

DIE FREISTELLUNG DES ARBEITNEHMERS

MARKUS KRAUSE
RICHTER AM ARBEITSGERICHT
DÜSSELDORF

Rheinische Arbeitsrechtstage 2013

17. Mai 2013

1

DIE DREI PROBLEME DES DEUTSCHEN ARBEITSRECHTS

1. Arbeitnehmer
2. Arbeitgeber
3. Arbeitsrichter

*Schmitz-Scholemann: Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im Deutschen Arbeitsrecht, NZA 2012, 1001

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

1

ÜBERBLICK

1. Teil Freistellungsmöglichkeiten des Arbeitgebers
 - Unbezahlte Freistellung
 - Bezahlte Freistellung
 - Inhaltskontrolle von Freistellungsklauseln
 - Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitnehmers
2. Teil Rechtsfolgen der Freistellung
 - Anderweitiges Einkommen und Urlaub
 - Wettbewerbsverbot
 - Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
3. Teil Freistellung und Nachteilsausgleich
4. Teil Sozialrechtliche Folgen

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

3

FREISTELLUNG (BEURLAUBUNG, SUSPENDIERUNG)

Bei der Freistellung zu unterscheiden:

- unbezahlte oder bezahlte,
- einseitige oder einvernehmliche,
- unwiderrufliche oder widerrufliche Freistellung

Daraus ergeben sich unterschiedliche Folgen für Urlaub, Annahmeverzug, Anrechnung anderweitigen Verdienstes, gesetzliches Wettbewerbsverbot und Sozialversicherung.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

4

DIE UNBEZAHLTE FREISTELLUNG

Ohne gesetzliche, kollektivrechtliche oder vertragliche Regelung keine unbezahlte Freistellung.

Beispiele gesetzlicher Ausnahmen:

- §§ 15 ff BErzGG betr Elternzeit;
- § 45 SGB V Betreuung eines kranken Kindes;
- Kurzarbeit;
- Altersteilzeit, sofern der ArbN das Blockmodell wählt.

Durch Rspr konkretisierten Grds. des Arbeitskammerrechts:

- Aussperrung

Vertragliche Regelungen:

- Auszeit auf Wunsch des ArbN

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

5

DIE BEZAHLTE FREISTELLUNG

Ausgangspunkt: warum nicht ?

Ohne Beschäftigungsanspruch kein Freistellungserfordernis

Der Beschäftigungsanspruch nach BAG GS 27.02.1985

Prüfungsmaßstab: Liegen ausnahmsweise besondere schutzwürdige Interessen des AG vor, die den grds. Bestehenden Beschäftigungsanspruch des ArbN deutlich überwiegen?

Die Rechtmäßigkeit einer Nichtbeschäftigung (Freistellung) bleibt einer umfassenden Interessenabwägung vorbehalten.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

6

DIE BEZAHLTE FREISTELLUNG

Beschäftigungsanspruch nach BAG GS 27.02.1985

Frühere Rspr.: Freistellung bei „**sachlichem Grund**“
BAG 19.08.76, DB 76, 2308
BAG 15.06.72, DB 72, 1878

Schrifttum und Rspr.: Freistellung „**aus wichtigem Grund**“
MünchArbR/Blomeyer § 49 Rz 34
LAG Köln 20.3.01 – 6 Ta 46/01 –



17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

7

DIE BEZAHLTE FREISTELLUNG

Interessenabwägung nach BAG GS 27.2.85 - Einzelfälle

- Streifige Kündigung nach Ablauf der Kündigungsfrist
- Straftat oder dringender Tatverdacht
- Verrat von Betriebsgeheimnissen
- Wettbewerbsverstöße
- Störung des Betriebsfriedens
- Beabsichtigte außerordentliche Kündigung, z.B. BR-Mitglied bei fehlender Zustimmung (LAG Hamm 12.12.01 – 10 Sa 1741/01 - Interessenabwägung; LAG Köln 2.8.05 – 1 Sa 952/05 – Umstände über wichtigen Grund hinaus; LAG Sachs 14.4.2000 – 3 Sa 298/00 – keine Freistellung nach erstinst. Bestätigung Zustimmungsverweigerung)

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

8

DIE BEZAHLTE FREISTELLUNG

Unmöglichkeit des Beschäftigungsanspruchs gem. § 275 BGB

- Betriebsschließung
- Beschädigung/ Zerstörung Betriebsmittel

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

9

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

Bei vorformulierten Arbeitsverträgen gelten die §§ 305 ff BGB

Da AN **Verbraucher** i.S. des § 13 BGB sind, gilt dies **auch, wenn die Vertragsbedingungen nur für den konkreten Einzelfall** und nicht für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sind (§ 310 III Nr. 1 BGB).

Nach § 307 III BGB richterliche Inhaltskontrolle nur für Klauseln, durch die **von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen** vereinbart werden.

Eine Freistellungsbefugnis weicht von dem **verfassungsrechtlich Beschäftigungsanspruch** ab. **hergeleiteten**

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

10

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

Grundsätze:

Eine allgemeine voraussetzungslose Freistellungsmöglichkeit des AG ist als unangemessene Benachteiligung iSv § 307 Abs. 1 BGB unwirksam (LAG München 7. 5. 03 – 5 Sa 297/03 -).

Sie ist nur aus sachlichen Gründen, die die im Grundsatz in der Klausel anzugeben sind, zulässig (HWK Anh. §§ 305-310 BGB, Rz. 18; Thüsing, AGB-Kontrolle, Rz. 307).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

11

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

Kann vereinbart werden, den Arbeitnehmer für die Zeit der Kündigung bis zum Kündigungstermin freizustellen?

Bejahend: HWK Anh. §§ 305-310 BGB, Rz. 18; Küttner, Personalbuch 2013 Freistellung von der Arbeit, Rz.13 unter Bezugnahme auf: BAG, 21. 3. 12 – 5 AZR 651/10 - mit zusätzlicher Widerrufsmöglichkeit bezüglich der Dienstwagenüberlassung; LAG RhPf 30. 6. 05 – 12 Sa 99/05;

Verneinend: ArbG Frankfurt 19. 11. 03 – 2 Ga 251/03 - ; ArbG Bln 4. 2. 05 – 9 Ga 1155/05 -

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

12

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

BAG 21. 3. 12 – 5 AZR 651/10 – DER FALL

Im **Arbeitsvertrag** hieß es: „Im Falle einer Kündigung ist der AG berechtigt, den AN von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Weiterzahlung der Bezüge freizustellen. ...“

Im **Dienstwagenvertrag** war geregelt:

Der Arbeitgeber behält sich vor, die Überlassung des Dienstwagens zu widerrufen, wenn und solange der Pkw für dienstliche Zwecke seitens des Arbeitnehmers nicht benötigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt wird.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

13

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

BAG 21. 3. 12 – 5 AZR 651/10 – DIE LÖSUNG

- Der Dienstwagenvertrag enthält Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB.
- Die Vereinbarung des Widerrufsvorbehalts weicht von Rechtsvorschriften ab, § 307 Abs. 3 BGB.
- Die Klausel ist materiell wirksam. Der Widerruf der privaten Nutzung eines Dienstwagens im Zusammenhang mit einer (wirksamen) Freistellung des Arbeitnehmers ist zumutbar. Der Arbeitnehmer muss bis zum Kündigungstermin keine Arbeitsleistung erbringen.
- Der Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens bedarf keiner Änderungskündigung (Verhältnis Leistung – Gegenleistung bei **weniger als 25 %** nicht betroffen).

Fazit: begrenzter Rückschluss auf Wirksamkeit der Freistellungsklausel

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

14

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

LAG München 7.5.03 – 5 Sa 297/03 – DER FALL

Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren über einen Anspruch der Klägerin auf vertragsgemäße Beschäftigung nach einer Kdg. v. 15.1 zum 31.7. Die Vertragsbedingungen enthalten eine Freistellungsklausel:

„Für den Fall der Vertragsauflösung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses steht es dem AG frei, den Mitarbeiter von der Dienstleistung unter Fortzahlung seines Entgeltes und unter Anrechnung des anteiligen Urlaubs und eventueller zusätzlicher Freizeitansprüche freizustellen.“

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

15

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

LAG München 7.5.03 – 5 Sa 297/03 – DIE LÖSUNG

- Bei der Angemessenheitskontrolle ist dem richterrechtlich anerkannten allgemeinen Beschäftigungsanspruch die Leitbildfunktion des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zuzumessen.
- Demnach sind generelle, einschränkungslose Freistellungsklauseln – mit Rücksicht auf die auf § 242 BGB i. V. m. Art. 1, 2 GG gestützte persönlichkeitsrechtliche Begründung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs – gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.
- Auch generelle, einschränkungslose Freistellungsklauseln für den Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder einer sonstigen Vertragsbeendigung sind demnach unwirksam.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

16

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

LAG München 7.5.03 – 5 Sa 297/03 – DIE LÖSUNG

4. Durch die vereinbarte Freistellungsklausel wird ein AN **trotdem nicht** i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB „entgegen Treu und Glauben **unangemessen benachteiligt**“.

Gegen eine solche Benachteiligung spricht letztlich ausschlaggebend, dass die Ausübung des vereinbarten Freistellungsrechts der Beklagten gemäß § 315 Abs. 1 BGB einer **Billigkeitskontrolle** unterliegt, die eine unangemessene Benachteiligung durch die Freistellungsklausel als solche ausschließt.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

17

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

LAG München 7.5.03 – 5 Sa 297/03 – DIE LÖSUNG

§ 315 BGB und nun ???

Fazit: Wenn die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs.1 BGB nicht ausgeschlossen wird, kann die Freistellung „für den Fall der Kündigung/ Vertragsauflösung“ in AGB's vereinbart werden.

These: Gleiches Ergebnis auch ohne Klausel?

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

18

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

LAG München 7.5.03 – 5 Sa 297/03 – DIE LÖSUNG mit § 315 BGB

5. Mit Rücksicht auf die Freistellungsklausel setzt die Billigkeit der Freistellung i. S. v. § 315 BGB jedenfalls kein überwiegendes, schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung voraus. Denn nach der Rspr. des BAG (GS 27.02.1985) ist im Falle eines solchen überwiegenden Interesses des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung auch ohne Freistellungsklausel ein Freistellungsrecht gegeben.

6. Der **Billigkeit i. S. v. § 315 BGB** entspricht eine Freistellung aufgrund einer Klausel demzufolge schon dann, wenn es wenigstens einen **sachlichen Grund** für die Freistellung gibt.

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

LAG München 7.5.03 – 5 Sa 297/03 – DIE LÖSUNG

1. Freistellungsklausel wirksam, weil Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB;
2. Billigkeit wegen Freistellungsklausel bei sachlichem Grund, überwiegendes Interesse nicht erforderlich

INHALTSKONTROLLE VON FREISTELLUNGSKLAUSELN

Klauselbeispiel Freistellungsvorbehalt:

Dem Arbeitgeber bleibt vorbehalten, mit oder nach Ausspruch einer Kündigung den Arbeitnehmer widerruflich oder unwiderruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Bezüge freizustellen, sofern dies der Billigkeit entspricht.

Dasselbe gilt unabhängig vom Ausspruch einer Kündigung,

- wenn die Vertrauensgrundlage infolge eines groben Fehlverhaltens des Arbeitnehmers unwiederbringlich zerstört ist,
- für die Dauer einer erheblichen Leistungseinschränkung des Arbeitnehmers, wenn dem Arbeitgeber dadurch bei Beschäftigung Schäden drohen,
- oder wenn und solange aufgrund objektiver Umstände wettbewerbswidriges Verhalten oder der Verrat von Betriebsgeheimnissen zu besorgen ist.

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Klageverfahren

Der Antrag muss gem. § 253 II Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt sein.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis/ab als XXX zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

BAG 15.3.01 2 AZR 141/00 : „Das inhaltlich hinreichend bestimmte Weiterbeschäftigungsbegehren des Kl. kann auch nicht so verstanden werden, dass der Kl. nur die Weiterbeschäftigung auf seinem bisherigen, bei der Bekl. nicht mehr vorhandenen Arbeitsplatz verlangt. Mit der Formulierung "zu den bisherigen Arbeitsbedingungen" nimmt der Kl. vielmehr auf die Bedingungen des Arbeitsvertrages Bezug"(Direktionsrecht).

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Klageverfahren: Antrag bei Freistellung durch IV
(LAG Nürnberg: Urteil vom 06.09.2011 - 6 Sa 807/10 -):

Der Feststellungsantrag, dass die Freistellung vom 30.10.2009 unwirksam sei, ist unzulässig

Bloße Elemente oder Vorragen eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein. Die begehrte Feststellung ist mit den vom BAG akzeptierten Ausnahmen - wie etwa dem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Versetzung, der auszulegen ist als Antrag darauf, dass der Arbeitnehmer nicht zur Leistung der zugewiesenen Arbeit verpflichtet ist - nicht vergleichbar.

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Einstw. Verfügungsverfahren (Befriedigungsverfügung)

1. Verfügungsanspruch
2. Verfügungsgrund (streitig)
 - jedenfalls materielles Interesse nicht ausreichend, dieses wird durch § 615 BGB hinreichend gesichert (vgl. LAG Düsseldorf 17.11.10 – 12 SaGa 19/10 -)
 - + bei offensichtlich unbegründeter Kündigung oder
 - + Erhaltung und Sicherung der Qualifikation des AN in Gefahr (Ärzte, Piloten, Profisportler etc.)

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Einstweiligen Verfügung auf tatsächliche Beschäftigung keine Sicherungsverfügung, sondern eine Leistungsverfügung

Eine Leistungsverfügung (ausnahmsweise) zulässig (LAG Düsseldorf 1.6.05 – 12 Sa 352/05 -):

- (1) Der Ast. muss auf die sofortige Erfüllung seines Anspruchs dringend angewiesen sein,
- (2) Die geschuldete Handlung ist so kurzfristig zu erbringen, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht möglich ist, und
- (3) Der dem Ast. aus der Nichterfüllung drohende Schaden steht außer Verhältnis zu dem Schaden, der dem Ag. aus der sofortigen - vorläufigen - Erfüllung droht.



Untergang des Beschäftigungsanspruchs durch Zeitablauf kein Verfügungsgrund

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

25

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Verfügungsgrund– der Meinungsstand zum Anspruch nach § 102 V BetrVG und zum allg. WB-Anspruch

- Nach überwiegender und zutreffender Auffassung genügt **weder das unzweifelhafte Bestehen eines Beschäftigungsanspruchs** noch der aufgrund Zeitablaufs **drohende Rechtsverlust** dieses Beschäftigungsanspruchs für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes
- (LAG Berlin-Brandenburg 30.3.11- 4 SaGa 432/11 -; LAG Düsseldorf 17.11.10 - 12 SaGa 19/10 -; LAG Köln 21.7.10 - 3 SaGa 8/10 -; LAG Hamm 23.4.08 – 10 SaGa 17/08; LAG Nürnberg 18.9.07 - 4 Sa 586/07 -; Reinhard/Kliemf NZA 2005, 547).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

26

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Hauptgrund:

Das Gesetz sieht vom Erfordernis des Verfügungsgrundes auch nicht für solche Ansprüche ab, die zeitgebunden und nicht nachholbar sind (absolute Fixschuld).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

27

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

Verfügungsgrund– der Meinungsstand zum Anspruch nach § 102 V BetrVG und zum allg. WB-Anspruch

LAG Köln 26.11.12 – 5 SaGa 14/12 -

1. Der Verfügungsgrund für den aus § 102 Abs. 5 BetrVG folgenden Weiterbeschäftigungsanspruch ergibt sich regelmäßig aus dem drohenden Zeitablauf. Weitergehende Umstände im Sinne einer besonderen Dringlichkeit braucht der Verfügungskläger nicht vorzutragen.
1. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der erstinstanzliche Kammertermin erst mehrere Monate nach Ablauf der Kündigungsfrist stattfinden soll.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

28

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

LAG Köln 26.11.12 – 5 SaGa 14/12 – DER FALL

Die Klägerin ist seit dem 1. Juni 2002 als Sekretärin beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. April 2012 zum 31. Juli 2012 und mit Schreiben vom 31. Mai 2012 zum 31. August 2012.

Der Betriebsrat hatte zuvor beiden Kündigungen (qualifiziert) widersprochen. Er stützte die Widersprüche auf eine fehlerhafte soziale Auswahl.

Die Klägerin hat beim Arbeitsgericht Köln (8 Ca 3541/12) Kündigungsschutzklage erhoben. Kammertermin ist bestimmt worden auf den 21. März 2013.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

29

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

LAG Köln 26.11.12 – 5 SaGa 14/12 – DIE „LÖSUNG“

1. Der Verfügungsanspruch

Nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG kann der Arbeitnehmer während des laufenden Kündigungsschutzprozesses seine Beschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist verlangen, wenn der Betriebsrat der Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat. Der Betriebsrat kann einer Kündigung nicht aus beliebigen Gründen, sondern nur aus den in § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgezählten Erwägungen widersprechen.

An das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Begründung des Betriebsrats sind keine strengen Anforderungen zu stellen.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

30

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

LAG Köln 26.11.12 – 5 SaGa 14/12 – DIE „LÖSUNG“

2. Der Verfügungsgrund

An eine sog. Befriedigungsverfügung sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Allerdings muss stets auch der so genannte **Justizgewährungsanspruch** ausreichend beachtet werden. Eine Befriedigungsverfügung kann demnach erforderlich sein, **wenn sie das praktisch einzige Mittel ist**, das Recht des Gläubigers zu schützen.

Macht der Arbeitnehmer geltend, dass er im Eilrechtsschutz seinen Beschäftigungsanspruch **im nicht beendeten Arbeitsverhältnis** durchsetzen möchte, so wird der hierzu erforderliche Eilrechtsgrund **in aller Regel bejaht**.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

31

RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES ARBEITNEHMERS

LAG Köln 26.11.12 – 5 SaGa 14/12 – DIE „LÖSUNG“

2. Der Verfügungsgrund

Der drohende Zeitablauf ist auch zu berücksichtigen, wenn es um die Durchsetzung eines aus § 102 Abs. 5 BetrVG folgenden Weiterbeschäftigungsanspruchs geht.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn der erstinstanzliche Kammertermin erst mehrere Monate nach Ablauf der Kündigungsfrist stattfinden soll.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

32

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Annahmeverzug oder Erlassvertrag

1. Stellt der AG den AN unter Anrechnung der Urlaubsansprüche von der Arbeitsleistung frei, ist in der Regel davon auszugehen, dass der AG dem AN die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlässt, im Übrigen die Annahme der Arbeitsleistung ablehnt und so gem. § 293 BGB in Annahmeverzug gerät.
2. Alternativ besteht die Möglichkeit, dass der AG dem AN die Festlegung des Urlaubs innerhalb des vorbehaltlos gewährten Freistellungszeitraums überlassen will und ihm im Übrigen den Abschluss eines Erlassvertrags iSv. § 397 BGB anbietet, durch den die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aufgehoben werden soll.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

33

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Anderweitiges Einkommen

Mit der einseitigen Freistellung von der Arbeitspflicht lehnt der AG in der Regel die Annahme der vom AN geschuldeten Arbeitsleistung ab und gerät so gem. § 293 BGB in Annahmeverzug.

Folge des Annahmeverzugs ist gem. § 615 Satz 2 BGB die Anrechnung des anderweitigen Einkommens.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

34

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Anderweitiges Einkommen

Bei Abschluss eines Erlassvertrags iSv. § 397 BGB, wird die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitspflicht des AN aufgehoben. Dieses Angebot kann der Arbeitnehmer nach § 151 BGB annehmen (BAG 19. 3. 2002 - 9 AZR 16/01 -). Eine Anrechnung eines etwaigen Zwischenverdienstes des Arbeitnehmers ist in diesen Fallgestaltungen ausgeschlossen.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

35

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Anderweitiges Einkommen

Eine solche Vereinbarung hat der 9. Senat des BAG bereits dann bejaht, wenn der AN einer unwiderruflich unter Urlaubsanrechnung erfolgten Freistellung unwidersprochen Folge leistet (BAG 19.3.02 – 9 AZR 16/01 -).

Die Anrechnung von Zwischenverdienst muss dann ebenfalls ausdrücklich vereinbart werden (LAG Hamm 10.10.96 – 10 Sa 104/96 -).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

36

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Urlaub

Die Anrechnung von Urlaub setzt eine **unwiderrufliche** Freistellung voraus (BAG 14. 3. 06 – 9 AZR 11/05 -; 19. 5. 09 – 9 AZR 433/08 -).

Das BAG legt daher jede nicht ausdrücklich widerruflich ausgesprochene Freistellung, die eine Urlaubsanrechnung vorsieht, als unwiderrufliche Freistellung aus. Der Urlaubsanspruch wird dann mit der Freistellung erfüllt (§ 362 BGB).

Unschädlich ist, wenn der AG den genauen Urlaubszeitraum nicht bestimmt, sondern lediglich eine Gewährung im Freistellungszeitraum anordnet.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

37

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Urlaub

Der AG kann den Urlaubsanspruch des AN dadurch erfüllen, dass er dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, die konkrete Lage des Urlaubs innerhalb eines bestimmten Zeitraums selbst zu bestimmen (vgl. BAG 14. 3. 2006 – 9 AZR 11/05 -).

Ist der Arbeitnehmer damit **nicht einverstanden**, hat er dies dem Arbeitgeber **unverzüglich mitzuteilen**. Unterbleibt eine solche Mitteilung, kann der Arbeitgeber davon ausgehen, der Arbeitnehmer lege die Urlaubszeit innerhalb der Kündigungsfrist selbst fest. Ein späteres Urlaubsabgeltungsverlangen des Arbeitnehmers wäre rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) und deshalb nicht begründet.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

38

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Wettbewerbsverbot

Sofern der Arbeitgeber mit der Freistellung erklärt, dass die Freistellung unter Anrechnung anderweitigen Verdienstes erfolgt (Annahmeverzug), darf der Arbeitnehmer in aller Regel davon ausgehen, nicht mehr an vertragliche Wettbewerbsverbote gebunden zu sein. (BAG 6.9.06 – 5 AZR 703/05 -; aA Bauer NZA 07, 410; Nägele NZA 08, 1039).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

39

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Wettbewerbsverbot

Sofern sich das aus der Freistellungserklärung nicht hinreichend deutlich ergibt, kann der Arbeitnehmer nicht ohne ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers davon ausgehen, dass dieser auf das vertragliche Wettbewerbsverbotes bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 60 HGB) verzichtet.

Das Gleiche gilt bei der einvernehmlichen Freistellung (**Erlassvertrag**). Wenn keine Regelung zum Wettbewerbsverbot getroffen wird, ist entscheidend, ob die Anrechnung von Zwischenverdienst vereinbart worden ist (Küttner, Freistellung von der Arbeit, Rz. 26).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

40

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

bestehen bei Freistellungen nicht. Insbesondere sind Freistellungen **keine Versetzungen iSv § 99 BetrVG**, da nur Aufgaben entzogen, aber keine neuen zugewiesen werden (BAG 19.2.91 – 1 ABR 36/90; 22.1.98 – 2 AZR 267/97 -).

Im Schrifttum wird vereinzelt die analoge Anwendung des § 102 BetrVG befürwortet wird.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

41

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

Unterlassungsanspruch des Betriebsrats???

Strittig, ob im Wege der einstweiligen Verfügung ein **Unterlassungsanspruch des BR** in Betracht kommt, wenn mit einer **Betriebsänderung vor Abschluss der Verhandlungen über einen Interessenausgleich** begonnen wird.

Nein: (LAG Düsseldorf 19.11.96 – 8 TaBV 80/96 -; LAG München 24.9.03 – 5 TaBV 48/03 -; LAG Köln 30.4.04 – 5 Ta 166/04 -; LAG Nürnberg 9.3.09 – 6 TaBVGa 2/09 -; Richardi/Annuß, BetrVG, 13. Aufl., § 111 Rn. 166 f; ErfK/Kania, 12. Aufl., § 111 BetrVG Rn. 27.)

Ja: (LAG Hamm 20.04.2012 – 10 TaBVGa 3/12; LAG Hamm 28.08.2003 – 13 TaBV 127/03 -; LAG Hamburg 13.11.1981 – 6 TaBV 9/81 -; LAG Frankfurt 21.09.1982 – 4 TaBVGa 94/82 -)

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

42

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG EINZELFÄLLE

BAG 6.9.06 – 5 AZR 703/05 –

Der Fall: Mit der Freistellung wird der AN aufgefordert, Urlaub im Rahmen der Freistellung zu nehmen und Bezüge bei einem neuen AG mitzuteilen.

Die Lösung: AG hat sich in Annahmeverzug begeben, kein Erlassungsvertrag, da Anrechnungswille offensichtlich.

Anrechnung anderweitigen Erwerbs,
Verzicht auf Wettbewerbsverbot und
Erfüllung des Urlaubsanspruchs



17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

43

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG EINZELFÄLLE

LAG Hamm 11.10.2011 - 14 Sa 543/11 -

Die Parteien: Der klagende Fußballlehrer war vom 9.2.08 bis 30.6.10 befristet beim beklagten Fußballclub beschäftigt.

Der Sachverhalt: Zwei Spieltage vor Ende der Saison stellte der Beklagte den Kläger am 13.5.09 bis zum Ende des Vertrages frei. Der beklagte Verein stieg in den verbleibenden Spielen ohne den Kläger in die 2. BL auf und hielt im Jahr der Freistellung ohne den Kläger mit 51 Punkten die Klasse.

Der Vertrag: Grundvergütung 13.500 €, Prämie pro Punkt in der 2. BL unter Mitwirkung des Klägers als Cheftrainer 2000 €. Zudem enthielt der Vertrag eine Freistellungsmöglichkeit mit Fortzahlung (nur) des Grundgehältes.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

44

Rechtsfolgen der Freistellung Einzelfälle



**PADERBORN SCHMEIßT
TRAINER DOTCHEV RAUS**

**ES HATTE SICH AB-
GEZEICHNET - ALLEIN DER
ZEITPUNKT DER ENT-
LASSUNG ZWEI SPIELTAGE
VOR SAISONENDE WAR
ÜBERRASCHEND.**

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

45

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG EINZELFÄLLE

Das LAG Hamm verpflichtete den beklagten Verein gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Zahlung der vereinbarten Punktprämie:

1. Nach dem Lohnausfallprinzip muss auf die von einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Ausfallzeitraum erzielte Arbeitsvergütung abgestellt werden. Als solcher vergleichbarer Arbeitnehmer ist der Nachfolger des Klägers im Amt des Cheftrainers anzusehen.
2. Die Klausel bezügl. Des Wegfalls der Punktprämie ab dem Zeitpunkt der Freistellung stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar, die gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam ist.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

46

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG EINZELFÄLLE

3. Dabei kann offen bleiben, ob die Freistellungsklausel selbst nach § 307 BGB unwirksam ist. Denn diese Bestimmung ist teilbar von den Vertragsbedingungen zu den Vergütungsleistungen.

4. Durch die Befugnis, die Punktprämie bei Freistellung nicht mehr zu zahlen, wird in in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen. Die Gehaltsminderung beträgt 37,2%. Dies überschreitet die vom BAG bei Änderungsvorbehalten anerkannte Grenze von 25% der Gesamtvergütung deutlich.

Anmerkung: Zustimmung, da das mit der Klausel eingeräumte Recht zur Freistellung an keinerlei Gründe gebunden, also voraussetzungslos ausgestaltet worden ist. Eine derartige Regelung ist mit der zuvor skizzierten BAG-Rechtsprechung nicht zu vereinbaren. Eine Billigkeitskontrolle ist ausgeschlossen.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

47

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG DISKUSSIONSVORSCHLAG

Formulierungsvorschlag von Richter, Lange: Kontrolle von Freistellungs- und Ausschlussklauseln in Arbeitsverträgen mit Fußballbundesliga-Trainern, NZA-RR 2012, 57

(1) Der Trainer kann vom Verein von der Erbringung seiner Arbeitsleistung freigestellt werden, sofern sachliche Gründe die Freistellung rechtfertigen. Sachliche Gründe liegen insbesondere vor, wenn:

–sich das Verhältnis zwischen Mannschaft und Trainer als zerrüttet darstellt;

...

(3) Während der Zeit seiner Freistellung behält der Trainer seinen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte monatliche Grundvergütung. Die variablen Vergütungsbestandteile (z.B. Punktprämie) werden hingegen in einem Umfang gekürzt, dass dem Trainer während der Zeit seiner Freistellung eine monatliche Gesamtvergütung verbleibt, die 75% der monatlichen Gesamtvergütung entspricht, die der Trainer ohne seine Freistellung erhalten hätte.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

48

RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG DISKUSSIONSVORSCHLAG

Hinweis: Der Arbeitgeber sollte also bei einer Freistellung stets **ausdrücklich Urlaub gewähren**, dessen **zeitliche Lage konkret bestimmen** und sich die **Anrechnung anderweitigen Verdiensts vorbehalten**, wenn er nicht auf das Wettbewerbsverbot bestehen will.

Bei einem **Freistellungszeitraum, der bis in das nächste Kalenderjahr** reicht, kann der Arbeitgeber im Vorgriff auf das kommende Urlaubsjahr jahresübergreifend Erholungsurlaub gewähren. Bei **fehlender Festlegung des Urlaubszeitraums** ergeben sich **Risiken im Hinblick auf** eine die Erfüllung des Urlaubsanspruchs ausschließende **Arbeitsunfähigkeit** des Arbeitnehmers und die Anrechenbarkeit anderweitigen Verdienstes.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

49

FREISTELLUNG UND NACHTEILSAUSGLEICH

LAG Berlin-Brandenburg: Urteil vom 02.03.2012 - 13 Sa 2187/11

Die Durchführung einer **Betriebsänderung** in Form einer Stilllegung des Betriebes kann **auch mit einer unwiderruflichen Freistellung sämtlicher Arbeitnehmer** beginnen.

Wie eine Kündigung ist die unwiderrufliche Freistellung nicht mehr umkehrbar, der Arbeitgeber hat damit selbstbindend erklärt, dass er auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers „für immer“ verzichtet. Anders als im Fall der widerruflichen Freistellung (dazu siehe nur BAG 30.05.2006, a. a. O.) oder der befristeten unwiderruflichen Freistellung ist damit der Insolvenzverwalter nicht mehr in der Lage, einseitig den Betrieb fortzuführen, er benötigt dafür das Einverständnis der Arbeitnehmer.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

50

FREISTELLUNG UND NACHTEILSAUSGLEICH

LAG Berlin 30.11.04 – 3 Sa 1836/04 – DER FALL

Der IV stellt nach Eröffnung des IV und **nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit** fast alle AN von der Arbeitsleistung frei, um Gleichwohlgewährung von ALG zu erreichen.

Dies geschieht zeitlich **vor Ende der Verhandlungen über einen Interessenausgleich**.

Der klagende AN verlangt einen Nachteilsausgleich mit einem Zahlungsantrag.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

51

FREISTELLUNG UND NACHTEILSAUSGLEICH

LAG Berlin 30.11.04 – 3 Sa 1836/04 – DIE LÖSUNG

1. Zulässigkeit des Zahlungsantrages

Die Leistungsklage war zulässig, da ihr das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO nicht entgegensteht. Dieses bezieht sich aber nur auf Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 209 Abs. 1 Ziff. 3 InsO (Altmasseverbindlichkeit). Ein möglicher Nachteilsanspruch ist hier aber eine Masseverbindlichkeit, die unter der Regelung des § 209 Abs. 1 Ziff. 2 InsO (Neumasseverbindlichkeit) fällt.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

52

FREISTELLUNG UND NACHTEILSAUSGLEICH

LAG Berlin 30.11.04 – 3 Sa 1836/04 – DIE LÖSUNG

2. Begründetheit des Zahlungsantrages

In der Freistellung des ganz überwiegenden Teils der Arbeitnehmer und in der einstweiligen Fortbeschäftigung eines Abwicklungsteams ist nicht der Beginn einer Betriebsstilllegung durch zu sehen.

Im Fall der Veräußerung des Betriebes ist die Freistellung wieder aufhebbar.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

53

FREISTELLUNG UND NACHTEILSAUSGLEICH

Lösung:

Befristete unwiderrufliche Freistellung ?

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

54

FREISTELLUNG UND NACHTEILSAUSGLEICH

Rechtsweg und Klageantrag:

Der freigestellte AN bei Nachteilsausgleich in der Insolvenz:

- Betriebsänderung durch Schuldnerin vor Eröffnung IV
 - Einfache Insolvenzforderungen: Anmeldung Tabelle
- Betriebsänderung durch IV nach Eröffnung IV
 - Masseverbindlichkeit, § 55 Abs. 1 Nr. InsO: Leistungsklage
 - Bei Masseunzulänglichkeit Altmasseverbindlichkeit: Feststellungsklage
 - Ausnahme: Betriebsänderung nach Anzeige Masseunzulänglichkeit: Neumasseverbindlichkeiten: Leistungsklage

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

55

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE FOLGEN

- 1. BSG Entscheidung vom 24. 9. 2008 – B 12 KR 22/07 R

Den Gegenstand der ersten Entscheidung des BSG bildete eine Freistellung, auf die sich die Arbeitsvertragsparteien am **8. 9. 2004 in einem gerichtlichen Vergleich** verständigt hatten, wonach das **Arbeitsverhältnis zum 30. 6. 2005 endete** und der Arbeitnehmer **mit sofortiger Wirkung unwiderruflich unter Fortzahlung der Vergütung freigestellt** wurde.

Der 12. Senat des BSG hat entschieden, dass eine **Beschäftigung auch während der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung bejaht**. Eine Beschäftigung setze nicht zwingend eine tatsächliche Arbeitsleistung voraus.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

56

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE FOLGEN

- 2. BSG Entscheidung vom 24. 9. 2008 – B 12 KR 27/07 R
- Mit einer Freistellung im Rahmen einer „**Altersteilzeit Null**“ hat sich der 12. Senat des BSG in seiner zweiten Entscheidung befasst.
- Nach Auffassung des BSG besteht das Beschäftigungsverhältnis während der Freistellung fort. Durch die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bringe der Arbeitgeber seinen Willen zur Fortsetzung der Beschäftigung zum Ausdruck.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

57

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE FOLGEN

Freistellung und Arbeitslosenversicherung:

Mit der Freistellung wird der ArbN trotz noch fortbestehendem Arbeitsverhältnis iSd ArbIV beschäftigungs- und damit arbeitslos. Die Sperrzeit beginnt mit dem Tag nach dem Ereignis, das die Sperrzeit begründet, zB Tag der ArbNKündigung, des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages oder des arbeitsvertragswidrigen Verhaltens (BSG 5. 8. 99 – B 7 AL 14/99 R -).

Die Sperrzeit ist- je nach Dauer der Freistellung - dann bereits (teilw.) abgelaufen.

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

58

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE FOLGEN

Aber bei Sperrzeiten wegen Arbeitsaufgabe:

Die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld mindert sich hier um die Anzahl von Tagen der Sperrzeit (vgl § 148 Abs 1 Nr 4 SGB III).

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

59

Fazit:
Et blieb nix wie et wor.

VIELEN DANK FÜR IHRE
AUFMERKSAMKEIT!!!

17. Mai 2013

Referent: RiArbG Markus Krause

60