



*Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür – Fachanwältin für Arbeitsrecht,
RPO Ziai-Ruttkamp Oberthür Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft*

„Gestaltungsrisiko Freistellung“

Online-Vortrag am 23. September 2021

Dr. Nathalie Oberthür referierte über die Gestaltungsrisiken bei der Freistellung von Arbeitnehmern von der Arbeitsleistung. Die Freistellung sei Teil nahezu jeder arbeitsrechtlichen Trennungssituation und habe eine große praktische Relevanz. Neben den dogmatischen Grundlagen der Freistellung nahm die Referentin daher typische Problembereiche, namentlich die Urlaubsgewährung während der Freistellung, die Anrechnung anderweitigen Erwerbs und die Auswirkungen der Freistellung auf arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote, in den Blick.

Zunächst zeigte die Referentin die dogmatischen Grundlagen der Freistellung auf. So könne die Freistellung als bloße Nichtannahme der Arbeitsleistung mit der Folge des Annahmeverzugs (§§ 293, 615 BGB) oder als Erlassvertrag im Hinblick auf die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geschuldete Arbeitsleistung dogmatisch einzuordnen sein. Maßgeblich sei, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unwiderruflich oder unwiderruflich von seiner Arbeitsleistung freistellt. Bei einer unwiderruflichen Freistellung gebe der Arbeitgeber zu erkennen, dass er auf die Arbeitsleistung endgültig verzichten wolle. Dann scheide ein Annahmeverzug aus, denn dieser knüpfe stets an eine (noch) geschuldete Leistung an. Die Erklärung, den Arbeitnehmer unwiderruflich freizustellen, sei daher als Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages auszulegen. Dieses nehme der Arbeitnehmer regelmäßig konkludent an, wenn er nicht mehr zur Arbeit erscheint. Die Annahmeverklärung müsse dem Arbeitgeber gemäß § 151 BGB nicht zugehen.

Anhand dieser Erkenntnisse erläuterte die Referentin, was zu beachten ist, wenn der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers während der Freistellungsphase erfüllt werden soll. So gebe das Urlaubsrecht vor, dass der Anspruch auf gesetzlichen Mindesturlaub stets nur erfüllt wird, wenn die Freistellung unwiderruflich erfolgt. Zudem müsse das Urlaubsentgelt ausbezahlt werden. Daran anknüpfend wies die Referentin auf mögliche Gestaltungsrisiken hin, etwa bei der Festlegung des Urlaubszeitraums oder einer Freistellung, die über einen Jahreswechsel fort dauert.

Weiter führte Frau Dr. Oberthür zur Anrechnung anderweitigen Erwerbs und zum Wettbewerbsverbot während der Freistellungsphase aus. Im Falle der unwiderruflichen Freistellung müsse die Anrechnung vereinbart werden, da § 615 Satz 2 BGB mangels Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nicht greife. In diesem Kontext skizzierte die Referentin die jüngere Judikatur des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urt. v. 23.2.2021 – 5 AZR 314/20) zur Anrechnung anderweitigen Verdienstes auf Grundlage eines Aufhe-



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

Vortragsreihe

bungsvertrag mit unwiderruflicher Freistellung. Im Hinblick auf das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot müsse ferner zwar festgehalten werden, dass die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers, die Grundlage des Wettbewerbsverbotes ist, zwar fortbestehe. Jedenfalls eine unwiderrufliche Freistellung nebst Anrechnung anderweitigen Erwerbs dürfe der Arbeitnehmer jedoch regelmäßig dahingehend verstehen, dass ihm die anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft gestattet ist (§ 157 BGB).

Abschließend formulierte die Referentin einen Klauselvorschlag, der auf die gezeigten Gestaltungsrisiken eingeht. Ihr Vorschlag war Gegenstand der anschließenden Diskussion. Hierbei sprachen die Teilnehmer zudem über verschiedene Fallkonstellationen, in denen die zuvor gezeigten Gestaltungsrisiken relevant werden.

Dr. Lucas Lichtenberg
Wissenschaftlicher Mitarbeiter