

Die Freistellung des Arbeitnehmers

DISSERTATION , . <

der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG)
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Staatswissenschaften

vorgelegt von
Alfred Blesi
von
Schwanden (Glarus)

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Thomas Geiser
und
Prof. Dr. Gabriel Aubert

Dissertation Nr. 2341

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	X
Abkürzungs- und Quellenverzeichnis	XVIII

Teil I: Rechtliche Qualifizierung der Freistellung

1. Begriff und Definition	1
1.1 Im Allgemeinen	1
1.2 Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht	1
1.3 Begriffsbildung	3
1.4 Erscheinungsformen	4
1.4.1 Freistellung durch den Arbeitgeber	4
1.4.1.1 Nach ordentlicher Kündigung und im befristeten Arbeits- Verhältnis	4
1.4.1.2 Vor Kündigung	5
1.4.1.3 Teilweise "Freistellung	5
1.4.1.4 Bedingte Freistellung	6
1.4.2 Einvernehmliche Freistellung	7
1.4.2.1 Im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung	8
1.4.2.2 "Bei" ungekündigtem Arbeitsverhältnis	8
1.5 Motive des Arbeitgebers für die Freistellung	10
1.5.1 Alternative zur fristlosen Entlassung	10
1.5.2 Vertrauensbruch	11
1.5.3 Ungenügende Leistung des Arbeitnehmers	12
1.5.4 Andere Motive	12
1.5.5 Arbeitgebermotive aus der Perspektive des Arbeitnehmers	13
1.6 Häufigkeit von Freistellungen in der Praxis	14
1.7 Eingrenzung und Definition	15
1.8 Resume: Notion et Definition	15

2. Rechtsnatur	16
2.1 Grundfrage	16
2.2 Freistellung als zweiseitiges Rechtsgeschäft	16
2.2.1 Freistellung als Offerte, zu einem Erlassvertrag	17
2.2.2 Bedeutung des Verzichts für die Vertragstheorie	17
2.2.3 Kritik an der Vertragstheorie	18
2.2.3.1 Verzichtsbegriff	18
2.2.3.2 Verzicht durch Nichtausüben eines subjektiven Rechts	19
2.2.3.3 Obliegenheit der Annahme der Arbeitsleistung	20
2.2.3.4 Abgrenzung und Konsensproblematik	21
2.3 Freistellung als einseitiges Rechtsgeschäft	23
2.4 Zwischenergebnis	24
2.5 Resume: Nature de la liberation du travailleur de l'obligation de travailler	25
3. Rechtsgrundlagen	25
3.1 Gesetzeslücke	25
3.2 Freistellungserklärung	26
3.2.1 Freistellungserklärung als Ausfluss des Weisungsrechts	26
3.2.2 Freistellungserklärung als Gestaltungsrecht sui generis	28
3.3 Freistellung	28
3.3.1 Art. 321a OR	29
3.3.2 Art. 324 OR	31
3.3.2.1 Art. 324 OR als arbeitsvertragliche Spezialnorm	31
3.3.2.2 Bedeutung des Arbeitsangebots im Annahmeverzug	33
a) Rechtsprechung zur Unentbehrlichkeit des Arbeitsangebots	33
b) Grundsatz und Ausnahmen	34
c) Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit des Arbeitsangebots	35
3.3.2.3 Exkurs: Wiederangebot der Arbeitsleistung nach Arbeitsunfähigkeit	37
a) ohne Freistellung	38
b) mit Freistellung	41
c) Fazit	43

3.3.2.4	Argumente für die Anwendung von Art. 324 OR auf die Freistellung	44
a)	Argumentation des Bundesgerichts	44
b) •	Argumentation kantonaler Instanzen	45
c)	Argumentation der Lehre	47
d)	Fazit	48
3.4	Zwischenergebnis	51
3.5	' Resume: Bases legales •	51
4.	Abgrenzung	52
4.1	Abgrenzung zur Kündigung	52
4.1.1	Ordentliche Kündigung	52
4.1.1.1	Sperrfristen nach Art. 336c OR	52
4.1.1.2	Sperrfristen nach Art. 336d OR	54
4.1.1.3	Freistellung als Kündigung?	54
4.1.1.4	Kündigung als Freistellung?	56
4.1.2	Ausserordentliche Kündigung	57
4.1.2.1	Ausserordentliche Kündigung während Freistellung	58
4.1.2.2	Ausserordentliche Kündigung wegen Freistellung	59.
4.1.2.3	Abgrenzungsschwierigkeiten	59
4.1.2.4	Ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach altem Recht	61
4.1.2.5	Ausserordentliche Kündigung mit Auslauffrist	61
4.1.3	Änderungskündigung	63
4.2	Abgrenzung zum Aufhebungsvertrag	64 .
4.3	Abgrenzung zu den gesetzlichen Lohnfortzahlungspflichten	66
4.3.1	Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers an .der Arbeitsleistung	66
4.3.2	Ferien	68
4.3.3	Freizeit	69
4.4	Abgrenzung zum Streik ,	70
4.5	Abgrenzung zum Beschäftigungsverbot	70
4.6	Resume: Delimitation	71

5. Form der Freistellungserklärung	72
5.1 Empfangsbedürftigkeit und Beweispflicht	72
5.2 Ausdrückliche Freistellungserklärung	73
5.3 Stillschweigende Freistellungserklärung	74
5.3.1 Echte stillschweigende Freistellungserklärung	75
5.3.2 Einvernehmliche Freistellung durch konkludentes Handeln	76
5.4 Resume: Forme	77

Teil II: Zulässigkeit der Freistellung

1. Grundsatz	78
2. Allgemeine Schranken	78
2.1 Gesetzliche Schranken	78
2.1.1 Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers	78
2.1.2 Handeln nach Treu und Glauben	79
2.1.3 Kündigungsparität	-80
2.1.4 Öffentlich-rechtliche Vorschriften	84
2.2 Grundrechte	84
2.3 Vertragliche Schranken	86
2.4 Resume: Restrictions generales à la liberation du travailleur de l'obligation de travailler	87
3. Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im Besonderen	88
3.1 Allgemeiner oder besonderer Beschäftigungsanspruch	88
3.1.1 Kein Beschäftigungsanspruch als Grundsatz	88
3.1.1.1 Regel	88
3.1.1.2 Besonderer Beschäftigungsanspruch als Ausnahme	90
3.1.2 Kritik und Bejahung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs	92
3.2 Absoluter oder relativer Beschäftigungsanspruch	93
3.2.1 Relativierung durch berechnigte Interessen des Arbeitgebers	93
3.2.2 Absoluter Beschäftigungsanspruch	94
3.2.2.1 Lehrverhältnis	94
3.2.2.2 Arbeitnehmervertreter	94
3.2.2.3 Gleichstellungsgesetz	96
3.2.3 Relativer Beschäftigungsanspruch	99

3.2.4	Beschäftigungsanspruch in Deutschland, Österreich und Frankreich	100
3.2.4.1	Deutschland	100
3.2.4.2	Österreich	101
3.2.4.3	Frankreich	102
3.2.5	Fazit	103
3.3	Zulässigkeit des Verzichts auf einen Beschäftigungsanspruch	105
3.4	Resume: L'obligation de l'employeur de fournir du travail	105
4.	Zulässigkeit der teilweisen oder bedingten Freistellung	106
4.1	Reduzierung des Arbeitsumfangs und Abrufsvorbehalt	107
4.2	Veränderung der Arbeitspflicht in sachlicher Hinsicht	108
4.3	Bedingungen im Besonderen	110
4.4	Resume: Admissibilité d'une libération partielle ou sous conditions	112
5.	Zulässigkeit der Rücknahme einer Freistellungserklärung	113
5.1	Rücknahme bei vorbehaltloser Freistellung	113
5.1.1	Grundsatz	113
5.1.2	Ausnahmen	115
5.2	Rücknahmevorbehalt	117
5.3	Rücknahme der Freistellung gestützt auf Art. 321c OR?	118
5.4	Rücknahme von mit der Freistellung verbundenen Anordnungen	119
5.5	Resume: Admissibilité de la révocation d'une déclaration de libération	120
6.	„Ungerechtfertigte“ oder „missbräuchliche“ Freistellung?	121
6.1	Ungerechtfertigte Freistellung	121
6.2	Missbräuchliche Freistellung	121
7.	Sanktionen bei unzulässiger Freistellung	122
7.1	Weigerungsrecht	123
7.2	Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer	125
7.3	Zwangsweise Weiterbeschäftigung	127
7.4	Entschädigung aus Persönlichkeitsverletzung	129
7.5	Resume: Sanctions lors d'une libération illicite	131

Teil III: Rechtsfolgen der Freistellung

1. Arbeitsleistung des Arbeitnehmers	133
2. Lohn und andere Vergütungen	134
2.1 Lohn	134
2.1.1 Anspruch	134
2.1.2 Höhe	134
2.1.2.1 Grundsatz	134
- • 2.1.2.2 Variabler Lohn •	135
2.1.2.3 Lohnerhöhungen	137
- 2.1.3 Fälligkeit	138
2.1.4 Kürzung •	139
2.1.5 Unmöglichkeit und Lohnfortzahlung	140
"2.1.6 Lohnnachgenuss"	142
2.2 Gratifikation ^	142
2.3 , Abgangsentschädigung	144
2.4 Auslagen	145
2.5 Fahrzeug	146
2.6 Dienstwohnung	147
2.7 Resume: Salaire et autres compensations	149
3. Anrechnungspflicht	151
3.1 Anrechnungspflicht im Arbeitsvertragsrecht	151
3.2 Anrechenbare Vorteile	151
3.3 Anrechnungspflicht bei Freistellung	154
3.3.1 Ältere Rechtsprechung	154
3.3.2 BGE118II139	156
3.3.3 KritikanBGE118II139	158
3.3.3.1 Keine Gesetzeslücke	158
3.3.3.2 Kritik an der Herleitung der Analogielösung	160
3.3.3.3 Kritik an den Auswirkungen der Analogielösung	161
3.3.4 Fazit	162
3.4 Verzicht auf die Anrechnungspflicht	164
3.5 Informationspflicht des freigestellten Arbeitnehmers	165
3.6 Resume: Obligation d'imputation	165

4. Stellensuchpflicht		166
4.1 Absichtliches Unterlassen anderweitiger Verdienstmöglichkeiten	"	167
4.1.1 Möglichkeit, anderen Verdienst zu erzielen		167
4.1.2 Zumutbarkeit, anderen Verdienst zu erzielen		168
4.2 Vergleich mit dem Mietrecht		169
4.3 Stellensuchpflicht des Freigestellten		171
4.3.1 Spezifische Fragestellung		171
4.3.2 „Absichtliches“ Unterlassen im ursprünglichen Sinn		173
4.3.3 Vorübergehende Freistellung und Abrufsvorbehalt		175
4.3.4 Befristete Arbeitsverhältnisse und lange Freistellungsdauer		176
4.3.5 Anordnung, unverzüglich eine neue Stelle zu suchen		177
4.3.6 Fazit		177
4.4 Resume: Obligation de rechercher un nouvel emploi		179
5. Ferien	•	180
5.1 Ferienanspruch während der Freistellung		180
5.2 Ferienbezug während der Freistellung		182
5.2.1 Freistellung vor Kündigung		182
5.2.2 Freistellung nach Kündigung		183
5.2.2.1 Abgeltungsverbot		183
5.2.2.2 Stellensuche		184
5.2.2.3 Zeit zur Ferienvorbereitung		185
5.2.2.4 Interessen des Arbeitgebers		186
5.2.2.5 Verhältnis von Ferien- zu Freistellungstagen		186
5.2.2.6 Kündigung durch den Arbeitnehmer		188
5.2.2.7 Ausdrückliche Anordnung der Ferien		190
5.2.2.8 Fazit		191
5.3 Resume: Vacarices		193
6. Überstunden und variable Arbeitszeit	* -	194
6.1 Überstunden	•	194
6.1.1 Ausgleich von geleisteten Überstunden durch Zeit		194
6.1.2 Ausgleich durch Freistellung		196
6.1.2.1 Abgeltung durch Freizeit ist vereinbart		196

6.1.2.2	Ausnahme bei Stellensuche	198
6.1.2.3	Abgeltung durch Freizeit ist nicht vereinbart	199
6.1.2.4	Rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Abgeltung	199
6.1.2.5	Fazit	200
6.2	Gleitzeit	201
6.2.1	Freistellung vor Kündigung	201
6.2.2	Freistellung nach Kündigung	202
6.3	Vorholzeit	204
6.4	.Resume: Heures supplementaires et horaire variable	205
7.	Treuepflicht und Konkurrenzierung	205
7.1	Treuepflicht während der Freistellung	205
7.1.1	Informationspflicht	206
7.1.2	Unterlassung von schädigenden Handlungen	207
7.2	Stellenantritt während der Freistellung	208
7.2.1	Keine Konkurrenzierung	209
7.2.2	Konkurrenzierung ohne nachvertragliches Konkurrenzverbot	210
7.2.2.1	Die Bedeutung der Lohnzahlung	211
7.2.2.2	Die Bedeutung der Arbeitspflicht	213
7.2.2.3	Fazit	214
7.2.3	Konkurrenzierung mit nachvertraglichem Konkurrenzverbot	215
7.2.4	Zwischenergebnis	216
7.3	Resume: Devoir de fidelite et concurrence	216
8.	Zeugnis	217
9.	Rückgabepflichten	218
	Zusammenfassung	219
Anhang:	Musterfreistellungserklärung	223
	Modele de declaration de liberation de l'obligation de travailler	228