

Suspendierung von Arbeitnehmern

Ein Überblick über die damit verbundenen Rechtsprobleme und ihre Lösungsmöglichkeiten

Hier lesen Sie

- ob ein Arbeitnehmer während der Freistellung in Urlaub fahren darf
- warum das Thema Freistellung länger nicht mehr nur Top-Manager betrifft
- ob eine Freistellungspflicht aus arbeitsvertraglichem Formvorsatzvertrag zulässig ist
- wann der Arbeitnehmer mit dem Verlust des Versicherungsschutzes rechnen muss

Freistellungen (auch Suspendierungen genannt) haben nicht nur in der arbeitsrechtlichen Praxis stark zugenommen, sondern sind auch außerhalb der »interessierten Rechtskreise«, d. h. in Tagessetzungen und Verbraucherzeitschriften¹ ins Gerde gekommen. In jüngster Zeit vor allem durch eine veränderte rechtliche Haltung der Sozialversicherungsträger, die bei Freistellungen zukünftig prüfen wollen, ob überhaupt noch ein versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis besteht. Dies haben die Sozialversicherungsträger in der Besprechung vom 5./6. Juli 2005 vereinbart.

Betroffenen Arbeitnehmern droht durch diese gemeinsame Linie der Rentenversicherung, Bundesagentur und Krankenkassen sowie Pflegekassen das ungewollte Herausfallen aus dem Versicherungsschutz. Dieses Risiko trifft beileibe nicht nur Topmanager. In Führungsfunktionen und im AI-Bereich, aber auch im Vertrieb ist eine Freistellung zwar seit jeher verbreitet, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis einvernehmlich oder durch Kündigung beendet werden soll. Immer öfter werden aber auch Tarifmitarbeiter während der Kündigungsfrist, häufig »unter Anrechnung auf Zeitguthaben und Resturlaubsansprüche« von der Arbeitsleistung freigestellt. Freistellungen sind regelrecht in Mode gekommen.

Häufig entspricht eine Freistellung dabei allerdings auch dem Interesse, wenn nicht gar dem ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers. Neben den sozialversicherungsrechtlichen Folgen, interessieren natürlich folgende Fragen: Darf der Arbeitgeber eigentlich ohne weiteres freistellen? Was bedeutet die Freistellung, darf man dann frei über seine Zeit verfügen, in Urlaub fahren, seine Talente anderweitig entfalten, ggf. sogar für andere Arbeitgeber? Vielleicht sogar für Konkurrenzunternehmen arbeiten oder die Selbstständigkeit vorbereiten? Hat es immer nachteilige Folgen, wenn ich mich als Arbeitnehmer auf eine Freistellung einlasse? Wie soll ich mich als Betriebsrat verhalten?

Zur Annäherung an die durch vielfältige Fallkonstellationen komplizierte Problematik, müssen zunächst begriffliche Unterscheidungen vorgenommen werden. Die Freistellung kommt in Form der einseitigen (arbeitgeberseitig angeordneten) und als einvernehmliche Freistellung vor.

Arbeitsrechtliche Fragen

Von einer einseitigen Freistellung wird gesprochen, wenn sie gegen den Willen, d. h. ohne Einverständnis des Arbeitnehmers angeordnet wird. Eine einvernehmliche Freistellung setzt dagegen das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus, das sich aus einer entsprechenden Vereinbarung, meist im Zusammenhang mit einer Beendigung, ergeben kann. Eher zweifelhaft ist, ob schon im widerspruchsfreien Zusammenleben nach einer »angeordneten« Freistellung ein entsprechendes Einverständnis zu sehen sein kann. Daneben unterscheidet man die widerrufliche und die unwiderrufliche Freistellung, die bezahlte und die unbezahlte Freistellung. Vor allem die unwiderrufliche Freistellung hat dabei vielfältige arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen. Die unbezahlte Freistellung ist nur ganz ausnahmsweise zulässig, da während einer Freistellung der Entgeltanspruch unberührt bleibt. Außerdem kann die Freistellung unter Anrechnung von Urlaubs- und Zeitguthaben erfolgen und mit oder ohne Anrechnung eines Zwischenverdienstes. Eine Freistellung/Suspendierung des Arbeitnehmers gegen seinen Willen, also die einseitige Freistellung, ist nicht ohne weiteres möglich.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG hat der Arbeitnehmer nämlich im bestehenden Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf tatsächliche vertragsgemäße Beschäfti-

¹ Vgl. nur den Artikel von M. Rübartsch in der Capital 2/2006 »Bitterer Abgang

– Bei unwiderruflichen Freistellungen droht Angestellten der Verlust des Versicherungsschutzes« online: <http://www.capital.de/5/100002087.html> oder R. Winkel »Vorzeitige Freistellung kann längere Anspruchsdauer sichern« online: <http://www.thr-wirtschaft.de/themen-2006-arbeitslos-2006-allen-recht-gilt-der-rechnen-der-freistellung.html>

gung.² Dieser so genannte allgemeine Beschäftigungsanspruch besteht auch während der Kündigungsfrist, also nach Ausspruch einer Kündigung bis zum Beendigungstermin. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist tritt dieser allgemeine Beschäftigungsanspruch nur dann zurück, wenn überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. In diesem Falle bedarf es einer Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Feststellung, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung schutzwürdig ist und überwiegt.³ Grundsätzlich ist also nach der Rechtsprechung des BAG für eine Freistellung gegen den Willen des Arbeitnehmers ein sachlicher Grund erforderlich. Die einseitige Suspensionierung des Arbeitnehmers soll nach Meinung des LAG Köln angesichts der das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers schützenden Beschäftigungspflicht sogar nur aus wichtigem Grund als vorläufig milderes Mittel zur Vermeidung einer sofortigen außerordentlichen Kündigung zulässig sein.⁴ Die einseitige, d. h. angeordnete Freistellung erfordert daher einen sachlichen Grund auf Seiten des Arbeitgebers, der das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.

Einseitige Suspensionierung nur in bestimmten Fällen

Typische Fälle in denen eine Freistellung zulässig wäre, sind der Verdacht einer Straftat oder einer sonstigen schweren Arbeitsvertragsverletzung, die Unterbindung von Auseinandersetzungen zwischen Arbeitskollegen oder eine drohende Beeinträchtigung des Ansehens des Unternehmens in der Öffentlichkeit. Betriebsbedingte oder wirtschaftliche Gründe scheiden schon deswegen aus, weil der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat.

Bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen ist selbst bei personen- und verhaltensbedingten Freistellungsgründen stets zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, dass die Suspensionierung diskriminierenden Charakter hat. Ein Recht des Arbeitgebers zur Freistellung ist daher nur anzuerkennen, wenn die Gründe so schwer wiegen, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann.

Das ist z. B. der Fall, wenn einem Betreuer sexueller Missbrauch im Dienst vorgeworfen wird oder der Angestellte im Öffentlichen Dienst für Genehmigungen Geld bekommen haben soll. Vorwürfe im privaten Bereich können dagegen nur bei entsprechenden Auswirkungen im Arbeitsverhältnis in Betracht kommen. Danach bedarf also eine Freistellung immer eines besonderen Grundes. Fehlt ein überwiegendes

Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung, kann der Arbeitnehmer sein Recht auf Beschäftigung mit einer einstweiligen Verfügung durchsetzen. Der Arbeitnehmer hat auch das Recht, wegen einer unberechtigten Suspensionierung das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, wenn er den Arbeitgeber zuvor durch eine Abmahnung gewarnt hat.⁵

Einvernehmliche Freistellung ist unproblematisch

Eine einvernehmliche Freistellung dagegen ist jedenfalls arbeitsrechtlich unproblematisch. Sie findet sich vor allem bei einer bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses, meist für die Dauer der Kündigungsfrist. Häufiges Motiv für die meist einvernehmliche Freistellung bei Beendigungsszenarien ist auf Arbeitgeberseite, dass verhindert werden soll, dass der Arbeitnehmer in der restlichen Arbeitszeit wichtige Daten aus seiner bisherigen Tätigkeit nutzt oder gar für sich sichert, Kunden oder andere Mitarbeiter abwirbt oder Konflikte innerhalb des Betriebs offen ausgetragen werden. Solche Motive können ohne konkrete Pflichtverletzungen das berechtigte Interesse des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung allerdings nicht verdrängen. Es bedarf daher auch im Rahmen einer Trennung konkreter Anhaltspunkte, der Arbeitnehmer werde dem Unternehmen entsprechend schaden, wenn eine einseitige Freistellung erfolgen soll. Die Freistellung bedarf also jedenfalls immer dann eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers, wenn sie gegen den Willen des Arbeitnehmers, also einseitig geschehen soll. Daneben kann sich das Recht zur Suspensionierung allerdings aus Vereinbarungen, insbesondere aus Tarifvertrag ergeben.⁶ Das tarifvertragliche Freistellungsrecht ist hier von untergeordnetem Interesse, da es wenig Verbreitung gefunden hat. Allerdings behalten sich Arbeitgeber häufig im Arbeitsvertrag das Recht vor, den Arbeitnehmer freizustellen.

Freistellungsklauseln in Arbeitsverträgen

Mit Freistellungsklauseln versuchen Arbeitgeber, dass Problemen des sachlichen Grundes zu umgehen und bereits im Arbeitsvertrag die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Freistellung vorweg zu vereinbaren. Mit seiner Unterschrift erklärt der Arbeitnehmer in einer solchen Klausel bereits bei der Einstellung, dass er mit seiner (späteren) Freistellung einverstanden ist, wenn der Arbeitgeber dies verlangt bzw. anordnet.

Solche Klauseln sind natürlich nicht ohne weiteres und nicht in jeder Form zulässig. Rechtlich unzulässig sind Klauseln, nach denen dem Arbeitgeber ein umfassendes und an keine weiteren Voraussetzungen geknüpftes Recht zur uneingeschränkten Arbeitsfreistellung eingeräumt wird.⁷ Dagegen ist eine an von der Rechtsprechung anerkannte sachliche Gründe geknüpfte Regelung im Arbeitsvertrag grundsätzlich zulässig.

² Vgl. nur BAG v. 13.6.1990, 5 AZR 350/89.

³ Vgl. BAG GS v. 27.2.1995 – GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁴ so LAG Köln v. 20.3.2001 – 6 Ta 46/01, MDR 2001, 1376; ebenfalls Erfurter Kommentar – Preis, § 611 BGB RdNr. 706 m. n. NW.

⁵ BAG v. 3.11.1995 – 2 AZR 39/94.

⁶ Siehe den Fall BAG v. 27.2.2002 – 9 AZR 563/00.

⁷ Koch in Astheno/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Auflage 2004, § 102 ZertVG RdNr. 232.

Beispiel

»Während der Kündigungsfrist ist die Gesellschaft berechtigt, Herrn P unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung etwaiger restlicher Urlaubsansprüche von der Arbeit frei zu stellen.«⁸

»Nach Ausspruch einer Kündigung – gleichgültig von welcher Seite sie erfolgt – ist die Firma berechtigt, den Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Vergütung und unter Anrechnung auf etwaige Urlaubsansprüche von der Dienstleistung freizustellen. § 102 Abs. 5 BetrVG bleibt unberührt. ...«⁹

»... den gekündigten Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Bezüge bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses von seiner Tätigkeit freizustellen. Die Freistellung erfolgt unter Anrechnung auf eventuell noch vorhandene Urlaubsansprüche«¹⁰.

»Für den Fall der Vertragsauflösung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses steht es der ... frei, den Mitarbeiter von der Dienstleistung unter Fortzahlung seines Entgeltes und unter Anrechnung des anteiligen Urlaubs und eventueller zusätzlicher Freizulansprüche freizustellen.«¹¹

Auch Klauseln, die ein Recht auf Freistellung im Rahmen der Kündigungsfrist vorsehen, werden von der Rechtsprechung akzeptiert. Das gilt aber nicht uneingeschränkt. Problematisch ist nämlich, dass der Arbeitnehmer bei der Arbeitsvertragsunterzeichnung meist mit einem Mustervertrag des Arbeitgebers konfrontiert ist, über den nicht verhandelt wird, sondern der nur nach dem Motto »unterschrift oder bleib (draussen)« ganz oder gar nicht vorgelegt wird.¹² Früher hielt die Rechtsprechung Freistellungsklauseln auch in sogenannten Formulararbeitsverträgen für rechtlich zulässig. Danach konnte sich der Arbeitgeber das Recht zur Freistellung im Arbeitsvertrag vorbehalten.¹³ Formularverträge sind nach der Legaldefinition der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen mit Mitarbeitern vorformulierte Verträge, die bei Abschluss des Arbeitsvertrags arbeitgeberseitig gestellt und nicht etwa gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB im Einzelnen mit dem Arbeitnehmer ausgehandelt werden. In den meisten Unternehmen werden solche Standardarbeitsverträge eingesetzt, die nur nach Beschäftigungsgruppen modifiziert werden, innerhalb der Gruppen aber einheitlich bei Einstellungen eingesetzt werden. Man spricht daher auch von AAB (Allgemeine Arbeitsbedingungen in Anlehnung an das Kürzel AAB für Allgemeine Geschäftsbedingungen bei anderen Verträgen). Seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und der Einbeziehung des Arbeitsvertragsrechts in die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. § 310 Abs. 4 BGB ist jedoch umstritten, ob eine derartige Klausel wirksam in vom Arbeitgeber gestellten Formularverträgen vereinbart werden kann.¹⁴ Die meisten Gerichte halten Freistellungsklauseln in Formulararbeitsverträgen deshalb für eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers.¹⁵ Am weitesten geht das ArbG Stuttgart, das Arbeitnehmer für Verbraucher im Sinne des AGBG hält und deswegen auch Freistellungsklauseln in individuell ausgehandelten Verträgen für unwirksam hält (nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), weil der Arbeitnehmer tatsächlich keinen Einfluss

auf den Inhalt des Vertrags nehmen kann. Die Rechtsprechung unterscheidet vereinzelt auch zwischen den Arbeitsverträgen tariflicher Mitarbeiter und AT-Mitarbeiter und denen von leitenden Angestellten. Die Arbeitsverträge leitender Angestellter werden zwar häufig frei ausgehandelt. Das aber ist in jedem Einzelfall durch die Gerichte zu prüfen. Bei Tarifmitarbeitern und AT-Mitarbeitern werden jedoch in mittleren und größeren Unternehmen Standardarbeitsverträge eingesetzt, selbst wenn das Gehalt oder ein Zuschlag im Einzelfall ausgehandelt sein sollte.

Keine willkürliche Abwägung

Selbst wenn eine Freistellungsklausel vorliegen sollte und diese auch als zulässig anzusehen ist, muss die konkrete Freistellung sich gleichwohl als Ausübung eines billigen Ermessens, d. h. einer fairen und nicht willkürlichen Abwägung der beiderseitigen Interessen darstellen.¹⁶

Merke

- Seit dem 1.1.2003 unterliegen alle Arbeitsverträge bei vorformulierten Vertragsbedingungen der gesetzlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB. Freistellungsklauseln in bestehenden und neuen Arbeitsverträgen sind daher auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen
- Freistellungsklauseln, die den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen, sind gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam
- Nur echte ausgehandelte Individualabreden unterliegen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht

Widerruf der Freistellung

Die Freistellung kann widerrufen und unwiderruflich erfolgen. Wird nur von einer Freistellung gesprochen, ohne dass klargestellt wird, ob die Freistellung unwiderruflich oder widerruflich sein soll, ist im Zweifel die widerrufliche Freistellung gemeint. Zweifel gehen allerdings nach allgemeinen Grundsätzen zu Lasten des Erklärenden, der es ja in der Hand bzw. in der Stimme hat, seine Erklärung zweifelsfrei zu formulieren. Erfolgt die Freistellung dagegen aus-

⁸ Entnommen aus ArbG Berlin v. 4.2.2005 – 9 Ga 1155/05.

⁹ ArbG Straßburg v. 11.8.2004 – 3 Ga 710/4.

¹⁰ ArbG Frankfurt v. 19.11.2003 – 2 Ga 251/03.

¹¹ LAG München v. 14.3.2003 – 6 Sa 184/03.

¹² Vgl. AcPr Erfurter Kommentar – Preis, § 61a Rdnr. 707 m. w. Nw.

¹³ Vgl. LAG Hanburg v. 20.6.1994 – 6 Sa 427/94; LAG Köln v. 20.8.1998 – 6 Sa 241/98; Erfurter Kommentar-Preis, § 61a Rdnr. 707; Schaub/Link, Arbeitsrechtshandbuch, § 95 Rdnr. 20, § 110 Rdnr. 32.

¹⁴ Vgl. dazu Erfurter Kommentar – Preis, § 61a BGB Rn. 707; Küttner/Kretzner, Personalhandbuch, Stichwort »Freistellung von der Arbeit«, Rn. 17; Preis, Der Arbeitsvertrag II F 10 Rdnr. 21.

¹⁵ So zuletzt Arbeitsgericht Stuttgart v. 18.3.2005 – 16 Ga 4/05; ArbG Berlin v. 4.2.2005 – 9 Ga 1155/05; Arbeitsgericht Frankfurt v. 19.11.2003 – 2 Ga 251/03;

für zulässig hält diese Klauseln wohl nur das LAG München v. 14.3.2003 – 6 Sa 184/03 während LAG München (G. Kammer) im Urteil vom 7.5.2003 – 5 Sa 297/03 jedenfalls die einschrankungslosen Klauseln für unzulässig hält; offenblasser und für rechtlich ungeklärt hält die Frage das LAG Köln v. 31.5.2005 – 4 Sa 400/05; offenblasser auch durch LAG Hamm (Westfalen) v. 31.2.2004 – 19 Sa 120/04, das allerdings unterstellt hat, dass bei Leitenden Angestellten grundsätzlich von einem individuell ausgehandelten Vertrag auszugehen ist;

insgesamt widersprüchlich dagegen ArbG Straßburg v. 11.8.2004 – 3 Ga 710/4.

¹⁶ So zu Recht Erfurter Kommentar – Preis, § 61a BGB Rdnr. 707.

drücklich widerruflich, kann ein Widerruf jederzeit vorgenommen werden. Allerdings muss die Ausübung des Widerrufsrechts wie jede Maßnahme des Direktionsrechts unter Abwägung der beiderseitigen Interessen erfolgen, also nach billigem Ermessen (§ 315 BGB). Das schließt eine schikanöse und willkürliche Ausübung aus.

Fortzahlung des Entgelts – Anrechnung des Resturlaubs?

Bei einer unberechtigten Freistellung versteht sich von selbst, dass das Entgelt weiterzuzahlen ist, aber auch bei einer wirksamen Freistellung besteht der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers grundsätzlich fort. Auch bei einer berechtigten Freistellung muss das Entgelt fortgezahlt werden; in Einzelfällen kann ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers bestehen, wenn ihm die Beschäftigung des Arbeitnehmers wegen einer gravierenden Pflichtverletzung oder gar Straftat unzumutbar ist. In der bloßen Freistellung des Arbeitnehmers während der Zeit der Kündigungsfrist liegt auch keine Urlaubsgewährung. Eine Anrechnung der Freistellung auf den Urlaubsanspruch setzt zunächst voraus, dass die Freistellung unwiderruflich erklärt wird, denn auch der einmal genehmigte Urlaub ist unwiderruflich. Mit einer Freistellung kann der Urlaubsanspruch zudem nur erfüllt werden, wenn hinreichend deutlich wird, dass sie zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs erfolgt.¹⁷ Aus der Erklärung, ein Arbeitnehmer sei von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt, ergibt sich nicht, dass eine Anrechnung des Resturlaubs erfolgen soll.¹⁸ Der Arbeitgeber muss also vor der Freistellung des Arbeitnehmers eindeutig erklären, dass damit zugleich der noch bestehende Urlaubsanspruch erfüllt oder er unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch von der Arbeit freigestellt wird.¹⁹ Eine Urlaubsgewährung durch schlüssiges Verhalten kommt jedenfalls auch durch eine Freistellungsvereinbarung nicht in Betracht.²⁰ Die Freistellung erfolgt allerdings meistens ausdrücklich »unter Anrechnung« auf Resturlaub oder Arbeitszeitguthaben, was grundsätzlich zur Klarstellung ausreicht, sofern nur unwiderruflich freigestellt wird. Für die wirksame Anrechnung des Urlaubsanspruchs auf die Zeit der Freistellung ist es allerdings nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber den Urlaub des Arbeitnehmers innerhalb der längeren Kündigungsfrist zeitlich

festlegt; vielmehr genügt die unwiderrufliche Freistellung während der Kündigungsfrist »unter Anrechnung etwaiger Urlaubsansprüche«.²¹ Daraus kann der Arbeitnehmer regelmäßig entnehmen, dass der Arbeitgeber es ihm überlässt, die zeitliche Lage seines Urlaubs innerhalb des vorbehaltenen gewählten Freistellungszeitraumes selbst festzulegen.²² Enthält die Freistellungsanordnung dagegen keine Erklärung zum Urlaub, bleibt der Urlaubsanspruch erhalten.²³ Der Arbeitnehmer kann dann ggf. Urlaubsabgeltung nach dem Ausscheiden verlangen. Bei der streitigen Urlaubserteilung ist allerdings u. U. das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG zu beachten.²⁴ Das setzt voraus, dass keine Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erzielt werden kann. Allerdings gewährt die Rechtsprechung dem Arbeitgeber das Recht, den Resturlaub in die Kündigungsfrist zu legen, da entgegenstehende Gründe des Arbeitnehmers für eine anderweitige Urlaubsplanung jedenfalls außerhalb der Kündigungsfrist nicht bestehen können. Der Betriebsrat kann in einer Betriebsvereinbarung zu Urlaubsgrundsätzen auch die Freistellungsproblematik mitgestalten.

Arbeitsaufnahme und Anrechnung eines etwaigen Zwischenverdienstes

Ob der Arbeitnehmer während der Freistellung seine Tätigkeit anderweitig verwerten darf und, ob er sich Einkünfte, die er in der Freistellungsphase erzielt hat, anrechnen lassen muss, ist heftig umstritten. Bei unwiderruflicher Freistellung darf der Arbeitnehmer einer anderweitigen Tätigkeit nachgehen. Allerdings darf der Arbeitnehmer auch in diesem Fall nicht bei der Konkurrenz tätig werden. Dem Arbeitnehmer ist nämlich – auch wenn im Arbeitsvertrag selbst kein Wettbewerbsverbot oder Konkurrenzverbot geregelt ist – während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses jedwede Nebentätigkeit verboten, die dem Wettbewerbsinteresse des Arbeitgebers zuwider läuft.²⁵ Dieses allgemeine, sich bereits aus der arbeitsvertraglichen Treupflicht ergebende Konkurrenzverbot gilt auch während einer Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, sofern nichts Abweichendes vereinbart wurde.²⁶ Auch ein Angestellter, der sich selbstständig machen will, darf zwar sein künftiges Gewerbe oder Unternehmen zwar schon vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorbereiten. Das gilt auch dann, wenn er seinem bisherigen Arbeitgeber Konkurrenz machen will. Zulässig sind aber nur solche Tätigkeiten, die auf die Schaffung der formalen und organisatorischen Voraussetzungen für das geplante Eigenunternehmen gerichtet sind. Unzulässig sind dagegen solche Vorbereitungsmaßnahmen, die schon als werbende Tätigkeit anzusehen sind. Besonders kritisch steht die Rechtsprechung der Abwerbung von Arbeitnehmern und der Kontaktaufnahme mit Kunden oder anderen Vertragspartnern des Arbeitgebers gegenüber; Handlungen, die zur fristlosen Kündigung führen können.²⁷ Nur ganz geringfügige

¹⁷ LAG Rheinland-Pfalz v. 30.6.2005 – 12 Sa 99/05.

¹⁸ Vgl. BAGI v.23.1.2001 – 9 AZR 26/00; LAG Hamm v. 4.9.2002 – 18 Sa 996/02.

¹⁹ BAG v. 1.12.1983 – 6 AZR 399/80; v. 18.12.1986 – 8 AZR 481/84.

²⁰ BAG v. 9.6.1998 – 9 AZR 43/97.

²¹ LAG Köln v. 16.03.2000 – 10 Sa 1279/99.

²² Zuliebt BAG v. 21.6.2005 – 9 AZR 395/04.

²³ LAG Rheinland-Pfalz v. 30.6.2005 – 12 Sa 99/05.

²⁴ Mitbestimmungsrecht bleibt bei Freistellung unter Anrechnung auf Urlaub unberührt, so BAG v. 28.3.2000 – 1 ABR 17/99 und 1 ABR 24/99; BAG v.

19.9.2000 – 9 AZR 504/99.

²⁵ BAG v. 21.11.1996 – 2 AZR 852/95; v. 16.8.1990 – 2 AZR 113/90.

²⁶ BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 598/76.

²⁷ Vgl. LAG Köln v. 31.2.2004 – 4 Sa 1311/03; LAG Berlin v. 28.8.2002 – 9 Sa

659/02.

Freundschaftsdienste im Rahmen eines unentgeltlichen Geschäftlichkeitsverhältnisses können aber zulässig sein.²⁸ Handlungen des Arbeitnehmers während der Freistellung, die sich als Verstoß gegen das Konkurrenzverbot darstellen, kann der Arbeitgeber zudem mit einseitiger Verfügung untersagen lassen.²⁹ »Konkurrenzlosen« Tätigkeiten kann der Arbeitnehmer dagegen bei einer unwiderprüflichen Freistellung nachgehen. Auch bei einer widerprüflichen Freistellung ist gegen eine anderweitige Beschäftigung nichts einzuwenden. Der Arbeitnehmer muss dann aber bedenken, dass jederzeit ein Widerruf möglich ist, er also in der Lage sein muss, die Arbeit kurzfristig wieder aufzunehmen. Eine Anrechnung eines Verdienstes in der Freistellungszeit erfolgt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber sich die Anrechnung ausdrücklich vorbehalten hat. Problematisch ist nur der Fall, dass keine ausdrückliche Regelung getroffen wurde. Nach § 615 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer zwar grundsätzlich anderweitigen Verdiensten anrechnen lassen. Wenn eine Freistellungsvereinbarung getroffen und in dieser eine Anrechnung nicht vereinbart wurde, kommt eine Anrechnung regelmäßig nicht in Betracht, da von einer abschließenden Regelung auszugehen ist.³⁰ Auch wenn »unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch« freigestellt wurde, kommt eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes nicht in Betracht.³¹

Eine Freistellung kommt in folgenden Fällen in Betracht:

- Der Arbeitnehmer kann jederzeit auf seinen Beschäftigungsanspruch verzichten und mit dem Arbeitgeber eine Freistellung im Einzelfall vereinbaren
- Der Arbeitgeber kann die Freistellung einseitig anordnen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Freistellung hat, dass das Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung überwiegt
- Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben das Recht zur Freistellung – in zulässiger Weise – schon im Arbeitsvertrag für den Fall der Kündigung vereinbart

Sozialversicherungsrechtliche Fragen

Die gute Nachricht zuerst: Eine interessante Gestaltungsmöglichkeit im Zusammenhang mit Sperzeiten hat die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts³² (BSG) eröffnet. Das BSG hat seine zum Arbeitsförderungs-gesetz ergangene Rechtsprechung auch zum SGB III fortgesetzt und den »Leistungsrechtlichen Begriff« des Beschäftigungsverhältnisses übernommen. Danach endet bei einer Freistellung mit dem ersten Tag der Freistellung bereits das Beschäftigungsverhältnis; der freigestellte Arbeitnehmer gilt ab diesem Datum als »arbeitslos«.

Das Bundessozialgericht:³³

»Die Freistellung des Arbeitnehmers bei Fortzahlung von Arbeitsentgelt ist gerade ein typisches Beispiel für die rechtliche Möglichkeit der Arbeitslosigkeit trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses.«

Das bedeutet zum einen, dass der Beginn einer Sperzeit bereits mit der Freistellung zu laufen beginnt. Die Rechtspraxis nutzt diese Rechtsprechung bereits eifrig dazu, um in geeigneten Fällen durch eine entsprechende Gestaltung einer Beendigungsvereinbarung die Sperzeit in die Freistellungsphase, d.h. die Kündigungsfrist zu legen, damit nach dem Ende der Entgeltzahlung (das ja bis zum Ende der Kündigungsfrist weitergezahlt wird) nahtlos Arbeitslosengeld bezogen werden kann. Spätestens seit dem Ergebnis der Besprechung der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 5./6. Juli 2005³⁴ drohen aber auch weitere nachteilige Konsequenzen jedenfalls für den Fall der einvernehmlichen unwiderprüflichen Freistellung. Dabei darf man ohne schlechtes Gewissen vermuten, dass es sich bei dem Ergebnis der Besprechung jedenfalls im Ergebnis um eine Retourkutsche handelt.

Jedenfalls handelt es sich um eine sehr späte Reaktion der Sozialversicherungsträger auf die Urteile des BSG. In der Rechtspraxis wurden die beiden Urteile des BSG zunächst mit Vorsicht und Skepsis aufgenommen, später allerdings als Chance genutzt, die Sperzeit in die Freistellungsphase zu legen und damit die nachteiligen Folgen erträglicher zu machen.

Die Ansicht der Sozialversicherungsträger³⁵

Die Sozialversicherungsträger schließen aus den Urteilen des BSG³⁶, dass bei einer einvernehmlichen unwiderprüflichen Freistellung das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bereits mit der Freistellung und nicht erst am letzten Tag der Kündigungsfrist endet. Das sei unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer noch Entgelt erhalte.

»Nach Auffassung der Besprechungsteilnehmer fehlt es indes an den zweiseitigen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wenn im gegenseitigen Einvernehmen unwiderprüflich auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung verzichtet wird (z. B. durch einen Aufhebungsvertrag bzw. Abwicklungsvertr.). Die Besprechungsteilnehmer vertreten deshalb den Standpunkt, dass das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bei einer unwiderprüflichen Freistellung von der Arbeitsleistung mit dem letzten Arbeitstag endet, denn in diesen Fällen endet auf Seiten des Arbeitnehmers die Weisungsgebundenheit und auf Seiten des Arbeitgebers das Weisungsrecht.«

²⁸ LAG Schleswig-Holstein v. 3.12.2002 – 5 Sa 299 6/02.

²⁹ LAG Weicklenburg-Norpothen v. 14.6.2005 – 5 Sa 246/05.

³⁰ BAG v. 30.9.1982 – 6 AZ 802/79.

³¹ BAG v. 19.3.2002 – 9 AZR 56/01.

³² BSG v. 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R. v. 17.10.2002 – B 7 AL 136/01.

³³ BSG v. 17.10.2002 – B 7 AL 136/01.

³⁴ Niederschrift über die Besprechung der Spitzenverbände der Krankenkassen, der Seerkrankenkasse, der Bundesknappschaft, des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, der Bundesagentur für Arbeit und der Spitzenverbände der Unfallversicherungsmitglieder über Fragen des gemeinsamen Beitragsinzugs zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung am 5./6.7.2005.

³⁵ Text unter: <http://www.freistellung.info>.

³⁶ BSGw. 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R und v. 18.12.2003 – B 11 AL 35/03 R.

Bei der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung sind die Folgen gravierend: Die Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung vor dem Ablauf der Kündigungsfrist führt zu einem vom Arbeitnehmer mit zu verantwortenden vorzeitigen Eintritt von Arbeitslosigkeit und damit im Regelfall zu einer Sperrzeit. Dadurch wird auch die Bezugsdauer des Arbeitslosengelds entsprechend verkürzt, was vor allem für Arbeitnehmer, die mit einer längeren Arbeitslosigkeit rechnen müssen, problematisch sein kann. Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben sich in der gemeinsamen Besprechung vom Juli 2005 aber außerdem darauf verständigt, dass bei einer Freistellungsvereinbarung der Schutz durch alle Zweige der Sozialversicherung entfallen kann. Dies gilt dann, »wenn im gegenseitigen Einvernehmen unwiderruflich auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung verzichtet wird«. Dann endet die Sozialversicherungspflicht mit dem letzten Tag, an dem tatsächlich gearbeitet werde. Der Arbeitnehmer sei vom Arbeitgeber wie bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzumelden, Beiträge seien nicht mehr zu entrichten, dafür entfalle aber auch der Versicherungsschutz.

Beispiel

Der Arbeitnehmer wird sofort arbeitslos, muss sich entsprechend melden, erhält bei der Fortzahlung des Arbeitsentgelts in der bezahlten Freistellung aber kein Arbeitslosengeld, da dieser Anspruch solange ruht wie noch Arbeitsentgelt gezahlt wird (§ 143 Abs. 1 SGB III) bzw. weil eine Sperrzeit verhängt wurde (§ 144 Abs. 1 SGB III).

Einen Monat nach dem letzten Arbeitstag liefert dann der (nachwirkende) Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung aus. Zwar wird er im Falle der Arbeitslosigkeit über die Bundesagentur für Arbeit versichert, dies gilt allerdings nicht für den bei der bezahlten Freistellung eintretenden Fall, dass Arbeitslosengeld wegen der Fortzahlung der Vergütung nicht geleistet wird (keine Beitragspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Der Arbeitnehmer ist also nur noch einen Monat geschützt, während der restlichen Zeit der Freistellung dagegen nicht mehr gesetzlich krankenversichert. Er muss sich vielmehr selbst und für teures Geld gegen dieses Risiko absichern. Dasselbe gilt auch für die Pflegeversicherung. Außerdem zählt die Freistellungszeit auch nicht mehr für Anwartschaften in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Bei der Rentenversicherung endet die Versicherungspflicht mit dem Beginn der Freistellung. Die Bundesagentur führt aus den gleichen Gründen wie bei der Krankenversicherung keine Beiträge ab. Eine Entrichtung von Beiträgen ist daher nur noch freiwillig (§ 7 SGB V) möglich; der Arbeitnehmer muss dabei die Beiträge einschließlich dem zuvor von seinem Arbeitgeber entrichteten Anteil alleine tragen (§ 171 SGB V). Die Betriebsprüfer der Rentenversicherungsträger

sind angewiesen, Freistellungstatbestände gezielt zu überprüfen und eine versicherungspflichtige Beschäftigung nur noch bei tatsächlicher Arbeitsleistung anzuerkennen.³⁷

Folgen bei einseitig unwiderruflicher Freistellung

Nach Meinung der Versicherungsträger führen dagegen sowohl eine einseitige unwiderrufliche und eine einvernehmliche widerrufliche Freistellung nicht zum Ende der Sozialversicherungspflicht. Es wird in diesem Fall auch grundsätzlich keine Sperrzeit verhängt. Trotzdem bleibt auch in diesem Fall die Freistellung nicht ohne Folgen: Die Konsequenzen der einseitigen unwiderruflichen Freistellung erläutert die Bundesagentur für Arbeit in einem Schreiben vom 17.8.2005: »Der Arbeitnehmer ist dann ab dem ersten Tag der unwiderruflichen Freistellung beschäftigungslos im Sinne von § 119 SGB III.« Und das wiederum hat zur Folge, dass der prinzipielle Anspruch auf Arbeitslosengeld schon am ersten Tag der Freistellung entsteht. Vorausgesetzt natürlich, der Antrag wird auch bereits am ersten Tag der Freistellung gestellt, da Arbeitslosengeld erst ab dem Datum des Antrags gewährt wird (§ 118 SGB III). Erhält der Arbeitnehmer während der Freistellung das Gehalt weiter, »ruht« der Anspruch auf Arbeitslosengeld und zwar bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Das bestimmt § 143 SGB III. Die Gefahr einer Sperrzeit ist aber auch bei einer einseitigen unwiderruflichen Freistellung nicht völlig vom Tisch. Darüber kann – so die Bundesagentur für Arbeit – nicht generalisierend, sondern nur »unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles« entschieden werden. Hat allerdings der Arbeitnehmer für die Freistellung durch sein Verhalten Anlass gegeben und löst er damit die Zahlung des Arbeitslosengeldes aus, wird eine Sperrzeit angeordnet.

Uneinheitliche Definitionen

Das BSG hat bisher noch nicht entschieden, ob in der Freistellungsphase der Sozialversicherungsschutz bei einer unwiderruflichen Freistellung entfällt. Es spricht allerdings viel dafür, dass die Ansicht der Sozialversicherungsträger nicht nur ein Eigentor, sondern ein Schnellschuss war, der das Problem nicht trifft. Der Begriff »Beschäftigungsverhältnis« wird nämlich im Sozialversicherungsrecht nicht einheitlich gebraucht, so dass insbesondere die zur Sperrzeit ergangene Entscheidung des BSG, die im übrigen außer dem Berechnungsbeginn für die Sperrzeit nichts wirklich neues enthält, nicht einfach 1:1 auf die Versicherungspflicht zu übertragen ist. Nach der Rechtsprechung des BSG und des BAG ist der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses vielmehr »funktionsdifferenziert« ausulegen. Es ist zwischen einem bei tragsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis einerseits und einem leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis andererseits zu unterscheiden.³⁸ Im Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung ist entscheidend, dass – trotz Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses – tatsächlich keine Beschäftigung

³⁷ So Rainer Schlegel, Versicherungs- und Beitragspflicht bei Freistellung von der Arbeit, NZA 2005, 972.

³⁸ So auch BAG v. 10.2.2004 – 9 AZR 401/02 n. N.

stattfindet. Dagegen hat für das Beitragsrecht die Entgeltfortzahlung ausschlaggebende Bedeutung.³⁹ Prof. Rainer Schlegel, Richter am BSG in Kassel, hält die Ansicht der Sozialversicherungsträger ebenfalls für nicht nachvollziehbar.⁴⁰ Die Träger hätten die Urteile des BSG schlicht missverstanden, schreibt er in der Oktober-Ausgabe der Fachzeitschrift »Soziale Sicherheit« und begründet dies ausführlich.⁴¹ Betroffene Arbeitnehmer sollten deshalb bei der hierfür zuständigen Einzugsstelle beantragen, die Versicherungs- und Beitragspflicht festzustellen und bei einer Ablehnung gegebenenfalls dagegen klagen. Trotzdem wird sich die Praxis bis auf weiteres auf die Meinung der Sozialversicherungsträger einzustellen haben, damit der betroffene Arbeitnehmer nicht den Schaden zu tragen hat. Dem bis ein Urteil des BSG zu dieser Frage vorliegt, wird es Jahre dauern und gerade ältere Arbeitnehmer sollten dieses Prozessrisiko keinesfalls in Kauf nehmen.

Was sollten Arbeitnehmer tun?

Die aufgezählten Folgen sind jedenfalls für den Fall, dass Arbeitslosengeld beantragt wird, nicht theoretischer Natur: Wer vor dem Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt wird und Arbeitslosengeld beantragt, muss sich sofort bei der Arbeitsagentur arbeitslos melden. Er muss bei der Arbeitsagentur eine eventuelle Freistellungserklärung seines Arbeitgebers vorlegen. Wenn daraus hervorgeht, dass der Betroffene von seinem Arbeitgeber unwiderruflich einseitig freigestellt wurde, stehen die Betroffenen – so die Bundesagentur für Arbeit – zwar »nicht unter dem Generalverdacht, dass sie an der Freistellung mitgewirkt hätten«. Bestätigt die Erklärung des Arbeitgebers jedoch, dass einwernehmlich und unwiderruflich freigestellt wurde, wird eine Sperrezeit verhängt. Außerdem führt dies nach einem Monat zum Ende des gesetzlichen Krankenversicherungs- und Pflegeversicherungs-schutzes. Da angekündigt und daher damit zu rechnen ist, dass die Sozialversicherungsträger die Bessprechungsergebnisse trotz der zahlreichen Bedenken auch in die Praxis umsetzen werden, sind folgende Ratschläge angebracht. Als erstes ist bis auf weiteres davon abzuraten, in Aufhebungsverträgen oder Abwicklungsverträgen oder in anderen Vereinbarungen im Zusammenhang mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine »unwiderrufliche« Freistellung zu vereinbaren. Nach Ansicht der Sozialversicherungsträger selbst ist eine widersprüchliche Freistellung (legal ob vereinbart oder einseitig vom Arbeitgeber angeordnet) ebenso unschädlich für die Versicherungspflicht wie eine einseitig durch den Arbeitgeber angeordnete unwiderrufliche Freistellung. **Empfohlen wird daher⁴², im Kündigungsschreiben die Formulierung aufzunehmen:**

Formulierungsbeispiel

»Der Arbeitgeber stellt den/die Arbeitnehmer(in) unwiderruflich von der Arbeitsleistung ab dem ... unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses und unter Fortzahlung der Bezüge frei.«

Bei einer einseitigen Freistellung droht jedoch der Verdacht einer Umgehung, wenn diese rechtlich unzulässig ist. Nimmt der Arbeitnehmer eine einseitige Freistellung hin, obwohl diese rechtswidrig wäre (also ohne sachlichen Grund oder ohne arbeitsvertragliche Klausel), könnte ein Sozialversicherungsträger auf die Idee kommen, dies sei doch nicht einseitig, sondern abgesprochen. Das BSG hat eine ähnliche Wertung bei der Gleichstellung von Abwicklungsverträgen mit Aufhebungsverträgen bei der Sperrezeit vorgenommen.⁴³

Zu weitgehend ist allerdings in der Hinnahme einer unwiderruflichen Freistellung, selbst einer möglicherweise unzulässigen Freistellung, eine einwernehmliche Freistellung zu sehen.⁴⁴ Allerdings werden auch für die Absicherung dieses Risikos Formulierungsvorschläge gemacht bzw. ein ausdrücklicher Widerspruch gegen die einseitige Freistellung vorgeschlagen.⁴⁵ Erfolgt dies jedoch nur zum Schein, dürfe sich auch dadurch keine Verbesserung der Rechtslage ergeben. Entscheidend ist letztlich, was gewollt bzw. sich aus den Erklärungen ergibt. Hilfreich ist allerdings der Hinweis von Lindemann/Simon⁴⁶ auf den Arbeitsvertrag. Ist dort eine Klausel mit doppeltem Schriftformerfordernis für Vertragsänderungen bzw. -ergänzungen enthalten, ist eine Annahme durch schlüssiges Verhalten und damit eine einwernehmliche Regelung ausgeschlossen. Da die widerspruchslöse Hinnahme der Freistellung das Schriftformerfordernis nicht erfüllt, kommt insoweit auch keine Vereinbarung über die Freistellung zustande. Risiken können sich aber auch aus einer Freistellungsklausel im Arbeitsvertrag ergeben. So wird vertreten⁴⁷, dass darin eine vorweggenommene einwernehmliche Freistellung läge. Dabei wird aber übersehen, dass der Arbeitnehmer meistens gar keine Gelegenheit hat, die Aufnahme der Klausel abzulehnen und außerdem, dass die konkrete Ausübung der Klausel gleichwohl einseitig bleibt und deshalb auch nur nach billigem Ermessen, also nicht ohne weiteres, möglich ist. Das unterscheidet das im Arbeitsvertrag vorbehaltene Freistellungsrecht des Arbeitgebers von der konkreten Freistellungsvereinbarung, die keines weiteren Zwischenschrittes mehr bedarf. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, dass ein Freistellungsrecht aus Tarifvertrag anders zu behandeln ist als das aus einem Arbeitsvertrag. Wenn die Freistellungsklausel das Recht an einen sachlichen Grund knüpft, muss auch dieser erst einmal vorliegen. Nach allgemeiner Auffassung dürfte aber eine arbeitsrechtlich unzulässige

³⁹ Vgl. BSG v. 28.9.1993 – 11 Rkr 69/92; vgl. auch zum Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung BSG v. 17.10.2002 – 8 7 AL 136/0a R.

⁴⁰ Rainer Schlegel, Versicherungs- und Beitragspflicht bei Freistellung von der Arbeit, NZA 2005, 972.

⁴¹ Rainer Schlegel in: Soziale Sicherheit 2005, 334; »Nicht mit geltendem Recht im Einklang«.

⁴² BSG v. 18.12.2003 – 8 11 AL 35/03 R.

⁴³ BSG v. 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R.; v. 17.10.2002, B 7 AL 136/0a.

⁴⁴ So wohl aber BAG v. 19.3.2002 – 9 AZR 16/0a.

⁴⁵ Lindemann/Simon, Die Freistellung von der Arbeitspflicht – neue Risiken und Nebenwirkungen, BB 2005, 2405.

⁴⁶ Lindemann/Simon, BB 2005, 2465.

⁴⁷ Lindemann/Simon, ebenda.

Freistellungsklausel keine Einvernehmlichkeit im Sinne des Besprechungsergebnisses der Spitzenverbände auslösen. Die widerrufliche Freistellung andersseits beinhaltet für den Arbeitnehmer die unehrliche Konsequenz, dass er jederzeit zur Wiederaufnahme der Arbeit aufgefordert werden kann. Das wird in Konfliktfällen manchmal auch als Drohung genutzt. Meistens spricht ein Arbeitgeber die Freistellung allerdings nicht umsonst aus. Die widerrufliche Freistellung entspricht wegen der fehlenden Verbindlichkeit nur selten dem Interesse des Arbeitnehmers und wird daher in der Praxis tatsächlich vornehmlich einseitig durch den Arbeitgeber »verhängt«. Als Tipp zur Umgehung der nachteiligen Folgen der neuen Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger ist eine »augenzwinkernd« angeordnete einseitige widerrufliche Freistellung nicht zu empfehlen. Sie ist nur zum Schein einseitig, weil in Wirklichkeit vereinbart und außerdem mit dem Risiko eines »Klimawechsels« in der Arbeitgeber-Arbeitnehmerbeziehung verbunden. Trotz der geschilderten nachteiligen Folgen kann eine Freistellungsvereinbarung Sinn machen: Wenn in den Vereinbarungen geregelt wird, dass der Arbeitgeber in jedem Fall die Sozialversicherungsbeiträge (also sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil, ggf. an den Arbeitnehmer zur Sicherstellung einer eigenen Versicherung) weiterzahlt oder ggf. die Kosten einer entsprechenden freiwilligen Versicherung übernimmt. Diese Erklärung kann auch abgewandelt einseitig durch den Arbeitgeber abgegeben werden, wenn eine Vereinbarung nicht gewollt ist.

Formulierungsbeispiel

Sollte sich entgegen der Rechtsauffassung der Vertragsparteien eine Beendigung der sozialversicherungsrechtlichen Versicherungspflicht ab dem ersten Tag der Freistellung ergeben, wird das Unternehmen gleichwohl das Gesamtbruttoentgelt einschließlich Arbeitgeberanteile fortzahlen. Die Auszahlung erfolgt in voller Höhe zur Sicherstellung einer freiwilligen Versicherung an den Arbeitnehmer, wenn die Sozialversicherungsträger eine gesetzliche Weiterversicherung gegen Beitragsentrichtung durch das Unternehmen ablehnen.

Dadurch ist im Ergebnis sichergestellt, dass der Arbeitnehmer nicht aus dem Versicherungsschutz der Sozialversicherung herausfällt. Bei der Rentenversicherung und Krankenversicherung dürfte eine freiwillige Weiterversicherung unproblematisch möglich sein, bei der Arbeitslosenversicherung ist eine freiwillige Versicherung zwar nicht möglich, aber wohl auch verzichtbar. Unabhängig hiervon sollte man sich selbstverständlich gegen die falsche Rechtsauffassung der Sozialversicherungsträger mit Widerspruch und Klage wehren.

48 R. Schlegel in »Soziale Sicherheiten« 2005, 376; »Nicht mit geltendem Recht im Einklang«

49 Vgl. zum Vertrauensschutz bei der Massenentlassungsanzeige: LAG Stuttgart v. 1.9.2005 – 11 Sa 42/05; LAG Berlin v. 27.4.2005 – 17 Sa 2646/04; LAG Frankfurt v. 20.4.2005 – 6 Sa 2279/04; Revision wird am 23.3.2006 unter dem Aktenzeichen 2 AZN 349/05 am BAG verhandelt.

Schlegel empfiehlt Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, ausdrücklich bei der Einzugsstelle zu beantragen, die Beitragspflicht festzustellen. Bei einem ablehnenden Bescheid wäre der Rechtsweg zu den Sozialgerichten, ggf. nach Durchführung des Widerspruchverfahrens eröffnet.⁴⁸

Formulierungsbeispiele

Antragsmuster

An die
(Einzugsstelle = jeweilige Krankenkasse)

vorab per Telefax

Feststellung der Beitragspflicht

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Datum vom ... soll ich im Einvernehmen mit dem Unternehmen von der Arbeit unwiderruflich freigestellt werden. Im Hinblick auf die Haltung der Sozialversicherungsträger nach der Besprechung der Spitzenverbände vom 5./6. Juli 2005 beantrage ich hiermit, meine Beitragspflicht feststellen zu lassen. Zur Begründung meiner Rechtsansicht, dass auch die einvernehmliche unwiderrufliche Freistellung meine Beitragspflicht unberührt lässt, verweise ich auf die Beiträge von Schlegel, NZA 2005, 972 und Soziale Sicherheit 2005, S. 334 und Falser, Arb 2006, 74. Wegen der Eilbedürftigkeit bitte ich um eine kurzfristige Bescheidung, spätestens binnen 14 Tagen.

Mit freundlichen Grüßen
G. Rissen

Je nach Möglichkeit einer eigenen Absicherung oder einer (sozialversicherten) Anschlussbeschäftigung in der Freistellungsphase kann die mangelnde Versicherungspflicht sogar vorteilhaft sein. Da der Arbeitgeber nicht das Nettoentgelt, sondern das Bruttoentgelt schuldet und auch zahlt, ist er – so die Erfahrung des Autors – bereit, die Sozialversicherungsbeiträge als zusätzliche Abfindung zu zahlen. Was die Sozialversicherungsträger, die ja neuerdings im Geld zu schwimmen scheinen, nicht wollen, nimmt der Arbeitnehmer gerne. Altfälle, also Vereinbarungen mit Arbeitnehmern über Freistellungen vor der Veröffentlichung/ Bekanntgabe der Ergebnisse der gemeinsamen Besprechung vom 5./6.7.2005 dürften nach Vertrauensschutzgesichtspunkten zu lösen sein: Wenn Unternehmen zugebilligt wird, sich auf die Broschüren der Arbeitsagentur zu Massenentlassungsanzeigen gegenüber der veränderten Rechtsprechung des EuGH berufen zu können⁴⁹, muss dies erst recht für Arbeitnehmer gegenüber einer veränderten Rechtsauffassung der Sozialversicherungsträger gelten. Die Sozialversicherungsträger sind zwar eigentlich der Auffassung, dass auch Altfälle nach dem Besprechungsergebnis zu behandeln seien, sollen aber zugesagt haben, lauffende oder bereits abgeschlossene Freistellung vor der Veröffentlichung der Besprechungsergebnisse wie davor zu behandeln.

Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber

Wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist, gibt es nur noch zwei Möglichkeiten: Zum einen der Widerspruch gegen Entscheidungen der Sozialversicherungsträger, zum

anderen ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber wegen Verstoßes gegen seine Pflicht zur Aufklärung. Die zweite Möglichkeit setzt einen Schaden voraus, also die erfolgreiche Durchführung eines Widerspruchs- und erforderlichenfalls auch Klageverfahren. Erst wenn rechtskräftig nach Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten gegen entsprechende Bescheide der Sozialversicherungsträger feststeht, dass ein Schaden entstanden ist, kann eine Klage gegen den Arbeitgeber erhoben werden. Dabei dürfte diese allerdings nur ausnahmsweise erfolgsversprechend sein. Zum einen hat das BAG die Latte für Schadensersatzprozesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht sehr hoch gehängt, zum anderen sind die meisten Arbeitnehmer bei entsprechenden Vereinbarungen anwaltlich beraten. Dann dürfte das Problem eher beim Anwalt des Arbeitnehmers liegen. Allerdings soll hier darauf hingewiesen werden, dass das BAG einen Schadensersatzanspruch eines Arbeitnehmers bejaht hat, der mit seinem Arbeitgeber einen Altersteilzeitvertrag geschlossen hat, der unbedachte sozialrechtliche Konsequenzen hatte.⁵⁰ U.U. merkt ein Arbeitnehmer aber gar nicht, dass er in der Freistellungsphase nicht mehr sozialversichert war. Am ehesten wird es bei der Arbeitslosenversicherung offenbar, wie auch die Urteile des BSG zeigen. Die Arbeitsagentur wird vielleicht eine Sperrzeit verhängen, aber gleichzeitig den Beginn der Sperrzeit auf den ersten Tag der Freistellung legen. Bei der Rentenversicherung könnte der betroffene Arbeitnehmer allerdings erstmals durch einen Versicherungsverlauf davon erfahren, dass die Freistellungszeit nicht bei der Rentenberechnung zugrunde gelegt wurde. Überraschungen könnten daher vor allem Arbeitnehmer erleben, die keine Sozialversicherungsrechtlichen Leistungen, vor allem kein Arbeitslosengeld beantragen, sondern innerhalb der Freistellungsphase eine Neuanstellung finden und denen der ebenfalls ahnungslose Arbeitgeber das Entgelt weiterzahlt und die Sozialversicherungsbeiträge weiter abführt.

Möglichkeiten des Betriebsrats

Die Aufnahme einer Freistellungsklausel in den im Unternehmen verwendeten Formulararbeitsvertrag unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Da es sich um eine inhaltliche Frage des Arbeitsverhältnisses handelt, ist dies dem Einfluss des Betriebsrates entzogen. Allerdings hat der Betriebsrat einen Anspruch auf Vorlage der Arbeitsvertragsmuster, die der Arbeitgeber verwendet.⁵¹ Der Betriebsrat hat nämlich nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze durchgeführt werden. Diese allgemeine Aufgabe des Betriebsrats ist nicht vom Vorliegen bestimmter konkreter Mitwirkungs- bzw. Mitbestimmungsrechte abhängig, vielmehr hat der Betriebsrat die Einhaltung und Durchführung sämtlicher Vorschriften zugunsten der Arbeitnehmer zu überwachen. Dabei ist kein Kleinlicher Maßstab angebracht.⁵² Allerdings bedeutet dies nicht, dass der

Betriebsrat bei jeder Einstellung die Vorlage des Arbeitsvertrags verlangen kann. Der Betriebsrat muss bei einer Suspendierung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber nach herrschender Meinung auch nicht beteiligt werden. Insbesondere liegt keine Versetzung im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes vor, wenn dem Arbeitnehmer die bisherigen Arbeitsaufgaben entzogen werden, ohne dass eine neue Tätigkeit an deren Stelle tritt. Für eine Versetzung fehle es an der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs i. S. d. § 95 Abs. 3 BetrVG.⁵³ Der Abschluss einer Aufhebungs- oder Abwicklungsvereinbarung führt anders als eine Kündigung nicht zu einer Beteiligung des Betriebsrats. Auch die Freistellung des Arbeitnehmers löst eine Anhängungspflicht in entsprechender Anwendung des § 102 BetrVG nicht aus.⁵⁴

Ein Betriebsratsmitglied kann jedoch während des Verfahrens um die Ersetzung der Zustimmung zu seiner außerordentlichen Kündigung nach § 103 Abs. 2 BetrVG nur unter besonders erschwerten Voraussetzungen von der Arbeit freigestellt werden. Grundsätzlich müssen somit Umstände hinzukommen, die über den »wichtigen Grund« für die beabsichtigte außerordentliche Kündigung hinausgehen.⁵⁵ Das ohne diese Erfordernisse suspendierte Betriebsratsmitglied hat einen Verfügungsgrund, um seine Weiterbeschäftigung mit Hilfe einer einseitigen Verfügung durchzusetzen.⁵⁶

Fazit

Von der Suspendierung betroffenen Arbeitnehmern droht das ungewollte Herausfallen aus dem Versicherungsschutz. Es ist also Obacht geboten und im Zweifel Rechtsrat durch die Gewerkschaft oder durch Rechtsanwälte einzuholen. Sämtliche in diesem Artikel zitierten Urteile, Rundschreiben und Stellungnahmen können unter <http://www.freistellung.info> kostenlos herunter geladen werden.

MICHAEL FEISER ist Rechtsanwalt in Brühl und Autor zahlreicher Veröffentlichungen.

⁵⁰ BAG v. 30.2.2004 – 9 AZR 401/02.

⁵¹ BAG v. 19.10.1999 – 1 ABR 75/98.

⁵² BAG v. 19.10.1999 – 1 ABR 75/98.

⁵³ Für die Freistellung von der Arbeit während des Laufs einer Kündigungsfrist: BAG v. 22.1.1998 – 2 AZR 267/97 und v. 28.3.2000 – 1 ABR 17/99, zu B II 1 der GrGr; bestätigt durch BAG v. 25.1.2005 – 1 ABR 59/03; a. A. dagegen zu Recht: Kitterer in Däubler/Kitterer/Kebe: *BetrVG* 6. Aufl., § 99 Rdnr. 107 und in *ARB* 1997, 474; ArbG Minden v. 14.8.1996 – 2 Bv 19/96; *ArbG Wesel* v. 7.1.1998 – 3 Ca 394/97.

⁵⁴ BAG v. 23.1.1998 – 2 AZR 267/97.

⁵⁵ 50 LAG Köln v. 2.8.2005 – 1 Sa 952/05.

⁵⁶ LAG Köln v. 2.8.2005 – 1 Sa 952/05.