

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Arbeitsrechtliche Anforderungen
 - 2.1 Vertragliche Grundlage/Einseitige Freistellung
 - 2.2 Widerrufliche/Unwiderrufliche Freistellung
 - 2.3 Annahmeverzug
 - 2.4 Anrechnung von Freizeitansprüchen
3. Sozialversicherungsrechtliche Absicherung
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Abbau eines Arbeitszeitkontos
 - 4.2 Abgeltung von Betriebsratstätigkeit
 - 4.3 Annahmeverzug
 - 4.4 Anrechnung anderweitigen Verdienstes?
 - 4.5 Anwaltsgebühren
 - 4.6 Beschäftigungsanspruch
 - 4.7 Einstweilige Verfügung - 1
 - 4.8 Einstweilige Verfügung - 2
 - 4.9 Freistellungserklärung
 - 4.10 Freistellung und Arbeitslosengeld - 1
 - 4.11 Freistellung und Arbeitslosengeld - 2
 - 4.12 Freistellung und Kündigungsschutzklage
 - 4.13 Insolvenzanfechtung bei Freistellung
 - 4.14 Interessenabwägung
 - 4.15 Mitbestimmung
 - 4.16 Rechtswidrige Freistellung
 - 4.17 Schwerbehinderteneigenschaft
 - 4.18 Störende Ereignisse
 - 4.19 Teilnahme an Betriebsfeiern
 - 4.20 Urlaub - 1
 - 4.21 Urlaub - 2
 - 4.22 Urlaub - 3
 - 4.23 Urlaub - 4
 - 4.24 Vergleichsmehrwert - 1
 - 4.25 Vergleichsmehrwert - 2
 - 4.26 Vorläufige Dienstenhebung wg. "Dschungelcamp"
 - 4.27 Wettbewerbsverbot
 - 4.28 Zwischenverdienst

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber sieht **nach Ausspruch einer Kündigung oft keine Basis** mehr für eine Weiterbeschäftigung des Gekündigten. Die Gründe dafür sind vielfältig. Das **Motiv** kann eine nachhaltige **Zerstörung der Vertrauensgrundlage** oder die Befürchtung, der gekündigte Arbeitnehmer werde den **Betriebsfrieden stören**, sein. Manchmal stimmt auch einfach die Chemie nicht mehr. Bei dieser Sachlage ist es dann dringend angezeigt, sich über eine Freistellung des Mitarbeiters Gedanken zu machen. Sie kann einseitig via Direktionsrecht oder einvernehmlich **vertraglich** vereinbart werden.

Praxistipp:

Arbeitnehmer haben einen Beschäftigungsanspruch . Mit ihm können sie sich gegen einseitige Freistellungen wehren und sich für den Lauf der Kündigungsfrist (und länger) auf ihren Arbeitsplatz zurückklagen. Wer als Arbeitgeber nicht bereits im Arbeitsvertrag eine Freistellungsklausel vereinbart hat, sollte mit dem Arbeitnehmer - und das immer schriftlich - unbedingt nach der Kündigung eine Freistellungsvereinbarung treffen. Daran muss sich der Arbeitnehmer dann halten.

Die Freistellung kann **widerruflich oder unwiderruflich** vereinbart werden. Der Arbeitgeber hat die **Wahl**. Aber egal, ob er seinen Mitarbeiter über eine Freistellungsvereinbarung oder sein Direktionsrecht freistellt: die **Freistellung** ist für ihn **nicht kostenlos** zu haben. Verzichtet der Arbeitgeber auf die Leistung Arbeit, muss er sie trotzdem bezahlen . Er kommt in Annahmeverzug . Vielfach bestehen im zu Ende gehenden Arbeitsverhältnis noch Ansprüche auf **Urlaub** und/oder **Abgeltung** von Mehrarbeit und Überstunden in Freizeit. Hier empfiehlt es sich, diese Ansprüche kostenneutral in die auslaufende Kündigungsfrist zu legen.

2. Arbeitsrechtliche Anforderungen

Es gibt **viele Gründe**, einen **Mitarbeiter** nach der Kündigung **freizustellen**:

- der Arbeitgeber befürchtet vorgespülte Entgeltfortzahlungsansprüche ,
- es sind noch Ansprüche auf Abgeltung von Mehrarbeit/ Überstunden abzuwickeln,
- der Mitarbeiter braucht Freizeit für die Stellensuche ,
- es müssen noch Urlaubsansprüche erfüllt werden oder
- Zweifel an der Loyalität stehen einer weiteren Beschäftigung entgegen.

In anderen Fällen stimmt bloß "die Chemie" nicht mehr. Man kann oder will den gekündigten Mitarbeiter einfach nicht mehr sehen und im Betrieb haben.

Die Freistellung eines Arbeitnehmers löst **keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats** aus. Sie ist

- weder eine Versetzung
- noch eine Umsetzung,
- auch keine Maßnahme i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 BetrVG
- und erst recht keine (Änderungs)Kündigung i.S.d. § 102 Abs. 1 BetrVG .

Erfolgt die **Freistellung auf Grundlage kollektiver Regelungen**, kann dort eine **Mitbestimmung** des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Freistellung von Arbeitnehmern verankert sein.

2.1 Vertragliche Grundlage/Einseitige Freistellung

Es gibt häufig Streit darüber, ob ein **Arbeitgeber überhaupt berechtigt** ist, einen Arbeitnehmer bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist von der Arbeit freizustellen. Dieser Streit kann schon im Ansatz vermieden werden, wenn man von Anfang an eine entsprechende **Regelung in den Arbeitsvertrag** aufnimmt.

Praxistipp:

Eine vorgeifende Vertragsklausel könnte so aussehen: *"Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Arbeitnehmer nach einer Kündigung bis zum Auslauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung seiner vertragsgemäßen Vergütung sowie unter Anrechnung auf eventuell bestehende Urlaubsansprüche sowie Ansprüche auf Abgeltung von Mehrarbeit/Überstunden von der Arbeitsleistung freizustellen."*

Ohne vorgehende Vertragsklausel bleibt es den Parteien selbstverständlich unbenommen, erst in unmittelbarem **Zusammenhang mit der Kündigung** eine Freistellung zu vereinbaren.

Praxistipp:

Arbeitgeber müssen ihre Mitarbeiter nicht für den gesamten Zeitraum vom Zugang der Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist freistellen. Wenn der Arbeitnehmer noch einen Nachfolger einzuarbeiten oder bestimmte Aufträge und Arbeiten zu erledigen hat, bietet es sich an, ihn nach Zugang der Kündigung noch eine Zeitlang zu beschäftigen und ihn erst zum Ende hin freizustellen.

Ansonsten ist zu beachten: Der Arbeitgeber hat aus dem Arbeitsvertrag eine Beschäftigungspflicht. Dabei wird

- zum einen auf § 242 BGB,
- zum anderen auf den **Persönlichkeitsschutz** des Arbeitnehmers

abgestellt. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers muss allerdings **zurücktreten**,

- wenn schützenswerte Interessen des Arbeitgebers überwiegen,
- weil
 - ◆ keine Arbeit mehr da ist,
 - ◆ der Betriebsfrieden gestört werden könnte,
 - ◆ der Arbeitgeber Betriebsgeheimnisse schützen möchte,
 - ◆ der Arbeitnehmer zur Konkurrenz wechselt,
 - ◆ der Mitarbeiter seinem Arbeitgeber noch Schäden zufügen könnte,
 - ◆ es Streit mit Arbeitskollegen gibt,
 - ◆ der Verdacht besteht, der Arbeitnehmer könne Straftaten gegen den Arbeitgeber und den Betrieb begehen,
 - ◆ die Gefahr weiterer Vertragsverletzungen besteht oder
 - ◆ das Vertrauensverhältnis zerstört wurde,

und dem Arbeitgeber die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist insoweit **unzumutbar** ist.

Praxistipp:

Die Kündigung allein ist kein rechtfertigender Grund für eine einseitige Freistellung. Es müssen also immer zusätzliche Tatsachen vorhanden sein, mit denen der Arbeitgeber seine Freistellung rechtfertigen kann. In der Praxis ist es allerdings so, dass auch einseitig freigestellte Arbeitnehmer überhaupt kein Interesse mehr daran haben, noch zu arbeiten. Wo kein Kläger ...

Der Beschäftigungsanspruch ist nicht starr. Er kann durch

- individualrechtliche und
- kollektivrechtliche Abmachungen (z.B. eine Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag)

aufgehoben sein. Die Freistellung kann rechtlich auch als Verzicht oder Erlassvertrag (§ 397 BGB) gewertet werden. Die einseitige Freistellung des Arbeitnehmers erfolgt via Direktionsrecht (§ 106 GewO).

2.2 Widerrufliche/Unwiderufliche Freistellung

Die Freistellung des Arbeitnehmers kann

- widerruflich oder
- unwiderruflich

erfolgen. Bei der ersten **Alternative** muss der Arbeitnehmer damit rechnen, dass der Arbeitgeber die Freistellung rückgängig macht und ihn auffordert, wieder zur Arbeit zu kommen. Die zweite Alternative ist für den Arbeitnehmer die sicherere. Er darf definitiv zu Hause bleiben.

Beispiel:

Die GmbH C, ein Produzent hochwertiger Fertigprodukte aus Geflügelfleisch, musste Vorarbeiterin H Ende März wegen dringender betrieblicher Erfordernisse entlassen. H's Kündigungsfrist beträgt zwei Monate zum Monatsende. Ihre Kündigung vom 21.03. wird das Arbeitsverhältnis zum 31.05. beenden.

Die Geschäftsführung von C hat nun die Wahl: Besteht überhaupt kein betrieblicher Bedarf mehr, Frau H noch bis zum 31.05. weiter arbeiten zu lassen, kann sie die Freistellung unwiderruflich erklären. Muss Frau H noch eine Nachfolgerin einarbeiten oder einige Restarbeiten erledigen, ist es sinnvoll, sie nur widerruflich von der Arbeit freizustellen.

Praxistipp:

Welche Alternative der Arbeitgeber nutzt, ist ihm überlassen. Er hat ein Wahlrecht. In Fällen, in denen verhaltensbedingte Kündigungsgründe vorliegen, ist es nur konsequent, die Freistellung unwiderruflich zu erklären. Das Gleiche gilt in Fällen, in denen erhebliche Loyalitätszweifel bestehen oder der gekündigte Mitarbeiter dem Arbeitgeber noch Schaden zufügen kann. Wird der Arbeitnehmer dagegen bis zur rechtlichen Beendigung seines Arbeitsverhältnis noch gebraucht, spricht das eher für die zweite Alternative.

Erfolgt die Freistellung

- widerruflich, kann der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter jederzeit auffordern, wieder seine vertragsgemäße Arbeit zu leisten;
- unwiderruflich, braucht der Arbeitnehmer eine trotzdem erklärte Arbeitsaufforderung nicht zu befolgen - er kann **zu Hause bleiben**.

Praxistipp:

Auch wenn die Freistellung unwiderruflich erfolgt ist: Freiwillig kann ein Arbeitnehmer immer auf seine zuvor unwiderruflich vorgenommene Freistellung verzichten und seine vertraglich geschuldete Arbeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise wieder leisten. Manchmal bieten sich hier für ihn zusätzliche finanzielle Leistungsanreize an.

Bei einer unwiderruflichen Freistellung behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch (s. dazu den nachfolgenden Gliederungspunkt) auch dann, wenn er die Arbeitsaufforderung seines Arbeitgebers unbeachtet lässt. Bei einer widerruflichen Freistellung kommt der Arbeitnehmer in Leistungsverzug, wenn er die Arbeitsaufforderung ignoriert. In diesem Fall verliert er seinen Vergütungsanspruch.

2.3 Annahmeverzug

Der Arbeitsvertrag ist ein **Austauschverhältnis** von

- Arbeit gegen
- Geld (§ 611 Abs. 1 BGB).

Wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist freistellt, nimmt er ihm die Möglichkeit, seine Arbeit zu leisten. Mit der Freistellung entfällt daher nicht die Vergütungspflicht. Der Arbeitgeber kommt mit der Freistellung in Annahmeverzug.

Beispiel:

Die GmbH C hat sich entschieden, ihren Verkaufsleiter H zu entlassen. Sie war mit dessen Leistung nicht mehr zufrieden und möchte seine Position mit einem erfahreneren Branchenkenner neu besetzen. Henriks vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist beträgt sechs Monate zum Vierteljahresschluss, sein Fixum 6.000 EUR. Die GmbH kündigt Herrn H am 27.03. und fordert ihn gleichzeitig auf, alle persönlichen Dinge aus seinem Büro zu entfernen, Sicherheitskarte, Handy und Laptop abzugeben und den Betrieb danach unverzüglich zu verlassen. Gleichzeitig stellt sie ihn unwiderruflich bis zum 30.09. von der Arbeit frei - und muss ihn bis dahin bezahlen.

Der **Arbeitnehmer** hat sich in seinem Arbeitsvertrag verpflichtet, **Arbeit zu leisten**. Seine Arbeitspflicht entfällt, wenn der Arbeitgeber ihn während der Kündigungsfrist freistellt (BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 453/11). In der Regel muss der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Leistung Arbeit anbieten.

Beispiel:

Die GmbH C hat sich vor einigen Monaten mal mit einem ihrer Produktionshelfer, dem Z, darüber unterhalten, was nach Zugang einer Kündigung passieren könnte. Dabei wurde auch von der Möglichkeit gesprochen, ihn nach Zugang einer Kündigung freizustellen. Am 17.09. bekommt Z die betriebsbedingte Kündigung zum 15.10. - und bleibt gleich danach zu Hause. Da die GmbH C Herrn Z nicht einseitig freigestellt hat und beide auch keine Freistellung vereinbart haben, muss Z nach Zugang der Kündigung weiterarbeiten. Er muss seinem Arbeitgeber die Leistung Arbeit anbieten - sei es in Worten, sei es durch Weiterarbeit.

Aber: Das Angebot der Leistung ist **entbehrlich**, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter von der Arbeitsleistung freigestellt hat. Die "Aufhebung der Arbeitspflicht bedeutet einen **Verzicht** auf das Angebot der Arbeitsleistung" (BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 - mit Hinweis auf BAG, 23.01.2008 - 5 AZR 393/07).

Beispiel:

Die GmbH C stellt Herrn Z im oberen Beispiel ab dem 01.10. unwiderruflich von der Arbeitsleistung frei. Z darf ab diesem 01.10. zu Hause bleiben, ohne seinen Anspruch auf Verzugslohn zu gefährden. Er braucht seine Leistung Arbeit wegen der Freistellung weder in Worten noch in Taten anzubieten. Die GmbH hat unmissverständlich klar gemacht, dass sie vom 01.10. bis zum 15.10. auf Z's Leistung verzichtet.

Praxistipp:

Auch wenn die Vergütungspflicht direkte Folge des Annahmeverzugs wegen Freistellung ist: Soweit die Vertragspartner noch über die Vergütung während des Annahmeverzugs miteinander reden und verhandeln können, lassen sich für diese Zeit auch kreative Lösungen finden, von denen auch der Arbeitgeber etwas hat. Ansonsten wird der Anspruch auf Verzugslohn wohl nur in wenigen Ausnahmefällen (LAG Köln, 29.07.2008 - 9 Sa 333/08) völlig ausgeschlossen sein.

Und ganz wichtig: Der Arbeitgeber kommt **nicht in Annahmeverzug**, wenn sein **Mitarbeiter außerstande** ist, die Arbeit zu leisten (BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12).

Solange der Arbeitgeber in Annahmeverzug ist, muss sich der Arbeitnehmer auf seinen Verzugslohn nach § 615 Satz 2 BGB anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung

- erspart oder
- oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste
 - ◆ erwirbt oder
 - ◆ zu erwerben böswillig unterlässt.

Mehr zur Anrechnung von Zwischenverdienst im Stichwort Annahmeverzug - Anrechnung .

2.4 Anrechnung von Freizeitansprüchen

Arbeitnehmer haben im **laufenden Arbeitsverhältnis** Ansprüche auf

- Abgeltung von Mehrarbeit/Überstunden in Freizeit ,
- Freistellung wegen besonderer Ereignisse (z.B. Tod des Ehe-/Lebenspartners),
- Zeitausgleich aus einem Arbeitszeitsystem und/oder
- Urlaub

In der Regel empfiehlt es sich, diese Ansprüche auf bezahlte oder unbezahlte Freizeit **während des Laufs der Kündigungsfrist** zu erfüllen und den Arbeitnehmer mit einem klaren und ausdrücklichen Hinweis darauf freizustellen.

Praxistipp:

So könnte eine Freistellungsformulierung aussehen: *"Die Freistellung erfolgt ab dem 07.07. bis zur Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses am 31.08. unter Anrechnung auf Ihre Urlaubsansprüche und Ihre Ansprüche auf Abgeltung von Überstunden in Freizeit. Sie haben für das laufende Kalenderjahr noch Anspruch auf 13 Tage Erholungsurlaub und 26 Stunden bezahlte Freizeit aus ihrem Arbeitszeitkonto. Die 26 Stunden bezahlte Freizeit gewähren wir Ihnen in der Woche vom 07.07. bis zum 11.07., die 13 Tage Erholungsurlaub gewähren wir Ihnen in der Zeit vom 14.07. bis einschließlich 30.07."*

Hat der gekündigte Arbeitnehmer noch Ansprüche auf **Urlaub**, sollten diese Ansprüche bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist **in natura** erfüllt werden. Ist das **Arbeitsverhältnis** erst mal **beendet**, kann der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter nicht mehr unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts von der Arbeit zwecks Urlaubsgewährung freistellen (BAG, 16.04.2013 - 9 AZR 731/11). Dann kommt nur noch eine **Abgeltung** von Urlaubsansprüchen in Betracht.

Beispiel:

Die GmbH C stellt Mitarbeiterin W am 13.06. bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist am 30.06. von der Arbeit frei. W hat bis dahin noch einen Urlaubsanspruch von 12 Tagen. Ohne die Erklärung des Arbeitgebers, dass die Freistellung unter Anrechnung auf die noch bestehenden Urlaubsansprüche erfolgt, hat Frau W für die Zeit vom 13.06. bis zum 30.06. Anspruch auf Verzugslohn. Die 12 Tage Urlaub, die Wanda nicht mehr in natura bekommen hat, muss die GmbH nun abgelden.

Angenommen, Frau W bekommt einen monatlichen Festlohn von 1 500 EUR. Hätte die GmbH sie rechtzeitig und unter Anrechnung auf die noch offenen Urlaubsansprüche freigestellt, müsste sie W für den Juni nur die 1.500 EUR zahlen. So muss sie die 1.500 EUR plus 830,64 (= 1.500 : 21,67 x 12) EUR Urlaubsabgeltung zahlen - und das jeweils mit den Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung.

Vorsicht: "Eine **widerrufliche Freistellung** des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht ist nicht geeignet, den Urlaubsanspruch zu erfüllen" (BAG, 19.05.2009 - 9 AZR 433/08 1. Leitsatz). Ansonsten gilt:

"Ergibt sich aus einem Arbeitszeitkonto ein Zeitausgleichsanspruch des Arbeitnehmers, so kann der Arbeitgeber diesen auch durch eine widerrufliche Freistellung erfüllen" (BAG, 19.05.2009 - 9 AZR 433/08 2. Leitsatz).

Die Freistellung des Arbeitnehmers zum Zweck der Urlaubsgewährung erfolgt durch eine einseitige empfangsbedürftige **Willenserklärung** (BAG, 17.05.2011 - 9 AZR 189/10). Die Freistellungserklärung wird nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB mit ihrem Zugang beim Arbeitnehmer wirksam. Der Urlaubsanspruch wird aber allein durch die Freistellungserklärung ohne Anrechnungsbestimmung nicht erfüllt:

"Die Freistellungserklärung des Arbeitgebers, der Schuldner des Urlaubsanspruchs ist, ist lediglich die von ihm geschuldete Erfüllungshandlung. Der Erfolg, auf den der Arbeitgeber mit der Abgabe der Freistellungserklärung zielt, die Erfüllung des Urlaubsanspruchs, tritt erst ein, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub im festgelegten Zeitraum tatsächlich nimmt, also insbesondere kein Erfüllungshindernis wie etwa eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Freistellung entgegensteht" (BAG, 17.05.2011 - 9 AZR 189/10).

3. Sozialversicherungsrechtliche Absicherung

§ 7 SGB IV knüpft die **Sozialversicherungspflicht** daran, dass ein **Beschäftigungsverhältnis** vorliegt. Die Sozialversicherer nahmen **früher** an, dass bei der **Freistellung nach einer Kündigung** kein Beschäftigungsverhältnis mehr bestehe. Das Arbeitsverhältnis

- existiere nur noch "auf dem Papier" und
- eine echte Beschäftigung solle nach dem Willen des Arbeitgebers oder - bei einer einvernehmlichen Freistellung - beider Vertragspartner gar nicht mehr erfolgen.

Obwohl Arbeitgeber und Arbeitnehmer bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses weiter anteilig ihre Sozialversicherungsbeiträge zahlten, sollte ohne "*Beschäftigungsverhältnis*" keine Sozialversicherungspflicht mehr bestehen. Das hatte für den Arbeitnehmer **fatale Folgen**, war er doch mit Beginn der Freistellung

- **arbeitslos** i.S.d. SGB III -Bestimmungen und
- nach Ablauf der Monatsfrist des § 19 Abs. 2 SGB V nicht mehr krankenversichert.

Das **Bundessozialgericht** hat dieser Denkweise einen Riegel vorgeschoben und in seinem Urteil vom 24.09.2008 - B 12 KR 22/07 R - klargestellt:

- Auch wenn die Versicherungspflicht eine **Beschäftigung** verlangt und der für deren Annahme und Fortbestand erforderliche Vollzug idealer Weise in der Leistung der "*versprochenen Dienste*" i.S.d. § 611 Abs. 1 BGB liegt: die tatsächliche Arbeitsleistung kann "*durch andere Umstände ersetzt werden.*"
- Eine versicherungspflichtige Beschäftigung setzt nicht zwingend eine tatsächliche Arbeitsleistung voraus. "Im Sinne der ausreichenden Gewährleistung öffentlich-rechtlichen Versicherungsschutzes liegt .. ein ausreichender Vollzug auf die Erbringung abhängiger Arbeit gerichteter Rechtsverhältnisse u.a auch dann vor, wenn der Dienstverpflichtete bei Fortbestand des rechtlichen Bandes aufgrund gesetzlicher Anordnung oder durch eine besondere vertragliche Abrede von seiner - damit jeweils als grundsätzlich weiter bestehend vorausgesetzten - Leistungspflicht befreit wird."
- Soweit die Versicherungspflicht die **Zahlung von Arbeitsentgelt** verlangt, kann diese Voraussetzung auch dadurch erfüllt werden, "dass sich der Anspruch auf Arbeitsentgelt aus einer entsprechenden vertraglichen Regelung oder entgegen den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen der §§ 275 Abs 4 , 326 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB aufgrund spezialgesetzlicher Anordnung (etwa § 3 Abs 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz , §§ 1 , 11 Bundesurlaubsgesetz , §§ 615 , 616 BGB) ergibt."
- Eine die Sozialversicherung begründende **Beschäftigung** liegt auch dann vor, "*wenn bei einer einseitigen Freistellung von der Pflicht zur Erbringung abhängiger Arbeit eine anschließende Fortsetzung der Beziehung im Blick auf eine bereits konkretisierte Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr beabsichtigt*" ist.
- Eine Sozialversicherungspflicht kann zudem bejaht werden, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Wirksamkeit einer Kündigung vor dem Arbeitsgericht streiten und das Ergebnis des Kündigungsrechtsstreits - Urteil oder Vergleich - für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses - und damit auch für den Zeitraum der Sozialversicherung - maßgeblich ist.
- "*Maßgeblich ist .. auch für das Ende der Beschäftigung grundsätzlich nicht bereits die Einstellung der tatsächlichen Arbeitsleistung, sondern das kumulative Entfallen sowohl des arbeitsvertraglichen Bandes wie auch sonstiger Umstände, die im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung dessen Vollzug ... begründen.*"

Mit der BSG-Meinung im Rücken verlieren Arbeitnehmer, die nach einer Kündigung freigestellt werden, ihren **Versicherungsschutz** in der Arbeitslosen-, Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung nicht mehr.

Für die **gesetzliche Unfallversicherung** gilt: "Als Beschäftigte sind kraft Gesetzes Personen unfallversichert, wenn die von ihnen zum Zeitpunkt eines Unfalls vorgenommene Verrichtung entweder darauf gerichtet ist, eine objektiv bestehende Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis zu erfüllen, oder wenn sie eine objektiv nicht geschuldete Handlung vornehmen, um eine vermeintliche Pflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis zu erfüllen, sofern sie nach den gegebenen Umständen annehmen dürfen, sie treffe eine solche Pflicht, oder wenn sie betriebsbezogene Rechte aus der Beschäftigung wahrnehmen" (BSG, 15.05.2012 - B 2 U 8/11 R).

Danach reicht die Fiktion einer Beschäftigung für die Annahme des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes nicht aus. Das SGB VII stellt für die Versicherteneigenschaft nicht abstrakt auf den Rechtsstatus "Beschäftigter" ab. "In der gesetzlichen Unfallversicherung sind Rechte auf Versicherungsleistungen nach den §§ 26 ff. SGB VII bei Arbeitsunfällen i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII nur wegen solcher Unfälle vorgesehen, die infolge 'einer den Versicherungsschutz nach §§ 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit (**versicherte Tätigkeit**)' entstanden sind. Die Tatbestände der versicherten Tätigkeit sind jeweils gesondert materiell gesetzlich bestimmt und begründen eigenständige 'Sparten' der gesetzlichen Unfallversicherung **mit eigenen Schutzbereichen**. Nur wenn, solange und soweit jemand den Tatbestand einer versicherten Tätigkeit durch eine eigene Verrichtung erfüllt, ist er gegen Unfälle (§ 8 Abs. 1 Satz 2 SGB VII) versichert, die rechtlich wesentlich durch diese Verrichtung verursacht werden" (BSG, 15.05.2012 - B 2 U 8/11 R).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigungsschutz und Freistellung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Abbau eines Arbeitszeitkontos

"Eine **Freistellung in einem gerichtlichen Vergleich** erfüllt den Anspruch des Arbeitnehmers auf Freizeitausgleich zum **Abbau des Arbeitszeitkontos** nur dann, wenn in dem Vergleich hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass mit der Freistellung auch ein Positivsaldo auf dem Arbeitszeitkonto ausgeglichen werden soll. Dem genügt die Klausel, der Arbeitnehmer werde unwiderruflich von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt, nicht." Wenn ein Arbeitsverhältnis endet und Plusstunden auf dem Arbeitszeitkonto nicht mehr durch Freizeit ausgeglichen werden können, muss der Arbeitgeber sie **in Geld abgelten** (BAG, 20.11.2019 - 5 AZR 578/18) .

4.2 Abgeltung von Betriebsratstätigkeit

Nimmt ein **gekündigtes Betriebsratsmitglied** während seines Kündigungsschutzprozesses - ohne tatsächliche Beschäftigung, aber mit voller Fortzahlung seiner Vergütung - während seiner fiktiven Arbeitszeit Aufgaben eines Betriebsrats wahr, hat es für die aufgewendete "Arbeitszeit" weder einen Anspruch auf Ausgleich von Freizeit nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG noch auf Abgeltung nach § 37 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BetrVG . Die Betriebsratstätigkeit wurde hier ja nicht - wie § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG es verlangt - außerhalb der (fiktiven) Arbeitszeit ausgeübt - und wurde außerdem bereits vergütet (was sonst zu einer Doppelbezahlung geführt hätte). Und der Anspruch aus § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ist nur "eine Kompensation dafür, dass der in § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG vorgesehene gerade nicht auf eine zusätzliche Vergütung gerichtete Freizeitausgleich aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zeitnah nicht möglich ist" (BAG, 28.05.2014 - 7 AZR 404/12).

4.3 Annahmeverzug

Auch wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter nur **widerruflich** von der Arbeitsleistung freistellt: Er kommt durch die Freistellung in Verzug , § 615 Satz 1 i.V.m. §§ 293 ff. BGB . Die **Arbeitsleistung** wird mit der Freistellung generell **abgelehnt**. Der Arbeitnehmer braucht seine Leistung Arbeit danach weder tatsächlich noch wörtlich anzubieten (§ 296 Satz 1 BGB) . § 297 BGB steht diesem Ergebnis nur dann entgegen, wenn der Arbeitgeber Umstände darlegt und beweist, die auf einen **fehlenden Leistungswillen** deuten.

Auf den entschiedenen Fall bezogen: "Die Klägerin hatte zwar mit Wirkung ab April 2011 auf Vermittlung der Beklagten einen befristeten Arbeitsvertrag mit dem beauftragten Unternehmen geschlossen. Die Beklagte hatte sie aber für den Fall der Annahme des Angebots unwiderruflich von der Arbeitsleistung ihr gegenüber

freigestellt und mit ihr lediglich die Anrechenbarkeit des Zwischenverdienstes vereinbart. Dies rechtfertigt es nicht, die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten als **nicht leistungswillig** anzusehen" (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12).

4.4 Anrechnung anderweitigen Verdienstes?

Stellt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter einseitig von der Arbeitsleistung frei, kommt er dadurch in Annahmeverzug - mit der Folge, dass **anderweitiger Verdienst** gem. § 615 Satz 2 BGB auf den Verzugslohn anzurechnen ist. Vereinbaren Arbeitgeber und -nehmer dagegen in einem Aufhebungsvertrag eine unwiderrufliche Freistellung von der Arbeit gegen Fortzahlung der Vergütung und Anrechnung offener Urlaubsansprüche, führt das zur **Befreiung** des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht und zur Befreiung des Arbeitgebers **von der Beschäftigungspflicht**. Hier kann nach den §§ 293 ff. BGB wegen der vertraglichen Abmachung kein Annahmeverzug entstehen. Folgerichtig scheidet auch die Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB aus. Soll bei vertraglicher unwiderruflicher Freistellung mit Fortzahlung des Arbeitsentgelts anderweitig erzielter Verdienst angerechnet werden, müssen die Vertragspartner das ausdrücklich vereinbaren (BAG, 23.02.2021 - 5 AZR 314/20).

4.5 Anwaltsgebühren

"1. Die Einigungsgebühr nach Nr. 1000 VV-RVG entsteht für die **Mitwirkung des Rechtsanwalts** beim Abschluss eines Vertrags, durch den der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. 2. Der **Gegenstandswert** für die Einigungsgebühr bestimmt sich nach dem geregelten Rechtsverhältnis, über welches Streit oder Ungewissheit bestand. Nicht maßgeblich ist, was aufgrund des Vertrages zu leisten ist. 3. Für die Regelung einer unwiderruflichen Freistellung in einem Beendigungsvergleich ist nur dann **ein zusätzlicher Wert** anzusetzen, wenn die Parteien gerade über die Frage eines Anspruchs oder Rechts auf Weiterbeschäftigung /Freistellung im Streit oder Ungewissen waren" (LAG Düsseldorf, 09.06.2017 - 4 Ta 210/17 - Leitsätze).

4.6 Beschäftigungsanspruch

Soweit **keine besondere gesetzlichen Regelungen** - wie § 102 Abs. 5 BetrVG oder § 79 Abs. 2 BPersVG - greifen, haben Arbeitnehmer aus ihrem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung "nach dem Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bei fristloser Kündigung nach deren Zugang bis zur Beendigung des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung". Der Arbeitnehmer kann eine vertragsgemäße Beschäftigung verlangen. " Rechtsgrundlage eines solchen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers ist das **Arbeitsvertragsrecht**. Der Anspruch ist abzuleiten aus den §§ 611 , in Verbindung mit § 242 BGB . Die Generalklausel des § 242 BGB , § 613 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG " (BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 - mit ausführlicher Begründung).

4.7 Einstweilige Verfügung - 1

Arbeitnehmer A wurde **gekündigt und** gleichzeitig unter Fortzahlung seines Arbeitsentgelts **freigestellt**. Gegen die Kündigung wehrte A sich mit einer Kündigungsschutzklage , gegen die Freistellung mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Unabhängig von der Frage, ob die Kündigung nach A's Auffassung politisch bedingt war: Sein Arbeitsvertrag sah eine wirksame **Möglichkeit zur Freistellung** nach Kündigung vor. Die Ausübung dieses Rechts war - soweit das im Eilverfahren summarisch gerichtlich geprüft werden konnte - auch nicht rechtswidrig. Nach Arbeitgeberdarstellung war die Kündigung betriebsbedingt und daher nicht offensichtlich unwirksam (ArbG Berlin, 31.08.2016 - 29 Ga 10636/16).

4.8 Einstweilige Verfügung - 2

Der vereinfachte Fall: Das Land Berlin hatte seinen **Leiter der Staatlichen Ballettschule** und Schule für Artistik nach "Drill-Vorwürfen" freigestellt und ihm ein Hausverbot erteilt. Dagegen wehrte sich der Schulleiter und verlangte von seinem Arbeitgeber mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, ihn **weiter zu beschäftigen** und die **Ausschreibung seiner Stelle zu unterlassen**.

Die vereinfachte Lösung: Eine Verurteilung zur Beschäftigung ist nur bei einem außerordentlichen **Beschäftigungsinteresse** möglich - dessen besondere Voraussetzungen hier jedoch nicht zu sehen sind.

Und ein **Anspruch auf Unterlassung** der Stellenausschreibung ist ebenfalls **zu verneinen** - sie allein ändert nämlich nichts am Arbeitsvertrag des Schulleiters und den sich daraus ergebenden Ansprüchen (ArbG Berlin, 20.03.2020 - 46 AR 50002/20 - bestätigt durch LAG Berlin-Brandenburg, 14.04.2020 - 26 Ta 592/20).

4.9 Freistellungserklärung

Will der Arbeitgeber einen Mitarbeiter freistellen (hier: **Erteilung von Urlaub**), setzt die Erfüllung des Freistellungs- bzw. Urlaubsanspruchs die Freistellungserklärung des Arbeitgebers voraus. Das **Erlöschen eines Freistellungs- oder Urlaubsanspruchs** infolge einer Freistellungserklärung kann nur eintreten, "wenn der Arbeitnehmer erkennen muss, dass der Arbeitgeber ihn **zur Erfüllung des Anspruchs** auf Erholungsurlaub von der Arbeitspflicht freistellen will" (s. dazu BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 - und BAG, 19.05.2009 - 9 AZR 433/08). Die Freistellungserklärung kann den Freistellungs- bzw. Urlaubsanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB auch nur dann zum Erlöschen bringen, wenn für den Zeitraum der Freistellung/des Urlaubs an sich eine Arbeitspflicht des Arbeitnehmers besteht (BAG, 09.08.2016 - 9 AZR 575/15 - mit Hinweis auf BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 u. BAG, 18.03.2014 - 9 AZR 669/12).

4.10 Freistellung und Arbeitslosengeld - 1

Die Bundesagentur für Arbeit fuhr in Fällen unwiderruflicher Freistellung bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Jahre lang die Praxis, Arbeitnehmern nach dem Ende ihres Arbeitsverhältnisses zwar Arbeitslosengeld zu zahlen, das während der Freistellung gezahlte **Arbeitsentgelt** bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes jedoch unberücksichtigt zu lassen. Nach Auffassung der Bundesagentur lag während der Freistellung kein Beschäftigungsverhältnis vor (obwohl die Beiträge weiterhin gezahlt und von ihr vereinnahmt wurden). Dagegen hat das BSG am 30.08.2018 entschieden, "dass die während der Freistellung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses gezahlte und abgerechnete Vergütung bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes als Arbeitsentgelt **einzubeziehen** ist" (BSG, 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R - mit dem Hinweis, dass hier der Begriff "**Beschäftigung im versicherungsrechtlichen Sinn**" maßgebend ist).

4.11 Freistellung und Arbeitslosengeld - 2

Die Frage, um die es in diesem Fall ging, war: Hat ein zum 30.09. gekündigter und bis dahin **widerruflich freigestellter arbeitsunfähiger Arbeitnehmer** Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn sein Arbeitgeber eine angebotene Teilarbeitsleistung ablehnt, den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt und der sich dann ab dem 01.06. arbeitslos meldet? Nun, die Auslegung des Begriffs **Beschäftigungsverhältnis** ist immer "kontextabhängig und funktionsdifferent" (s. dazu u.a. BSG, 28.09.1993 - 11 RAr 69/92 u. BSG, 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R). Ein SGB III-Beschäftigungsverhältnis besteht daher versicherungsrechtlich **auch bei tatsächlicher Nichtbeschäftigung** fort, "wenn und solange eine Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts besteht." Zum Beispiel nach der unwirksamen Kündigung eines Arbeitsvertrags, wenn der (voll arbeitsfähige, Anm. d. Verf.) "Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, der Arbeitgeber sie aber nicht annimmt und dadurch in Annahmeverzug gerät" (s. dazu BSG, 05.05.1988 - 12 RK 43/86 – und BSG, 16.02.2005 - B 1 KR 19/03 R).

Das Fortbestehens bzw. die Beendigung des leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses i.S.d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III hat die Funktion, "das durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung erfasste **Risiko** zu bestimmen" (s. dazu BSG, 28.09.1993 - 11 RAr 69/92). Die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses scheidet aus, "wenn die Beschäftigung faktisch ein Ende gefunden hat, wenn also die das Beschäftigungsverhältnis prägende persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten, die sich in der faktischen **Verfügungsgewalt** (Direktionsrecht) des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers ausdrückt, entfällt." Ob das so ist, muss im Rahmen einer **Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände** beurteilt werden. Hier bestand ein Beschäftigungsverhältnis zumindest noch bis zum 20.06. – am Tag danach hatte der Arbeitnehmer seine Tätigkeit auf einem anderen Arbeitsplatz aufgenommen und somit auch für den Zeitraum 01.06. bis 20.06. wegen Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld (BSG, 12.09.2019 – B 11 AL 20/18 R).

4.12 Freistellung und Kündigungsschutzklage

"Der Kündigungserklärung eines Arbeitgebers kann .. nicht ohne Weiteres der Inhalt beigemessen werden, dieser werde die für die **Erfüllung des Urlaubsanspruchs** nötige Freistellung von der Arbeitspflicht

verweigern, wenn der Arbeitnehmer den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend macht. Denn der Arbeitgeber hat regelmäßig ein **wirtschaftliches Interesse** daran, einem Arbeitnehmer auf dessen Wunsch Urlaub zu erteilen, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern" (BAG, 14.05.2013 - 9 AZR 760/11 - mit Hinweis auf BAG, 14.08.2007 - 9 AZR 934/06).

4.13 Insolvenzanfechtung bei Freistellung

"1. Zahlungen, die im Rahmen eines wirksam geschlossenen Arbeitsverhältnisses als **Gegenleistung für die geleistete Arbeit** vorgenommen werden, sind **grundsätzlich entgeltlich** und damit nicht nach § 134 InsO anfechtbar. 2. Entgeltlich sind auch Zahlungen, die aufgrund gesetzlicher oder tariflicher Bestimmungen erfolgen, die unter Durchbrechung des Grundsatzes 'kein Entgelt ohne Arbeit' eine **Entgeltzahlungspflicht ohne Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers vorsehen. Eine Zahlung in Erfüllung einer vergleichsweise vereinbarten Freistellung ist in der Regel ebenfalls entgeltlich und damit nicht nach § 134 InsO anfechtbar" (BAG, 17.12.2015 - 6 AZR 186/14 - Leitsätze).

4.14 Interessenabwägung

Der vereinfachte Fall: Ein Krankenhausträger stellte seinen **kaufmännischen Leiter** von der Arbeitsleistung frei, weil es **Unregelmäßigkeiten** bei der Verwendung und Verwaltung von Drittmitteln gegeben hatte. Der Arbeitnehmer wehrte sich gegen seine Freistellung und klagte auf Beschäftigung. Das Arbeitsgericht wies seinen Antrag ab. Begründung: Der Arbeitgeber ist in diesem Fall bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer weiter einzusetzen. Der Mitarbeiter habe eine **intransparente Geschäftsführung** hinterlassen, die es zunächst aufzuklären galt. In dieser Situation sei es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, seinen kaufmännischen Leiter tatsächlich weiter zu beschäftigen (ArbG Berlin, 14.05.2014 - 21 Ca 4958/14).

4.15 Mitbestimmung

Die Freistellung eines Arbeitnehmers ist **keine mitbestimmungspflichtige Versetzung** i.S.d. § 95 Abs. 3 i.V.m. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG . Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei einer Versetzung knüpft daran an, dass der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter via Realakt einen **neuen Arbeitsbereich** zuweist. Entzieht der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nur den bisherigen Arbeitsbereich, ohne dass er ihm gleichzeitig einen neuen zuweist, ist das **keine Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs**. Die Freistellung von der Arbeitspflicht nach einer Kündigung für die Zeit der Kündigungsfrist oder während des Laufs der Kündigungsfrist ist daher keine mitbestimmungspflichtige Versetzung (BAG, 17.02.2015 - 1 ABR 45/13).

4.16 Rechtswidrige Freistellung

Auch wenn die unwiderrufliche Freistellung eines Arbeitnehmers möglicherweise rechtswidrig ist: Es kommt für die **Folgen des Annahmeverzugs** nicht darauf an, ob der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter freistellen durfte. Die rechtswidrige Freistellung führt lediglich dazu, dass der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber einfordern kann. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unwiderruflich und Fortzahlung seiner Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt, entstehen keine Annahmeverzugsansprüche. Der Arbeitgeber bringt mit dieser Freistellung nämlich zum Ausdruck, dass er die Vergütungsansprüche seines Mitarbeiters auch **ohne Arbeitsleistung erfüllen** wird (BAG, 16.07.2013 - 9 AZR 50/12).

4.17 Schwerbehinderteneigenschaft

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmerin A hatte die **Frage im Personalfragebogen**, ob sie schwerbehindert oder einer Schwerbehinderten gleichgestellt sei, im Januar 2007 verneint - obwohl bei ihr bereits seit 1998 ein GdB von 50 festgestellt war. Sie informierte Arbeitgeber G erst am 07.10.2008, dass sie als Schwerbehinderte anerkannt sei. Der stellte A gleich am 07.10.2008 von der Arbeit frei und forderte sie auf, ihre persönlichen Sachen aus dem Büro zu entfernen sowie die Firmenkreditkarte und den PC abzugeben. Gleichzeitig wurden A's Zugangsberechtigungen gesperrt. Mit Schreiben vom 08.10.2008 hat G den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung **angefochten** und A nach Zustimmung des Integrationsamts mit Schreiben vom 22.10.2008 außerordentlich gekündigt. In der Folgezeit verlangte A von G eine AGG -Entschädigung von mindestens 96.000 EUR.

Das BAG konnte **keine Benachteiligung** erkennen - auch nicht "aus den Maßnahmen, welche die Beklagte im Zusammenhang mit der Freistellung am 7. Oktober 2008 anordnete." Die Freistellung und die damit verbundenen Umstände waren auf das Maß beschränkt, das von der Beklagten **auch in anderen Fällen** der sofortigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses angelegt wurde. Anfechtung, Freistellung und Kündigung erfolgten **nicht wegen der Behinderung**. Eine Benachteiligungsabsicht des Arbeitgebers lässt sich nicht erkennen. "Auch aus den Gesamtumständen folgen keine hinreichenden Indizien für eine Benachteiligung der Klägerin. Die zeitliche Nähe von Freistellung, Anfechtung und Kündigung zur Anzeige der Schwerbehinderung genügt selbst unter Berücksichtigung der vor der Einstellung gestellten Fragen nicht, um die Vermutungswirkung des § 22 AGG auszulösen" (BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 396/10).

4.18 Störende Ereignisse

Obwohl die hier vorgestellte Entscheidung den BUrlG-Mindesturlaub betrifft, spricht einiges dafür, sie analog auf Freistellungstatbestände bei einer Kündigung anzuwenden (Anm. d. Verf.): Der Arbeitgeber hat als Schuldner des Urlaubsanspruchs mit **Festlegung des Urlaubszeitraums** – und der vorbehaltlosen Zusage des Urlaubsentgelts – nach § 7 Abs. 1 BUrlG alles Erforderliche getan (§ 243 Abs. 2 BGB). Wenn danach urlaubsstörende Ereignisse eintreten, fallen diese Ereignisse entsprechend § 275 Abs. 1 BGB "als **Teil des persönlichen Lebensschicksals** grundsätzlich in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers." Bloß dann, wenn Tarifpartner oder der Gesetzgeber – wie er es in den §§ 9, 10 BUrlG vorsieht – besondere Regelungen für die Nichtanrechnung von Urlaub treffen, scheidet eine **Umverteilung des Risikos** zugunsten des Arbeitnehmers aus (s. dazu BAG, 18.03.2014 - 9 AZR 669/12 ; BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 251/04 u. BAG, 09.08.1994 - 9 AZR 384/92). Denn: "Die Bestimmungen der §§ 9, 10 BUrlG sind nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmenvorschriften" (BAG, 25.08.2020 – 9 AZR 612/19 - mit Literaturhinweisen).

4.19 Teilnahme an Betriebsfeiern

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber G hatte mit Arbeitnehmer N Anfang Dezember 2015 eine **Freistellungsvereinbarung** geschlossen. Diese Freistellungsvereinbarung sah das Ende des Arbeitsverhältnisses mit **Erreichen des Rentenalters** vor - voraussichtlich im Februar 2018. Während N 2016 noch an einer **Karnevalsfeier** teilnehmen durfte, ließ G ihn ab Mitte 2016 außen vor. Mit seiner Klage vor dem ArbG Köln verlangte N, ihn wieder an Betriebsfeiern teilnehmen zu lassen.

Solange ein Arbeitsverhältnis nicht beendet ist, dürfen Arbeitnehmer - im Gegensatz zu Ausgeschiedenen und Betriebsrentnern - grundsätzlich an betrieblichen Veranstaltungen teilnehmen. Vorausgesetzt, diese **Veranstaltungen** sind **betriebsöffentlich** und werden den beim Arbeitgeber Beschäftigten angeboten. Eine Freistellung ist keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Will der Arbeitnehmer einen freigestellten Mitarbeiter von einer Veranstaltung ausschließen, braucht er dafür sachliche Gründe - beispielsweise ein **störendes Verhalten** des Arbeitnehmers in der Vergangenheit (ArbG Köln, 22.06.2017 - 8 Ca 5233/16 - mit dem Ergebnis, dass N wieder an Betriebsveranstaltungen teilnehmen darf).

4.20 Urlaub - 1

"1. Bei einer jahresübergreifenden **Kündigungsfrist** kann der Arbeitgeber die Freistellungserklärung zum Zweck der Erfüllung des Urlaubsanspruchs auch - soweit **kein abweichender Festlegungswunsch** des Arbeitnehmers verbindlich ist - im Vorgriff auf das Urlaubsjahr abgeben. 2. Die **Erklärung** muss so eindeutig sein, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, ob der Anspruch auf den gekürzten Vollurlaub oder der Anspruch auf den Vollurlaub erfüllt werden soll. Zweifel gehen zulasten des Erklärenden" (BAG, 17.05.2011 - 9 AZR 189/10 Leitsätze).

4.21 Urlaub - 2

Kündigt ein Arbeitgeber **fristlos**, ist das Arbeitsverhältnis mit Zugang der fristlosen Kündigung beendet. Um auf Nummer sicher zu gehen, wird mit der außerordentlichen Kündigung häufig hilfsweise noch eine ordentliche Kündigung mit **Freistellung unter Anrechnung auf den Erholungsurlaub** ausgesprochen, beispielsweise mit dem Satz "Im Falle der Wirksamkeit der hilfsweise fristgemäßen Kündigung werden Sie mit sofortiger Wirkung unter Anrechnung sämtlicher Urlaubs- und Überstundenansprüche unwiderruflich von der Erbringung Ihrer Arbeitsleistung freigestellt". Außerordentliche , hilfsweise und ordentliche Kündigung stehen

in einem **Entweder-oder-Verhältnis**. Greift die außerordentliche Kündigung, kommt es auf die ordentliche nicht mehr an. Das bedeutet für die mit der Freistellungserklärung vorgenommene Urlaubserteilung: "Ein Arbeitgeber gewährt durch eine Freistellungserklärung für den Zeitraum nach dem Zugang einer fristlosen Kündigung nur dann wirksam Urlaub, wenn er dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt" (BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 Leitsatz).

4.22 Urlaub - 3

Die **Mitwirkungsobliegenheiten** der Arbeitsvertragsparteien und die Folgen der Nichtbeachtung dieser Obliegenheiten sind im BUrlG nicht ausdrücklich geregelt. Das lässt es zu, " § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG richtlinienkonform dahin gehend auszulegen, dass der Arbeitgeber bei der ihm durch das Bundesurlaubsgesetz zugewiesenen **Festlegung des Urlaubs** die vom Gerichtshof aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten zu beachten hat" (s. dazu EuGH, 06.11.2018 - C-684/16). Danach erlöschen nicht erfüllte gesetzliche Urlaubsansprüche "in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer **zuvor in die Lage versetzt hat**, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Bei einem richtlinienkonformen Verständnis des § 7 Abs. 3 BUrlG ist die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers damit grundsätzlich Voraussetzung für das Eingreifen des urlaubsrechtlichen Fristenregimes" (BAG, 19.02.2019 - 9 AZR 321/16) .

4.23 Urlaub - 4

Die **Mitwirkungsobliegenheiten** des Arbeitgebers nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG (s. dazu den vorausgehenden Gliederungspunkt) bestehen auch während eines Kündigungsschutzverfahrens. "Die vor der rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag bestehende Ungewissheit der Parteien über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stand der Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten durch die Beklagte nicht entgegen. Maßgeblich war allein die objektive Rechtslage" (s. dazu BAG, 19.06.2018 - 9 AZR 615/17). Der Arbeitgeber ist also **auch während eines laufenden Kündigungsschutzverfahrens** rechtlich nicht daran gehindert, dem klagenden Mitarbeiter "während des Kündigungsschutzprozesses durch eine entsprechende Freistellungserklärung und die Zahlung des Urlaubsentgelts vor Antritt des Urlaubs oder durch eine bindende Zahlungszusage vorbehaltlos bezahlten Urlaub zu gewähren" (s. dazu BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 u. BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15). Dabei steht es ihm frei, dem ungewissen Ausgang des Bestandsschutzstreits dadurch Rechnung zu tragen, dass er die **Zahlung des Urlaubsentgelts** mit einer Tilgungsbestimmung verbindet - oder mit dem Hinweis, dass mit der Zahlung des Urlaubsentgelts hilfsweise ein bestehender Urlaubsabgeltungsanspruch des Mitarbeiters erfüllt werden soll (BAG, 19.02.2019 - 9 AZR 321/16 - mit Hinweis auf BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13).

4.24 Vergleichsmehrwert - 1

"1. Vereinbaren die Parteien in einem gerichtlichen Vergleich eine Freistellung des Arbeitnehmers, ohne dass die Parteien zuvor über den **Gegenstand der Freistellungsregelung** gestritten haben oder sich außergerichtlich bindend auf eine Freistellung verständigt haben, ist die Freistellungsregelung **bei der Einigungsgebühr als Mehrvergleich** zu berücksichtigen. 2. Jedenfalls dann, wenn die Dauer der vereinbarten Freistellung einen Monat übersteigt, beträgt der Vergleichsmehrwert der Freistellungsregelung ein Bruttomonatsgehalt" (LAG Hamburg, 26.01.2016 - 6 Ta 29/15 Leitsätze).

4.25 Vergleichsmehrwert - 2

In einem **Kündigungsrechtsstreit** kommt es häufig vor, dass die Parteien in ihrem Beendigungsvergleich auch eine Freistellung des Arbeitnehmers vereinbaren. Wenn diese Freistellung nicht bereits vor Vergleichsschluss vereinbart wurde oder Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung ist, löst sie gebührenmäßig einen so genannten "Vergleichsmehrwert" aus. Der Grund dafür: Die Parteien einigen sich über eine für sie "**werthaltige Frage**", die bislang nicht Streitgegenstand war. Dabei ist die Freistellung als "Gegenstück" des Beschäftigungsanspruchs anzusehen - mit der Folge, dass der Vergleichsmehrwert für die Freistellung **mit einem Bruttomonatsgehalt** zu bewerten ist, wenn sie den Zeitraum eines Monats übersteigt (LAG Hamburg, 14.09.2016 - 6 Ta 23/16) .

4.26 Vorläufige Dienstenthebung wg. "Dschungelcamp"

Der vereinfachte Fall: **Lehrerin L** wollte von ihrem Dienstherrn für die Zeit vom 11.01.2016 bis zum 27.01.2016 **Sonderurlaub** haben, weil sie ihre am RTL-Dschungelcamp teilnehmende Tochter nach Australien begleiten wollte. L's Dienstherr lehnte den Sonderurlaub ab. Daraufhin reichte L bei ihm am 07.01.2016 für die Zeit vom 07.01.2016 bis 29.01.2016 eine **Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** ein. Nachdem der Dienstherr L anlässlich einer RTL-Videobotschaft im Fernsehen wahrgenommen hatte, leitete er ein Disziplinarverfahren gegen sie ein, enthob sie vorläufig ihres Dienstes und ordnete die Einbehaltung der Hälfte ihrer Dienstbezüge an. Dagegen wehrte sich L.

Mit Blick auf L's Verhalten ist davon auszugehen, dass im **Disziplinarverfahren** die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis ausgesprochen wird. L hat sich die verweigerte Befreiung von der Dienstpflicht durch ein planvolles, berechnendes und **rechtswidriges Verhalten** erschlichen. Auch ihre fehlende Einsicht in das falsche Verhalten (nach der Tat, Anm. d. Verf.) lassen nicht darauf schließen, dass sie zukünftig die Gewähr dafür bietet, ihre Dienstpflichten trotz möglicher entgegenstehender privater Belange zu erfüllen. Sie hat ihre **Vorbildfunktion** als Lehrerin in untragbarer Weise verletzt. Erschwerend kommt noch hinzu, dass L im laufenden Verfahren entgegen eindeutiger Vorgaben ihres Dienstherrn noch ein bundesweit erscheinendes Zeitungsinterview gegeben hatte (OVG Niedersachsen, 09.02.2018 - 3 ZD 10/17 - mit dem Ergebnis, dass die vorläufige Dienstenthebung korrekt war).

4.27 Wettbewerbsverbot

§ 60 Abs. 1 HGB sieht für Handlungsgehilfen - und letztlich **für alle Arbeitnehmer** - ein gesetzliches Wettbewerbsverbot für die Zeit des Anstellungsverhältnisses vor. Dieses Wettbewerbsverbot besteht während der gesamten rechtlichen **Dauer des Arbeitsverhältnisses**. Das heißt bei einer Kündigung besteht es auch nach Zugang dieser Kündigung weiter, und zwar so lange, bis die Kündigungsfrist abgelaufen ist. Stellt der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** frei, wird das vertragliche Wettbewerbsverbot dadurch nicht aufgehoben. "Der Arbeitgeber hat auch dann ein erkennbares Interesse an der Einhaltung des Wettbewerbsverbots, wenn der Arbeitnehmer von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt ist" (BAG, 17.10.2012 - 10 AZR 809/11).

4.28 Zwischenverdienst

Wenn der Arbeitgeber in Annahmeverzug ist, behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch und muss die Arbeit trotzdem nicht nachleisten (§ 615 Satz 1 BGB). Nach § 615 Satz 2 und 3 BGB muss sich der Arbeitnehmer jedoch "den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt." Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer frei, kommt er mit der Freistellung in Annahmeverzug. Wenn die Parteien keine andere Regelung treffen, muss sich der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs seines Arbeitgebers anderweitigen Verdienst anrechnen lassen (LAG Schleswig-Holstein, 21.12.2011 - 6 Sa 298/11).