

Die Freistellung des Arbeitnehmers

Ein Handbuch für die Praxis

2., überarbeitete und ergänzte Auflage

Alfred Blesi

Dr. rer. publ. et. lic. iur., Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungs- und Quellenverzeichnis	XXVII
Übersicht	1
Einleitende Zusammenfassung.....	3
Teil I Begriff und Rechtsgrundlagen	9
1. Begriff.....	9
1.1. Aktueller Bedeutungsinhalt.....	9
1.2. Begriffsbildung	9
1.3. Häufigkeit von Freistellungen in der Praxis.....	10
1.4. Angeordnete oder vereinbarte Freistellung?.....	11
1.5. Erscheinungsformen	12
1.5.1. Vollständige oder teilweise Freistellung	12
1.5.2. Unbedingte oder bedingte Freistellung	13
1.5.3. Vereinbarte Freistellung	14
1.6. Zeitpunkt der Freistellung	15
1.7. Motive der Arbeitgeberin für die Freistellung.....	16
1.7.1. Vertrauensbruch.....	16
1.7.2. Alternative zur fristlosen Entlassung.....	17
1.7.3. Ungenügende Leistung des Arbeitnehmers.....	18
1.7.4. Betriebsübergang.....	18
1.7.5. Freistellung als Schutzmassnahme.....	19
1.7.6. Freistellung als Disziplinarmassnahme	20
1.7.7. Betriebliche Frühpensionierung	20
1.7.8. Andere Motive	21
1.8. Abgrenzung zu anderen Gründen für den Wegfall der Arbeitspflicht.....	21
1.8.1. Annahmeverzug	22
1.8.2. Unverschuldete Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen	22
1.8.3. Ferien	23
1.8.4. Freizeit	23
1.8.5. Streik	23
1.8.6. Andere Gründe.....	24

2.	Rechtsgrundlagen	25
2.1.	Übersicht.....	25
2.2.	Freistellung als Annahmeverzug	25
2.2.1.	Grundlagen des Annahmeverzugs.....	25
2.2.2.	Bedeutung des Arbeitsangebots im Annahmeverzug ...	27
a)	Grundsatz.....	27
b)	Ausnahmen im Allgemeinen.....	28
c)	Ausnahme bei der Freistellung.....	30
2.2.3.	Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	31
a)	BGE 118 II 139	31
b)	Kritik an BGE 118 II 139.....	32
c)	Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	33
2.2.4.	Kantonale Rechtsprechung	36
2.2.5.	Herrschende Lehre.....	37
2.3.	Andere Ansätze.....	38
2.3.1.	Freistellung als Offerte zu einem Erlassvertrag.....	38
2.3.2.	Freistellung als einseitiger Forderungsverzicht	40
2.4.	Freistellung als einseitiges Rechtsgeschäft.....	41
3.	Form	43
3.1.	Empfangsbedürftigkeit und Beweispflicht	43
3.2.	Ausdrückliche Freistellungserklärung.....	44
3.3.	Stillschweigende Freistellungserklärung.....	45
3.4.	Einvernehmliche Freistellung durch konkludentes Handeln ...	47
3.5.	Kündigung als Freistellung?	48
3.6.	Freistellung als Kündigung?	49
Teil II Zulässigkeit der Freistellung		53
1.	Grundsatz	53
2.	Allgemeine Schranken	53
2.1.	Gesetzliche Schranken	53
2.1.1.	Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.....	53
2.1.2.	Handeln nach Treu und Glauben.....	55
2.1.3.	Öffentlich-rechtliche Vorschriften	57
2.2.	Grundrechte	57
2.3.	Vertragliche Schranken.....	59
3.	Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im Besonderen	60
3.1.	Allgemeiner oder besonderer Beschäftigungsanspruch.....	60
3.1.1.	Kein allgemeiner Beschäftigungsanspruch als Regel....	60
a)	Lehre.....	60
b)	Rechtsprechung.....	61

3.1.2.	Besonderer Beschäftigungsanspruch als Ausnahme	64
a)	Im Allgemeinen	64
b)	Kadermitarbeiter	65
c)	Berufssportler	66
3.2.	Absoluter oder relativer Beschäftigungsanspruch.....	66
3.2.1.	Absoluter Beschäftigungsanspruch.....	67
a)	Lehrverhältnis.....	67
b)	Arbeitnehmervertreter	67
c)	Provisorische Wiedereinstellung nach Gleich- stellungsgesetz	69
3.2.2.	Relativierung durch berechnigte Interessen der Arbeitgeberin	71
3.3.	Verzicht auf einen allfälligen Beschäftigungsanspruch	73
4.	Zulässigkeit der teilweisen oder bedingten Freistellung.....	73
4.1.	Reduktion des Arbeitsumfangs und Abrufsvorbehalt	74
4.2.	Veränderung der Arbeitspflicht in sachlicher Hinsicht.....	75
4.3.	Bedingungen	77
5.	Zulässigkeit der Rücknahme einer Freistellungserklärung.....	79
5.1.	Rücknahme bei vorbehaltloser Freistellung.....	79
5.1.1.	Grundsatz	79
5.1.2.	Unterbrechung der Kündigungsfrist durch Sperrfristen	81
5.1.3.	Ausnahme bei Schwangerschaft und Mutterschaft.....	83
5.1.4.	Weitere Ausnahmen	84
5.2.	Rücknahmevorbehalt	85
5.3.	Rücknahme von mit der Freistellung verbundenen Anordnungen	86
6.	«Ungerechtfertigte» oder «missbräuchliche» Freistellung?.....	86
6.1.	Ungerechtfertigte Freistellung.....	86
6.2.	Missbräuchliche Freistellung.....	86
7.	Sanktionen bei unzulässiger Freistellung	88
7.1.	Weigerungsrecht	88
a)	Spannungsverhältnis zur Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin	88
b)	Weigerung, die Freistellungserklärung zu beachten	89
c)	Weigerung, mit der Freistellung verbundene Anord- nungen zu beachten	89
7.2.	Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer	91
a)	Freistellung als wichtiger Grund?.....	91
b)	Fristlose Kündigung bei mit der Freistellung verbundenen Anordnungen?	92
7.3.	Zwangsweise Weiterbeschäftigung	94

7.4. Entschädigung aus Persönlichkeitsverletzung.....	95
a) Schadenersatz.....	96
b) Genugtuung.....	96
Teil III Rechtsfolgen der Freistellung.....	101
1. Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.....	101
2. Lohn und andere Vergütungen.....	101
2.1. Lohn.....	101
2.1.1. Anspruch aus Art. 324 Abs. 1 OR.....	101
2.1.2. Höhe.....	102
a) Grundsatz.....	102
b) Variabler Lohn, Boni mit Lohncharakter.....	102
c) Lohnerhöhung.....	104
d) Lohnkürzung.....	105
e) Wegfall von variablen Lohnanteilen bei Freistellung durch Vereinbarung?.....	106
2.1.3. Fälligkeit.....	108
2.1.4. Lohnnachgenuss.....	108
2.2. Gratifikation.....	109
2.3. Abgangsentschädigung.....	111
2.4. Auslagen.....	111
2.5. Fahrzeug.....	113
2.6. Dienstwohnung.....	115
3. Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderungen.....	117
3.1. Grundlagen des Lohn(fort)zahlungsanspruchs bei Arbeits- verhinderung während der Freistellung.....	117
3.2. Arbeitsverhinderungen ohne Lohnfortzahlungsanspruch.....	119
3.3. Besonderheit bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsun- fähigkeit.....	120
3.4. Arbeitsangebot nach Arbeitsverhinderung zur Erhaltung des Lohnzahlungsanspruchs?.....	122
3.4.1. Ohne Freistellung.....	122
3.4.2. Mit Freistellung.....	123
3.5. Vereinbarte Freistellung.....	124
4. Anrechnungspflicht.....	125
4.1. Anrechnungspflicht im Arbeitsvertragsrecht.....	125
4.2. Anrechnungspflicht bei Freistellung.....	126
4.2.1. Herrschende Lehre.....	126
4.2.2. Abweichende Ansätze.....	126
a) BGE 118 II 139.....	126
b) BGE 128 III 212.....	128

c) Art. 321a Abs. 3 OR	129
d) Vertragsbeendigung durch Stellenantritt	130
4.3. Anrechenbare Vorteile	130
4.4. Verzicht auf die Anrechnungspflicht	133
4.5. Informationspflicht des freigestellten Arbeitnehmers	135
4.6. Rückforderung des Freistellungslohns und Verrechnung	135
4.7. Vereinbarte Freistellung	136
5. Pflicht zur Stellensuche	137
5.1. Absichtliches Unterlassen anderweitigen Verdienstes im Allgemeinen	138
5.1.1. Möglichkeit, anderen Verdienst zu erzielen	138
5.1.2. Zumutbarkeit, anderen Verdienst zu erzielen	139
5.2. Vergleich mit dem Mietrecht	140
5.3. Stellensuchpflicht des Freigestellten?	143
5.3.1. Spezifische Fragestellung	143
5.3.2. Keine Pflicht zur unverzüglichen Stellensuche	144
5.3.3. ... aber Obliegenheit zum Antritt einer geeigneten Stelle	146
5.3.4. Zwischenverdienst	147
5.3.5. Vorübergehende Freistellung und Abrufsvorbehalt	147
5.3.6. Befristete Arbeitsverhältnisse und lange Freistellungs- dauer: Verletzung der Kündigungsparität?	148
5.3.7. Anordnung, unverzüglich eine neue Stelle zu suchen...	150
6. Treuepflicht und Konkurrenzierung	151
6.1. Treuepflicht während der Freistellung	151
6.1.1. Allgemeine Treuepflicht	151
6.1.2. Unterlassung von schädigenden Handlungen	152
a) Abwerbung von Kunden und Mitarbeitern	152
b) Konkurrenzierende Tätigkeit	153
6.1.3. Gebot zur Minderung von Kosten, die der Arbeit- geberin nutzlos entstehen	154
6.1.4. Informationspflicht	155
6.2. Stellenantrittsverbot	157
6.2.1. Schutzwürdige Interessen der Arbeitgeberin	157
6.2.2. Bedeutung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots	158
a) Es wurde kein Konkurrenzverbot vereinbart	158
b) Es wurde ein Konkurrenzverbot vereinbart	159
7. Ferien	159
7.1. Ferienanspruch während der Freistellung	160
7.2. Ferienbezug während der Freistellung	162
7.2.1. Freistellung vor Kündigung	162

7.2.2.	Freistellung nach Kündigung	162
a)	Abgeltungsverbot	163
b)	Stellensuche.....	164
c)	Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerkündigung.....	166
d)	Keine ausdrückliche Anordnung des Ferienbezugs erforderlich	168
e)	Kompensation bei teilweiser oder bedingter Freistellung.....	168
f)	Zeit zur Ferienvorbereitung.....	169
g)	Verhältnis von Ferien- zu Freistellungstagen	171
h)	Zusammenfassende Würdigung	173
8.	Überstunden und variable Arbeitszeit.....	175
8.1.	Überstunden.....	175
8.1.1.	Ausgleich von geleisteten Überstunden durch Zeit.....	175
8.1.2.	Ausgleich durch Freistellung	177
a)	mit Vereinbarung über die Abgeltung durch Freizeit	177
b)	ohne Vereinbarung über die Abgeltung durch Freizeit	179
c)	Rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Abgeltung durch Freistellung	180
d)	Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Überstunden im Kontext der Freistellung	181
8.2.	Gleitzeit	181
8.2.1.	Freistellung vor Kündigung	182
8.2.2.	Freistellung nach Kündigung.....	182
a)	Negativer Gleitzeitsaldo	182
b)	Positiver Gleitzeitsaldo	182
c)	Gleitzeitkompensation und Stellensuchbemü- hungen	184
8.3.	Vorholzeit.....	184
8.4.	Konkurrenz von Ferien-, Überstunden- oder Gleitzeitkom- pensation.....	185
a)	Priorität des Ferienbezugs.....	185
b)	Bezug von Überstundenguthaben an zweiter Stelle.....	186
c)	Subsidiarität des Bezugs von positiven Gleitzeitsaldi	186
9.	Zeugnis.....	187
10.	Rückgabepflichten	188
11.	Ordentliche Kündigung und Sperrfristen	189
11.1.	Abgrenzung	189
11.2.	Sperrfristen nach Art. 336c OR	189
11.3.	Sperrfristen nach Art. 336d OR.....	191

12. Ausserordentliche Kündigung	192
12.1. Abgrenzung	192
12.2. Ausserordentliche Kündigung während der Freistellung.....	192
12.3. Abgrenzungsschwierigkeiten	193
12.4. Ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach altem Recht.....	195
12.5. Ausserordentliche Kündigung mit Auslauffrist	196
13. Aufhebungsvertrag	197
Anhang: Praxisbeispiele	201
Praxisbeispiel Freistellungserklärung	202
Praxisbeispiel Freistellungsvereinbarung.....	206
Stichwortverzeichnis.....	211