

Zur Freistellung des Arbeitnehmers

Dr. Kurt Meier,
Rechtsanwalt, Zürich

I. Begriff der Freistellung

Im Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers (Art. 319 OR). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer dafür den vereinbarten oder üblichen Lohn zu entrichten (Art. 322 OR). Arbeitsleistung einerseits und Lohnzahlung andererseits sind damit die charakteristischen Pflichten im Arbeitsverhältnis. Verzichtet nun der Arbeitgeber freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bei Aufrechterhaltung der Lohnzahlung, spricht man von der «Freistellung» des Arbeitnehmers.¹

Zur Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung kommt es häufig und praktisch ausschliesslich während der Kündigungsfrist, d.h. der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis ordentlich mit der gesetzlichen oder vertraglichen Frist (Art. 335/335a OR) und verzichtet bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Auch wenn die Freistellung häufig im Zusammenhang mit einer Kündigung erfolgt, darf sie nicht mit der Kündigung verwechselt werden. Eine Freistellung ist auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis denkbar (z.B. während einer Abklärung von Unregelmässigkeiten im Betrieb). Die Freistellung des Arbeitnehmers bedeutet deshalb nicht automatisch auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, auch wenn in der Praxis eine Freistellung überwiegend

zusammen mit oder nach erfolgter Kündigung ausgesprochen wird.

Die Motive, die einen Arbeitgeber zu einer Freistellung bewegen, sind vielfältig. Im wesentlichen stellen wir in der Praxis allerdings drei Hauptgründe zur Freistellung fest, die sowohl isoliert als auch in Verbindung miteinander vorkommen:

■ Der Arbeitgeber möchte den Arbeitnehmer eigentlich fristlos entlassen (Art. 337 OR), ist jedoch unsicher, ob ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes dafür vorliegt. Um die Risiken und Umtriebe einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung (Gerichtsverfahren, Prozesskosten, Pönalentschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR) zu vermeiden, kündigt der Arbeitgeber deshalb ordentlich, verzichtet jedoch sofort auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers während der verbleibenden Kündigungsfrist. Vielfach wird zusätzlich eine sofortige Räumung des Arbeitsplatzes angeordnet und ein Hausverbot für den Arbeitnehmer ausgesprochen. Auch Orientierungsschreiben an Mitarbeiter und Kunden sind keine Seltenheit.

■ Der Arbeitgeber befürchtet, dass der Arbeitnehmer nach oder wegen der ordentlichen Kündigung sich nicht mehr loyal verhält. Häufig befürchtet der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer versuche in der Kündigungsfrist sich noch wichtige Geschäftsunterlagen und Geschäftsgeheimnisse anzueignen, oder der Arbeitnehmer versuche Mitarbeiter oder Kunden negativ zu beeinflussen oder abzuwerben.

■ Der Arbeitgeber hat den Nachfolger des gekündigten Arbeitnehmers während der noch laufenden Kündigungsfrist bereits eingestellt und will diesen ab sofort beschäftigen. Den Kontakt oder eine Zusammenarbeit mit dem

¹ Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12. Auflage 1995, S. 54. Zu unterscheiden ist diese Freistellung von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers von der Freistellung des Arbeitnehmers von der Haftung gegenüber Dritten (innerbetrieblicher Schadenausgleich), vgl. dazu Rehbindler a.a.O., S. 65.

Vorgänger will der Arbeitgeber aus verschiedensten Gründen vermeiden. Während das zuerst genannte Motiv zur Freistellung (Ersatz für eine risikoreiche fristlose Entlassung) bei allen Arbeitnehmern vorkommen kann, erfolgt die Freistellung aus den beiden anderen genannten Gründen vorwiegend bei leitenden Angestellten oder Arbeitnehmern mit viel Kundenkontakten.² Im Gesetz findet sich keine ausdrückliche Bestimmung, welche die rechtlichen Fragen um die Freistellung (insbesondere Zulässigkeit und Anrechenbarkeit eines anderweitigen Verdienstes) regelt. Die Lösung der sich im Zusammenhang mit einer Freistellung ergebenden Probleme ist den Bestimmungen zum bestehenden Arbeitsvertragsrecht zu entnehmen und damit weitgehend der Gerichtspraxis überlassen. Das Bundesgericht hat sich in BGE 118 II 139 zum ersten Mal grundsätzlich mit den Rechtsfolgen der Freistellung auseinandergesetzt und mit diesem Entscheid der vorangegangenen rechtlichen Diskussion ein vorläufiges Ende gesetzt. Im vorliegenden Beitrag soll dieser Bundesgerichtsentscheid kritisch hinterfragt werden mit dem Ziel, die Diskussion um die Freistellung neu anzuregen.

II. Die aktuelle Praxis des Bundesgerichtes zur Freistellung

Bis zum Entscheid von BGE 118 II 139 war im Zusammenhang mit der Freistellung herrschende Lehre und Praxis, dass der Arbeitgeber freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten kann, dass der Arbeitnehmer dabei jedoch weder verpflichtet ist, sich um anderweitige Arbeit zu bemühen, noch sich einen allfällig anderweitig erzielten Verdienst an den Lohn anrechnen zu lassen.³ Mit dem erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht 1992 einen ande-

2 Hutterli, Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, 1982, S. 91; Orlando, Zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Kaderangehörigen in FS 75 Jahre VSAM, 1993, S. 181.

ren Weg eingeschlagen. Im Sachverhalt ging es darum, dass einem Arbeitnehmer ordentlich Ende August 1989 auf Ende Februar 1990 gekündigt wurde und eine Freistellung mit sofortiger Wirkung erfolgte. Der gekündigte Arbeitnehmer fand bereits auf den 1. Oktober 1989 eine neue Stelle und wollte sich den dabei erzielten Verdienst nicht anrechnen lassen. Das Bundesgericht grenzte zuerst diesen Sachverhalt vom Annahmeverzug des Arbeitgebers und der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ab. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers ist in Art. 324 OR geregelt. Danach bleibt der Arbeitgeber zur Lohnzahlung ohne Nachleistungspflicht des Arbeitnehmers verpflichtet, wenn er schuldhaft oder aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt.⁴ Gemäss Art. 324 Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer dabei an den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Gemäss Bundesgericht stellt die Freistellung keinen Annahmeverzug des Arbeitgebers dar, denn Voraussetzung des Annahmeverzuges ist, dass der Arbeitnehmer erfolglos seine Arbeit angeboten hat und den Arbeitgeber damit in Verzug setzt. Bei der Freistellung verzichtet der Arbeitgeber zum vornherein freiwillig auf die Arbeitsleistung, so dass der Arbeitnehmer seine Arbeit gar nicht mehr anbieten kann.⁵ Die Freistellung kann deshalb nicht mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers gleichgesetzt werden (BGE 118 II 140). Die Freistellung ist aber auch keine gerechtfertigte oder ungerechtfertigte fristlose Entlassung. Die Freistellung erfolgt zwar in den meisten

3 Reh binder, a.a.O., 11. Auflage, 1993, S. 53.; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, 1992, Art. 324 OR, N 13; A Ger Zürich JAR 1991, S. 145.

4 Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 324 OR, N 2.

5 Reh binder, Berner Kommentar, Art. 324 OR, N 11; Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 324 OR, N 9; Weber, Berner Kommentar, Art. 91 OR, N 146.

Fällen parallel mit einer ordentlichen Kündigung, das Arbeitsverhältnis endet dabei jedoch nicht sofort, sondern erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist. Mit der gerechtfertigten und ungerechtfertigten fristlosen Kündigung wird hingegen das Arbeitsverhältnis sofort beendet, der Arbeitnehmer hat deshalb auch keinen Lohnanspruch mehr, sondern es steht ihm (falls ungerechtfertigt) Schadenersatz für den Lohnausfall zu (Art. 337c Abs. 1 OR).⁶ Dieser Schadenersatz wird zudem sofort mit der fristlosen Entlassung fällig.⁷ Verzichtet der Arbeitgeber freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, so ändert dies an seiner Verpflichtung zur Bezahlung des Monatslohnes und an dessen Fälligkeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nichts. Die Freistellung kann somit, wie das Bundesgericht richtig feststellt, nicht mit einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung gleichgesetzt werden.

Da die Freistellung klarerweise weder unter den Tatbestand des Annahmeverzuges noch der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung subsumiert werden kann, kommt das Bundesgericht kurzerhand zum Schluss, dass eine Gesetzeslücke vorliege, welche vom Richter auszufüllen sei. Für das Bundesgericht drängt sich bei dieser Lückenfüllung die analoge Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR (ungerechtfertigte fristlose Entlassung) auf, und zwar aus folgenden Gründen:

■ Der ungerechtfertigt fristlos Entlassene befinde sich in einer ähnlichen Situation wie der Freigestellte, beide wolle der Arbeitgeber mit sofortiger Wirkung vom Arbeitsplatz fernhalten. Der Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer freistelle, kündige nur aus Kostenrisikogründen nicht fristlos, «weil er weiss

6 Reh binder, Berner Kommentar, Art. 337c OR, N. 1; Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 337c, N 3.

7 In BGE 118 II 141 wird fälschlicherweise von einem sofort fälligen Lohnanspruch unter Hinweis auf BGE 103 II 274 E.3b gesprochen. Das Bundesgericht hat dabei übersehen, dass seit der Revision des Arbeitsvertragsrechts 1989 dem ungerechtfertigt fristlos Entlassenen kein Lohnanspruch, sondern Schadenersatz zusteht.

oder damit rechnen muss, dass seine Gründe nicht erheblich genug im Sinne von Art. 337 Abs. 1 und 2 OR sind» (BGE 118 II 141).

■ Auch betreffend Anrechnung des anderweitigen Verdienstes seien die Situation des Freigestellten und des ungerechtfertigt fristlos Entlassenen vergleichbar. «Es wäre nicht einzusehen, wieso der freigestellte Arbeitnehmer bezüglich der Anrechnungspflicht besser gestellt sein sollte als derjenige, den die ungerechtfertigte fristlose Entlassung schon für sich allein in aller Regel hart trifft. Mit der Freistellung hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nämlich vom Risiko entbunden, einen Prozess über die Frage führen zu müssen, ob die fristlose Entlassung gegebenenfalls ungerechtfertigt gewesen wäre. Warum der Freigestellte bei diesem Vorteil noch zusätzlich gegenüber dem ungerechtfertigt fristlos Entlassenen dadurch begünstigt werden sollte, dass er sich den am neuen Arbeitsplatz verdienten Lohn nicht anrechnen lassen muss, ist nicht ersichtlich.» (BGE 118 II 142).

In analoger Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR hat sich somit der Freigestellte einen anderweitigen Verdienst an den Lohn anrechnen zu lassen. Die Lehre geht gestützt auf diese Argumentation konsequenterweise noch einen Schritt weiter und verlangt, dass sich der Freigestellte um einen anderweitigen Verdienst bemühen muss, denn Art. 337c Abs. 2 OR bestimmt, dass sich der Arbeitnehmer an den Schadenersatz anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.⁸ Lehre und Rechtsprechung haben sich im übrigen BGE 118 139 weitgehend angeschlossen.⁹ Die neue Rechtsprechung verkennt nun allerdings in vielen Bereichen Wesen und faktische Probleme der Freistellung. Sie ist deshalb meines Erachtens rechtlich nicht haltbar und in der praktischen Anwendung untauglich, was nachfolgend darzulegen versucht werden soll.

8. Reh binder, a.a.O., S. 54.

III. Freistellung und Beschäftigungsanspruch

In Lehre und Rechtsprechung wird ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers generell und insbesondere während der Kündigungsfrist verneint.¹⁰ Nur für bestimmte Arbeitsbereiche (z.B. Bühnenkünstler/Sportler) wird ein Beschäftigungsanspruch, abgeleitet aus Art. 328 OR, bejaht.¹¹

Die Rechtsfolge einer Verletzung der Beschäftigungspflicht ist jedoch nicht ein Anspruch auf effektive Beschäftigung, sondern Schadenersatz und Genugtuung.¹² Die Verneinung eines Beschäftigungsanspruches im Arbeitsvertrag verkennt die Bedeutung, welche eine tatsächliche Beschäftigung, nicht nur für Bühnenschaffende und ähnliche besondere Arbeitsverhältnisse, sondern für die Arbeitnehmer generell haben kann. Gerade während der Kündigungsfrist kann eine Nichtbeschäftigung einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers darstellen und zu einer massiven Behinderung des Arbeitnehmers bei der Stellensuche führen.¹³ Ein freigestellter Arbeitnehmer hat oft sehr grosse Schwierigkeiten, eine adäquate Stelle oder überhaupt eine Stelle zu finden, weil der Freistellung oft der Makel einer fast-fristlosen Entlassung anhaftet. Aus einer vollen Beschäftigung heraus ist die Stellensuche in der Regel wesentlich aussichtsreicher. Es wäre deshalb durchaus gerechtfertigt, die Verneinung eines Beschäftigungsanspruches in der Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen, um so mehr, als im neuen Gleichstellungsgesetz erstmals ein Be-

9 Reh binder, a.a.O., S. 54; Vischer, Arbeitsvertrag, 2. Auflage, 1994, S. 166; Arbeitsgericht Zürich in bisher unveröffentlichten Entscheidungen 1993 und 1994.

10 BGE 99 I b 129, ZR 1980 Nr. 115; Reh binder, a.a.O., S. 87; Vischer, a.a.O., S. 349; Orlando, a.a.O., S. 181.

11 Schellenberg, Der Bühnenengagementvertrag im Schweizerischen Recht, 1990, S. 45.

12 Schellenberg, a.a.O., S. 49.

13 Brunner/Bühler/Waerber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 1990, Art. 328 OR, N 8.

schäftigungsanspruch gesetzlich normiert worden ist.¹⁴

Würde man einen Beschäftigungsanspruch bejahen, so wäre damit die Unzulässigkeit der Freistellung gegen den Willen des Arbeitnehmers verbunden, mindestens jedoch ein Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit würde es jedoch zu weit führen, die Problematik des Beschäftigungsanspruches umfassend zu würdigen, es handelt sich dabei auch weitgehend um eine rechtspolitische und rechtstheoretische Diskussion. Wir halten uns deshalb an die im wesentlichen unbestrittene Lehre und Rechtsprechung, die einen Beschäftigungsanspruch verneint und damit auch die Freistellung des Arbeitnehmers – auch gegen den Willen des Arbeitnehmers – grundsätzlich als zulässig erachtet. Damit entfällt auch ein Schadenersatz- oder Genugtuungsanspruch des Arbeitnehmers auf Grund einer Freistellung, und das Rechtsproblem reduziert sich auf die Frage der Anrechenbarkeit eines anderweitigen Verdienstes und die Stellenbemühung des Arbeitnehmers.

IV. Verfehlt, zumindest unvollständiger Analogieschluss des Bundesgerichts

Der Analogieschluss, den das Bundesgericht in BGE 118 II 139 vornimmt, hinkt in mancherlei Hinsicht und ist wenig überzeugend. So ist es verfehlt anzunehmen, die Freistellung sei in jedem Fall die für den Arbeitgeber risikofreiere Variante einer fristlosen Entlassung. In vielen Fällen ist die Freistellung vom Motiv her mit einer fristlosen Entlassung in keiner Art und Weise vergleichbar. Häufig kommt es zur Freistellung, weil der Arbeitgeber einen nach seiner Ansicht qualifizierteren Arbeitnehmer gefunden hat und dieser auf einem so-

14 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) vom 24.3.95, Art. 10 Abs. 2; Botschaft zum GIG vom 24.2.93, S. 60ff.

fortigen Stellenantritt besteht. Oder es kommt zur Kündigung und Freistellung, weil der Arbeitgeber einen lohnkostenmässig billigeren Arbeitnehmer sofort einstellen will. Bei leitenden Angestellten liegt der Freistellung in den seltensten Fällen ein der fristlosen Entlassung vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Hier geht es in der Regel um eine Richtungsänderung in der Unternehmungsführung oder um die Angst vor einer möglichen Illoyalität (Mitarbeiterbeeinflussung, Kundenabwerbung) des Gekündigten. Ein Grund für eine fristlose Entlassung liegt jeweils nicht im entferntesten vor, was auch dem Arbeitgeber klar ist.

Dem Bundesgericht ist hingegen zuzustimmen, wenn es feststellt, dass die Lage des in der Kündigungsfrist Freigestellten ähnlich der Situation des fristlos Entlassenen ist. Nach aussen (für Mitarbeiter, Geschäftspartner, Kunden etc.) unterscheidet sich eine Freistellung oft durch nichts von einer fristlosen Entlassung, dies vor allem dann, was häufig der Fall ist, wenn der Arbeitgeber überstürzt von einem Tag auf den anderen seinen Arbeitsplatz räumen muss, keine Gelegenheit zur Verabschiedung von seinen Arbeitskollegen erhält oder gar mit einem Hausverbot belegt wird. Eine Freistellung schädigt aus diesen Gründen den Ruf des Arbeitnehmers in der Regel nachhaltig. Es haftet an ihr immer auch der Makel eines vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers, sonst hätte er ja nicht freigestellt werden müssen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich diese Umstände bei der Stellensuche nachteilig auswirken können. Häufig findet der Freigestellte längere Zeit keine Stelle oder nur eine wesentlich schlechter bezahlte, oder er muss Beruf und Branche wechseln. Alle diese Nachteile hat auch der zu Unrecht fristlos Entlassene auf sich zu nehmen, nur ihm steht neben dem Schadenersatz gemäss Art. 337c Abs. 2 OR zusätzlich noch eine Pönalentschädigung bis zu sechs Monatsgehältern gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zu, welche

die zusätzlichen materiellen und immateriellen Nachteile der fristlosen Entlassung auszugleichen vermag. Will man somit bei der Freistellung den anderweitigen Verdienst in Analogie zu Art. 337c Abs. 2 OR an den Lohn anrechnen, muss konsequenterweise auch die Pönalentschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR analog zur Anwendung kommen. Wenn das Bundesgericht auf Grund der ähnlichen Situation (BGE 118 II 141) des Freigestellten und des zu Unrecht fristlos Entlassenen zum Analogieschluss bei der Anrechnung des anderweitigen Verdienstes gelangt, dann muss diese Analogie für die gesamte Entschädigungsregelung von Art. 337c OR gelten, also für Schadenersatz und Pönalentschädigung, will man nicht in völlige Willkür verfallen.¹⁵ Damit zeigt sich aber auch gleichzeitig die Fragwürdigkeit dieses Analogieschlusses. Wenn die Freistellung eine Pönalentschädigung zur Folge hat, wird damit indirekt die Zulässigkeit der Freistellung in Frage gestellt beziehungsweise ein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers bejaht. Für den Arbeitgeber wird dadurch selbstverständlich die Freistellung viel weniger interessant, da neben dem Lohn während der Kündigungsfrist (unter Anrechnung eines anderweitigen Verdienstes) das Risiko einer Strafschädigung bis zu sechs Monatsgehältern besteht. Insgesamt wäre dies aber doch die ausgewogenere Lösung als die willkürlich auf Art. 337c Abs. 2 OR beschränkte Analogie.

Mit seiner analogen Lückenfüllung vermischt nun aber das Bundesgericht nicht nur die Grenzen zwischen Freistellung und ordentlicher Kündigung einerseits und fristloser Entlassung andererseits, sondern es vermengt auch die Begriffe Lohnzahlung und Schadenersatz und schafft dadurch zusätzliche Probleme. Das Arbeitsverhältnis endet mit jeder fristlosen Entlassung, sei sie ge-

rechtfertigt oder ungerechtfertigt. Ist die sofortige Entlassung zu Unrecht erfolgt, steht dem Arbeitnehmer Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 2 OR zu. In dieser rechtlichen Konstellation ist es auch völlig einleuchtend, dass den Arbeitnehmer eine allgemeine Schadenminderungspflicht treffen soll, wie jeden Geschädigten.¹⁶ Für den ziffernmässig nicht festlegbaren Schaden steht dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Entschädigung zu (Art. 337c Abs. 3 OR). Der freigestellte Arbeitnehmer hat dagegen keinen Schadenersatz-, sondern einen Lohnanspruch. Dieser Lohnanspruch kann nicht gekürzt werden, denn weder im allgemeinen Teil des OR noch im Arbeitsvertragsrecht findet sich eine allgemeine Lohnminderungspflicht des Arbeitnehmers entsprechend der Schadenminderungspflicht des Geschädigten. Bei einem freiwilligen Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist die Annahme einer Lohnminderungspflicht auch nicht gerechtfertigt, so wie im umgekehrten Fall dem willentlich Geschädigten kein Schadenersatz zusteht (*volenti non fit iniuria*).¹⁷ Abgesehen davon führt die vom Bundesgericht per Analogie geschaffene Lohnminderungspflicht des Freigestellten in der praktischen Anwendung zu nicht zu unterschätzenden Problemen bei der Behandlung der Sozialbeiträge. Es stellen sich Probleme bei den AHV-/AIV-Abzügen, insbesondere wenn es um die Anrechnung eines Verdienstes aus selbständiger Erwerbstätigkeit geht. Im Bereich der Unfall- und Krankengeldversicherung stellt sich die Frage, für welchen Lohn Prämien zu zahlen sind und welcher Lohn versichert ist, der vertraglich vereinbarte oder der verminderte. Unlösbar sind die Probleme auch beim BVG mit völlig unterschiedlichen und nicht vergleichbaren Beiträgen und Leistungen. Auch in diesem Bereich zeigt sich deshalb, dass das

¹⁵ Das Bundesgericht hätte deshalb in BGE 118 II 139 konsequenterweise die Sache zur Prüfung einer Pönalentschädigung an die Vorinstanz zurückweisen müssen.

¹⁶ Brehm, Berner Kommentar, Art. 42 OR, N 23, Art. 44 OR, N 50ff.

¹⁷ Brehm, a.a.O., Art. 41 OR, N 63.

Bundesgericht den Analogieschluss nicht zu Ende gedacht hat.

V. Freistellung als Gesetzeslücke

Nicht nur der Analogieschluss des Bundesgerichts ist problematisch, die Kritik hat richtigerweise bereits früher, bei der Annahme einer Gesetzeslücke einzusetzen. Das Bundesgericht stellt zutreffend fest, dass eine Freistellung weder einen Annahmeverzug noch eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung darstellt. Daraus schliesst das Bundesgericht dann aber kurzerhand und fälschlicherweise auf eine Gesetzeslücke: «Hat der Gesetzgeber demnach die Frage, ob sich der freigestellte Arbeitnehmer den anderweitig verdienten Lohn anrechnen lassen muss, nicht geregelt, liegt eine Gesetzeslücke vor, welche vom Richter auszufüllen ist» (BGE 118 II 141). Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich im Gesetz überhaupt keine Regelung findet (echte Lücke) oder wenn die Anwendung des Gesetzes zu einem völlig unverhältnismässigen Ergebnis führt (unechte Lücke).¹⁸ Das Bundesgericht geht bei der Freistellung von einer echten Lücke («nicht geregelt») aus, was eine sehr leichtfertige Annahme ist. Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers ist im Gesetz sehr wohl geregelt. Wenn der Arbeitgeber freiwillig auf die Arbeitsleistung verzichtet, ändert sich auf der anderen Seite an seiner Lohnzahlungspflicht nichts. Bevor deshalb bei der Freistellung voreilig von einer echten Lücke gesprochen wird, ist zu prüfen, welche Regelung das Gesetz vorsieht, wenn der Arbeitnehmer zusätzlich einer anderen Arbeit gegen Entgelt nachgeht. Dazu kennt das Gesetz im Zusammenhang mit der sogenannten Schwarzarbeit sehr wohl eine Regelung. Mangels entgegenstehender kollektiver oder einzelarbeitsvertraglicher Regelung steht es jedem Arbeitnehmer grundsätzlich frei,

¹⁸ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1 ZGB N 271ff.; Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage 1986, S. 39.

ausserhalb der Arbeitszeit andere und weitere bezahlte Arbeiten anzunehmen (Art. 321a Abs. 3 OR), denn er hat sich seinem Arbeitgeber lediglich für die Dauer der Arbeitszeit zu Dienstleistung verpflichtet.¹⁹ Eine anderweitige Beschäftigung verstösst nur gegen die Treuepflicht, wenn sie einen Umfang annimmt, der die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers so herabsetzt, dass er seiner Arbeitspflicht nicht mehr genügend nachkommen kann, oder wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber damit konkurrenziert.²⁰ Auf die Freistellung angewendet, bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer während der Freistellung unbedenklich eine andere Arbeit annehmen kann, es sei denn, er konkurrenziert damit seinen Arbeitgeber. Der Umfang der Nebenbeschäftigung spielt bei der Freistellung hinsichtlich der Treuepflichtverletzung jedoch keine Rolle mehr. Wenn der Arbeitnehmer vollständig von seiner Arbeitspflicht freigestellt ist, kann er in dieser Zeit ohne Verletzung der Treuepflicht vollzeitlich einer Nebenbeschäftigung nachgehen, ohne Verletzung der Dienstpflicht. Von einer echten Gesetzeslücke bei der Frage der Lohnzahlung und Freistellung kann somit offensichtlich nicht die Rede sein. Die gesetzliche Regelung findet sich in Art. 321a Abs. 3 und Art. 322 OR. Die Frage kann nur sein, ob die Anwendung dieser Bestimmungen bei der Freistellung zu einem völlig unververtretbaren Ergebnis führt. Dies ist klar zu verneinen. Ein Zusatzverdienst des Freigestellten während der Kündigungsfrist hat nichts Ungerechtes und Anstössiges an sich und zwar aus folgenden Gründen:

■ Wie ausgeführt, ist die Situation des Freigestellten in vielen Fällen ähnlich der Situation des ungerechtfertigt fristlos Entlassenen. Der Zusatzverdienst kompensiert in diesen Fällen die Pönalentschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3

¹⁹ Rehbinder, a.a.O., S. 58;

Oger Zürich, JAR 1985, S. 106.

²⁰ Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 321a OR, N.10; Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 321a OR, N.12; BGE 105 IV 307.

OR, die der Freigestellte nicht geltend machen kann.

■ Häufig nimmt der Freigestellte eine schlechter bezahlte Stelle an, so dass er langfristig trotz Doppelverdienst während der Kündigungsfrist schlechtergestellt ist.

■ In vielen Fällen kommt es auch vor, dass der Freigestellte während der Kündigungsfrist temporär einen Zusatzverdienst erzielen kann, nachher aber wieder ohne Stelle ist. Auch in diesen Fällen hat ein kurzfristiger Doppelverdienst des Gekündigten nichts Anstössiges an sich.

Sicher sind Fälle denkbar, in welchen ein Arbeitnehmer von der Freistellung in jeder Hinsicht profitiert. Zu denken ist an einen Direktor, der freigestellt wird und sofort wieder eine neue, allenfalls sogar besser bezahlte Stelle findet. Aber auch in diesen Fällen ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber völlig freiwillig auf die Arbeitsleistung verzichtet und bei einer Abwägung der Interessen nicht einzusehen ist, weshalb sich der Arbeitgeber in dieser Situation durch das Wegfallen der Lohnzahlung soll bereichern können.

VI. Schlussfolgerung

Die Annahme einer Gesetzeslücke bei der Anrechnung des anderweitigen Verdienstes im Rahmen der Freistellung ist nicht gerechtfertigt. Die angemessene gesetzliche Regelung ist Art. 321a OR zu entnehmen und führt dazu, dass sich ein freigestellter Arbeitnehmer einen allfälligen Zusatzverdienst nicht anrechnen lassen muss. Bleibt man dagegen bei der Annahme einer Gesetzeslücke und deren Füllung durch Analogieschluss zu Art. 337c Abs. 2 OR, so kommt man konsequenterweise nicht umhin, auch die Pönalentschädigung von Art. 337c Abs. 3 OR analog anzuwenden, will man nicht in völlige Willkür verfallen. Dies führt wiederum indirekt zur Bejahung eines Beschäftigungsanspruchs und zu einer grösseren Benachteiligung des freigestellten Arbeitgebers als bei einer konsequenten Anwendung von Art. 321a OR.