

## **Rechtsprechungstrends bei der Freistellung von Arbeitnehmern**

### **I. Freistellung und Beschäftigungspflicht**

Nach einer Kündigung legen viele Arbeitgeber keinen Wert darauf, dass der Arbeitnehmer während der Laufzeit der Kündigungsfrist noch für sie tätig ist und verzichten einseitig auf die weitere Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bis zum Ende der Kündigungsfrist. Rechtlich ist eine solche einseitige Freistellung durch den Arbeitgeber jedoch, wie neuere Entscheidungen der Arbeitsgerichte zeigen, nicht unproblematisch. Die Pflichten des Arbeitgebers beschränken sich nämlich nicht auf die bloße Lohnzahlung.

Bereits früh hat das BAG festgestellt, dass jeder Arbeitnehmer durch seinen Arbeitgeber während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz aus den Artikeln 1 und 2 GG auch tatsächlich arbeitsvertragsmäßig zu beschäftigen ist. Während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses sei eine Freistellung des Arbeitnehmers von jeglicher tatsächlichen weiteren Arbeit durch seinen Arbeitgeber ohne Zustimmung nur vorübergehend, etwa nach dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses, zulässig.

Diese rechtliche Ausgangsposition hat nicht zuletzt der Große Senat des BAG in seinem Beschluss vom 27.2.1985 zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrag (Az.: GS 1/84 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) bestätigt.

### **II. Wirksamkeit von Freistellungsklauseln im Arbeitsvertrag**

Eine einseitig durch den Arbeitgeber ausgesprochene Freistellung ist ohne eine vertragliche Vereinbarung nur unter den Voraussetzungen, wie sie für eine fristlose Kündigung gelten, als vorübergehendes und mildereres Mittel zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung möglich.

Oft wird schon im Arbeitsvertrag vereinbart, dass der Arbeitgeber einseitig zur Freistellung berechtigt ist. Ein überwiegendes Freistellungsinteresse des Arbeitgebers wurde dann zumindest in gekündigten Arbeitsverhältnissen anerkannt.

Es ist jedoch umstritten, ob an dieser Bewertung auch für Formularverträge nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform 2002, die die Anwendung der AGB-Kontrolle auch auf Arbeitsverträge mit sich brachte, festgehalten werden kann.

Zuerst hat das Arbeitsgericht Frankfurt mit Urteil vom 19.11.2003 (Az.: 2 Ga 251/03, NZA-RR 2004, S. 409 ff. = DB 2004, S. 934 ff.) unter ausdrücklicher Berufung auf die

Schuldrechtsreform eine arbeitsvertragliche Freistellungsklausel für unwirksam gehalten, da sie unangemessen benachteiligend gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB sei.

Die Freistellungsklausel weiche von dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab. Diese werde durch das grundsätzliche Bestehen eines Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers geprägt. Einen Einfluss auf die Rechtslage könnten einseitige Freistellungsklauseln ohnehin nur in den Fällen haben, in denen nicht schon nach der Rechtsprechung des BAG überwiegende Interessen des Arbeitgebers die einseitige Freistellung rechtfertigten. Gerade für diese Fälle sei jedoch eine pauschale Abweichung von der gesetzlichen Beschäftigungspflicht unangemessen benachteiligend.

### **III. Folgen für die Personalpraxis**

#### **1. Rechtsprechungstrend**

Hier wird die weitere Entwicklung sorgsam abzuwarten sein. Das Echo, das die Entscheidung gefunden hat, zeigt jedenfalls, dass die Argumentation des Arbeitsgerichts Frankfurt nicht einfach von der Hand zu weisen ist. Zu beachten ist jedoch, dass das BAG in seiner Entscheidung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch die beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer für den Fall der einseitigen Suspendierung bei der Kündigung weitgehend bewertet hat. Diese grundlegende richterrechtliche Rechtsfortbildung spricht dafür, Klauseln des Typs, über den auch das Arbeitsgericht Frankfurt zu entscheiden hatte, für grundsätzlich wirksam zu erachten.

Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt durchaus im Rahmen eines allgemeinen Trends in der Rechtsprechung liegt, der der bisherigen Freistellungspraxis zunehmend kritisch gegenübersteht.

Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte Hamm und München vereinfachen dementsprechend die Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitnehmers für den Fall der einseitigen rechtswidrigen Freistellung durch den Arbeitgeber.

So reicht nach diesen Entscheidungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung des Arbeitnehmers dessen bloßes Interesse an der Weiterbeschäftigung aus, während früher vielfach ein über dieses bloße Interesse an rechtzeitiger Erfüllung hinausgehendes Interesse dargelegt werden musste. Dies war dem Arbeitnehmer regelmäßig nicht möglich.

Das LAG München (Urteil vom 18.2.2002, Az.: 5 Sa 619/02, LAGE § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 45) verweist hier auf die Möglichkeit eines irreversiblen Rechtsverlustes auf Seiten des Arbeitnehmers und lässt es daher für den Verfügungsgrund ausreichen, dass der Beschäftigungsanspruch zweifelsfrei gegeben ist und

auch im Hauptsacheverfahren keine andere Entscheidung in Betracht kommt. Einer besonderen Dringlichkeit bedarf es dann nicht mehr.

Auch das LAG Hamm (Urteil vom 18.9.2003, Az.: 17 Sa 1274/03, NZA 2004, S. 244 ff.) meint, dem Arbeitnehmer stünde schon dann der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung notwendige Verfügungsgrund zur Verfügung, wenn die Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers mit denen des Arbeitgebers ergebe, dass die Interessen des Arbeitgebers an einer tatsächlichen Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht gewichtiger sowie schützenswerter sind, weshalb Gleichgewichtigkeit genügt.

In Verbindung mit der Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt zur Wirksamkeit der Freistellungsklauseln kann diese Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte dazu führen, dass Arbeitnehmer künftig mit besseren Erfolgsaussichten als bisher eine Freistellung angreifen können.

## **2. Sozialrechtliche Folgen**

Dass bei einer Freistellung auch die sozialrechtlichen Folgen zu berücksichtigen sind, zeigen zwei instruktive Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts.

In dem vom BAG entschiedenen Fall (Urteil vom 10.2.2004, Az.: 9 AZR 401/02, AP Nr. 15 zu § 119 BGB = NZA 2004, S. 606 ff.) hatte der Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer einen „Altersteilzeitvertrag“ geschlossen. Im Rahmen dieses Altersteilzeitvertrages war der Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von der Arbeitsleistung freigestellt worden. Der Arbeitgeber zahlte für den freigestellten Arbeitnehmer die nach den Vorschriften des Altersteilzeitgesetzes vorgesehene Vergütung einschließlich der Erhöhungsbeträge.

Als der Arbeitnehmer von der Möglichkeit des vorzeitigen Bezugs von Altersrente nach Altersteilzeit Gebrauch machen wollte, wies die BfA seinen Antrag ab: Die Inanspruchnahme vorzeitiger Altersrente nach Altersteilzeit setze die in § 2 AltZG vorausgesetzte hälftige Reduzierung der Arbeitszeit voraus, eine Freistellung ermögliche jedoch nicht den Bezug vorzeitiger Altersrente.

Die unbedachte Vertragsgestaltung hatte für den Arbeitgeber zur Folge, dass dieser vom BAG verpflichtet wurde, dem Arbeitnehmer den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erlitten hatte, dass die vorzeitige Rentenanspruchnahme nicht möglich war.

Eine für den Arbeitgeber günstigere sozialrechtliche Besonderheit der Freistellung ist, dass diese Einfluss auf den Beginn einer Sperrzeit beim Bezug des Arbeitslosengeldes

gem. § 144 SGB III haben kann. Eine Sperrzeit hat zum einen zur Folge, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosengeld für 12 Wochen ruht.

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts beginnt (Urteil vom 25.4.2002, Az.: B 11 AL 65/01 R, Rdnr. 26, AP Nr. 1 zu § 128 SGB III = NZA-RR 2003, 103 ff. = NZS 2003, S. 330 ff.) die Sperrzeit bereits mit dem Tag der Freistellung, weil es ab dann einer Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne mangle. Dem folgt auch die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit (Durchführungsanweisungen Alg/Alhi § 144 SGB III Rdnr. 144.83).

Die Zeit des „Ruhens“ des Arbeitslosengeldes lässt sich also in die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses, in der ohnehin kein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht und der Arbeitnehmer sozial durch das Arbeitsentgelt des Arbeitgebers abgesichert ist, legen.

Allerdings darf die Reichweite dieser Entscheidung nicht überschätzt werden: Mit dem Ruhen des Anspruchs für 12 Wochen hat eine Sperrzeit insbesondere zur Folge, dass es gem. § 128 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld um mindestens  $\frac{1}{4}$  der Anspruchsdauer verkürzt. Diese Verkürzung wird durch den vorgezogenen Beginn der Sperrzeit nicht verhindert.

#### **IV. Fazit**

Die Entscheidungen zeigen, dass der Ausspruch einer Freistellung sorgfältig bedacht sein will. Aus Arbeitgebersicht werden mögliche Nachteile durch die neuere Rechtsprechung nochmals intensiviert, indem eine einstweilige Verfügung auf tatsächliche Weiterbeschäftigung im Betrieb als Druckmittel gegen den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess in Betracht kommt. Man darf gespannt sein, wie sich die Rechtsprechung zukünftig zur Frage der Wirksamkeit von Freistellungsklauseln verhalten wird.

Köln, im Januar 2005