise auf den Tag der Freistellung hin. War es erlaubt, auch private Daten auf den Geräten zu speichern, sollte ihm zumindest die Gelegenheit geboten werden, diese auf ein externes Datenspeichergerät zu transferieren. Wurde die Handy-Rechnung komplett übernommen, also auch private Telefongespräche mitbezahlt, so kann der Mitarbeitende allenfalls einen Anspruch auf Vergütung des entsprechenden Anteils während der Freistellung geltend machen, wenn er das Handy vorzeitig abgeben muss.

Bei Geschäftswagen ist es so, dass private Fahrten oft explizit erlaubt sind. In einem solchen Fall muss das Fahrzeug dem Mitarbeitenden auch während der Freistellung zur Verfügung bleiben. Wurde allerdings vertraglich die private Nutzung des Geschäftswagens beschränkt, so gilt

diese Beschränkung auch für die Dauer der Freistellung. Muss der Mitarbeitende den Geschäftswagen während der Freistellung abgeben, steht ihm ein Ersatzanspruch zu, der dem Wert des entfallenden Gebrauchs zu privaten Zwecken entspricht. Wurde aber beispielsweise während der Vertragsdauer dem Mitarbeitenden ein Lohnabzug gemacht für die private Nutzung des zur Verfügung gestellten Geschäftswagens, so kann dieser Lohnabzug auch während der Freistellung vorgenommen werden.

### Spesen

Sehr ähnlich verhält es sich mit den Spesen. Wo Spesen nur nach Aufwand geltend gemacht wurden, entfallen diese natürlich, da infolge mangelnder Geschäftstätigkeit auch keine Spesen mehr anfallen. Oft werden aber sogenannte Spesenpauschalen vereinbart. Belaufen sich diese in etwa in der Höhe, in welcher tatsächlich Spesen generiert werden, so sind diese während der Freistellung tatsächlich nicht geschuldet. In diesem Fall bedeutet die Pauschale eine administrative Vereinfachung, entspricht aber denjenigen Spesen, die in der Regel monatlich anfallen. Nun kommt es aber oft vor,

dass aus steuerrechtlichen Gründen eine Spesenpauschale bezahlt wird, welche die tatsächlichen Spesen im Durchschnitt übersteigen. Der übersteigende Teil wird dann zum Lohnbestandteil und ist somit während der Freistellung zu bezahlen. Dort wo neben den effektiven Spesen eine Pauschale bezahlt wird, muss die Pauschale ebenfalls während der Freistellung weiter bezahlt werden.

Mit einer einseitigen Freistellungserklärung kann der Arbeitgeber Klarheit schaffen, wie er die Freistellungszeit regeln will. Benötigt man aber für die Gültigkeit das Einverständnis des Mitarbeitenden, reicht eine einseitige Freistellungsbestätigung nicht aus. Dann muss zwingend eine schriftliche Freistellungsvereinbarung getroffen werden, welche beide Parteien unterzeichnen. «



### Porträt



#### Brigitte Kraus-Meier

lic. iur., Executive Master CCM, Inhaberin Konzis

Brigitte Kraus ist Inhaberin von Konzis, der Agentur für Arbeitsrecht und Kommunikation in Zürich. Sie ist Juristin und Unternehmenskommunikatorin und begleitet Unternehmen in Veränderungssituationen, insbesondere bei Betriebsübernahmen, Neuausrichtungen, Personalmassnahmen und bei der Gesprächsführung sowie bei Verhandlungen mit Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen. Brigitte Kraus ist Preferred Partner für die Bereiche Arbeitsrecht und Kommunikation des Personalmanagement-Netzwerks «hr4hr.ch».



### Kontakt

info@konzis.ch, www.konzis.ch

Anzeige

IHRE KONKURRENZ KOMMT. SIE AUCH?  
PACK&MOVE IN BASEL  
9. BIS 12. SEPTEMBER 2014

Schweizer Fachmesse für integrierte Logistiklösungen  
und Verpackungstechnik | Messe Basel | [www.packmove.ch](http://www.packmove.ch)

