

ARBEITSRECHT

DEZEMBER 2017/JANUAR 2018
NEWSLETTER 01

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Sind Mitarbeitende nach der Kündigung für das Unternehmen nicht mehr tragbar, können Sie freigestellt werden. In unserem ersten Top-Thema lesen sie, was die **Freistellung** von der fristlosen Kündigung unterscheidet. Auch wenn Mitarbeitende während der Kündigungsfrist freigestellt werden, kann das für Unternehmen unangenehme Folgen haben. In unserem aktuellen Gerichtsentscheid lesen Sie, welche Rechtsbehörden eine Kündigung mit Freistellung nach sich gezogen hat.

In unserem zweiten Top-Thema erfahren Sie, worauf es bei der Anstellung von **minderjährigen Arbeitnehmenden** zu achten gilt. Unter bestimmten Voraussetzungen dürfen nämlich auch unter 15-Jährige eine Arbeitsleistung erbringen.

Herzlichst Ihr

Kevin Hofer, Redaktor

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema – Freistellung Seite 1
- Gerichtsentscheid – Arbeitsrecht Potpourri Seite 4
- Praxisfälle – Arbeitszeugnis Seite 8
- Top-Thema – Minderjährige Arbeitnehmende Seite 9
- Arbeitshilfe – Freistellung Seite 12

Kündigungsfrist ohne Arbeit

Bei der Freistellung verzichten Arbeitgeber freiwillig auf die Arbeitsleistung der Arbeitnehmenden während der Kündigungsfrist. Worauf es bei der Freistellung zu achten gilt, zeigt folgender Beitrag.

■ Von Leena Kriegers-Tejura

Wird ein Arbeitsverhältnis ordentlich – unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen – gekündigt, hat der Arbeitgeber allenfalls ein Bedürfnis, Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist freizustellen. Das heisst, der Arbeitgeber verzichtet freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmenden, muss aber trotzdem den Lohn weiterbezahlen, und zwar bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Durch

die Freistellung verhindern Arbeitgebende, dass Arbeitnehmende weiterhin Kontakt zu Kunden/Geschäftspartnern etc. aufrechterhalten können. Das ist vor allem dann von Bedeutung, wenn Arbeitnehmende zur Konkurrenz wechseln möchten oder sich selbstständig machen und den Arbeitgeber damit konkurrenzieren werden. Schliesslich haben nicht alle Arbeitnehmer ein nachvertragliches Konkurrenzverbot.

Es kann aber auch sein, dass Arbeitnehmende den Wunsch äussern, während der noch laufenden Kündigungsfrist freigestellt zu werden, z.B. wenn die Kündigung aus persönlichen Gründen erfolgt und sich die Zusammenarbeit mit den anderen Mitarbeitenden oder mit dem Vorgesetzten als schwierig erweist. Auch in diesem Fall ist eine Freistellung denkbar, ist aber nur möglich, wenn der Arbeitgeber zustimmt. Der Arbeitnehmende hat keinen Anspruch darauf, während der Kündigungsfrist freigestellt zu werden.

Abgrenzung der Freistellung zur fristlosen Kündigung

Die Freistellung ist von der fristlosen Kündigung zu unterscheiden. Faktisch hören Arbeitnehmende in beiden Fällen von einem Tag auf den anderen auf zu arbeiten, rechtlich



handelt es sich aber um zwei verschiedene Sachen.

Die fristlose Kündigung ist von Gesetzes wegen möglich, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Weiterarbeit unzumutbar ist (vgl. Art. 337 OR). Die fristlose Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis sofort, denn sie erfolgt ohne Kündigungsfrist. Ob eine solche fristlose Kündigung letztlich gerechtfertigt oder ungerechtfertigt ist, spielt für die Beendigung keine Rolle. Durch die fristlose Kündigung wird das Arbeitsverhältnis per sofort beendet, aber es entstehen allenfalls Entschädigungsansprüche, die regelmässig gerichtlich einzufordern sind.

Die Freistellung kommt zum Zuge, wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt wird. Theoretisch müssten Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist noch arbeiten. Der Arbeitgeber kann aber Arbeitnehmende – von einem Tag auf den anderen – freistellen und ihnen mitteilen, dass sie nicht mehr zur Arbeit erscheinen müssen. Viele Arbeitgeber entscheiden sich – vor allem bei einer kürzeren Kündigungsfrist – für eine ordentliche Kündigung gekoppelt mit einer Freistellung, statt die fristlose Kündigung auszusprechen. Letztere birgt in der Praxis ein nicht unerhebliches (Prozess-)Risiko und führt oftmals zu Entschädigungszahlungen, weil ein Richter feststellt, dass doch kein wichtiger Grund vorlag.

In welcher Form hat die Freistellung zu erfolgen?

Das Obligationenrecht regelt die Freistellung nicht explizit, weshalb dem Gesetz keine Regelung entnommen werden kann, die sich mit der Form der Freistellung befassen würde. Es wird in der Lehre und der Rechtsprechung mehrheitlich die Meinung vertreten, die Freistellungserklärung sei ein Ausfluss des Weisungsrechtes gemäss Art. 321d OR. Aber auch hier findet sich keine spezielle Regelung bezüglich der Form.

Aus Beweisgründen ist daher sehr zu empfehlen, die Freistellung schriftlich zu erklären und die Rahmenbedingungen der Freistellung in einer Vereinbarung zusammenzufassen. Erfolgt eine solche Freistellungsvereinbarung,



Krankheit ist meldepflichtig auch bei freigestellten Mitarbeitenden.

soll diese von beiden Vertragsparteien unterschrieben werden. Wenn der Arbeitsvertrag selbst vorsieht, dass Änderungen/Ergänzungen des Vertrages der Schriftlichkeit bedürfen, dann gilt das auch für die Freistellung. Denn mit der Freistellung werden die Leistungen im Arbeitsvertrag für die Kündigungsdauer geändert.

Macht eine vorbehaltlose Freistellung durch den Arbeitgeber Sinn?

Arbeitgebende sollten sich gut überlegen, ob sie die Freistellung vorbehaltlos aussprechen oder ob sie diese nicht an gewisse Bedingungen knüpfen wollen. Wenn Arbeitgebende ihre Arbeitnehmenden vorbehaltlos freistellen, dann führt das unter anderem zu folgenden Konsequenzen:

- Arbeitnehmende haben weiterhin den Lohn während der Kündigungsfrist zugute, müssen dafür aber keine Arbeit leisten.
- Arbeitnehmende müssen keine andere Stelle während der Kündigungsfrist suchen.
- Überstunden und Ferien müssen am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden.

Aus diesem Grund macht es Sinn, in einer Freistellungsvereinbarung gewisse Punkte zu klären. Fragen, die in der Praxis immer wieder

zu Diskussionen führen, werden nachfolgend skizziert.

Praxisfragen im Zusammenhang mit der Freistellung

a) Welcher Lohn ist während der Freistellung zu bezahlen?

Während der Freistellung ist der Lohn zu bezahlen, wie wenn Arbeitnehmende arbeiten würden. Bei stark schwankenden Löhnen ist ein Durchschnittslohn zu berechnen, auf der Basis der letzten sechs oder zwölf Monate vor der Freistellung. Zum eigentlichen Lohn hinzu kommen der 13. Monatslohn, Provisionen, Trinkgelder etc. Die sogenannten Pauschalspesen sind auch weiterhin geschuldet. Dagegen entfallen während der Freistellungsdauer die Auslagenspesen mit echtem Spesencharakter, weil diese Auslagen effektiv nicht mehr anfallen.

b) Teilweise Freistellung möglich?

Regelmässig verzichten Arbeitgebende vollständig auf die Arbeit der Arbeitnehmenden. Denkbar ist aber auch, dass sich Arbeitnehmende nur noch auf Abruf bereithalten müssen, oder die Arbeitspflicht wird auf die Beendigung eines Projektes reduziert. In diesem Fall können Arbeitnehmende nicht frei über ihre Zeit verfügen, und Arbeitnehmenden wird

es nicht möglich sein, in der Kündigungsfrist bereits eine neue Stelle anzutreten. Es ist empfehlenswert, dass die Parteien regeln, ob eine vollständige oder eine teilweise Freistellung beabsichtigt ist.

c) Kompensation von Überstunden

Der Arbeitgeber kann nicht einseitig die Kompensation der Überstunden anordnen. Die Kompensation der Überstunden bedarf deshalb auch in der Freistellungsdauer der Zustimmung der Arbeitnehmenden.

Wenn keine vertragliche Abmachung besteht, dass die Überstunden durch die Freistellung abgegolten sind, können Arbeitnehmende am Ende des Arbeitsverhältnisses auf einer Auszahlung der Überstunden beharren. Die Überstunden sind zudem mit einem Zuschlag von 25 Prozent zu bezahlen, ausser die Parteien hätten in diesem Punkt eine vom Gesetz (vgl. Art. 321c Abs. 3 OR) abweichende schriftliche Regelung abgeschlossen.

d) Kompensation von Ferien

Regelmässig steht die Frage zur Diskussion, ob (sämtliche) Ferien durch die Freistellungszeit kompensiert werden können. Gerichte mussten sich mit dieser Frage immer wieder beschäftigen. Das Bundesgericht hält in BGE 128 III 282 E.4 fest, dass ein Ferien Guthaben – auch ohne ausdrückliche Anweisung des Arbeitgebers, die verbleibenden Ferientage während der Freistellung zu beziehen – durch Kompensation untergeht, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet. Dies begründet sich in der Treuepflicht der Arbeitnehmenden. Trotzdem wird empfohlen, den Ferienbezug anzuordnen.

Wenn Arbeitnehmende aber die Freistellungszeit für die Suche einer neuen Stelle aufwenden müssen, ist der Ferienbezug allenfalls unzumutbar. Auch fraglich ist, ob die Ferien kompensiert werden können, wenn die Freistellung auf Abruf erfolgt. Ferientage, die nicht kompensiert werden können, müssen am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt werden.

Das Zürcher Arbeitsgericht hat folgende Faustregel aufgestellt: Die Freistellungszeit muss mindestens dreimal so lang sein wie die Restferien, damit diese als kompensiert

gelten können. Diese Regel wird aber nicht absolut angewandt und es muss immer der Einzelfall geprüft werden.

Beispiel: Eine Mitarbeiterin hat eine Kündigungsfrist von drei Monaten. Sie wird für die ganze Kündigungsfrist freigestellt. Das Ferien Guthaben bis zum Abschluss des Arbeitsverhältnisses beträgt noch 15 Tage. Der Arbeitgeber teilt der Mitarbeiterin mit, dass diese 15 Ferientage mit der Freistellung kompensiert sind. Das ist möglich, denn diesen drei Wochen Ferien stehen zwölf Wochen Freistellungsdauer gegenüber, somit liegt ein Verhältnis von 1:4 vor. Die 1/3-Faustregel wird eingehalten und die Ferientage gelten als kompensiert. Nur wenn die Mitarbeiterin geltend machen könnte, dass sie die gesamte Freistellungszeit für die Stellensuche aufwenden musste und deshalb keine Ferien machen konnte, muss der Arbeitgeber die Ferien am Schluss ausbezahlen. Letztlich ist immer der Einzelfall entscheidend, Faustregel hin oder her.

e) Beginn einer neuen Stelle während der Kündigungsfrist

Sind Arbeitnehmende vorbehaltlos freigestellt worden, können sie noch während der Kündigungsfrist eine andere Stelle antreten, sofern die neue Tätigkeit den alten Arbeitgeber nicht konkurrenziert. Zu beachten ist jedoch, dass sich gemäss ständiger Rechtsprechung Arbeitnehmende anrechnen lassen müssen, was sie anderweitig verdienen. Der Arbeitgeber kann auf das Recht, anderweitigen Lohn an seine Lohnzahlung anzurechnen, verzichten.

Arbeitnehmende sind verpflichtet, den Arbeitgeber über eine anderweitige Stelle und damit über einen anderweitigen Verdienst zu informieren. Dies leitet sich ebenfalls aus der Treuepflicht der Arbeitnehmenden ab.

Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, der Arbeitgeber könne von Arbeitnehmenden verlangen, erst nach Vertragsbeendigung eine neue Stelle anzutreten. Dies, weil die Arbeitnehmenden weiterhin den Lohn erhalten. Ob ein solches Beschäftigungsverbot sich letztlich durchsetzen liesse, ist fraglich. Deshalb sollte vielmehr vereinbart werden, dass sich Arbeitnehmende ein anderweitig erzieltetes Salär anrechnen lassen müssen.

f) Verlängerung des Arbeitsverhältnisses wegen Krankheit möglich

Trotz Freistellung ist es denkbar, dass sich ein Arbeitsverhältnis über das Enddatum hinaus verlängert. Dies trifft zu, wenn Arbeitnehmende während der Kündigungsfrist und der gleichzeitigen Freistellungsdauer z.B. erkranken oder verunfallen. Die Freistellung verhindert die Sperrfristen nicht. In einem solchen Fall ist von den Arbeitnehmenden zu erwarten, dass sie den Arbeitgeber umgehend informieren und auch mitteilen, wann sie wieder genesen sind, damit der Arbeitgeber die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Sperrfristen gemäss Art. 336c OR berechnen kann. Unter diesen Umständen hat der Arbeitgeber allenfalls die Möglichkeit, die Freistellung zurückzunehmen (AH130214 vom 26. Mai 2015).

g) Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers?

Eine weitere Frage, die sich stellen kann, ist, ob Arbeitnehmende überhaupt freigestellt werden dürfen bzw. ob sie beschäftigt werden müssen. Die Praxis geht mehrheitlich davon aus, dass es keinen allgemeinen Beschäftigungsanspruch gibt.

Einzig bei gewissen Berufsarten kann eine Nichtbeschäftigung zu einem (grossen) Nachteil für den Arbeitnehmenden führen. Hier wird ein Beschäftigungsanspruch anerkannt. Das betrifft Berufe wie z.B. Künstler, Berufssportler, Chirurgen etc. Es wird argumentiert, dass es in diesen Berufsgruppen wichtig ist, «am Ball zu bleiben» und die Nichtweiterbeschäftigung kann zu einer Persönlichkeitsverletzung führen.

Fazit

Die Vertragsparteien sollten bei einer Freistellung regeln, was die Folgen der Freistellung sind, sinnvollerweise in einer Freistellungsvereinbarung, die beiderseitig unterzeichnet wird.



AUTORIN

Leena Kriegers-Tejura ist selbstständige Rechtsanwältin und Partnerin bei Morad, Bürgi & Partner. Sie ist Fachvorsteherin Arbeitsrecht für eidg. Berufs- und höhere Fachprüfungen in Human Resources.