ARBEITSRECHT

JULI-AUGUST 2025

NEWSLETTER **07**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN

Liebe Leserin, lieber Leser

Unser erstes Top-Thema **«Freistellung im Arbeitsrecht»** zeigt, wie Arbeitgeber Freistellungen gezielt einsetzen können und was sie dabei aus rechtlicher und praktischer Sicht beachten sollten.

Unser zweites Top-Thema **«Workation»** beleuchtet, wann ortsunabhängiges Arbeiten als Arbeitszeit gilt – und was betreffend Freizeit, Ferien sowie sozialversicherungs-, steuer- und arbeitsrechtliche Fragen bei Auslandeinsätzen zu beachten ist.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Freistellung — Seite 1
- FAQ: Freistellung — Seite 4
- Top-Thema: Workation — Seite 5
- Fachbeitrag: Kündigung von Kader — Seite 8
- Gerichtsentscheid: Anspruch auf Insolvenzentschädigung — Seite 10

Freistellung im Arbeitsrecht

Arbeitgeber nutzen Freistellungen häufig bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, etwa zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Die Freistellung kann eine Alternative zur fristlosen Kündigung sein oder im Rahmen einer Beendigungsvereinbarung als Zugeständnis erfolgen. Nachfolgend werden die rechtlichen Auswirkungen analysiert.

Von Frédéric Gabus und Jessica Cambiati

Die Freistellung von der Arbeitspflicht ist ein einseitiges Recht des Arbeitgebers und stützt sich auf Art. 321d OR, der das Weisungsrecht des Arbeitgebers festhält.[1]

Definition – Weisungsrecht (Art. 321d OR)
Das Weisungsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber, die Arbeitsausführung zu regeln. Daraus leitet sich auch die Möglichkeit zur Freistellung ab.

Die Freistellung kann sich entweder auf die gesamte Dauer der Kündigungsfrist oder nur auf einen Teil davon beziehen.

Dabei handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung des Arbeitgebers, die mit ihrem Empfang wirksam wird.[2] Für ihre Gültigkeit ist keine besondere Form vorgeschrieben – sie kann schriftlich, mündlich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen.[3] In der Praxis findet sich diese Erklärung häufig im Kündigungsschreiben oder in einer zwischen den Parteien abgeschlossenen (Beendigungs-)Vereinbarung. In letzterem Fall kann die Freistellung ein Zugeständnis des Arbeitgebers im Rahmen der Verhandlungen über die Modalitäten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses darstellen.[4] Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Beendigungsvereinbarung, sollte der den Arbeitnehmer, sofern betrieblich möglich, erst im Rahmen dieser Vereinbarung freistellen. Andernfalls stellt die bereits erfolgte einseitige Freistellung, streng rechtlich gesehen, keine Konzession des Arbeitgebers im Rahmen der Beendigungsvereinbarung mehr dar. Der Arbeitgeber muss sich dieses Recht nicht vorbehalten.

Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht

befreit, seine Entscheidung nicht widerrufen, da die Freistellung ein rechtsgestaltender Akt ist. Es gibt jedoch Ausnahmen, insbesondere wenn sich erst nach der Freistellung zeigt, dass eine längere Sperrfrist zur Anwendung kommt, insbesondere bei Schwangerschaft.[5] Wird die Kündigung als ungültig erachtet, weil sie während einer Sperrfrist im Sinne von Art. 336c OR ausgesprochen wurde, gilt auch die in diesem Zusammenhang angeordnete Freistellung jedoch als ungültig.[6]

PRAXISTIPP

Dokumentieren Sie die Freistellung schriftlich (sofern keine Beendigungsvereinbarung beabsichtigt ist). Das schafft Klarheit und verhindert spätere Streitigkeiten.

Die Freistellung von der Arbeitspflicht gilt als Fall des Verzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 OR.[7] Daraus ergibt sich nicht nur die Verpflichtung des Arbeitgebers, weiterhin den vollen Lohn auszurichten, sondern auch sein Recht, allfällige vom Arbeitnehmenden erzielte Einkünfte auf dessen Lohn anzurechnen (vgl. III.1).

Die Freistellung von der Arbeitspflicht stellt eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz dar, wonach Arbeitnehmende Anspruch auf Beschäftigung durch ihren Arbeitgeber haben. Eine solche Freistellung ist im Grundsatz zulässig. Ausgenommen sind jedoch Konstellationen, in denen die Freistellung die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmenden gefährden könnte und daher ein eigentlicher Beschäftigungsanspruch besteht – etwa bei Berufssportlerinnen und -sportlern, Kunstschaffenden oder in Tätigkeiten, die eine regelmässige Ausübung der beruflichen Tätigkeit voraussetzen. In solchen Fällen kann der Arbeitnehmende das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 Abs. 1 OR[8] mit sofortiger Wirkung kündigen.

Obwohl die Freistellung in der Regel nach der Kündigung – während der oder für die (teilweise) Dauer der Kündigungsfrist – erfolgt, kann sie auch in anderen Situationen angeordnet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn gegen den Arbeitnehmenden eine interne Untersuchung eingeleitet wurde und der Verdacht so schwer wiegt, dass eine vorübergehende Suspendierung gerechtfertigt erscheint.[9]

Rechtliche Folgen der Freistellung

1. Rechte und Pflichten von Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden

Wird ein Arbeitnehmender von seiner Arbeitspflicht entbunden, ist er nicht mehr verpflichtet, seine Arbeitsleistung persönlich zu erbringen. Seine übrigen vertraglichen Pflichten – insbesondere jene zur Sorgfalt und zur Treue – bleiben jedoch weiterhin bestehen.[10]

Der Arbeitnehmende kann während der Freistellung eine neue Stelle bei einem anderen Arbeitgeber antreten, ist jedoch verpflichtet, seinen bisherigen Arbeitgeber darüber zu informieren. Ein Verstoss gegen die Treuepflicht – insbesondere gegen ein bestehendes Wettbewerbsverbot – bleibt ausdrücklich vorbehalten.[11]

Nimmt der Arbeitnehmende eine Tätigkeit auf, die in direktem Wettbewerb zur bisherigen Arbeitgeberin steht, stellt dies eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht dar. In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen – unabhängig davon, ob dem Unternehmen dadurch ein konkreter Schaden entstanden ist.[12]

Der Arbeitgeber ist hingegen verpflichtet, dem Arbeitnehmenden bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses – also bis zum letzten Tag der Kündigungsfrist – den vollen Lohn auszuzahlen.[13] Dabei ist der Lohn so zu bemessen, wie wenn der Arbeitnehmende während der gesamten Kündigungsfrist regulär weitergearbeitet hätte.[14]

Nicht geschuldet sind hingegen Kosten, die ausschliesslich mit der tatsächlichen Arbeitsausführung verbunden sind – wie beispielsweise effektive Auslagen oder Verpflegungsentschädigungen.[15]

Soweit die Freistellung von der Arbeitspflicht einem Verzug des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 OR gleichkommt, kommen die dort vorgesehenen Anrechnungsregeln zur Anwendung.[16] Das bedeutet Folgendes: Der Arbeitnehmende muss sich von seinem Lohn abziehen lassen, was er infolge der Freistellung eingespart hat, und Einkommen aus einer anderweitigen Tätigkeit anrechnen lassen, das er erzielt oder auf das er bewusst verzichtet hat.

ACHTUNG

Erfolgt die Freistellung von der Arbeitspflicht im Zusammenhang mit einer Kündigung, muss der Arbeitgeber bei der Umsetzung darauf achten, keinen falschen Eindruck zu erwecken – insbesondere nicht den, der Arbeitnehmende sei wegen eines schwerwiegenden Fehlverhaltens entlassen worden. Massnahmen wie das Verwehren einer Verabschiedung von Kolleginnen und Kollegen oder das Begleiten zur Tür ohne sachlichen Grund sind in diesem Kontext zu vermeiden.[17]

2. Urlaub und Überstunden

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, bei einer Freistellung den Restferienanspruch sowie den verbleibenden Überstundensaldo des Arbeitnehmers zu kompensieren.

Bei den Ferien ist dabei zwischen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Wenn der Arbeitnehmende bereits eine neue Stelle gefunden hat oder erklärt, keine neue Stelle suchen zu wollen, entfällt in der Praxis der Zweck der Freistellungsphase – nämlich, die berufliche Neuorientierung zu ermöglichen. In einem solchen Fall ist der Arbeitgeber berechtigt, den verbleibenden Ferienanspruch während der Freistellung zu kompensieren.

Ist der Arbeitnehmende hingegen aktiv auf Stellensuche, kann der Arbeitgeber ebenfalls Ferien kompensieren. Die Rechtsprechung setzt hier jedoch Grenzen: Es darf in der Regel maximal ein Viertel bis ein Drittel der während der Kündigungsfrist anfallenden Arbeitstage angerechnet werden.[18]

Im Rahmen der Freistellung sollte auf jeden Fall festgehalten werden, dass die Freistellung auch zur Kompensation des angelaufenen Feriensaldo verwendet wird (im zulässigen Umfang).

Situation	Ferienkompensation zulässig?
Arbeitnehmender hat neue Stelle oder sucht nicht aktiv	✔ Ja – vollständige Kompensation möglich während Freistellung
Arbeitnehmender sucht aktiv eine neue Stelle	▲ Nur teilweise zulässig – in der Regel max. ¼ bis ⅓ der Arbeitstage

Was die Überstunden betrifft, so können diese während der Freistellung in der Kündigungsfrist nur mit ausdrücklicher Zustimmung des

Workation: Zwischen Arbeit und Ferien

Homeoffice, hybride Modelle und flexible Arbeitszeiten sind längst keine Seltenheit mehr. Ein Trend, der dabei immer häufiger in den Fokus rückt, ist die sogenannte Workation – eine Kombination aus «Work» und «Vacation» – Arbeit und Ferien. Während die Idee von geografischer Flexibilität bei einem Bürojob auf den ersten Blick verlockend und nach Freiheit klingt, wirft sie aus arbeitsrechtlicher Sicht eine Vielzahl von Fragen auf. Dieser Beitrag beleuchtet die wichtigsten rechtlichen Implikationen, welche bei Workations beachtet werden sollten.

■ **Von Anela Lucic**

Was ist eine Workation?

Der noch relativ neue und gesetzlich undefinierte Begriff Workation beschreibt ortsunabhängiges Arbeiten, in der Regel auf Wunsch von Mitarbeitenden, an einem selbst gewählten Ort und für einen begrenzten Zeitraum. Von einer Workation ist dauerndes oder überwiegendes mobiles Arbeiten bzw. Homeoffice-Arbeit begrifflich abzugrenzen. Bei Workations liegt in aller Regel keine Heimarbeit im Sinne von Art. 351 OR bzw. Heimarbeitsgesetz vor.

Typischerweise werden für Workations Ferienorte, z.B. in den Bergen, am Strand oder in einer anderen Stadt, oft auch im Ausland, gewählt. Im Unterschied zu reinen Ferien arbeiten Mitarbeitende während einer Workation weiterhin, jedoch oftmals in reduzierter Form, d.h. in einem reduzierten Pensum oder mit geänderter Tagesstruktur. Dabei sind die verschiedensten Kombinationen denkbar: von Arbeit am Vormittag, gefolgt von Freizeit am Nachmittag über Arbeit an nur ausgewählten Tagen pro Woche bis hin zu Vollzeitarbeit, die jedoch stets durch arbeitsfreie Zeit am Ort der Workation begleitet wird.

Eine Workation kann Abwechslung vom Alltag bringen. Ein Tapetenwechsel, wie z.B. den Bürostuhl gegen einen sonnigen Platz am Meer (zumindest für einige Stunden täglich) zu tauschen, kann die Arbeitsmotivation und Zufriedenheit der Mitarbeitenden fördern.

Kein Rechtsanspruch

Mitarbeitende haben keinen Rechtsanspruch auf Workations. Arbeitgeber können frei entscheiden, ob sie diese freiwillig ermöglichen und, wenn ja, unter welchen Bedingungen. Die Gründe für eine Ablehnung können vielfältig sein und reichen von Vertraulichkeits- bzw. Datenschutzbedenken über Bedenken bei internationalen Workations bis hin zu Sicherheitsbedenken und versicherungsrechtlichen Überlegungen.

Unternehmen Mitarbeitende bei einer Ablehnung von Workations heimlich Reisen und setzen sie ihre Arbeit unter Verschleierung der Reise fort, handelt es sich dabei um sogenannte Hush Trips. Typischerweise geben Mitarbeitende Arbeit im erlaubten Homeoffice an ihrem Wohnsitz an, während sie ihren aktuellen tatsächlichen Aufenthaltsort verbergen, z.B. durch Vermeiden von Social-Media-Aktivitäten, unter Verwendung von virtuellen Hintergründen in Videocalls sowie eines VPNs. Ein solcher Hush Trip stellt eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers dar. Fliegen unabgesprochene Workations auf, drohen Mitarbeitenden arbeitsrechtliche Disziplinarmassnahmen bis hin zu einer Kündigung.

Grundsatz: Arbeit bleibt Arbeit – unabhängig vom Ort

Die Kernfrage lautet: Ist eine Workation arbeitsrechtlich gesehen reguläre Arbeitszeit, oder handelt es sich ganz oder teilweise um Ferien?

Im Schweizer Arbeitsrecht ist der Ort der Arbeitserbringung für die Beurteilung der Frage, ob Arbeit erbracht wird, nicht zentral. Üblicherweise wird im Arbeitsvertrag ein bestimmter Arbeitsort vereinbart. Vorbehaltlich einer anderslautenden Vereinbarung im Arbeitsvertrag gilt aber: Wird die Arbeitspflicht durch Mitarbeitende erfüllt, also effektiv gearbeitet, handelt es sich um Arbeitszeit, unabhängig davon, ob diese im Büro, im Homeoffice oder eben während einer Workation am Strand erbracht wird. Das bedeutet, eine Workation ist grundsätzlich Arbeitszeit, wenn die Mitarbeitenden entweder produktiv arbeiten oder dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen müssen. Die Voraussetzungen dafür sind, dass die Arbeit wie üblich ortsunabhängig erbracht wird, die Erreichbarkeit sichergestellt ist und die Weisungen des Arbeitgebers eingehalten und erfüllt werden können. Die Weg- bzw. Reisezeit zum Ort der Workation stellt grundsätzlich keine Arbeitszeit dar.

Regelung der freien Zeit

Kommt es während der Workation zu einer Reduktion der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit (z.B. tägliche Halbtage oder ein zusätzlicher freier Wochentag), stellt sich die Frage nach einem Ferienbezug oder (unbezahlter) Freizeit. In diesen Fällen muss klar definiert und vereinbart werden, ob ein Teil der Workation als Ferienbezug angerechnet wird.

Werden während einer Workation Ferientage bezogen, sind diese als solche zu erfassen, und es besteht keine Arbeitspflicht des Mitarbeitenden. Arbeitgeber dürfen die Erreichbarkeit ihrer Mitarbeitenden während Ferientagen grundsätzlich nicht verlangen, weil dies den Erholungszweck der Ferien vereiteln kann. Wird eine ständige Erreichbarkeit auch während der Ferien erwartet und kommt es dennoch zu Arbeitseinsätzen, ist das heikel: Ferien dienen der Erholung, und das sollte nicht unterlaufen werden. Wenn Mitarbeitende während ihrer Ferien ständig erreichbar sein müssen, häufig gestört werden und letztlich effektiv arbeiten (Bearbeitung von E-Mails, Entgegennahme von Anrufen), kann dies zu einer Neuanrechnung der Ferientage führen. Davon ausgenommen ist die Erreichbarkeit und Beanspruchung nur in Notfällen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsbetrieb stehen. Für Arbeitnehmer in leitenden Positionen oder im Kader darf ein grosszügigerer Massstab gelten.

Alternativ kann die Reduktion der Arbeitszeit während der Workation als Abbau bzw. Kompensation von aufgelaufenen Zeitguthaben (z.B. Überstunden, Überzeit, Gleitzeit) verwendet werden. Daneben besteht auch die Mög-