

# - GESTALTUNGSRISIKO FREISTELLUNG -

ZAAR Vortragsreihe 2021

München (online), 23. September 2021

Referentin: **Dr. Nathalie Oberthür, Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht**

- Abgrenzung Annahmeverzug und Erlassvertrag
- Urlaubsgewährung
- Anrechnung anderweitigen Erwerbs
- Wettbewerbsverbot

# 1. Annahmeverzug vs. Erlassvertrag

- **Beispielsfall:**
- Die Arbeitgeberin kündigt und stellt den Arbeitnehmer „unwiderruflich und unter Fortzahlung der Vergütung“ (ohne zeitliche Begrenzung) von der Arbeitsleistung frei. Im Kündigungsschutzverfahren nimmt die Arbeitgeberin die Kündigung zurück und fordert den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auf. Der Arbeitnehmer nimmt das Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an, verweigert aber unter Berufung auf die Freistellung die weitere Arbeitsleistung. Anspruch auf Vergütung ?

# 1. Annahmeverzug vs. Erlassvertrag

- **Grundsatz:** Der einseitige Verzicht auf die Arbeitsleistung ist gesetzlich nicht vorgesehen.
- **Ausnahme:** Wegfall der Arbeitspflicht aufgrund besonderer Umstände oder vertraglicher Vereinbarung, § 275 BGB (**BAG 18.3.1999 – 8 AZR 344/98**). Fortbestand des Vergütungsanspruchs gem. § 326 Abs. 2 BGB
- **Anderenfalls:** Annahmeverzug gem. §§ 293, 615 BGB; die einfache Freistellung ist idR nicht anders zu beurteilen als die bloße Nichtannahme der Arbeitsleistung (**BAG 23.02.2021 – 5 AZR 314/20**).

# 1. Annahmeverzug vs. Erlassvertrag

- Weitergehender Erklärungswert aber jedenfalls bei unwiderruflicher Freistellung:
- Sie beinhaltet das Versprechen, den Anspruch auf Arbeitsleistung dauerhaft nicht mehr geltend zu machen. Die Schuld bleibt zwar weiter erfüllbar, der Arbeitgeber kann die Forderung aber nicht mehr durchsetzen (BGH 04.12.1986 - III ZR 51/85). Rechtsfolge: Da keine Leistungsverpflichtung besteht, gerät der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug (BAG 09.11.1999 – 9 AZR 922/98); der Vergütungsanspruch besteht daher unabhängig von verzugslohnbegründenden Umständen (z.B. Leistungsbereitschaft und -fähigkeit des Arbeitnehmers) fort (a.A. BAG 23.01.2008 – 5 AZR 393/07 bei krankheitsbedingter AU während unwiderruflicher Freistellung)

# 1. Annahmeverzug vs. Erlassvertrag

- In einer unwiderruflichen Freistellung kann zudem das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages liegen, das der Arbeitnehmer gem. § 151 BGB durch Fernbleiben von der Arbeit stillschweigend annimmt (BAG 19.03.2002 – 9 AZR 16/01).
- **Aber:** stillschweigender Erlassvertrag bei Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzverfahren ?

# 1. Annahmeverzug vs. Erlassvertrag

- **Folgefrage:** Auswirkung der Rücknahme der Kündigung auf die Arbeitspflicht ?
  - Auslegung der Willenserklärungen – Rücknahme der Kündigung beinhaltet in der Regel Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung, dass die Kündigung keine Rechtswirkungen entfaltet; sie könnte auch ein Angebot zur einvernehmlichen Aufhebung der Freistellung beinhalten
  - Annahme eines solchen Angebots nur unter Beibehaltung der Freistellung wäre Annahme unter Abänderung (§ 150 BGB)
  - Rücknahmeerklärung kann (muss aber nicht, **BAG 24.05.2018 – 2 AZR 67/18**) als Anerkenntnis ausgelegt werden. Folge: Anerkenntnisurteil

# 1. Annahmeverzug vs. Erlassvertrag

- **Folgefrage:** Beseitigung der Freistellung ?
  - „Freistellung wird gegenstandslos“ ? Auslegung der Freistellungserklärung dahingehend, dass diese (auflösend bedingt) nur für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten soll ?
  - Anspruch auf Vertragsanpassung gem. § 313 BGB
  - **Gestaltungsempfehlung:** zeitliche Begrenzung unwiderruflicher Freistellungserklärung



- Abgrenzung Annahmeverzug und Erlassvertrag
- **Urlaubsgewährung**
- Anrechnung anderweitigen Erwerbs
- Wettbewerbsverbot

## 2. Urlaubsgewährung

- **Grundsatz:** Urlaubsgewährung in der Freistellung muss ausdrücklich erklärt werden (BAG 14.8.2007 – 9 AZR 934/06)
- nachträgliche Urlaubsgewährung nur bei widerruflicher Freistellung, da keine Urlaubsgewährung ohne Arbeitsverpflichtung
- Klarstellung, *welcher* Urlaubsanspruch erfüllt werden soll (BAG 17.5.2011 – 9 AZR 189/10); Urlaubsgewährung zudem nur, solange auch Vergütung gezahlt wird (BAG 10.2.2015 – 9 AZR 455/13)
- Urlaubsgewährung nur durch unwiderrufliche Freistellung; sonstiger Freizeitausgleich kann auch durch widerrufliche Freistellung gewährt werden (BAG 19.05.2009 – 9 AZR 433/08)

## 2. Urlaubsgewährung

- Fehlt es an einer Festlegung des Urlaubszeitraums, kann dies – je nach **Auslegung** der Freistellungserklärung – bedeuten:
  - dass dem Arbeitnehmer damit für die gesamte Dauer der Kündigungsfrist Urlaub erteilt werden sollte (**BAG 14.03.2006 – 9 AZR 11/05**);
  - dass der Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung des Urlaubs selbst vornehmen kann und ihm im Übrigen der Abschluss eines Erlassvertrages angeboten ist (**BAG 19.03.2002 – 9 AZR 16/01**); oder
  - dass der Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung des Urlaubs selbst vornehmen kann und der Arbeitgeber im Übrigen in Annahmeverzug gerät (**BAG 16.07.2013 – 9 AZR 50/12**)

## 2. Urlaubsgewährung

- Allerdings kann die Auslegung der Freistellungsvereinbarung auch ergeben, dass der Urlaub **zu Beginn der Freistellungszeitraums** gewährt sein soll;
- dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien von einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgehen, etwa bei Vereinbarung einer Sprinterklausel. In einer solchen Situation soll der Urlaub wegen des mit ihm verbundenen Erholungszwecks zu Beginn der Freistellung erfüllt werden, weil die Parteien es offensichtlich als möglich angesehen haben, dass der Kläger kurzfristig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Eine Verschiebung der Erfüllung des Urlaubsanspruchs auf einen späteren Zeitpunkt würde den mit der Urlaubserteilung bezweckten Gesundheitsschutz gefährden, weil der Urlaub dann u.U. nicht mehr tatsächlich gewährt werden könnte (**BAG 23.02.2021 – 5 AZR 314/20**)

## 2. Urlaubsgewährung

- Berechtigung des Arbeitnehmers, der Urlaubsgewährung in der Kündigungsfrist zu widersprechen ?
- Der Arbeitnehmer kann sein Annahmeverweigerungsrecht nicht mit dem Ziel verfolgen, die Urlaubserteilung überhaupt zu verhindern, um in den Genuss der Urlaubsabgeltung zu kommen; dies wäre urlaubszweckwidrig, weil die Freistellung die Erholung des Arbeitnehmers sichern soll (**BAG 23.02.2021 – 5 AZR 314/20**).

- Abgrenzung Annahmeverzug und Erlassvertrag
- Urlaubsgewährung
- **Anrechnung anderweitigen Erwerbs**
- Wettbewerbsverbot

### 3. Erwerbsanrechnung

- § 615 Satz 2 BGB gilt nur bei Annahmeverzug des Arbeitgebers
- Bei Erlassvertrag oder einvernehmlicher Freistellung bedarf die Anrechnung einer entsprechenden Vereinbarung (BAG 19.3.2002 – 9 AZR 16/01)
- Keine Anrechnung anderweitigen Verdienstes in Zeiten der Urlaubsgewährung; soll die Anrechnung von Nebenerwerb vorbehalten sein, muss Beginn und Ende des Urlaubszeitraums festgelegt sein (BAG 19.3.2002 – 9 AZR 16/01)

### 3. Erwerbsanrechnung

- **Fallbeispiel (BAG 23.02.2021 – 5 AZR 314/20):** Individuell verhandelter Aufhebungsvertrag, unwider- rufliche Freistellung unter Urlaubsanrechnung. Sprinterklausel, die den Arbeitnehmer berechtigt, das Arbeitsverhältnis mit einer Ankündigungsfrist von drei Werktagen zu beenden; für jeden Monat der vor- zeitigen Beendigung zahlt der Arbeitgeber eine Abfindung von etwa 1/3 Monatsgehalt. Der Arbeitnehmer erzielt im laufenden Arbeitsverhältnis anderweitigen Erwerb.
  - Kurze Ankündigungsfrist und geringe Abfindung bei Austritt sprechen ebenso wie die fehlende Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbstätigkeit dafür, dass nicht nur das Recht, sondern auch eine (zumindest wirtschaftliche) Pflicht zum vorzeitigen Austritt bei anderweitigem Erwerb begründet werden sollte.
  - Angemessener Interessenausgleich: Anrechnungsvereinbarung durch ergänzende Vertragsaus- legung (bemerke: kein „Freibetrag“ in Höhe der vereinbarten Abfindung)



- Abgrenzung Annahmeverzug und Erlassvertrag
- Urlaubsgewährung
- Anrechnung anderweitigen Erwerbs
- **Wettbewerbsverbot**

## 4. Wettbewerbsverbot

- Die Freistellung des Arbeitnehmers hebt das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot nicht auf (BAG 17.10.2012 – 10 AZR 809/11).
- Bei einer unwiderruflichen Freistellung unter dem Vorbehalt der Anrechnung etwaigen anderweitigen Verdienstes kann der Arbeitnehmer gem. § 157 BGB i.d.R. davon ausgehen, in der Verwertung seiner Arbeitsleistung frei und nicht mehr an vertragliche Wettbewerbsverbote gebunden zu sein (BAG 06.09.2006 – 5 AZR 703/05).
- Ist die Freistellungserklärung dahingehend auszulegen, dass eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes nicht erfolgen soll, kann der Arbeitnehmer demgegenüber redlicherweise nicht ohne ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers annehmen, der Arbeitgeber habe auf die Einhaltung des vertraglichen Wettbewerbsverbots verzichtet.

- Hiermit stellen wir Sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung Ihrer Vergütung von der Arbeitsleistung frei. Die Freistellung erfolgt zunächst unwiderruflich unter Anrechnung Ihrer bestehenden und noch entstehenden Ansprüche auf Erholungsurlaub und Freizeitausgleich. Anschließend ist die Freistellung widerruflich mit der Folge, dass § 615 Satz 2 BGB Anwendung findet. Sie sind verpflichtet, uns über die Erzielung etwaigen anderweitigen Erwerbs unverzüglich Auskunft zu erteilen. Beachten Sie dabei bitte, dass Tätigkeiten, die die Wettbewerbsinteressen unseres Unternehmens beeinträchtigen könnten, bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses untersagt bleiben.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

**Dr. Nathalie Oberthür**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht und Sozialrecht

**Kanzlei für Arbeitsrecht**  
Im Mediapark 6D  
50670 Köln

T: 0221 - 35 50 51-0  
F: 0221 - 35 50 51-35  
E: [oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de](mailto:oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de)  
[www.rpo-rechtsanwaelte.de](http://www.rpo-rechtsanwaelte.de)