

Thema: Arbeitsrecht

# Die Freistellung während der Kündigungsfrist

Worauf Sie als Arbeitgeber achten müssen!



Wahed T. Barezai, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht  
LL.M. – Master of Laws  
Partner der Korts  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Köln

Wahed T. Barezai, lawyer,  
specialist in tax law, MBA  
LL.M. – Master of Laws  
Partner of Korts  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Cologne

Topic: Labour Law  
Paid leave during the  
period of notice

What employers should know!

**E**mployers are entitled to irrevocably release employees after ordinary notice of termination with continued pay and compensation of holiday entitlement. These or similar provisions on the possibilities of release in the case of notice of termination can be found in many work contracts. However, the (unilateral) release – often requested by the employers – of the employee who has been given notice can sometimes be tricky and may lead to a bad surprise for the employer.

Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Arbeitnehmer im Falle einer ordentlichen Kündigung unter Fortzahlung der Bezüge und Abgeltung von Urlaubsansprüchen unwiderruflich freizustellen."

Solche oder ähnliche Klauseln zur Freistellungsmöglichkeit im Kündigungsfall sind in vielen Arbeitsverträgen zu finden. Im Zusammenhang mit der oftmals seitens des Arbeitgebers gewünschten (einseitigen) Freistellung von gekündigten Arbeitnehmern birgt jedoch einige Fallen, die zu einer bösen Überraschung für den Arbeitgeber werden können.

## Ist Freistellung überhaupt erlaubt?

Grundsätzlich ist eine lediglich einseitige Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber nicht zulässig. Der Arbeitnehmer hat aufgrund des auch während der Kündigungsfrist bestehenden Arbeitsvertrages Anspruch auf Beschäftigung. Dieser Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers wird nur dann verdrängt, wenn auf Seiten des Arbeitgebers ein besonders schutzwürdiges Interesse an der Freistellung existiert. Im Ergebnis ist also anhand einer Abwägung im Einzelfall abzuwägen, wessen Interessen überwiegen. Beispiele, in denen ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse an der Freistellung gegeben sein kann, sind: Zerstörung der Vertrauensgrundlage, Verdacht strafbarer Handlungen durch den Arbeitnehmer oder wenn der Arbeitgeber die ordentliche Kündigung mit Freistellung als milderes Mittel zur Vermeidung einer fristlosen Kündigung ausspricht.

An dieser Rechtslage ändert auch eine arbeitsvertraglich vereinbarte Klausel wie eingangs zitiert in der Regel nichts. Denn in den meisten Fällen werden Arbeitsverträge vom Arbeitgeber vorgegeben und stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind jedoch solche Klausel unwirksam, da sie von der Rechtsprechung als unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers angesehen werden, dessen Beschäftigungsanspruch als Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers gewertet wird. Das allgemeine und pauschale Freizeichnen von einer Hauptleistungspflicht im Rahmen von AGB ist jedoch nicht zulässig.

Denkbar ist eine rechtlich wirksame Freistellung in oder neben der ordentlichen Kündigungserklärung als individuelle Maßnahme. Wenn der Arbeitnehmer daraufhin nicht mehr

seine Arbeitsleistung erbringt und auch nicht in sonstiger Weise der Freistellung widerspricht, hat er damit der Freistellung zugestimmt (einer vernehmliche Freistellung).

## Freistellung und anderweitiger Erwerb

Im Falle einer Freistellung stellt sich oftmals die Frage, ob der Arbeitnehmer mit seiner neugewonnenen Freizeit auch arbeitsrechtlich etwas anfangen kann, z.B. seine Arbeitskraft bei einem anderen Arbeitgeber einbringen. Denn schließlich wird er ja noch von seinem alten Arbeitgeber bezahlt. Mit der Freistellung nimmt der Arbeitgeber die Leistung des Arbeitnehmers nicht an, dies bewirkt, dass sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet. § 615 Satz 2 BGB bestimmt für diesen Fall des Annahmeverzugs, dass der Arbeitnehmer sich eventuellen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen muss. Der Arbeitgeber kann also vom Freistellungslohn eventuellen anderen Verdienst des Arbeitnehmers abziehen. Doch Vorsicht: es existiert ein altes BAG-Urteil, wonach jedenfalls die einvernehmliche Freistellung nicht zum Annahmeverzug und damit nicht zur Anrechnungsmöglichkeit führt. Hier muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob die Anrechnung möglich ist.

## Freistellung und Wettbewerbsverbot

Nun könnte man angesichts dieser Unsicherheit auf den Gedanken kommen, den Arbeitnehmer in der Freistellungserklärung ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass etwaiger anderweitiger Verdienst auf den Lohn angerechnet wird. Auch hier ist Vorsicht geboten! Das BAG hat entschieden, dass in einem solchen Fall der Arbeitnehmer in der Regel davon ausgehen darf, in der Verwertung seiner Arbeitsleistung frei und nicht mehr an vertragliche Wettbewerbsverbote (§ 60 HGB) gebunden zu sein! Das BAG begründet dies damit, dass der Arbeitnehmer auf Grund seiner beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten für den Arbeitgeber erkennbar oftmals einen Verdienst nur durch eine Tätigkeit erzielen kann, die im Wettbewerb zum Geschäftsfeld des Arbeitgebers steht. Wenn der Arbeitgeber gleichwohl durch die Freistellung den Annahmeverzug mit der Möglichkeit der Verdienstanrechnung herbeiführt, macht er deutlich, dass ihn Wettbewerbshandlungen des Arbeitnehmers in der Zeit der Freistellung

### Is release allowed at all?

Basically, a unilateral release of the employee by the employer is not allowed. On the basis of his work contract, which is also valid during the period of notice, an employee has the right to employment. The employee's right to employment will only be refused if the employer has a particular interest in the release which is worth to be protected. That means, in each individual case interests have to be balanced against each other to find out whose interests outweigh. Examples of stronger interests of the employer in the release are: the basis of trust has been destroyed, suspicion of punishable acts by the employee has been raised or when the employer gives an employee ordinary notice with release as a less serious method in order to prevent termination without notice.

The above-mentioned provision in the work contract will normally not change this legal situation. In most cases, work contracts are specified by the employers and are regarded as their General Terms and Conditions. In General Terms and Conditions, however, this sort of provisions is ineffective because legislation regards them as inadequate discrimination against the employee, i.e. his right to employment is considered to be the employer's main obligation. But refusing to fulfill a main obligation simply by referring to the General Terms and Conditions is not allowed.

A legally effective release within or in addition to the ordinary notice of termination, which can be regarded as an individual measure, is imaginable. If, as a consequence thereof, the employee does not deliver his work performance any longer and if he does not object to the release in any other way, this is to be understood as his approval of the release (amicable release).

### Release and any other gainful employment

In the case of release, the question often comes up if an employee can use his newly gained freetime for any other form of employment, for example, if he can offer his work performance to another employer. You have to bear in mind that his former employer still pays him. With his release, the employer refuses to accept the employee's work performance, i.e. the employer is in default of acceptance. According to § 615 Clause 2 BGB (German Civil Law) which is applicable for this case of default of acceptance, the employee has to declare any other possible sort of earnings. In other words, the employer may deduct any other sort of earnings from his payment to the employee during the release period. But be careful: according to a former sentence by the Federal Court of Labour amicable release does not lead to the approval of default and as a consequence does not allow for the option of deduction. In other words, in each individual case it has to be checked carefully if deduction is possible or not.

### Release and prohibition of competition

Against this background of insecurity, employers might have the idea of explicitly informing the employee in the declaration of release that any other sort of income will be deducted from his wage. But be careful here as well! The German Federal Court of Labour has decided that in such a case the employee can normally assume to be free in the utilisation of his work performance without

being bound by the contractual prohibition of competition (as per § 60 HGB German Commercial Code)! The Court of Labour argues that the employer will understand that the employee - due to his professional skills and abilities - can often only achieve an income by using his knowledge in a job which stands in competition to the business area of his employer. If, due to the release, the employer causes default of acceptance including the possible deduction of any other sort of income, he makes clear that he will not mind any competitive actions of the employee during the period of release. In some business sectors, the damage caused by an employee starting to work for a competitor one day after the declaration of notice with release has been given to him is much bigger than the amount to be deducted due to the new source of income! Therefore it has to be weighed carefully in each individual case which formulations a declaration of release must have in order to maintain the advantage of deduction on the one hand and to prevent the omission of the prohibition of competition on the other hand.

### Release and continued payment of wages

In the context of release, „continued payment of the previous earnings“ and/or „proper balancing“ are often agreed upon. Only recently, the Federal Court of Labour had to decide on a case where the employee when agreeing upon his release with continued payment of his earnings and proper balancing had been unable to work due to illness for more than six weeks already. The Federal Court of Labour decided that the agreement on the terms of release only leads to the fact that the obligation to work is cancelled without giving reason to a claim to work compensation going beyond the statutory basis. In other words, the employer only owes compensation when the employee is able to work or as far as the statutory regulations on continued payment are applicable, but not beyond.

### Release and social security obligations

At the moment, legal proceedings are pending at the Federal Social Security Court, where it has to be decided if amicable release leads to the consequence that from the first day of the release an employment subject to social security obligations has ceased to exist. In this particular case, the employer had continued to pay the employee's wage but refused to pay the employer's share to the collecting office after a release had been agreed upon at the Court of Labour and until the end of the notice period. The State Social Court in Mainz as the first authority had confirmed the social security obligation of the employer, but at the same time - due to the general importance of the case - passed the proceedings to the Federal Social Security Court for revision. Their decision will have trend-setting importance for future cases of release. ■

nicht stören. In manchen Branchen kann der Schaden, der dadurch entsteht, dass sich der Arbeitnehmer einen Tag nach der Kündigungserklärung mit Freistellung beim Konkurrenten verdingt, mit der Anrechnung des anderweitigen Erwerbes nicht ausgeglichen werden! Es ist daher in jedem Einzelfall genau abzuwägen, welche Formulierungen die Freistellungserklärung haben muss, um den Vorteil der Abrechnung zu erhalten, den Wegfall des Konkurrenzverbotes aber zu vermeiden.

### Freistellung und Entgeltfortzahlung

Bei der Freistellung wird oftmals die „Fortzahlung der bisherigen Bezüge“ und / oder die „ordnungsgemäße Abrechnung“ vereinbart. Das BAG hatte jüngst einen Fall zu entscheiden, in welchen der Arbeitnehmer bei der Vereinbarung der Freistellung unter Fortzahlung der Bezüge und ordnungsgemäßer Abrechnung bereits mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt war. Das BAG entschied, dass die Vereinbarung über die Freistellung lediglich dazu führe, dass die Arbeitspflicht entfällt, ohne dass ein Anspruch auf Arbeitsvergütung über die gesetzlichen Grundlagen hinaus begründet wird. Der Arbeitgeber schuldet also Vergütung nur, wenn der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist bzw. nach den gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung, nicht aber darüber hinaus.

### Freistellung und Sozialversicherungspflicht

Beim Bundessozialgericht ist derzeit ein Verfahren anhängig, indem über die Frage entschieden werden soll, ob die einvernehmliche Freistellung dazu führt, dass bereits ab dem Tag der Freistellung kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mehr besteht. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber nach der arbeitsgerichtlich vereinbarten Freistellung bis zum Ende der Kündigungsfrist unter Fortzahlung der Bezüge bei der zuständigen Einzugsstelle die Zahlung der hälftigen Arbeitgeberbeiträge verweigert. Das Landessozialgericht Mainz als Vorinstanz hatte die Versicherungspflicht des Arbeitnehmers festgestellt, gleichzeitig aber wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache die Revision zum Bundessozialgericht zugelassen. Die Entscheidung wird für zukünftige Freistellungssachverhalte richtungsweisende Bedeutung haben. ■