



Gerichts-  
und Verwaltungspraxis  
des Kantons Zug  
2001

Staatskanzlei des Kantons Zug  
Zug 2001-700

arzt habe seine Praxis in R. Der Weg vom Wohnort des Klägers nach R. und zurück sei ebenfalls von der Beklagten zu entschädigen, was bei 40 km Fr. 24.- ausmache. Die Beklagte nimmt zu diesen Ausführungen nicht Stellung.

7.1 Ein Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer unter gewissen Umständen verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt der Firma untersuchen zu lassen; das folgt aus der Treuepflicht. Der Arbeitgeber hat dann die Kosten des Vertrauensarztes zu tragen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR; Rehbindler, a.a.O., N 18 f. zu Art. 324a OR).

7.2 Die Beklagte hat vom Kläger unbestrittenermassen den Besuch eines Vertrauensarztes der Firma verlangt. Mithin hat die Beklagte für die entsprechenden, vom Kläger getragenen Kosten für die ärztlichen Leistungen in unbestrittener Höhe von Fr. 64.- aufzukommen. Ferner hat die Beklagte den Kläger für den Anfahrtsweg nach R. und zurück mit Fr. 19.20 (32 km x Fr. 0.60/km) zu entschädigen. Für den Arztbesuch hat die Beklagte dem Kläger somit total Fr. 83.20 zu bezahlen.

Kantonsgericht, 19. Februar 2001

*Art. 349a OR – Durch die Freistellung eines Handelsreisenden kann der Arbeitgeber weder die Bezahlung des Lohnes einseitig sistieren noch die Höhe des geschuldeten Lohnes beeinflussen; der Lohn muss grundsätzlich in derselben Höhe weiterbezahlt werden, wie wenn der Freigestellte während der Dauer seiner Freistellung arbeiten würde. War die Lohnhöhe bisher schwankend, ist für die Bestimmung des Freistellungslohns auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen.*

*Art. 29 Abs. 2 AVIG – Der von der Arbeitgeberin an den Handelsreisenden zu bezahlende Betrag ist um den von der Arbeitslosenkasse an den Arbeitnehmer bezahlten Betrag herabzusetzen.*

2. Die Parteien sind sich darin einig, dass das Arbeitsverhältnis per 31. März 2001 endete und dass der Kläger von der Beklagte am 1. Februar 2001 freigestellt wurde. Die Parteien liegen indessen darüber im Streit, ob die Beklagte dem Kläger für die Dauer der Freistellung den bislang erzielten durchschnittlichen Lohn von unbestrittenermassen netto Fr. 2322.75 pro Monat zu bezahlen hat. Die Beklagte macht insoweit sinngemäss geltend, der Kläger müsse sich angesichts der Freistellung von der Arbeit mit der in § 5 Abs. 1 des «Arbeitsvertrages» vereinbarten «Mindestprovision» von brutto Fr. 500.- pro Monat begnügen.

2.1 Gemäss Art. 349a OR hat der Arbeitgeber dem Handelsreisenden Lohn zu entrichten, der aus einem festen Gehalt mit oder ohne Provision besteht (Abs. 1). Eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ist gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt (Abs. 2).

Die Entrichtung des Lohnes an den Handelsreisenden als Arbeitnehmer stellt die Hauptleistung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag dar; durch die Bezahlung des Lohnes gilt der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ab. Mit der Freistellung kann der Arbeitgeber zwar freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten. Seine vertragliche Hauptleistungspflicht kann er damit aber nicht einseitig sistieren. Vielmehr besteht seine Lohnzahlungspflicht während der Dauer des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich weiter, und zwar unabhängig vom Verzicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat sich durch den Verzicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers selbst in Annahmeverzug gesetzt, und seine Lohnzahlungspflicht ergibt sich entsprechend aus Art. 324 Abs. 1 OR (vgl. Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen, Zürich 2000, S. 134).

Durch die Freistellung kann der Arbeitgeber aber auch die vereinbarte Höhe des geschuldeten Lohnes nicht beeinflussen; der Lohn muss grundsätzlich in derselben Höhe weiterbezahlt werden, wie wenn der Freigestellte während der Dauer seiner Freistellung arbeiten würde. War die Lohnhöhe bisher schwankend, ist für die Bestimmung des Freistellungslohns auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen (Blesi, a.a.O., S. 134 ff.). Das ergibt sich vorliegend auch daraus, dass angesichts eines vereinbarten monatlichen Mindestgehalts von bloss Fr. 500.- von einem «angemessenen Entgelt» im Sinne von Art. 349a Abs. 2 OR nur dann die Rede sein kann, wenn der Durchschnitt der bislang an den Kläger ausbezahlten Provisionen in die Berechnung einbezogen wird; die Abrede, wonach sich ein Arbeitnehmer der Beklagten unter Umständen mit dem blossen Mindestgehalt von brutto Fr. 500.- pro Monat begnügen muss (vgl. § 5 Abs. 1 des «Arbeitsvertrages»), ist – entgegen der Auffassung der Beklagten – mit Art. 349a Abs. 2 OR nicht zu vereinbaren.

2.2 Wie bereits erwähnt, wurde der Kläger am 1. Februar 2001 von der Beklagten freigestellt. Entsprechend verzichtete die Beklagte ab dem 1. Februar 2001 auf die Arbeitsleistung des Klägers, was sie indessen nicht von ihrer Lohnzahlungspflicht entbindet (vgl. Erwägung 2.1). Somit schuldet die Beklagte dem Kläger den vollen Lohn für die Monate Februar und März 2001. Da die Lohnhöhe während der Anstellungszeit des Klägers schwankend war, ist für die Bestimmung des Lohnes während der Dauer der Freistellung auf die Referenzperiode, mithin auf die Zeit von Oktober 2000 bis Januar 2001 abzustellen. Der durchschnittliche Lohn des Klägers während

dieser Zeit betrug unbestrittenermassen brutto Fr. 2403.- bzw. netto Fr. 2322.75 pro Monat, und die Parteien sind sich auch darin einig, dass es sich dabei um ein «angemessenes Entgelt» im Sinne Art. 349a Abs. 2 OR handelte. Im Februar 2001 erhielt der Kläger netto Fr. 203.35, im März 2001 netto Fr. 480.85 von der Beklagten ausbezahlt. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit – grundsätzlich – für Februar 2001 netto Fr. 2119.40 (Fr. 2322.75 abzüglich Fr. 203.35) und für März 2001 netto Fr. 1841.90 (Fr. 2322.75 abzüglich Fr. 480.85), d.h. insgesamt netto Fr. 3961.30.

3. Am 11. Mai 2001 reichte die Arbeitslosenkasse des Kantons X. eine separate Klage gegen die Beklagte ein mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, der Arbeitslosenkasse X. Fr. 855.85 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, aufgrund der ungeklärten Sachlage habe die Kasse dem B. für die Zeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Taggelder im Totalbetrag von netto Fr. 855.85 ausbezahlt. Mit der Zahlung dieser Arbeitslosenentschädigung sei der Anspruch gestützt auf Art. 29 AVIG auf die Arbeitslosenkasse übergegangen.

Gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) zahlt die Kasse Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 Buchstabe a oder b aus, wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 hat oder ob sie erfüllt werden (Abs. 1). Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Abs. 2).

Die Arbeitslosenkasse X. hat dem Kläger Arbeitslosentaggelder in der Höhe von Fr. 855.85 ausbezahlt. Der von der Beklagten zu bezahlende Betrag ist wegen der Zahlung der Arbeitslosenkasse X. um Fr. 855.85 herabzusetzen (Art. 29 Abs. 2 AVIG). Mithin ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger netto Fr. 3105.45 (Fr. 3961.30 abzüglich Fr. 855.85) zu bezahlen. Über die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung des Betrages von Fr. 855.85 an die Arbeitslosenkasse X. ist entsprechend im Prozess A. zu befinden.

Kantonsgerichtspräsidium, 12. September 2001