

Freistellung des Arbeitnehmers

FLUCH ODER (GELD-)

ALBERT SCHMID UND STEPHAN FREI

Immer häufiger werden Arbeitnehmer freigestellt. Für viele mag es ein Traum sein, Geld zu verdienen ohne dafür arbeiten zu müssen. Der Traum wird nicht selten zum Albtraum. Gesetz und Gerichtspraxis regeln die Freistellungserklärung.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich im Arbeitsvertrag zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers (Art. 319 OR). Der Arbeitgeber hat ihm dafür einen Lohn zu entrichten (Art. 319 und Art. 322 ff. OR). Arbeitsleistung und Lohnzahlung sind charakteristische Pflichten des Arbeitsvertrags. Verzichtet der Arbeitgeber bei Aufrechterhaltung der Lohnzahlung freiwillig ganz oder teilweise auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, wird von «Freistellung» des Arbeitnehmers gesprochen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Freistellung des Arbeitnehmers ein einseitiges Rechtsgeschäft. Der Arbeitnehmer wird durch die Freistellungserklärung des Arbeitgebers suspendiert, selbst wenn er damit nicht einverstanden ist (vgl. BGE 128 III 271 ff., 281). Die Freistellungserklärung ist eine Anordnung des Arbeitgebers im Rahmen seiner Weisungsbefugnis (Art. 321d Abs. 1 OR). Der Arbeitgeber verzichtet in seinem eigenen Interesse auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer freigestellt wird, ist somit grundsätzlich allein Sache des Arbeitgebers. Möglich ist jedoch, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine «einvernehmliche Freistellung» vereinbaren. Diese einvernehmliche Freistellung entfaltet dieselben Rechtswirkungen wie die einseitige Freistellung durch den Arbeitgeber.

Eine Freistellung des Arbeitnehmers erfolgt in der Praxis am häufigsten nach einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 334 ff. OR). Dabei ist unerheblich, wer die Kündigung ausgesprochen hat. Eine (vorübergehende) Freistellung muss nicht im Zusammenhang mit einer Kündigung erfolgen. Dies war zum Beispiel bei

einem Hilfsarbeiter der Fall, der zwar mit einem blauen Auge, ansonsten aber ohne Einschränkung arbeitsfähig zur Arbeit erschien, weil der Arbeitgeber seinen Kunden dessen Anblick nicht zumuten wollte. Das angerufene Gericht befand, die Freistellung sei unzulässig gewesen. Der besagte Hilfsarbeiter kam deshalb auch im Gerichtsverfahren mit einem blauen Auge davon.

MOTIVE DER FREISTELLUNG

Arbeitnehmer in gekündigter Stellung identifizieren sich in der Regel weniger stark mit ihrem Arbeitgeber. Deshalb werden gerade Kaderleute, EDV-Sachverständige und insbesondere auch Spitzenkader nach erfolgter Kündigung vermehrt freigestellt. Dadurch soll verhindert werden, dass der Arbeitnehmer als Unruheherd in Erscheinung tritt und Schaden anrichtet. Die Kündigung mit sofortiger Freistellung ist sodann eine Alternative zur fristlosen Entlassung, sollte unklar sein, ob ein wichtiger Grund vorhanden ist (vgl. Art. 337 OR). War der Arbeitgeber mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht zufrieden, stellt er ihn frei, um dadurch einem allfälligen, durch die Kündigung ausgelösten weiteren Leistungsabfall des Arbeitnehmers zuvorzukommen. Darüber hinaus werden manchmal Arbeitnehmer freigestellt, um ihnen mehr Zeit für die Stellensuche zur Verfügung zu stellen (zum Teil im Rahmen eines Sozialplans). In gewissen Branchen, vorweg Verkauf, Aussenendienst, stellt die Freistellung für bestimmte Arbeitnehmerkategorien eine übliche Massnahme im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses dar.

Ein rasches «Verschwinden» des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz kann jedoch auch damit zusam-

menhängen, dass während der Kündigungsfrist noch Überstunden-, Gleitzeit- oder Ferienguthaben kompensiert wird oder der Arbeitnehmer kurzfristig eine neue Stelle antreten kann.

RECHTSFOLGEN

Mit der Freistellung fällt je nach deren Umfang die Arbeitspflicht ganz oder teilweise dahin. Die einvernehmliche Freistellung kann – im Gegensatz zur einseitig angeordneten – nicht vom Arbeitgeber alleine widerrufen werden. Auch bei vollständiger Befreiung von der Arbeitspflicht kann der Arbeitnehmer weiterhin verpflichtet sein, Auskünfte zu erteilen, soweit dies betrieblich notwendig und ihm ohne grösseren Aufwand möglich ist. Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dauert während der Freistellung weiter. Es sind sämtliche Lohnbestandteile einschliesslich Provisionen, Anteile am Geschäftsergebnis oder als «Pauschalen» deklarierte Lohnanteile, denen keine tatsächlichen Auslagen gegenüberstehen, weiter zu bezahlen, wie wenn die freigestellte Person normal gearbeitet hätte. Bei bisher schwankender Lohnhöhe ist für die Ermittlung der Lohnhöhe auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen. Mit der Freistellung werden ohne weitere Anordnung auch allfällig geschuldete Ferien gewährt, ohne dass dies ausdrücklich festgehalten werden müsste. Gestützt auf die arbeitsvertragliche Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) ist der Arbeitnehmer während der Freistellung (sowie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses) sodann verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse weder zu verraten noch zu verwenden.

ARBEITSZEUGNIS

Die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer freigestellt wurde, ist im Arbeitszeugnis nicht zu erwähnen, es sei denn schwerwiegende Vorfälle hätten zur Freistellung geführt, deren Erwähnung für ein wahrheitsgetreues Zeugnis unabdingbar erscheinen (zum Arbeitszeugnis vergleiche den in der Ausgabe Nr. 6 im KMU Manager vom Juni 2004 abgedruckten Artikel von Albert Schmid



SEGEN?



©BILDERBOX

mit dem Titel «Pflicht für Arbeitgeber: Wahrheit vor Wohlwollen», abrufbar unter: www.stn.ch/Aktuelles/Publikationen

ANRECHNUNGSPFLICHT

Tritt ein freigestellter Arbeitnehmer bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist eine neue Stelle an, stellt sich die Frage, ob er sich den anderweitig erzielten Verdienst auf seine Lohnforderung gegenüber dem freistellenden Arbeitgeber anrechnen lassen muss. Diese Frage ist zu bejahen. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sich an den Lohn anrechnen zu lassen, was er durch anderweitige Arbeit erworben oder wegen der Freistellung erspart hat. Er hat sich sogar den Verdienst anzurechnen zu lassen, den zu erzielen er absichtlich unterlassen hat.

KEINE STELLENSUCHPFLICHT

Zur Stellensuch- und Stellenantrittspflicht des Freigestellten ist festzuhalten, dass eine Verpflichtung des Freigestellten zur Minderung der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324 Abs. 1 OR nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen besteht. Der Arbeitgeber hat die Freistellung selbst angeordnet. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb der freigestellte Arbeitnehmer bei der Suche nach einer geeigneten, ihm zusagenden Stelle eingeschränkt werden sollte, damit der aus der Lohnzahlungspflicht resultierende Schaden des Arbeitgebers möglichst gering bleibt. Lediglich bei ausgeprägter Passivität des Arbeitnehmers bei der Stellensuche nach der Freistellung ist von einem absichtlichen Unterlassen auszugehen. Der Arbeitnehmer hat sich in diesem Fall den Verdienst anzurechnen, den zu erzielen er unterlassen hat. Die Verpflichtung zum Stellenantritt während der Freistellung beschränkt sich auf den Fall, in welchem der Freigestellte eine «gleichwertige», ihm zusagende neue Stelle vorzeitig antreten könnte, er dies aber absichtlich unterlässt. Der freigestellte Arbeitnehmer hat daher seine Stellensuchbemühungen nicht darauf auszurichten, möglichst rasch eine neue

Stelle antreten zu können. Ist es ihm aber ohne Weiteres möglich, während der Dauer der Freistellung eine neue Arbeit anzutreten, ist er verpflichtet, diese Gelegenheit zu nützen.

Während der Freistellung darf der Arbeitnehmer für einen anderen Arbeitgeber keine unentgeltliche Arbeit leisten. Arbeitet sich also ein Arbeitnehmer während der Freistellung bei einem neuen Arbeitgeber unentgeltlich in eine neue Stelle ein, ist seine Leistung anrechenbar, soweit es sich um Arbeit handelt, die nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.

STELLENANTRITTSVERBOT

Unter Umständen hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, dass der Arbeitnehmer während der Dauer der Freistellung keine neue Stelle antritt. Er verbietet dem Freigestellten deshalb, während der Dauer seiner Freistellung eine anderweitige Erwerbstätigkeit auszuüben. Ob dies zulässig ist, ist aufgrund einer Abwägung zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zu entscheiden. Sinnwidrig und nicht schützenswert ist ein Stellenantrittsverbot, wenn der Arbeitgeber dafür kein legitimes Schutzbedürfnis geltend machen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arbeitnehmer eine nicht schädigende oder nicht konkurrenzierende Ersatztätigkeit aufnehmen will. Ein ohne entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitgebers ausgesprochenes Stellenantrittsverbot (als Bestandteil der Freistellungserklärung) ist somit unbeachtlich. Würde hingegen ein Arbeitnehmer seinen bisherigen Arbeitgeber durch die Ersatztätigkeit während der Freistellung schädigen oder konkurrenzieren, darf er diese Stelle nicht antreten. Der Arbeitnehmer hat die Interessen des Arbeitgebers auch während der Freistellung in guten Treuen zu wahren (vgl. Art. 321a Abs. 1 OR). Dies gilt selbst dann, wenn kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde. Würde ein zulässiges Konkurrenzverbot vereinbart, entfaltet dieses grundsätzlich eine Vorwirkung für die Dauer der Freistellung.

ALBERT SCHMID



Dr. Albert Schmid arbeitet als Rechtsanwalt in der Kanzlei Stiffler & Nater in Zürich. Albert Schmid befasst sich mit öffentlichem und privatem Arbeitsrecht, Fernmelderecht, Radio- und Fernsehrecht und mit Fragen im Bereich des Geistigen Eigentums.
albert.schmid@stn.ch

STEPHAN FREI



Dr. Stephan Frei arbeitet als Substitut in der Kanzlei Stiffler & Nater in Zürich. Zu seinen bevorzugten Arbeitsgebieten gehören Vertrags-, Gesellschafts- und Wirtschaftsstrafrecht.

stephan.frei@stn.ch