

# Freistellung und Anrechnung im Rahmen der Arbeitgeberkündigung

Von Ass. iur. **Michael Daubenmerkl**, München

*Das Kündigungsrecht ist Bestandteil der meisten Klausuren im Bereich des Arbeitsrechts. Dabei liegen Fallkonstellationen einer Arbeitgeberkündigung mit gleichzeitiger „Freistellung“ des Arbeitnehmers sowie der Anrechnung von anderweitigem Verdienst, Urlaubsansprüchen und Überstunden, trotz ihrer überragenden praktischen Bedeutung, regelmäßig nicht im Schwerpunkt der Ausbildungssachverhalte.*

*Der folgende Beitrag soll eine Einführung in die Problematik liefern, den Meinungsstand darstellen und bei der Bearbeitung entsprechender Fälle behilflich sein.*

## I. Beschäftigungsanspruch

Die Existenz einer aus dem Bestand des Arbeitsverhältnisses folgenden Beschäftigungspflicht auf Seiten des Arbeitgebers ist allgemein anerkannt.<sup>1</sup> Dem Arbeitnehmer steht als Kehrseite daraus ein Beschäftigungsanspruch, d.h. ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf den tatsächlichen Einsatz seiner Arbeitsleistung während des Laufes des Arbeitsverhältnisses zu.<sup>2</sup> Das BAG leitet diesen Anspruch dogmatisch als vertragliche Nebenpflicht aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 242 BGB ab,<sup>3</sup> während im Schrifttum auch die Herleitung als „rechtsfortbildende Konkretisierung der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers“ vertreten wird.<sup>4</sup> Begründet wird diese Pflicht jedenfalls mit dem Interesse des Arbeitnehmers seine Arbeitskraft sinnstiftend und zur Selbstverwirklichung einsetzen zu wollen.

Eine besondere Ausprägung stellt der so genannte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses dar, welcher zusätzlich in den Interessen des Arbeitnehmers gründet seine arbeitstechnischen Fähigkeiten zu erhalten und seine sozialen Beziehungen im Betrieb nicht zu verlieren.<sup>5</sup> Hinsichtlich Voraussetzungen und Begründung zu trennen ist er vom gesetzlich normierten betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Grundlegend BAG DB 1956, 114.

<sup>2</sup> Abweichend *Weber/Weber*, RdA 2007, 344 (352), welche einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch mit dem Argument ablehnen, dass das Leistungsangebot des Arbeitnehmers bei Annahmeverweigerung des Arbeitgebers als Erbringen der Leistung gilt, damit gleich einem Erfüllungssurrogat wirkt und den Vergütungsanspruch synallagmatisch legitimiert.

<sup>3</sup> Vgl. BAG (GS) NJW 1985, 2968; *Joussen*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2012, BGB § 611 Rn. 220; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 393.

<sup>4</sup> *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, BGB § 611 Rn. 564.

<sup>5</sup> *Junker* (Fn. 3), Rn. 393.

<sup>6</sup> Dieser Anspruch ist kein Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, sondern eine spezielle betriebsverfassungsrechtliche Schutzvorschrift und insoweit abhängig vom Widerspruch des Betriebsrates, vgl. BAG NJW 1978, 239 (240); *Richardi*

Im Falle der Erklärung einer Freistellung durch den Arbeitgeber steht daher der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im Spannungsverhältnis zu einem Freistellungsinteresse des Arbeitgebers, wodurch eine einseitige Freistellung grundsätzlich nicht möglich ist.<sup>7</sup> Vielmehr kann sich ihre Rechtmäßigkeit nur ausnahmsweise dann ergeben, wenn als Ergebnis einer Abwägung der gegenseitigen Interessen das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.

Daraus folgt, dass die Erklärung einer Kündigung für sich alleine genommen keine hinreichende Begründung für ein überwiegendes schutzwürdiges Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers darstellen kann.<sup>8</sup> Vielmehr kommt nur bei Hinzutreten weiterer Voraussetzungen eine solche einseitige Freistellung durch den Arbeitgeber ausnahmsweise in Betracht – welche Voraussetzungen das sind, ist strittig.<sup>9</sup> Als ausreichend für das Vorliegen einer berechtigten einseitigen Freistellung werden dabei unter anderem ein sich auf Tatsachen gründender Verdacht einer erheblichen Pflichtverletzung bzw. der Nachweis einer solchen Pflichtverletzung, Insolvenz bzw. Untergang der Betriebsstätte oder der Wegfall des Arbeitsplatzes erachtet.<sup>10</sup>

## II. Bedeutungen der Freistellung

Wesensmerkmal der Freistellung ist die Nichterbringung der Arbeitsleistung bei gleichzeitigem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses. Damit ist der Erklärung der Freistellung ein Beendigungswille grundsätzlich nicht zu entnehmen.<sup>11</sup> Vielmehr ist gerade das Bestehen einer Pflicht, von der die Freistellung überhaupt erfolgen kann, Grundvoraussetzung.

Davon ausgehend kommen zur rechtlichen Einordnung der Freistellung grundsätzlich unterschiedliche Ansätze in Betracht, welche in ihren Rechtsfolgen insbesondere hinsichtlich der Anrechnungsmöglichkeit nach § 615 S. 2 BGB, divergieren.

### 1. Aufhebung der Arbeitspflicht

Abschluss und Änderung eines Schuldverhältnisses unterliegen nach § 311 Abs. 1 BGB dem Vertragsprinzip,<sup>12</sup> sodass während der Laufzeit eines Schuldvertrages Änderungen an Höhe, Umfang und Modalitäten von Haupt- und Nebenpflichten, daher auch an der Beschäftigungspflicht als Neben-

*Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 611 Rn. 1051.

<sup>7</sup> BAG NZA 1994, 267; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 611 Rn. 122.

<sup>8</sup> *Richardi/Fischinger* (Fn. 6), § 611 Rn. 1047; *Preis* (Fn. 4), BGB § 611 Rn. 570.

<sup>9</sup> Vgl. *Meyer*, NZA 2011, 1249.

<sup>10</sup> *Richardi/Fischinger* (Fn. 6), § 611 Rn. 1047 a.E.; *Meyer*, NZA 2011, 1249 m.w.N. in Fn. 2.

<sup>11</sup> *Schwarze*, RdA 2007, 300 (301).

<sup>12</sup> *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 11.

pflicht in diesem Sinne prinzipiell durch die Parteien vorgenommen werden können.<sup>13</sup> Ferner besteht nach § 397 Abs. 1 BGB die Möglichkeit der Vereinbarung des Verzichts auf einen einzelnen Anspruch durch Abschluss eines Erlassvertrages,<sup>14</sup> welcher als speziellere Regelung dem § 311 Abs. 1 BGB vorgeht<sup>15</sup> und demnach zuvorderst einer eingehenderen Betrachtung unterzogen wird.

#### a) Erlassvertrag auf Hauptleistungsverzicht

Eine Disposition über den Beschäftigungsanspruch wird als Ausfluss der Vertragsfreiheit allgemein für zulässig erachtet.<sup>16</sup> Eine Freistellung im Sinne eines Verzichts auf die Hauptpflicht der Arbeitsleistung aus § 611 Abs. 1 BGB kann somit durch den Abschluss eines Erlassvertrages nach § 397 Abs. 1 BGB realisiert werden.<sup>17</sup>

Mit Erlass der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers fällt der Arbeitgeber unwiderruflich aus seiner arbeitsvertraglichen Gläubigerstellung, sodass ein diesbezüglicher Annahmeverzug nicht mehr möglich ist und die Rechtsfolgen des § 615 S. 1 und 2 BGB grundsätzlich wegfallen,<sup>18</sup> die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers auf Lohnzahlung bleibt im Gegensatz dazu unangetastet.

Eine Anrechnung von anderweitigem Einkommen kann somit in dieser Konstellation nur dann erreicht werden, wenn der Arbeitgeber sein Erlassvertragsangebot hinsichtlich des § 615 S. 2 BGB modifiziert und, im Wege eines Änderungsvertrages nach § 311 Abs. 1 BGB, dessen Rechtsfolgen Weitergeltung verschafft.<sup>19</sup> Gleiches kommt unter Umständen auch über den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung der Freistellungsabrede in Betracht.<sup>20</sup>

Liegt ein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages vor, kommt dieser durch Annahme des Arbeitnehmers nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB zustande. Dabei ermöglicht die Ausnahmevorschrift des § 151 S. 1 BGB eine Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden, wenn der Annahmewille sich zumindest durch eine nach außen sichtbare Betätigungshandlung manifestiert und auf den Zugang dieser Willensbetätigung (stillschweigend) verzichtet wird oder dieser nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.<sup>21</sup> Im Falle des Angebotes auf Abschluss eines Erlassvertrages kann ein Arbeitnehmer diesen also sowohl explizit als auch durch schlüssiges Verhalten annehmen, da regelmäßig von einer entsprechenden Verkehrssitte ausge-

gangen werden kann. Derlei schlüssiges Verhalten könnte etwa im Fernbleiben des Arbeitnehmers nach Zugang des Angebotes liegen.<sup>22</sup>

Ohne spezielle abweichende Vereinbarungen führt der Abschluss eines Erlassvertrages über die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers damit zu einer Aufhebung dieser Pflicht bei gleichzeitigem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und damit des Vergütungsanspruches, wobei eine Anrechnung von anderweitigem Lohn nach § 615 S. 2 BGB entfällt.

#### b) Freistellungsvereinbarung auf Suspendierung der Hauptleistungspflicht

Eine Freistellung als Aufhebung der Arbeitspflicht kann auch in Form eines Änderungsvertrages im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB erreicht werden. Dies setzt eine Einigung über die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers voraus.

Eine solche Vereinbarung hat zur Folge, dass die Ansprüche des Arbeitnehmers auf Beschäftigung und Arbeitsleistung einvernehmlich ruhen. Im Gegensatz zum Erlassvertrag „erlischt“ die Arbeitsleistungspflicht nicht,<sup>23</sup> sondern kann wieder aufleben. Wie beim Erlassvertrag ist aber das Vorliegen der Voraussetzungen des Annahmeverzuges abzulehnen, da der Arbeitgeber auch insoweit während des Ruhens seine Gläubigerstellung in Hinblick auf die Arbeitsleistung verloren hat.<sup>24</sup> Eine Anrechnung anderweitiger Vergütung nach § 615 S. 2 BGB scheidet danach aus.

In der Literatur wird abweichend davon vertreten, dass sich der Arbeitnehmer einen anderweitig erzielten Verdienst trotzdem anrechnen lassen müsse, da die Abbedingung des § 615 S. 2 BGB einer zweifelsfreien<sup>25</sup> Vereinbarung bedürfe. Eine solche Vereinbarung im Sinne einer Abweichung von der Systematik der arbeitsrechtlichen Annahmeverzugsansprüche sei nicht Bestandteil einer derartigen Freistellungsvereinbarung,<sup>26</sup> vielmehr stehe ihr regelmäßig der hypothetische Parteiwille entgegen.<sup>27</sup>

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 615 S. 2 BGB von einer Anrechnung „auf den Annahmeverzugslohn“<sup>28</sup> ausgeht und ein solcher Annahmeverzugslohn aufgrund des Verlustes der Gläubigerstellung aus § 293 BGB auf Seiten des Arbeitgebers durch den Änderungsvertrag gemäß § 311 Abs. 1 BGB im Zeitraum der aktiven Suspendierung der Hauptleistungspflicht nicht vorliegt.<sup>29</sup> Soweit also die arbeitgeberseitige Erklärung auf Suspendierung der Hauptleistungspflicht zielt, ist eine grundsätzliche Auslegung auf die Erhaltung der Systematik von Ansprüchen und Gegenansprüchen bei Leistungs-

<sup>13</sup> Emmerich (Fn. 12), § 311 Rn. 12.

<sup>14</sup> Schlüter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 397 Rn. 1.

<sup>15</sup> Meyer, NZA 2011, 1249 (1250).

<sup>16</sup> Preis (Fn. 4), BGB § 611 Rn. 568.

<sup>17</sup> Nägele, NZA 2008, 1039; Meyer, NZA 2011, 1249 (1250 f.); Preis (Fn. 4), BGB § 615 Rn. 87.

<sup>18</sup> BAG NJOZ 2003, 1319 (1321).

<sup>19</sup> Meyer, NZA 2011, 1249 (1251); Bauer, NZA 2007, 409 (410).

<sup>20</sup> Str., vgl. Henssler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 615 Rn. 73 m.w.N.

<sup>21</sup> Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 151 Rn. 2-4.

<sup>22</sup> Nägele, NZA 2008, 1039.

<sup>23</sup> Bauer/Baeck, NZA 1989, 784 (785).

<sup>24</sup> BAG NZA 2006, 736 (738); Preis (Fn. 4), BGB § 615 Rn. 87.

<sup>25</sup> Preis (Fn. 4), BGB § 615 Rn. 86 m.w.N.

<sup>26</sup> Meyer, NZA 2011, 1249 (1251); Nägele, NZA 2008, 1039 (1041).

<sup>27</sup> Bauer, NZA 2007, 409 (411).

<sup>28</sup> Preis (Fn. 4), BGB § 615 Rn. 83.

<sup>29</sup> BAG NZA 2006, 736 (738); Bauer/Baeck, NZA 1989, 784 (785).

störungen in gerade dieser Hauptleistungspflicht nicht ohne Weiteres begründbar und als Auslegungsregel abzulehnen.

Nach der hier vertretenen Ansicht führt somit auch der Abschluss eines Änderungsvertrages auf Suspendierung der Hauptleistungspflicht zu einer Aufhebung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers im fortbestehenden Arbeitsverhältnis ohne Anrechnungsmöglichkeit nach § 615 S. 2 BGB.

## 2. Erklärung der Nichtannahme

Ferner kann in der Freistellung auch die nur einseitige Erklärung des Arbeitgebers gesehen werden, dass er zwar vom Bestand der Verpflichtung zur Arbeitsleistung ausgeht und auch weiterhin ausgehen will, diese Leistung allerdings nicht annehmen wird.

Eine solche Willenserklärung unterscheidet sich regelmäßig nicht davon, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeit „nach Hause schickt“, weil er ihn nicht mehr beschäftigen will.<sup>30</sup> Hierin kann aber nicht der Wille auf Herbeiführung einer Rechtsfolge, sondern lediglich auf einen tatsächlichen Erfolg gesehen werden.<sup>31</sup> Diesen Erfolg verknüpft sodann das Gesetz, genauer der § 615 S. 1 BGB, mit der Rechtsfolge des Annahmeverzugslohnanspruchs. Daher handelt es sich hierbei um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung,<sup>32</sup> nicht um ein Vertragsangebot.

Auch ist der Fall einer solchen einseitigen Freistellungserklärung des Arbeitgebers nicht anders zu behandeln als die Ablehnung eines Angebotes auf Abschluss einer Freistellungsvereinbarung oder eines Erlassvertrages durch den Arbeitnehmer. In Ermangelung einer vertraglichen Abänderung der Arbeitspflicht steht der Arbeitgeber weiterhin in seiner arbeitsvertraglichen Gläubigerstellung und es kann Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB begründet werden.<sup>33</sup> Durch die zum Ausdruck gebrachte Annahmewilligkeit des Arbeitgebers folgt dieser Annahmeverzug aus § 293 BGB, da mit ausdrücklicher Annahmeverweigerung sogar ein wörtliches Angebot gemäß § 295 S. 1 BGB genügt bzw. in Ermangelung einer Zurverfügungstellung eines Arbeitsplatzes gemäß § 296 S. 1 BGB entbehrlich sein kann.<sup>34</sup>

Für den Arbeitnehmer bleibt dann ein Vergütungsanspruch über § 615 S. 1 BGB erhalten,<sup>35</sup> ohne dass er seinerseits zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet ist.

Gegen eine Anrechnung von böswillig unterlassenem Zwischenverdienst nach § 615 S. 2 BGB spricht im Falle der einseitigen Freistellung aber das Zumutbarkeitskriterium.<sup>36</sup> Da das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Beendigung des Annahmeverzuges enthält, endet dieser bereits dadurch, dass sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner

zur Annahme der Leistung bereit erklärt.<sup>37</sup> Deshalb ist diese Art der Freistellung in einem untechnischen Sinne widerrufenlich<sup>38</sup> und der Arbeitnehmer kann daraus keine gesicherte Rechtsposition hinsichtlich des Verzichts auf seine Arbeitsleistung innehaben.<sup>39</sup> Zwar könnte ein Ruf zur Arbeit nach vorheriger Freistellung im Hinblick auf § 275 Abs. 3 BGB wiederum durch Unzumutbarkeitserwägungen beschränkt sein oder nach § 242 BGB gegen Treu und Glauben verstoßen, eine „allgemeine Unwiderruflichkeit“<sup>40</sup> lässt sich hieraus aber nicht begründen.<sup>41</sup>

Generell bleibt somit die Anrechnungsmöglichkeit des § 615 S. 2 BGB erhalten.

## III. Unwiderrufliche Freistellungsvereinbarung

Soweit der Arbeitgeber allerdings im Rahmen einer Kündigung die Freistellung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, etwa zum Ablauf der Kündigungsfrist, erklärt, gelangen die dargestellten rechtlichen Einordnungen unter Einbeziehung der Interessen der Parteien an ihre Grenzen.

Zum einen ist zu beachten, dass die Herbeiführung der Rechtsfolgen sowohl eines Erlassvertrages als auch eines Änderungsvertrages auf Suspendierung der Hauptleistungspflicht prinzipiell nicht dem Willen des Arbeitgebers entsprechen wird, da dieser regelmäßig gerade nicht auf die Anrechnungsmöglichkeit des § 615 S. 2 BGB verzichten will.

Zum anderen folgt aus der Konstellation einer rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung der Nichtannahme und des daraufhin eintretenden Annahmeverzuges eben die Widerruflichkeit, welche – neben der möglichen Beschränkung der Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB aus Treu und Glauben – Folgeprobleme bei der Anrechnung von Überstunden und Urlaub nach sich zieht.

### 1. Anrechnung von Überstunden

Die Möglichkeit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer unter Anrechnung der Überstunden freizustellen, beurteilt sich grundsätzlich aus der zu Grunde liegenden Vereinbarung. Zur Abgeltung von Überstunden sind regelmäßig Vergütung in Geld oder ein entsprechender Freizeitausgleich zu leisten.

Die geschuldeten Leistungen im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB erbringt der Arbeitgeber bei einer Freistellung unter Anrechnung von Überstunden somit nur, wenn er nach den Regelungen des Arbeitsverhältnisses überhaupt durch Befreiung abgelten kann.<sup>42</sup> Andernfalls ist die Anrechnung nur möglich, wenn zwischen den Parteien im Rahmen der Freistellung eine Ersetzungsbefugnis des Arbeitgebers vereinbart wird.

<sup>30</sup> BAG NJW 2007, 2796 (2797) m. Anm. *Fesenmeyer*.

<sup>31</sup> *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, BGB Vor § 116 Rn. 14.

<sup>32</sup> Vgl. auch *Schwarze*, RdA 2007, 300 (301).

<sup>33</sup> BAG NJOZ 2003, 1319 (1321).

<sup>34</sup> Str. *Junker* (Fn. 3), Rn. 272 f. unter Berufung auf BAG NZA 1999, 925 (926).

<sup>35</sup> *Henssler* (Fn. 20), § 615 Rn. 73 m.w.N.

<sup>36</sup> *Preis* (Fn. 4), BGB § 651 Rn. 95 ff.

<sup>37</sup> *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 293 Rn. 23 f.

<sup>38</sup> *Schwarze*, RdA 2007, 300 (302).

<sup>39</sup> Vgl. *Nägele*, NZA 2008, 1039 (1041).

<sup>40</sup> *Schwarze*, RdA 2007, 300 (302).

<sup>41</sup> Vgl. BAG NZA 2006, 1122 (1124): „Freistellung von Arbeitnehmern regelmäßig noch umkehrbar“.

<sup>42</sup> BAG NZA 2002, 268 (269).

Sofern also vereinbart, ist die Erfüllung des Überstunden- ausgleichsanspruchs in den Grenzen des § 315 Abs. 3 BGB nach billigem Ermessen möglich.<sup>43</sup>

Bei einer Freistellung unter Überstundenanrechnung handelt es sich um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit, die vom Direktionsrecht des § 106 S. 1 GewO umfasst ist. Einer solchen Anweisung des Arbeitgebers ist schon im nicht-freigestellten Arbeitsverhältnis eine Widerruflichkeit immanent,<sup>44</sup> sodass es im Rahmen der Freistellung hierauf nicht ankommt.

## 2. Anrechnung des Urlaubs

Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nach § 7 Abs. 1 BUrlG ist ein durch das BUrlG bzw. durch den Arbeitsvertrag bedingter Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf eine bezahlte Freistellung von seiner Hauptleistungspflicht für einen bestimmten künftigen Zeitraum.<sup>45</sup> Dieser Anspruch kann vom Arbeitgeber grundsätzlich auch dadurch erfüllt werden, dass er den Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch von der Arbeit freistellt.<sup>46</sup> Die Anrechnungsmöglichkeit im Rahmen der Freistellung ist aber bedingt durch das kumulative Vorliegen von zwei Voraussetzungen:

Zum einen muss der Freistellungszweck zur Gewährung des Urlaubsanspruchs aus der gemäß § 133 BGB objektivierten Sicht des Arbeitnehmers für diesen erkennbar sein.<sup>47</sup> Anderenfalls, so das BAG, wisse der Arbeitnehmer nicht, „ob der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubsanspruchs die geschuldete Leistung bewirken will (§ 362 Abs. 1 BGB), als Gläubiger der Arbeitsleistung auf deren Annahme verzichtet (§ 615 S. 1 BGB) oder er dem Arbeitnehmer nach § 397 I BGB anbietet, die Arbeitspflicht vertraglich zu erlassen“.<sup>48</sup> Mangelnde Deutlichkeit der Erklärung – insbesondere auch hinsichtlich Umfang und Jahr des konkret anzurechnenden Urlaubsanspruchs – geht hierbei zu Lasten des erklärenden Arbeitgebers.<sup>49</sup>

Zum anderen kann ausschließlich die unwiderrufliche Freistellung des Arbeitnehmers seine Urlaubsansprüche erfüllen, da es ihm nur in diesem Falle möglich ist „anstelle der geschuldeten Arbeitsleistung die ihm auf Grund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit uneingeschränkt zu nutzen“, weil er nicht damit rechnen muss, zur Arbeit gerufen zu werden.<sup>50</sup>

Daraus folgt, dass, von den oben dargestellten Möglichkeiten, nur die unwiderruflichen Freistellungen durch Erlassvertrag und durch Freistellungsvereinbarung auf Suspendierung der Hauptleistungspflicht wirksam den Urlaubsanspruch durch Freistellung erfüllen können.

## 3. Freistellungsvereinbarung auf Modifikation der Annahmeverzugs Voraussetzungen

An dieser Stelle ist daher festzuhalten, dass im Rahmen der Freistellung, insbesondere bei gleichzeitig erklärter Anrechnung des Urlaubes, fundamentale Interessen des Arbeitgebers an der Unwiderruflichkeit einerseits und an der Möglichkeit der Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB andererseits bestehen. Unter Einbeziehung dieser Interessenlage hat die rechtliche Einordnung einer solchen Freistellungserklärung sodann erneut zu erfolgen.

Da der Arbeitgeber die gewünschte Anrechnung des Urlaubs nur bei Unwiderruflichkeit erreichen kann, spricht bei Erklärung der Freistellung unter gleichzeitiger Anrechnung von Urlaubsansprüchen eine Auslegungsregel für die Abgabe eines Angebotes auf Abschluss einer bindenden unwiderruflichen Freistellungsvereinbarung.<sup>51</sup> Dies ist schon die denklöbliche Konsequenz aus der andernfalls rechtlich nicht möglichen Urlaubsanrechnung.

Der Problematik der gleichzeitigen Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 615 S. 2 BGB kann insoweit begegnet werden, als nicht von einer Suspendierung der Hauptleistungspflicht, sondern von einer Vereinbarung über die Modifikation der Annahmeverzugs Voraussetzungen ausgegangen wird:

Unwiderruflichkeit und Annahmeverzug können folglich gleichzeitig erreicht werden, wenn eine beidseitig bindende Freistellungsvereinbarung gerichtet auf Abänderung der Voraussetzungen des § 295 S. 1 BGB dahingehend, dass ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung kraft Vereinbarung nicht mehr notwendig ist,<sup>52</sup> abgeschlossen wird. Da dies dem Interesse des Arbeitgebers vollumfänglich entspricht, kann seiner Freistellungserklärung auch die rechtliche Qualität einer Willenserklärung, gerichtet auf Abschluss eines derartigen Änderungsvertrages, zugesprochen werden.<sup>53</sup>

Nachdem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch die Freistellung in der Regel nicht besser stellen will als dieser im Falle des Annahmeverzuges stehen würde, ist diese Auslegung zugleich auch die vorzugswürdigste.

Im Zweifel ist damit die Erklärung der Freistellung mit Anrechnung des Urlaubsanspruchs durch den Arbeitgeber als Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Änderung der Annahmeverzugs Voraussetzungen zu verstehen.<sup>54</sup> Dies ist die sachgerechteste Lösung, da auf Seiten des Arbeitnehmers die Annahmeverzugsvergütung erhalten bleibt und zugleich auf Seiten des Arbeitgebers sowohl die Anrechnung von Urlaub als auch die nach § 615 S. 2 BGB möglich sind.<sup>55</sup>

Auch das BAG hat seine früher vertretene Ansicht, einer Freistellungserklärung den Erklärungsinhalt eines Angebotes

<sup>43</sup> BAG NZA 1995, 1000 (1002).

<sup>44</sup> BAG NZA 2009, 1211 (1213).

<sup>45</sup> BAG NJOZ 2006, 3100 (3101).

<sup>46</sup> BAG NZA 1987, 633.

<sup>47</sup> BAG NZA 2009, 1211 (1212).

<sup>48</sup> BAG NJW 1994, 2373.

<sup>49</sup> BAG NZA 2011, 1032 (1034).

<sup>50</sup> BAG NJOZ 2006, 3100 (3102).

<sup>51</sup> BAG NJOZ 2006, 3100 (3102); *Schmidt*, Sozialrecht in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2011, Rn. 124; *Bauer*, NZA 2007, 409.

<sup>52</sup> *Schwarze*, RdA 2007, 300 (302).

<sup>53</sup> *Meyer*, NZA 2011, 1249 (1251).

<sup>54</sup> BAG NJW 2007, 2796 (2797) m. Anm. *Fesenmeyer*.

<sup>55</sup> So auch *Bauer*, NZA 2007, 409 (410).

auf Abschluss eines Erlassvertrages beizumessen,<sup>56</sup> mittlerweile dahingehend aufgegeben, dass dies nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen sei.<sup>57</sup> Mit oben Gesagtem wird man insoweit wohl von der neuen Linie des BAG insgesamt ausgehen können.<sup>58</sup>

Zusammengefasst ist die hier favorisierte Auslegung, unter Einbeziehung des oben Dargestellten auch deshalb Zustimmungswürdig,<sup>59</sup> weil sie die Interessen des Arbeitgebers in sachgerechter Auslegung als verbindlichen Antrag versteht und eine praxisgerechte Annahme durch den Arbeitnehmer über § 151 S. 1 BGB unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ermöglicht.

#### IV. Krankheit des Arbeitnehmers im Freistellungszeitraum

Ein Sonderproblem stellen Erkrankungen des Arbeitnehmers im Freistellungszeitraum und deren Auswirkung auf die Urlaubsabgeltung dar. Insbesondere, wenn bei erklärter Freistellung nebst Urlaubsanrechnung der Freistellungszeitraum den Urlaubszeitraum übersteigt und dies dem Arbeitnehmer grundsätzlich gestattet, seinen tatsächlichen Urlaubszeitraum innerhalb der Freistellungszeit selbst zu bestimmen.<sup>60</sup>

Generell sind urlaubsstörende Ereignisse dem Risikobereich des Arbeitnehmers zuzuordnen, sodass der Arbeitgeber als Schuldner der Freistellungsansprüche mit der Festlegung des Urlaubszeitraums nach § 7 Abs. 1 BUrlG das zur Erfüllung seiner Leistung Erforderliche getan hat. Nach allgemeinen Regeln geht sodann bei nachträglicher Unmöglichkeit der Freistellung der durch die Leistungshandlung konkretisierte Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers gemäß §§ 243 Abs. 2, 275 Abs. 1, 300 Abs. 2 BGB ersatzlos unter.<sup>61</sup>

Allerdings greift im Krankheitsfall der § 9 BUrlG als von § 275 Abs. 1 BGB abweichende Sondervorschrift urlaubserhaltend ein, da hiernach die Arbeitspflicht, von welcher der Arbeitnehmer bereits durch seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit befreit wurde, nicht noch einmal suspendiert werden kann.<sup>62</sup> Somit ändert auch eine Freistellung bzw. eine Freistellung zur Urlaubsabgeltung nichts an der Urlaubserhaltung aus § 9 BUrlG.

Bei Krankheit während des überstundenabgeltenden Freizeitausgleichs gelten die gleichen Überlegungen, sodass in diesem Fall mangels von § 275 Abs. 1 BGB abweichender „freizeiterhaltender“ Norm der Ausgleichsanspruch untergeht.<sup>63</sup>

Ferner entsteht durch eine solche Freistellung generell kein, über den gesetzlich geregelten Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFG hinausgehender, weiterer oder zeitlich längerer Rechtsgrund auf Entgeltfortzahlung. Dies folgt regelmäßig bereits daraus, dass die Annahme einer solchen, weitergehenden Zahlungspflicht des Arbeitgebers den Interessen der Vertragsparteien widerspricht, weil durch eine von Rechtsvorschriften unabhängige Vergütungspflicht des Arbeitgebers allein die Sozialversicherungsträger, insbesondere die Krankenversicherung in Bezug auf die Krankengeldzahlung nach §§ 44 ff. SGB V, entlastet würden.<sup>64</sup>

#### V. Fazit

Eine „Freistellung“ als umfassender Begriff für die Nichtbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber bedarf hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Wirkungen immer der Auslegung. Dies gilt insbesondere für den praktisch wohl wichtigsten Fall der Freistellungserklärung im Rahmen der Kündigung mit gleichzeitiger Erklärung der Anrechnung von Urlaubs- und Überstundenausgleichsansprüchen.

Nach der sach- und interessengerechtesten Ansicht ist in diesen Fällen die Freistellungserklärung des Arbeitgebers als Angebot zur Modifikation der Annahmeverzugsvoraussetzungen zu verstehen. Damit hat eine Annahme durch den Arbeitnehmer zur Folge, dass der Urlaubsanspruch, aufgrund der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit des dahingehenden Änderungsvertrages, mit der Freistellung erfüllt werden kann und zugleich die Anrechnungsmöglichkeiten für anderweitig erzielten Lohn erhalten bleiben, ohne dass der Arbeitnehmer seinen Annahmeverzugslohnanspruch verliert.

<sup>56</sup> Vgl. BAG NJOZ 2003, 1319 (1322), allerdings in der „besonderen“ Konstellation einer Betriebsstillegung.

<sup>57</sup> BAG NJW 2007, 2796 (2797) m. Anm. *Fesenmeyer*.

<sup>58</sup> *Schwarze*, RdA 2007, 300 (302).

<sup>59</sup> So auch *Bauer*, NZA 2007, 409 (410) und *Henssler* (Fn. 20), § 615 Rn. 73; eher ablehnend *Meyer*, NZA 2011, 1249 (1250).

<sup>60</sup> BAG NJOZ 2006, 3100 (3103).

<sup>61</sup> BAG NZA 1995, 174 (175 f.).

<sup>62</sup> *Gallner*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, BUrlG § 9 Rn. 1.

<sup>63</sup> Abweichend *Städler*, NZA 2012, 304, der § 9 BUrlG in dieser Situation analog anwendet.

<sup>64</sup> BAG NZA 2005, 104 (105).