

**Die gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers
von seiner Arbeitspflicht bis zum Ablauf der
Kündigungsfrist – Rechtsdogmatische Grundlagen**

Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Gestaltungsrecht

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Miguel Enriquez
von Uster ZH

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Dike Verlag Zürich 2008

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XIX
Einleitung	1
§ 1 Begriff	5
A. Lehre und Rechtsprechung	5
B. Eigene Stellungnahme	10
I. Freistellung im Allgemeinen	10
II. Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht im Besonderen ..	13
1. Im Allgemeinen	13
2. Gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht im Besonderen	15
a) Definitive gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht: Verbots- und Verzichtsfreistellung	15
b) Sonstige gewillkürte Freistellungen	21
aa) Suspendierung des Arbeitnehmers	21
bb) Beurlaubung im weiteren Sinne	22
c) Abgrenzungen begrifflicher Art.	24
aa) Hausverbot	24
bb) Kurzarbeit, Erlassvertrag und Aufhebungsvertrag	26
aaa) Begriffliches	26
bbb) Exkurs zu den Möglichkeiten des Arbeitgebers, eine Lohnkürzung infolge Arbeitszeitreduktion vorzusehen	28

ccc) Exkurs zur Anwendbarkeit und Tragweite von Artikel 341 Absatz 1 OR	33
(1) Anwendbarkeit von Artikel 341 Absatz 1 OR	33
(2) Tragweite des Schutzes gemäss Artikel 341 Absatz 1 OR	47
(a) Zulässigkeit eines Verzichts im Rahmen eines angemessenen Vergleichs	47
(b) Nichtigkeitsfolge	51
d) Exkurs zur rechtlichen Qualifizierung: Gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht als Fall eines Annahmeverzugs im Sinne von Artikel 324 Absatz 1 OR?	58
aa) Verbotsfreistellung	59
aaa) Lehre und Rechtsprechung	59
bbb) Eigene Stellungnahme	67
(1) Vorbemerkung zur Frage nach dem Regelungsbereich von Artikel 324 Absatz 1 OR	68
(2) Vorbemerkung zur Frage, ob Annahmeverzug bezüglich der Arbeitsleistung überhaupt möglich ist	70
(3) Vorbemerkung zur Frage, ob ein einseitiger Verzicht auf die Arbeitsleistung überhaupt möglich bzw. gültig ist	73
(4) Hauptbegründung der eigenen Stellungnahme.	81
bb) Suspendierung des Arbeitnehmers	84
cc) Verzichtsfreistellung und Beurlaubung im weiteren Sinne	84
dd) Fazit	85
3. Schematische Übersichten	87
a) Arten der Arbeitspflichtbefreiung	87
b) Verbotsfreistellung und diesbezügliche Abgrenzungsbegriffe in einem schematischen Vergleich.	88

§ 2 Rechtsnatur	89
A. Definitive gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht als einseitiges Rechtsgeschäft	89
B. Definitive gewillkürte Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht als Gestaltungsgeschäft?	92
I. Lehrmeinungen	93
1. Weisungsrecht als Gestaltungsrecht	93
a) Unwiderruflichkeit von Weisungen	94
b) Widerruflichkeit von Weisungen	94
aa) Kress	94
bb) Greiser	95
cc) Sich auf Bötticher berufende Autoren	96
dd) Mayer-Maly	97
2. Weisungsrecht als kein Gestaltungsrecht	98
a) Weisungsrecht als „Befehlsrecht“	98
b) Weisungsrecht als blosses „Geltendmachungsrecht“	98
c) Weisungsrecht als „Verfügungsbefugnis“	100
d) Weisungsrecht als „Funktionsbefugnis“	101
II. Eigene Stellungnahme	102
1. Diskussion der Minderheitenmeinungen	102
a) Weisungsrecht als Befehlsrecht?	102
b) Weisungsrecht als Verfügungsbefugnis?	102
c) Weisungsrecht als Funktionsbefugnis?	103

2.	Diskussion der beiden Hauptmeinungen: Weisungsrecht als (Mutter-)Gestaltungsrecht oder blosses Geltendmachungsrecht?	104
	a) Vorbemerkungen	104
	aa) Seckels beiläufige Erwähnung des Weisungsrechts als Beispiel eines Gestaltungsrechts.	104
	bb) Problematik der Unvereinbarkeit der freien Widerrufsmöglichkeit der Weisungen mit deren Qualifizierung als Gestaltungsgeschäfte.	106
	aaa) Kress	107
	bbb) Greiser	108
	ccc) Sich auf Bötticher berufende Autoren.	108
	ddd) Mayer-Maly	111
	eee) Rehbinder.	112
	fff) Allfällige sonstige Argumentation.	112
	b) Weisungsrecht als Gestaltungsrecht oder blosses Geltendmachungsrecht?.	123
	aa) Unterscheidung zwischen Änderung und blosser Konkretisierung einer Rechtsstellung.	125
	bb) Existenz zweier grundsätzlich verschiedener Gestaltungsrechtsdefinitionen.	129
3.	Fazit und Schlussfolgerung	144
4.	Exkurs zu den Konsequenzen der hier ermittelten Rechtsnatur	150
	a) Im Allgemeinen	150
	b) Unwiderruflichkeit der Verzichtsfreistellung und des Verzichtsteils der Verbotsfreistellung im Besonderen	153

§ 3 Gültigkeitsvoraussetzungen	167
A. Im Allgemeinen	167
B. Voraussetzungen der Zulässigkeit einer definitiven gewillkürten Freistellung. . .	186
I. Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Verzichtsfriststellung	186
II. Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Verbotsfriststellung	186
1. Lehre und Rechtsprechung	187
2. Eigene Stellungnahme	192
a) Kritik an den Stellungnahmen der Lehre	192
b) Eigener Lösungsvorschlag: Massgeblichkeit des OR-Konzepts zur Beschäftigungspflicht	194
C. Besonderheiten im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit einer partiellen definitiven gewillkürten Freistellung – Möglichkeiten und Grenzen eines Arbeitsabrufs während einer gültigen definitiven gewillkürten Freistellung	208
I. Vorbemerkung	208
II. Möglichkeiten und Grenzen eines Arbeitsabrufs während einer gültigen definitiven gewillkürten Freistellung aufgrund einer bloss partiellen Verzichts- oder Verbotsfriststellung (Besonderheiten im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit einer partiellen Verzichts- oder Verbotsfriststellung)	209
III. Möglichkeiten und Grenzen eines Arbeitsabrufs während einer gültigen definitiven gewillkürten Freistellung aufgrund der Treuepflicht (Exkurs) . .	214
D. Exkurs zu einem speziellen, möglichen Anwendungsbereich der Verbotsfriststellung: Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei blossem Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen Verfehlung des Arbeitnehmers	218
I. Vorbemerkung	218
II. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei blossem Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen Verfehlung des Arbeitnehmers, wenn noch nicht feststeht, ob jener diesem kündigen will	219

III. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei bloßem Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen Verfehlung des Arbeitnehmers, wenn bereits feststeht, dass jener diesem kündigen will	220
1. Im Allgemeinen	220
2. Frage nach der Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Besonderen	225
a) Vorbemerkung zum Begrifflichen	225
b) Lehre und Rechtsprechung	226
c) Eigene Stellungnahme	229
aa) Vorbemerkung zur Frage nach der Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen im Kontext der fristlosen Kündigung	229
bb) Unzulässigkeit der Verdachtskündigung	245
Zusammenfassung	257