

INHALTSÜBERSICHT

Seite 1 | 1. Herausgabeanspruch auf Retrozessionen verjährt nach 10 Jahren

Seite 3 | 3. Die Freistellung im Arbeitsrecht

Seite 4 | 3. Arbeitsvertrag und Auftrag: Abgrenzung und ihre Folgen

Seite 7 | 4. Die fristlose Kündigung im Arbeitsrecht

1. Herausgabeanspruch auf Retrozessionen verjährt nach 10 Jahren

Nachdem sich das Bundesgericht bereits verschiedene Male mit dem Thema «Retrozessionen» auseinandergesetzt hatte, hat es nun mit Urteil vom 16. Juni 2017 eine weitere, seit Jahren strittige Frage geklärt:

1.1. Rechtsprechung zum Thema Retrozessionen

Das Bundesgericht hatte sich in den letzten 11 Jahren verschiedentlich mit der Behandlung von Retrozessionen, d.h. mit Zahlungen, die ein Beauftragter im Zusammenhang mit einem Auftrag von Dritten erhält, auseinandergesetzt. Im Jahre 2006 hatte das Bundesgericht zunächst entschieden, dass vom Beauftragten entgegengenommene Retrozessionen, welche dieser von einem Dritten erhält, dem Auftraggeber herauszugeben hat. Die vom Bundesgericht damals beurteilte Konstellation betraf einen Vermögensverwalter, welcher das Vermögen eines Kunden verwaltete. Mit diesem Kundenvermögen, welches bei verschiedenen Banken deponiert war, hatte der Vermögensverwalter Wertschriftentransaktionen getätigt. Für jede getätigte Transaktion erhob die Bank eine Gebühr. Einen Teil dieser Gebühr zahlte sie dann dem Vermögensverwalter als «Retrozession» aus. Das Bundesgericht hatte diesbezüglich entschieden, dass solche Provisionen dem Kunden herauszugeben seien. Der Vermögensverwalter solle ausser seiner Entschädigung, welche er vom Kunden erhielt, keine anderen Gelder im Zusammenhang mit dem Auftrag des Kunden einnehmen. Wenn man solche Gelder dem Vermögensverwalter überliesse, so bestehe die Gefahr eines Interessenskonflikts, da der Vermögensverwalter geneigt sein könnte, seine eigenen Gewinninteressen über die Interessen des Kunden zu stellen.

In einem zweiten Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit der Frage befasst, ob ein Kunde auf die Herausgabe dieser Gelder verzichten könne. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass auf die Herausgabe nur unter bestimmten Umständen verzichtet werden könne, nämlich dann, wenn der Kunde vorab sowohl über den Anfall solcher Retrozessionen als auch über deren Umfang aufgeklärt wurde.



Rolf Kuhn

«Die Frage, ob der Anspruch auf Herausgabe von Retrozessionen nach fünf oder zehn Jahren verjährt, ist nun geklärt. Gemäss Bundesgericht beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre.»

Schliesslich hatte das Bundesgericht in einem dritten Urteil festgestellt, dass auch Retrozessionen, die innerhalb eines Bankkonzernes einer Tochtergesellschaft an eine andere Tochtergesellschaft, welche Kundenvermögen gestützt auf einen Vermögensverwaltungsvertrag verwaltet, ausbezahlt werden, dem Kunden herauszugeben sind.

Alle drei Urteile stiessen sowohl in der Fachpresse wie auch in der Tagespresse auf reges Interesse. Offen geblieben war seit 2006 aber die Frage, ob der Anspruch auf Herausgabe solcher Retrozessionen nach 5 oder nach 10 Jahren verjährt und wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

1.2. Anspruch verjährt nach 10 Jahren

In einem Fall, welche die Konstellation betraf, bei welcher eine Transportorganisation von einer Beratungsgesellschaft Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Versicherungen bezog und die Beratungsgesellschaft dann von den Versicherungsgesellschaften wiederum Retrozessionen erhielt, welche das Transportunternehmen herausverlangte, wurde die Verjährungsfrage nun entschieden. Das Transportunternehmen verlangte Retrozessionen heraus, welche die Beratergesellschaft vor über fünf Jahren verinnahmte. Es stellte sich die Frage, ob dieser Anspruch nach Ablauf von 5 Jahren verjährt ist, oder ob die 10jährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommt.

In der Rechtslehre und teilweise auch in der Rechtsprechung wurde die Ansicht vertreten, dass der Herausgabeanspruch nach 5 Jahren verjährt. Begründet wurde dies damit, dass periodisch ausgerichtete Leistungen gemäss Art. 128 OR nach fünf Jahren verjähren. Bei Retrozessionen handle es sich um solche periodischen Leistungen. Auf der anderen Seite wurde argumentiert, dass Retrozessionen keine periodischen Leistungen seien und folglich die 10-jährige Frist zur Anwendung komme.

Das Bundesgericht hat sich nun dafür ausgesprochen, dass die 10-jährige Verjährungsfrist zur Anwendung gelangt. Der Herausgabeanspruch entstehe aufgrund der Tatsache, dass der Beauftragte vermögensmässige oder andere Vorteile vom Dritten erhalte. Jede Herausgabepflicht beruhe damit auf einer separaten Grundlage. Es handle sich nicht um periodische Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (was die Voraussetzung für die Anwendung der fünfjährigen Frist gewesen wäre).

1.3. Beginn der Verjährungsfrist

Nebst der Frage, ob nun auf die 5- oder die 10-jährige Verjährungsfrist abzustellen ist, war auch die Frage, wann die Verjährungsfrist überhaupt zu laufen beginnt, strittig. In der Lehre wurde teilweise die Ansicht vertreten, dass die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnen könne, wenn dem Auftraggeber Rechenschaft über die angefallenen Retrozessionen erteilt worden sei. Andere fanden wiederum, dass die Verjährung erst mit Beendigung des Auftrages zu laufen beginne. Das Bundesgericht hat nun festgestellt, dass die Verjährungsfrist mit Zugang einer jeden Retrozession beim Beauftragten zu laufen beginnt. Mit Zugang der Retrozession entstehe eine Informations- und Herausgabepflicht. Für diese gelte eine 10jährige Frist ab Entstehung. Für den Herausgabeanspruch müsse die gleiche Frist und der gleiche Fristenbeginn gelten.

1.4. Bedeutung des Urteils

Die Tragweite des Urteils dürfte nicht zu unterschätzen sein, da somit (aktuell) noch Retrozessionen, welche zwischen den Jahren 2007 – 2017 angefallen sind, herausverlangt werden können und nicht nur solche, welche zwischen 2012 – 2017 vom Beauftragten eingenommen wurden.

Im Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob ein Auftraggeber in der Vergangenheit rückwirkend auf den Herausgabeanspruch rechtsgültig verzichtet hat. Solche Verzichtserklärungen hatten grössere Bankinstitute ab ca. 2007 von Kunden regelmässig einverlangt. Wo diese Verzichte rechtsgültig abgegeben wurden, kann heute kein Anspruch mehr geltend gemacht werden.

2. Die Freistellung im Arbeitsrecht

Die Freistellung ist ein im Arbeitsvertragsrecht verwendeter Begriff, mit welchem die freiwillige Entbindung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht bezeichnet wird, ohne dass die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dahinfällt. Sie ist gesetzlich nicht geregelt, wird in der Praxis jedoch häufig angewendet und ist zulässig. Eine Freistellung wird in der Regel im Zusammenhang mit einer Kündigung bzw. im Hinblick auf das bevorstehende Vertragsende ausgesprochen, muss dies aber nicht. Möglich ist auch eine vorübergehende Freistellung mit dem generellen Zweck, den Arbeitnehmer von der Arbeit fernzuhalten. Sei dies zu Gunsten des Arbeitnehmers, um ihm zusätzliche bezahlte Freitage zu gewähren oder aber auch, um bei allfälligen Unstimmigkeiten im Team Ruhe einkehren zu lassen. Zumeist wird die Freistellung aber im Zusammenhang mit einer Kündigung ausgesprochen. Die Freistellung ist dabei von der fristlosen Kündigung zu unterscheiden. Bei der Freistellung ist das Anstellungsverhältnis während der Zeit der Freistellung im Gegensatz zur fristlosen Kündigung nicht beendet. Das Anstellungsverhältnis läuft während der Freistellung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiter. Freigestellt werden vorwiegend leitende Angestellte, Personen mit viel Kundenkontakt oder Mitarbeiter, welche Zugang zu heiklen, betriebsinternen Daten hatten.

2.1. Was ist bei einer Freistellung im Zusammenhang mit einer Kündigung zu beachten?

Zunächst ist festzuhalten, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf den vollen Lohn hat, d.h. er ist so zu stellen, wie wenn er arbeiten würde. Geschuldet sind demnach auch Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen, ein Anteil am 13. Monatslohn, Provisionen, feste Zulagen oder auch ein Geschäftsfahrzeug, das privat genutzt werden darf.

Wichtig ist, dass Klarheit darüber besteht, ob es sich bei der Freistellung um eine bedingungslose Freistellung handelt, oder ob sich der Arbeitnehmer für gewisse Tätigkeiten nach wie vor zur Verfügung halten muss (sog. Abrufsvorbehalt). Beides ist möglich. Ist ersteres der Fall, so ist der Arbeitnehmer gänzlich von

seiner Pflicht entbunden, seine Arbeit anzubieten, und er kann auch nicht zur Arbeit zurückgerufen werden. Im zweiten Fall kann der Arbeitnehmer zur Arbeit zurückgerufen werden. Der Abruf muss jedoch zumutbar sein. Es muss deshalb klar definiert werden, zu welchen Zeiten sich der Arbeitnehmer zur Verfügung halten muss. Es ist daher angezeigt, u.a. die Ferien des Arbeitnehmers bereits vorgängig für die Zeit der Freistellung zu regeln.



Stefanie Wimmer

«Wichtig ist, dass Klarheit darüber besteht, ob es sich bei der Freistellung um eine bedingungslose Freistellung handelt, oder ob sich der Arbeitnehmer für gewisse Tätigkeiten nach wie vor zur Verfügung halten muss (sog. Abrufsvorbehalt).»

Zu den Ferien ist weiter anzumerken, dass diese während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, mithin auch während der Freistellungszeit, nicht durch Geldleistungen abgegolten werden dürfen (Art. 329d Abs. 2 OR). Aus diesem Grund sind noch offene Ferienansprüche grundsätzlich während der Freistellungszeit zu kompensieren. Da der Arbeitnehmer während der Freistellung aber auch Zeit für die Stellensuche aufwenden muss, muss die Freistellungszeit die Feriendauer klar übersteigen, ansonsten der Erholungseffekt nicht gewährleistet wäre. Als Faustregel gilt, dass eine Kompensation zumutbar ist, solange das Ferienguthaben nicht mehr als ein Drittel bis die Hälfte der Freistellungszeit beträgt. Ist eine Kompensation aus trifti-

gen Gründen (z.B. wegen einer intensiven Stellensuche) nicht möglich bzw. dem Arbeitnehmer nicht zumutbar, sind die Ferien auszuzahlen.

Weiter ist auch die Handhabung eines allfälligen Überstundenguthabens zu regeln. Von Gesetzes wegen ist eine Kompensation von Überstunden durch Freizeit nur im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer möglich. Sie kann daher auch bei einer Freistellung nicht einseitig vom Arbeitgeber aufgezwungen werden. Besteht also keine arbeitsvertragliche Abmachung, wonach Überstunden durch Freizeit abgegolten werden, kann der Arbeitnehmer auf einer Auszahlung beharren.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Freistellung zwar den Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht befreit, nicht aber von seinen Nebenpflichten wie der Treue- oder Herausgabepflicht. Der Arbeitnehmer hat also trotz Freistellung jegliche konkurrenzierenden Tätigkeiten zu unterlassen, nach wie vor seiner Geheimhaltungs- und Informationspflicht nachzukommen sowie schädigende Handlungen zu vermeiden.

Ist die Freistellung bedingungslos, darf der freigestellte Arbeitnehmer grundsätzlich während der Zeit der Freistellung eine neue Stelle antreten, soweit er damit seinen Arbeitgeber nicht konkurrenziert. Ein Anspruch auf doppelte Lohnzahlung besteht jedoch nicht. Der Arbeitnehmer hat sich damit ein allfälliges Dritteinkommen anzurechnen.

2.2. Form der Freistellung

Die Freistellung ist eine einseitig vom Arbeitgeber ausgesprochene Willensäußerung, die formlos erfolgen kann. Vorausgesetzt ist lediglich, dass sie klar und unmissverständlich ist. Die Freistellung kann mündlich, schriftlich (Briefform, E-Mail oder SMS) oder stillschweigend (z.B. durch Anweisung der Rückgabe der Arbeitsgeräte und Schlüssel) geäußert werden.

Seitens des Arbeitnehmers ist jedenfalls aber eine schriftliche Abfassung der Freistellung und der damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten zu empfehlen. Es ist nämlich am Arbeitnehmer, die Freistellung zu beweisen. Kann er das im Bestreitungsfall

nicht, so besteht die Gefahr, dass er infolge nicht erbrachter Arbeitsleistung seinen Lohnanspruch verliert und schadensersatzpflichtig wird.

2.3. Fazit

Eine Freistellung ist üblich und zulässig. Sie ist aber nicht zu verwechseln mit einer fristlosen Kündigung. Im Gegensatz zur fristlosen Kündigung bleibt das Arbeitsverhältnis während der Freistellungsdauer nämlich bestehen, weshalb mit Ausnahme der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers alle Pflichten des Arbeitsverhältnisses bestehen bleiben.

Die Freistellung ist sinnvollerweise schriftlich abzufassen und es sind folgende Aspekte unmissverständlich zu klären:

- Lohnanspruch des Arbeitnehmers
- Art der Freistellung (bedingungslos oder nicht)
- Kompensation/Auszahlung des Zeitguthabens (Ferien, Überstunden)
- Weitergeltung Nebenpflichten

3. Arbeitsvertrag und Auftrag: Abgrenzung und ihre Folgen

Von den Verträgen, die das Erbringen einer Arbeitsleistung betreffen, behandelt das Schweizer Recht insbesondere den Arbeitsvertrag und den Auftrag. Vordergründig regeln beide dasselbe, nämlich die Erbringung von Arbeitsleistung durch eine Person für eine andere. Dessen ungeachtet knüpft das Gesetz an die beiden Vertragsverhältnisse unterschiedliche Rechtsfolgen, wobei diejenigen beim Arbeitsvertrag umfassender geregelt sind und aufgrund ihres oft zwingenden Charakters die Gestaltungsfreiheit der Parteien teilweise wesentlich einschränken. Zusätzlich sind beim Arbeitsvertrag vor allem sozialversicherungsrechtliche Aspekte zu beachten.

Um sich die Gestaltungsfreiheit und Flexibilität des Auftragsrechts zu Nutzen machen zu können und die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Folgen zu vermeiden, ist es daher vor allem im Bereich planender und beratender Tätigkei-

ten ein beliebtes Vorgehen der Beteiligten, dass die Arbeitsleistung im Rahmen eines Auftrags statt eines Arbeitsvertrags erbracht wird. In diesem Zusammenhang muss jedoch beachtet werden, dass im Schweizer Recht der Grundsatz gilt, dass sich ein Rechtsverhältnis nicht anhand seiner Bezeichnung, sondern anhand seines tatsächlichen Inhalts bemisst.



Martin Kern

«Markantes Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag ist die beidseitig zwingende Möglichkeit, den Auftrag jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen zu können, ohne dass hierfür ein Grund nötig wäre.»

Dies kann zur Folge haben, dass ein Vertrag, den die Parteien zwar als Auftrag bezeichnen, der aber alle für einen Arbeitsvertrag wesentlichen Elemente enthält, entgegen der Absicht der Parteien als Arbeitsvertrag und nicht als Auftrag qualifiziert wird, mit allen dazugehörigen weiteren Rechtsfolgen und -pflichten. Ist es daher die Absicht der Beteiligten, dass Arbeitsleistung im Rahmen eines Auftrags erbracht werden soll, müssen sie sicherstellen, dass ihre Rechtsbeziehung nur beschränkt arbeitsvertragliche Merkmale aufweist. Zeugnis dafür, dass dies nicht immer gelingt, ist die arbeitsrechtliche Rechtsprechung (auch die des Bundesgerichts), die sich regelmässig mit ebensolchen Abgrenzungsfragen beschäftigt. Es soll im Folgenden aufgezeigt werden, wie die Abgrenzung vorgenommen wird und was die unterschiedlichen Rechtsfolgen sind.

3.1. Arbeitsvertrag

Der Arbeitsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass sich auf der einen Seite der Arbeitnehmer verpflichtet, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit im Dienst des Arbeitgebers Arbeit zu leisten. Auf der anderen Seite verpflichtet sich der Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohns. Wesentlich für den Arbeitsvertrag ist vor allem, dass der Arbeitnehmer im Dienst des Arbeitgebers steht. Der Arbeitnehmer befindet sich mithin in einem sogenannten Subordinationsverhältnis zum Arbeitgeber, das sich in einer betrieblichen, persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber äussert. So gliedert sich der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation ein und ist an die Weisungen des Arbeitgebers gebunden. Typische Merkmale für eine solche Subordination sind u.a. ein vorgegebener Arbeitsplatz, der sich regelmässig in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers befindet, vorgegebene Arbeitszeiten, durch den Arbeitgeber zur Verfügung gestelltes Arbeitsgerät und -material, eine umfassende Rechenschaftspflicht des Arbeitnehmers bzw. eine Kontrolle durch den Arbeitgeber. Umgekehrt trägt der Arbeitnehmer kein direktes Unternehmerrisiko: Er tritt nicht mehr selber auf dem Markt auf, sondern überlässt die Umsatzgenerierung mittels Nutzung seiner Arbeitskraft dem Arbeitgeber (dies mit Einschränkungen in denjenigen Fällen, in denen Provisionen oder ein Akkordlohn vereinbart werden).

3.2. Auftrag

Auch der Beauftragte ist an Weisungen des Auftraggebers gebunden und untersteht der Kontrolle durch diesen, dies aber jeweils weniger direkt und intensiv als ein Arbeitnehmer; es fehlt eine eigentliche und direkte Aufsicht. Ebenso fehlt das für ein Arbeitsverhältnis typische Subordinationsverhältnis. Sodann trägt der Beauftragte sein eigenes Unternehmerrisiko, d.h. er ist selber für die Umsatzgenerierung durch Anbietung seiner Arbeitskraft am Markt verantwortlich. Dies tut er eingebettet in seine eigene Organisation, mittels eigener Ressourcen und selbständiger Allokation derselben. Auftragsverhältnisse bestehen daher vor allem im Bereich geistiger Tätigkeiten wie bei Ärzten, Architekten, Juristen sowie allgemein Beratern.

3.3. Abgrenzung und Folgen der unterschiedlichen Qualifikation

Wie in rechtlichen Fragen üblich, interessieren weniger die eindeutigen Arbeitsverträge bzw. Aufträge. Anlass zum Streit geben viel eher diejenigen Rechtsverhältnisse, die Elemente beider Vertragsarten enthalten. Zu denken ist bspw. an einen hochqualifizierten Experten, der aufgrund seiner Expertise weitgehend ohne Weisung und Kontrolle durch seinen Arbeitgeber tätig ist, allenfalls sogar in grösserem Umfang ausserhalb der Arbeitgeberräumlichkeiten. Ebenso stellt sich die Frage beim Beauftragten, der längere Zeit (fast) nur für einen einzigen Auftraggeber tätig ist und für diesen Auftraggeber sehr spezifische Leistungen erbringt, unter regelmässigem Austausch zwischen den beiden. Da, wie einleitend erwähnt, an die beiden Vertragsarten unterschiedliche Rechtsfolgen anknüpfen, die aufgrund ihres teilweise zwingenden Charakters von den Parteien beachtet werden müssen und die im Falle einer Verletzung unter Umständen erhebliche finanzielle Konsequenzen haben können, ist es essenziell, die Qualifikation korrekt vorzunehmen. Vor allem auf drei wesentliche Unterschiede in den Rechtsfolgen soll hingewiesen werden.

Markantes Unterscheidungsmerkmal ist die beidseitig zwingende Möglichkeit, den Auftrag jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen zu können, ohne dass hierfür ein Grund nötig wäre (mit gewissen Vorbehalten, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgt und der Vertragspartner dadurch in eine für ihn unhaltbare Situation gerät). Dies ermöglicht es jeder Partei, auch kurzfristig, die Arbeitsleistung zu beenden und so sehr flexibel auf geänderte Bedürfnisse reagieren zu können. Demgegenüber sieht das Arbeitsrecht einen umfassenden Normenkomplex vor, der vorschreibt, mit welchen Fristen ein Arbeitsvertrag gekündigt werden kann und in welchen Perioden dies nicht gestattet ist. Eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit mit sofortiger Wirkung ist hier nur möglich, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, welche eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen (bspw. aufgrund schwerwiegender Verfehlungen des Arbeitnehmers). Ansonsten ist ein Arbeitsverhältnis nur mit Zustimmung beider Parteien kurzfristig beendbar.

Sodann sieht das Gesetz aufgrund der Einbindung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers und die Begründung eines Subordinationsverhältnisses eine umfassende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zugunsten des Arbeitnehmers vor. Daraus folgt die Pflicht des Arbeitgebers, um das Wohlbefinden des Arbeitnehmers ganz allgemein besorgt zu sein. Zusätzlich sieht das Gesetz ausdrücklich weitere spezifische Massregeln zum Arbeitnehmerschutz vor. So steht dem Arbeitnehmer ein zwingender Ferienanspruch zu. Die maximal zulässige Arbeitszeit ist begrenzt. In gewissen Fällen der Arbeitsverhinderung besteht eine Lohnfortzahlungspflicht. Im Gegensatz hierzu fehlt eine solche Fürsorgepflicht im Falle eines Auftrags. Aufgrund der Selbständigkeit des Auftragnehmers handelt es sich beim Auftrag um ein Vertragsverhältnis, in dem sich die Parteien auf gleicher Augenhöhe begegnen, und die soeben genannten Schutzvorkehrungen können daher entbehrt werden.

Zum Dritten bestehen unterschiedliche sozialversicherungsrechtliche Folgen, namentlich im Bereich der Vorsorge (AHV/IV/EO, Arbeitslosenversicherung, Familienzulage und BVG) und der Unfallversicherung. Erneut liegt es aufgrund seiner Selbständigkeit in der eigenen Verantwortung des Auftragnehmers, sich um seine sozialversicherungsrechtlichen Belange zu kümmern. Umgekehrt ist der Arbeitgeber gehalten, bestimmte sozialversicherungsrechtliche Pflichten zu erfüllen. Dies umfasst zum einen die finanzielle Pflicht des Arbeitgebers, Versicherungsbeiträge für seinen Arbeitnehmer zu bezahlen; zum anderen die administrative Pflicht, die Beiträge des Arbeitnehmers vom Lohn abzuziehen und an die Sozialversicherung zu überweisen.

3.4. Fazit

Demnach ergibt sich aus dem Obengesagten, dass der Auftrag das flexiblere und bzgl. Pflichten leichtgewichtigeres Rechtsverhältnis ist. Darauf ist denn auch der Umstand zurückzuführen, dass oft versucht wird, die Erbringung von Arbeitsleistung als Auftrag zu qualifizieren. Wie eingangs erwähnt, besteht bei einem solchen Vorgehen jedoch die Gefahr, dass aufgrund des

tatsächlichen Inhalts der Vertragsbeziehung diese entgegen der Bezeichnung und Absicht der Parteien dennoch als Arbeitsverhältnis qualifiziert wird. Dies kann im Beendigungsfall schwerwiegende finanzielle Folgen vor allem für den vermeintlichen Auftraggeber und tatsächlichen Arbeitgeber haben: Nicht geleistete Sozialversicherungsbeiträge müssen nachgezahlt werden, Ausgleichszahlungen für Ferien und Überstunden müssen geleistet werden sowie allenfalls Schadenersatz bei Nichteinhalten der arbeitsrechtlichen Kündigungsvorschriften. Es lohnt sich daher, den Rahmen für das Erbringen von Arbeitsleistung von Fall zu Fall sorgfältig abzuklären, vor allem wenn es sich um ein langfristiges Auftragsverhältnis handelt, das sehr auftraggeberspezifische Tätigkeiten umfasst und die wesentliche Beschäftigung des Beauftragten darstellt. Andernfalls drehen sich die erhofften Vorteile des Auftrags in die Nachteile des nicht richtig erkannten Arbeitsvertrags.

4. Die fristlose Kündigung im Arbeitsrecht

4.1. Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses

Die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gibt in der Praxis häufig Anlass zu Streitigkeiten. Sie ist in Art. 337 Abs. 1 OR geregelt. Gemäss dieser Regelung kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist («fristlos») aufgelöst werden.

Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigendem nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Eine Unzumutbarkeit wird in der Praxis allerdings nur zurückhaltend angenommen. Lediglich schwerwiegende Verfehlungen des Arbeitnehmers vermögen eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Wichtige Gründe können beispielsweise Straftaten am Arbeitsplatz, wiederholte und generelle Arbeitsverweigerung, konkurrenzierende Tätigkeit, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Annahme von Schmiergeldern, Tätlichkeiten und Beleidigungen gegen Vorgesetzte oder Arbeitskollegen (sofern es sich nicht lediglich um Bagatelldfälle handelt) bilden. Bei

Verfehlungen, welche diese Intensität nicht erreichen, ist eine fristlose Kündigung in der Regel nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer vorgängig abgemahnt worden ist. Das heisst, dass bei einer ersten solchen Verfehlung eine formelle Verwarnung vorgenommen werden muss und der Arbeitnehmer auf die möglichen Konsequenzen (fristlose Entlassung) eines solchen Handelns hingewiesen wird.

In die Kategorie der «weniger schwerwiegenden Verfehlungen» fallen beispielsweise verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz, einmaliges Wegbleiben vom Arbeitsplatz ohne guten Grund, übermässiges Führen von privaten Telefongesprächen und der Verstoss gegen die Weisungen des Arbeitgebers.

4.2. Umgehende Reaktion erforderlich

Tritt ein wichtiger Grund ein, so muss die fristlose Kündigung unverzüglich ausgesprochen werden. In der Regel ist eine fristlose Kündigung, die erst nach 3 Arbeitstagen seit Bekanntwerden des wichtigen Grundes ausgesprochen wird, nicht mehr zulässig. Die Überlegung hinter dieser Befristung ist diejenige, dass ein Zuwarten des Arbeitgebers indiziert, dass die Verfehlungen eben doch nicht von solch schwerwiegender Tragweite waren, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar gewesen wäre. Bei grösseren Arbeitgebern, in welchem formale Prozesse eingehalten oder wenn besondere Abklärungen getroffen werden müssen, ist ein längerer Zeitraum denkbar. Die fristlose Kündigung ist nur gerechtfertigt, wenn der angerufene Grund auch zutrifft. Demgemäss ist dem Arbeitgeber auch ein gewisser Zeitraum einzuräumen, während dem er die notwendigen Abklärungen vornehmen kann, um dann letztlich sicher zu sein, dass sich die Tatsachen, welche den wichtigen Grund setzen, auch zutreffen.

Im öffentlichen Recht wird das Kriterium der zeitlichen Befristung nicht per se angewendet, einerseits, weil dem Arbeitnehmer das rechtliche Gehör einzuräumen ist und in der öffentlichen Verwaltung formelle Prozesse eingehalten werden müssen, die eine gewisse Zeitdauer in Anspruch nehmen.

4.3. Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung

Streitfälle ergeben sich in der Praxis häufig rund um die Frage, ob eine fristlose Kündigung tatsächlich gerechtfertigt war oder nicht. Die Folgen einer ungerechtfertigten Fristloskündigung sind relativ drastisch. Abgesehen davon, dass dem Arbeitnehmer der Lohn bezahlt werden muss, den er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (inkl. variable Lohnbestandteile etc.), kann der Arbeitgeber auch verpflichtet werden, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung von bis zu 6 Monatslöhnen auszurichten.



Dr. Peter Lutz

«Tritt ein wichtiger Grund ein, so muss die fristlose Kündigung unverzüglich ausgesprochen werden.»

Wie erwähnt ist die fristlose Kündigung nur aus wichtigen Gründen möglich. Wann ein wichtiger Grund vorliegt, hängt vom Einzelfall ab und ist letztlich bis zu einem gewissen Grade auch eine Ermessens- und Wertungsfrage. Wird die fristlose Kündigung nicht akzeptiert und kommt ein Richter zum Schluss, dass ein wichtiger Grund nicht vorgelegen habe, können für den Arbeitgeber somit gravierende, finanzielle Nachteile eintreten. Ein vorsichtiger Arbeitgeber wird daher vom Instrument der fristlosen Kündigung nur in absoluten Ausnahmefällen Gebrauch machen.

4.4. Freistellung

Eine Variante zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildet die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist mit unverzüglicher Freistellung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat dem gekündigten Arbeitnehmer zwar den Lohn bis zur ordentlichen Kündigungsfrist auszurichten, er hat aber ein geringeres Risiko, dass er noch weitere Entschädigungen von bis zu 6 Monatslöhnen ausrichten muss.

4.5. Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer

Das Recht zur fristlosen Kündigung steht auch dem Arbeitnehmer zu. Als Umstände, welche dem Arbeitnehmer die Fortführung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen, gelten beispielsweise Tätlichkeiten und Beschimpfungen, sexuelle Übergriffe, schwerwiegende und anhaltende Verstösse gegen Vorschriften über den Gesundheitsschutz und ähnliches. Auch grössere und wiederholt auftretende Lohnausstände oder die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, berechtigen den Arbeitnehmer zur fristlosen Kündigung.

Lutz Partner Rechtsanwälte AG
Stockerstrasse 34
Postfach 1905
8027 Zürich
T +41 44 368 50 50

Team



Dr. Peter Lutz, LL.M.



Dr. Irene Biber



lic. iur. Rolf Kuhn, LL.M.



Martin Kern, M.A. HSG



Stefanie Wimmer, MLaw
Lutz Partner Rechtsanwälte AG