

Herzlich Willkommen

bratschi  
wiederkehr  
& buob

Angela Hensch, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht



bratschi  
wiederkehr  
& buob

Aufhebungsvereinbarung –  
mit der Trennung Klarheit schaffen

## Übersicht

- Trennungsgründe
- Zulässigkeit Aufhebungsvereinbarung
- Einseitige Freistellung: Ausgewählte Fragen
- Schranken Vergütungsverordnung

3

## Häufigste Trennungsgründe

- Restrukturierung
- Persönliche Chemie
- Personalabbau
- Leistung und Verhalten
- Interne Umpositionierung

4

## Zulässigkeit Aufhebungsvereinbarung

### Allgemeines

- Vertragsfreiheit erlaubt, Arbeitsverhältnis statt durch einseitige Kündigung durch zweiseitige Vereinbarung zu beenden
- Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung Aufhebungsvereinbarung
- Aufhebungsvereinbarung hebt Arbeitsverhältnis als Ganzes zum vereinbarten Termin auf und regelt Modalitäten der Beendigung
- Aufhebungsvereinbarung ist keine Kündigung  
→ Kein Kündigungsschutz

## Motive

- Nichteinhalten von Kündigungsfristen und –terminen
- Loswerden Makel Kündigung
- Selbstbestimmung und Verantwortung bei Mitarbeitendem
- Ausschalten Kündigungsschutz
- Vergleichsweise und endgültige Erledigung von Trennungsstreitigkeiten
- Grössere Rechtssicherheit
- Vermeiden von Prozessen
- Vermeiden von Reputationsschäden

7

## Abgrenzungen

- Abwicklungsvereinbarung (Austrittsvereinbarung): Setzt Beendigung Arbeitsverhältnis durch Kündigung voraus und regelt Folgen
  - Freistellungsvereinbarung: Form Abwicklungsvereinbarung nach erfolgter Kündigung; regelt Modalitäten Freistellung
    - Hat nichts mit Beendigung Arbeitsverhältnis zu tun, setzt diese voraus
  - Kündigung mit (einseitiger) Freistellungserklärung
    - Weder Beendigung Arbeitsverhältnis noch Modalitäten Freistellung vereinbart
- ➡ In all diesen Fällen gilt bei Arbeitgeberkündigung Kündigungsschutz

8

## Zulässigkeit

- Uneinheitliche Meinungen in Lehre und Praxis; Inkonsistenz Rechtsprechung Bundesgericht
- Aus neueren Praxis ergibt sich:
  - Arbeitsvertrag kann durch im gegenseitigen Einverständnis abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung jederzeit ohne Einhaltung von Kündigungsfrist oder fester Vertragsdauer beendet werden
  - Art. 341 Abs. 1 OR (Verzichtsverbot) verbietet Abschluss Aufhebungsvereinbarung grundsätzlich nicht; falls Verzicht auf bestehende Ansprüche → angemessener Vergleich nötig

9

- Aufhebungsvereinbarung darf nicht dazu dienen, zwingende Gesetzesbestimmungen zu umgehen bspw.
  - Kündigungsfrist
  - Sperrfrist
  - Wichtiger Grund für fristlose Kündigung
- Gesetzesumgehung wird ausgeschlossen, wenn beide Parteien auf Rechte verzichten, so dass es sich um echten Vergleich mit gegenseitigem Nachgeben (beidseitigen Konzessionen) handelt, der nicht nur Arbeitgebendem Vorteile bringt
- Einzelfallprüfung erforderlich
- Massgebend für Beurteilung ist Zeitpunkt Abschluss Aufhebungsvereinbarung

10

## Urteile Bundesgericht

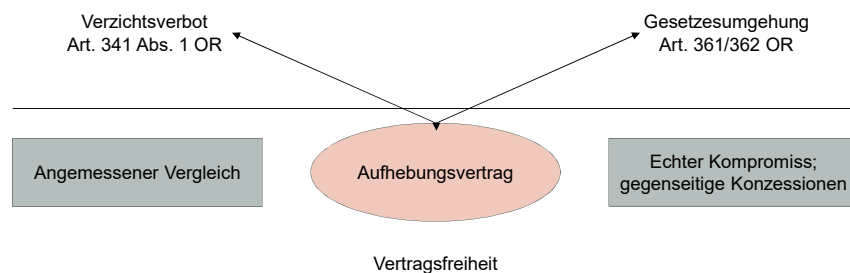
- **4A\_103/2010 E.2.2:**

«Ein Vertrag über die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses kann zulässig sein, sofern er nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führt (BGE 119 II 449 E. 2a S. 450; 118 II 58 E. 2a S. 60 mit Hinweisen). [...] Ist ein übereinstimmender Wille, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erstellt, ist für die Gültigkeit einer derartigen Vereinbarung, soweit sie einen Verzicht auf Ansprüche aus zwingendem Recht bedeutet, zusätzlich vorausgesetzt, dass der Aufhebungsvertrag einen echten Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen (BGE 118 II 58 E. 2b S. 61 mit Hinweisen).»

- **4A\_563/2011 E.4.1:**

«Der Aufhebungsvertrag bedarf daher einer Rechtfertigung durch die Interessen des Arbeitnehmers (Urteil 4C.230/2005 vom 1. September 2005 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Es ist folglich stets zu prüfen, was der mutmassliche Verzicht des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer tatsächlich bedeutet (Urteil 4C.37/2005 vom 17. Juni 2005 E. 2.2). Im Einzelfall hat eine Interessenabwägung zu erfolgen, wobei zu beurteilen ist, ob die beidseitigen Ansprüche, auf die verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind (Urteil 4C.27/2002 vom 19. April 2002 E. 3, in: SJ 2003 I S. 220).»

11



12

## Zulässigkeit während Sperrfristen

- Aufhebungsvereinbarung kann auch während Sperrfristen nach Art. 336c OR abgeschlossen werden, falls keine Gesetzesumgehung, d.h. falls Arbeitgebender Zugeständnisse macht, die allfällige Nachteile Arbeitnehmender aufwiegen (angemessene Ersatzleistung nötig)

13

## «Per saldo aller Ansprüche» -Erklärung

- Vermutung gegenseitiger Verzicht auf Ansprüche
- Nur Ansprüche, die erklärende Partei kennt oder Erwerb wenigstens für möglich ansieht
- Nach Vertrauensprinzip Saldoerklärungen einschränkend auszulegen

14

## Zustandekommen

- Aufhebungsvereinbarung ist vorbehältlich abweichender vertraglicher Abreden formlos gültig und kann sogar stillschweigend erfolgen
- Willensübereinstimmung muss aber klar und unzweifelhaft sein; Zustimmung Arbeitnehmender darf, wenn er auf Rechte verzichtet, nicht leichthin angenommen werden
- Schweigen Arbeitnehmender auf Bestätigungsschreiben, wonach Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen beendet worden sei, genügt nicht als Zustimmung zu Aufhebungsvereinbarung

15

- Zustimmung kann auch nicht darin liegen, dass Arbeitnehmender sich gegen unrechtmässige Kündigung nicht zur Wehr setzt
- Einräumen einer genügend langen Überlegungsfrist, falls Aufhebungsvereinbarung von Arbeitgebendem vorgelegt wird («keine Überrumpelung»)
  - Zu empfehlen ist Schriftform und Bedenkfrist von mindestens einer Woche

16



## Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit

- Nicht geklärt
- Bundesgericht nahm in mehreren Entscheiden Nichtigkeit an, womit Aufhebungsvereinbarung keinerlei Wirkungen hatte
- Z.T. wird Beendigung Arbeitsverhältnis unter Erhaltung «umgangener» gesetzlicher Ansprüche angenommen

17

## Einzelfragen

- Wenn ohne Aufhebungsvereinbarung Arbeitgeberkündigung unausweichlich, keine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit (Art. 44 lit. b AVIV)  
→ Nachweis durch Arbeitnehmenden erforderlich
- Freiwillige Abgangsentschädigung bis zum höchsten versicherten Verdienst obligatorische Unfallversicherung (zur Zeit: CHF 148'200) bei Arbeitslosenversicherung nicht berücksichtigt (Art. 11a AVIG)
- Aufhebungsvereinbarungen sind keine Entlassungen → Keine Anwendung Vorschriften über Massenentlassung und Sozialplanverhandlungspflicht (Art. 335d ff. OR)

18

## Inhalt («Checkliste»)

- Einigung über Endtermin (per sofort / Zeitpunkt in Zukunft)
- Zu erledigende Tätigkeiten
- Rückgabepflichten
- Vereinbarte Freistellung
- Ferien-, Überstunden-, Überzeitkompensation bzw. Entschädigung
- Geheimhaltung / Konkurrenzverbot
- Anderweitig erzielter Verdienst (Anrechnung / Verzicht auf Anrechnung)
- Lohnansprüche (fix / variabel)
- Mitarbeiterbeteiligungspläne
- Pauschalspesen (echte / unechte)
- Sonderzahlungen

19

- Dienstaltersgeschenk
- Outplacement
- Arbeitszeugnis
- Niederlegung von Mandaten (Verwaltungsrat / Stiftungsrat)
- Stillschweigen
- Kommunikation
- Saldoerklärung

20

## Fall 1: Interessenlage bei Aufhebungsvereinbarung

Dem bei der Flieder Bank angestellten Niklaus Gilli wurde eine Aufhebungsvereinbarung unterbreitet, die verschiedene Abmachungen wie Enddatum, Freistellung, Ferienauszahlung und Abfindung enthielt. Nach der Unterzeichnung begab sich Niklaus Gilli in die Ferien, wo er einen Tauchunfall erlitt und für rund eine Woche arbeitsunfähig geschrieben wurde. Niklaus Gilli verlangte von der Arbeitgeberin eine Verlängerung der Kündigungsfrist.

21

## Wie entschied das Arbeitsgericht Zürich?

- Als Zugeständnisse der Arbeitgeberin gelten diejenigen Leistungen, die Niklaus Gilli bei einer ordentlichen Kündigung nicht zwingend erhalten hätte
- Zugeständnisse sind Freistellung, Ferienauszahlung und Abfindung
- Krankheits- bzw. Unfallrisiko musste nur mit einem Monatslohn «bilanziert» werden, da im Zeitpunkt der Unterzeichnung nicht besonders erheblich
  - Aufhebungsvereinbarung verschaffte zahlreiche Besserstellungen; Niklaus Gilli musste nur Krankheits- und Unfallrisiko tragen
  - Vereinbarung entspricht Interessenlage von Niklaus Gilli
  - Aufhebungsvereinbarung war gültig und die Klage wurde abgewiesen

22

## Einseitige Freistellung: Ausgewählte Fragen

### Allgemeines

- Freistellung = Befreiung Arbeitnehmender von Arbeitspflicht
- Nach h.A. ist einseitige Freistellung Anwendungsfall Annahmeverzug nach Art. 324 OR
- Anrechnungspflicht von während Freistellung realisierten Einsparungen oder von anderweitig erzieltm Verdienst (Art. 324 Abs. 2 OR)

## Lohn

- Fixlohn geschuldet, wie wenn gearbeitet würde
  - Variabler Lohn oder Lohnbestandteil geschuldet, wie wenn gearbeitet würde
    - Objektive Bemessungsgrößen
      - abstellen auf bisherige Berechnungsgrundlagen
      - ev. abstellen auf früheren Durchschnittslohn, falls Werte fehlen
    - Arbeitsleistung als Bemessungsgröße
      - abstellen auf Referenzperiode in Vergangenheit (6 – 12 Monate)
- Verfallklausel unzulässig

25

## Unechte Gratifikation

- Vergütung ist Grundsatz nach, nicht aber in Höhe versprochen
- Keine willkürlichen, sachfremden Motive
- Berücksichtigt werden dürfen z.B. Leistung, Status Arbeitsverhältnis (gekündigt oder nicht gekündigt), Geschäftsgang

## Echte Gratifikation

- Auf Ausrichtung kein Anspruch, egal ob arbeitend oder freigestellt

➡ Verfallklausel bei unechter und echter Gratifikation zulässig

26

## Pauschalspesen (Art. 327a Abs. 2 OR)

- Echte Pauschalspesen während Freistellung nicht geschuldet, weil Auslagen fehlen
- Unechte Pauschalspesen während Freistellung geschuldet, weil keine effektiven Auslagen gedeckt werden müssen → «versteckter Lohn»

27

## Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung

- Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a / Art. 324b OR, wenn Arbeitnehmender an Arbeitsleistung verhindert ist
- Bei Freistellung: Arbeitsverhinderung hat faktisch keine Auswirkung
- Aber Leistungsbereitschaft Arbeitnehmender ist Voraussetzung für Annahmeverzug nach Art. 324 OR
- Annahmeverzug entfällt für Dauer Arbeitsverhinderung
- Ob Arbeitnehmender für Dauer Arbeitsverhinderung Lohnfortzahlungsanspruch hat, beurteilt sich auch während «Freistellung» ausschliesslich nach Art. 324a / Art. 324b OR

28

## Ferien

- Gerichtspraxis: Massgebend Verhältnis zwischen (zu kompensierenden) Ferientagen und Freistellungstagen («Arbeitstage», nicht Kalendertage)
- Einzelfallbeurteilung erforderlich
- «Drittelsregel» als Faustregel
- Ferienbezugspflicht als Ausfluss Treuepflicht (Art. 321a OR)
  - Arbeitnehmender muss Ferientage nach Möglichkeit beziehen, ohne dass ausdrückliche Anordnung Arbeitgebender nötig wäre

29

## Auswirkungen Nichtigkeit Kündigung auf Freistellung (BGer 4A\_739/2012 vom 22. Mai 2013)

- Mit Nichtigkeit Kündigung verbundene Freistellung teilt deren Schicksal
- Arbeitnehmender muss Arbeit anbieten, um Lohnanspruch nicht zu verlieren

30

## Fall 2: Freistellung und Ferien

Fritz Model, 43-jähriger Abteilungsleiter der IT Flip AG, kündigte das Arbeitsverhältnis am 13. Mai 2016 per 31. August 2016. Da die Arbeitgeberin davon ausgeht, dass er zur Konkurrenz wechselt und diese sich ihm bekannte vertrauliche Daten nutzbar machen könnte, wird er mit Wirkung per 17. Mai 2016 freigestellt. Fritz Model verlangt nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung für 10 nicht bezogene Ferientage.

31

## Ist diese Forderung begründet?

- Das Bundesgericht erwog in BGE 128 III 282 f., dass der freigestellte Arbeitnehmende aufgrund seiner Treuepflicht zum Bezug seines Ferien Guthabens während der Freistellung nach Möglichkeit und unabhängig davon verpflichtet ist, ob der Arbeitgebende den Ferienbezug angeordnet hat oder nicht
- Massgebend ist das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungs- dauer zur Anzahl der offenen Ferientage
- Die Gerichtspraxis geht als Faustregel davon aus, dass ein Drittel der Freistellungs- dauer für den Ferienbezug verwendet werden darf
- Vorliegend war Fritz Model während 76 Arbeitstagen freigestellt. In dieser Zeit war es ihm grundsätzlich möglich, 10 Ferientage zu beziehen, da sein Ferienanspruch deutlich weniger als einen Drittel der Freistellungs- dauer ausmacht
- Eine Entschädigung für nicht real bezogene Ferien ist deshalb nicht geschuldet

32



## Schranken Vergütungsverordnung (VegüV)

### Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (Vergütungsverordnung, VegüV)

- In Kraft seit 1. Januar 2014
- VegüV geht widersprechenden Bestimmungen OR vor, gilt auch für Arbeitsvertragsrecht (Art. 1 Abs. 2 VegüV)
- Generalversammlung muss über Vergütungen VR und GL abstimmen (Art. 18 VegüV)
- Bestimmte Vergütungsarten sind verboten (Art. 20 VegüV)
- Strafandrohung (Art. 24 VegüV)
- Geltungsbereich
  - Arbeitgebender: Kotierte Schweizer AG (Art. 1 Abs. 1 VegüV)
  - Arbeitnehmender: VR und oberste Management-Ebene «C-Leute» (Art. 2 Ziff. 4 VegüV)

## Vergütung

- Geld und Wert von Sachleistungen, «Vergütung ist alles» (Art. 14 Abs. 2 VegüV)
- Brutto-Brutto (Vergütung erfasst auch Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge)

## Unzulässige Vergütung (Art. 20 VegüV)

- Abgangsentschädigung
- Vergütung im Voraus
- Statutarisch nicht vorgesehene Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge
- Statutarisch nicht vorgesehene Zuteilung von Beteiligungspapieren

35

## Spezialfälle bei Trennungen

- Unzulässig
  - Abgangsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 1 VegüV), davon erfasst i.d.R. auch Severance Payment
  - Change of Control-Clauses (Verlängerung von Kündigungsfristen oder zusätzliche Leistungen nach Kontrollwechsel)

36

- Zulässig
  - Transaktionsbonus, sofern innerhalb Vergütungspool resp. wenn GV nachträglich genehmigt
  - Bis Beendigung Arbeitsverhältnis geschuldete Vergütungen (Art. 20 Ziff. 1 VegüV)
  - Settlement Amount, sofern vom Arbeitnehmenden geltend gemachter Anspruch vertretbar und nicht von vornherein aussichtslos
  - Accelerated Vesting von Optionen und Aktien, sofern in Statuten erwähnt (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 VegüV)
  - Karenzentschädigung für Konkurrenzverbot, sofern ökonomisch begründbar (Abwägen Kosten Karenzentschädigung gegen Schädigungspotential), nur wenn:
    - Konkurrenzverbot durchsetzbar
    - Potentieller Schaden durch Tätigkeit bei Konkurrenzunternehmen
  - Verzicht auf Anrechnung Ersatzverdienst bei Freistellung

37

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

bratschi  
wiederkehr  
& buob

**Angela Hensch**  
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

Bratschi Wiederkehr & Buob AG  
Vadianstrasse 44, 9001 St. Gallen  
angela.hensch@bratschi-law.ch  
www.bratschi-law.ch

38