



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für April 2021 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil besprechen wir eine Entscheidung, die sich mit der Anrechnung von Sachbezügen auf den gesetzlichen Mindestlohn befasst hat.

Im zweiten Teil geht es um das „Mindesthaltbarkeitsdatum“ des BEM-Verfahrens.

Die Tipps im April befassen sich mit der Freistellung im Aufhebungsvertrag oder Vergleich.

Inhalt

- 1. Erfüllung des Mindestlohn durch Sachbezug (z.B. Kfz)**
(BayObLG vom 26.11.2020 – 201 ObOWi 1381/20)
- 2. Das „Mindesthaltbarkeitsdatum“ des BEM-Verfahrens**
(LAG Düsseldorf vom 09.12.2020 – 12 Sa 554/20)
- 3. Tipps: Die Freistellung im Aufhebungsvertrag oder Vergleich**

Erfüllung des Mindestlohns durch Sachbezug (z.B. Kfz)
(BayObLG vom 26.11.2020 – 201 ObOWi 1381/20)

§ 1 Abs. 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) verpflichtet Arbeitgeber bei einer Beschäftigung in Deutschland grundsätzlich jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer (im Folgenden einfach „Arbeitnehmer“) den gesetzlichen Mindestlohn zu bezahlen. Falls nicht eine der wenigen Ausnahmen betroffen ist (z.B. Jugendliche ohne Berufsausbildung oder Langzeitarbeitslose in der Probezeit) hat damit jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf Mindestlohn in Höhe von derzeit € 9,50 je geleisteter Arbeitsstunde.

Wie sich der **gesetzliche Mindestlohn zusammensetzt** oder zusammensetzen darf, ist im Mindestlohngesetz nicht geregelt. Auch die Bundesregierung hatte im Gesetzgebungsverfahren keine klaren Vorgaben gemacht, welche Leistungen des Arbeitgebers auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch anzurechnen sind.

Mit seiner **Grundsatzentscheidung vom 25.05.2016** (Aktenzeichen: 5 AZR 136/16) hatte das Bundesarbeitsgericht zumindest eine erste Klarstellung vorgenommen, was auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden darf.

Noch nicht explizit entschieden ist dagegen bisher durch das BAG, ob auch **durch Sachleistungen** der gesetzliche Mindestlohn erfüllt werden kann. Zu dieser Frage hat sich nun aber zumindest das Bayerische Oberlandesgericht in einer Bußgeldangelegenheit geäußert.



Beispiel

Die Arbeitnehmerin A ist die Ehefrau des Arbeitgebers und bei diesem als geringfügig Beschäftigte (Minijob) angestellt. Im Zeitraum vom 01.01.2017 bis 31.12.2020 erhielt sie für die von ihr geleistete Arbeit von monatlich 30 Stunden keine Lohnzahlung. Ihr wurde aber ein Firmenwagen mit dem uneingeschränkten Recht zur Privatnutzung überlassen, für den der geldwerte Vorteil nach der steuerlichen Pauschalregelung (1%-Regelung zzgl. Fahrten Wohnung – erste Tätigkeitsstätte) monatlich € 412,00 betrug.

Als das Hauptzollamt gegen den Arbeitgeber einen Bußgeldbescheid in Höhe von € 10.000,00 wegen Verstoß gegen das Mindestlohngesetz nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG erlassen

hat, wendet sich der Arbeitgeber gerichtlich gegen das Bußgeld, weil er der Ansicht ist, durch die Überlassung des Firmenwagens bzw. die gewährte Privatnutzung wäre der Mindestlohn im relevanten Zeitraum erfüllt worden.

Grundsatzentscheidung des BAG vom 25.05.2016 – 5 AZR 135/16

In seiner **Grundsatzentscheidung vom 25.05.2016** und in dem bestätigenden Urteil vom 21.12.2016 (Az: 5 AZR 374/16) stellt das Bundesarbeitsgericht zunächst klar, dass vorrangiger Zweck des gesetzlichen Mindestlohnes sei, jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten.

Diesem Zweck vermag nach Ansicht des BAG jede, dem Arbeitnehmer verbleibende Vergütungszahlung des Arbeitgebers zu dienen, die im Synallagma (Gegenseitigkeitsverhältnis) zur Arbeitsleistung steht, unabhängig davon, zu welcher Tageszeit, unter welchen Umständen oder in welcher Qualität die Arbeit erbracht wurde.

Nur solchen im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehle die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber

- ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder
- die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung (z.B. für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG) beruhen.



Hinweis

Der Mindestlohn ist damit erfüllt, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Brutto-Vergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit jeweils gültigen Mindestlohn ergibt.

Unter diesen Gesichtspunkten hat das Bundesarbeitsgericht als Mindestlohn wirksam angesehen, z.B.

- Treueprämien und Schichtzulagen (BAG vom 22.03.2017 – 5 AZR 424/16),
- Sonn- und Feiertagszuschläge (BAG vom 24.05.2017 – 5 AZR 431/16) oder

- Anwesenheitsprämien (BAG vom 11.10.2017 – 5 AZR 621/1 &).

Sachbezüge als Teile des Mindestlohns

Nicht explizit musste das Bundesarbeitsgericht bisher entscheiden, ob eventuell auch Sachbezüge mindestlohnwirksam sind, also als Entgeltbestandteil den Mindestlohn (ganz oder teilweise) erfüllen können.

Aus der Begründung der Grundsatzentscheidung des BAG aus dem Jahr 2016 wurde dies teilweise verneint. Das BAG führt dort aus:

„Es sollten umfassend alle Arbeitnehmer von den Folgen einer unangemessen niedrigen Vergütung geschützt werden. Dieser in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Zweck zielt darauf ab, jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Mindesteinkommen zu gewährleisten (...) Diesem Ziel entsprechend fordern §§ 1 und 2 MiLoG mit dem Begriff der „Zahlung“ und der Nennung eines Eurobetrages in „brutto“ eine Entgeltleistung in Form von Geld.“

*„... sind alle in Synallagma stehenden **Geldleistungen** des Arbeitgebers geeignet, den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers zu erfüllen.“*

Bayerisches Oberlandesgericht vom 26.11.2020 – 201 ObOWi 1381/20

Diese Rechtsansicht bestätigt nun das Bayerische Oberlandesgericht in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren. Nach Ansicht des BayObLG kann die, aus §§ 1 und 2 MiLoG ergebende Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Arbeitslohns in Höhe des Mindestlohns durch die Gewährung von Sachleistungen, wie z.B. durch die Überlassung eines Kraftfahrzeugs, nicht erfüllt werden.

§§ 1 und 2 MiLoG würden eindeutig durch den Begriff „Zahlung“ und die Nennung eines Eurobetrages in „brutto“ eine Entgeltleistung in Form

von Geld verlangen. Zudem ergäbe sich aus der Begründung zur Einführung des Mindestlohngesetzes (BT-Drs. 18/1558, S. 27, 28), dass dieses der Gesetzgeber zum Schutz der Arbeitnehmer als erforderlich ansah, um die Zahlung unangemessen niedriger Löhne zu verhindern und einen „Lohnunterbietungswettbewerb“ der Arbeitgeber zu Lasten der Sozialsysteme zu vermeiden. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch der Gesetzeswortlaut würden erkennen lassen, dass der Gesetzgeber keinerlei Ausnahmen von der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns zulassen wollte.

Das BayObLG ergänzt in seiner Urteilsbegründung, dass die Zahlungspflicht deshalb auch dann besteht, wenn der Arbeitnehmer – oder wie im Beispielfall die Arbeitnehmerin als Ehefrau des Arbeitgebers – nicht aus Existenzsicherungsgründen auf die Zahlung des Mindestlohns angewiesen sei.



Hinweis

Das Bayerische Oberlandesgericht weist richtigerweise zusätzlich darauf hin, dass selbst wenn man grundsätzlich eine Sachleistung als Bestandteil des Mindestlohns anerkennen wollte, **§ 107 Abs. 2 Satz 5 GewO** verhindern würde, dass die Sachleistung die Zahlung des Mindestlohns (vollständig) ersetzt.

Nach § 107 Abs. 2 GewO kann zwar in Abweichung von § 107 Abs. 1 GewO ein Sachbezug als Teil des Arbeitsentgelts vereinbart werden. Jedoch muss dem Arbeitnehmer **sein unpfändbarer Teil des Arbeitsentgelts in Geld** verbleiben.

Da sich der gesetzliche Mindestlohn regelmäßig am Existenzminimum und damit an den Pfändungsfreigrenzen der Arbeitnehmer orientiert, könnten Sachbezüge maximal in Höhe des Differenzbetrages, um welchen die Mindestlohnschwelle die Pfändungsfreigrenze überschreitet, angerechnet werden.

Das „Mindesthaltbarkeitsdatum“ des BEM-Verfahrens (LAG Düsseldorf vom 09.12.2020 – 12 Sa 554/20)

Ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar (mehr als 10 Arbeitnehmer und Beschäftigung über 6 Monate) kann eine Kündigung u.a. dann sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG sein, wenn sie durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Eine solche **personenbedingte Kündigung** kann insbesondere dann möglich sein, wenn beim Arbeitnehmer eine dauerhafte Leistungsminde- rung eintritt oder aufgrund einer langanhaltenden Erkrankung oder häufiger Kurzerkrankungen eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vorliegt.

Unabhängig vom Vorliegen einer Schwerbehinderung hat der Arbeitgeber nach **§ 167 Abs. 2 SGB IX** bei Vorliegen der Voraussetzungen ein **betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)** durchzuführen. Sind Beschäftigte danach innerhalb eines Jahres länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung (z.B. Betriebsrat), bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Auch wenn die Durchführung eines BEM-Verfahrens keine zwingende Voraussetzung für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ist, spielt das BEM doch eine ganz erhebliche Rolle, wie eine aktuelle Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 09.12.2020 zeigt.

Krankheitsbedingte Kündigung

Die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) der krankheitsbedingten Kündigung nimmt das BAG regelmäßig **in 3 Prüfungsschritten** vor:

Es muss zunächst eine **negative Prognose** vorliegen. Bei häufigen Kurzerkrankungen müssen im Kündigungszeitpunkt objektive Tatsachen bestehen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Bei einer langanhaltenden Erkrankung ist die negative Prognose erfüllt, wenn innerhalb der nächsten 24 Monate nicht mit der Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit gerechnet werden kann.

Bei häufigen Kurzerkrankungen sind die prognostizierten Fehlzeiten nur dann geeignet, die krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer **erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen** führen. Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen.

Auf dieser dritten Stufe ist daher eine Kündigung, aus in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe unverhältnismäßig und damit rechtswirksam, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung „nicht geeignet oder nicht erforderlich ist“, d.h. wenn angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder zur Verringerung künftiger Fehlzeiten zur Verfügung stehen;

z.B. Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder

Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz.

Verhältnismäßigkeit und BEM-Verfahren

Der Arbeitgeber trägt **für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung die Darlegungs- und Beweislast**. Hierbei spielt das BEM-Verfahren eine wichtige Rolle.

Das BAG betont zwar immer wieder, dass die Durchführung des BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine (personenbedingte) Kündigung ist. Das BEM selbst ist kein milderes Mittel im Vergleich zur Kündigung. Mit seiner Hilfe können aber mildere Mittel als die Kündigung, z.B. eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz möglicherweise erkannt und entwickelt werden.

Leitet der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Verpflichtung kein BEM ein, muss er im Gerichtsverfahren alle denkbaren Alternativen ausschließen, die den Arbeitsplatz erhalten könnten.

Wurde dagegen das BEM-Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt und hat es zu einem negativen Ergebnis, also zur Erkenntnis geführt, es gebe keine betriebliche Möglichkeit, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden oder künftig zu vermeiden, kann sich der Ar-

beitnehmer grundsätzlich nicht mehr auf mildere Mittel berufen (z.B. die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz), die nicht bereits im BEM-Verfahren behandelt wurden. Hat das BEM zu einem positiven Ergebnis geführt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die empfohlene Maßnahme zu versuchen. In diesem Falle ist als milderes Mittel im Rahmen der Kündigungsschutzklage zu prüfen, ob diese erfolgreich war und weshalb die Kündigung nicht hierdurch vermieden werden konnte.

„Mindesthaltbarkeitsdatum“ des BEM-Verfahrens

Vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung stellt sich die Frage, wie oft oder wann zuletzt der Arbeitgeber das BEM-Verfahren durchgeführt haben sollte, um nicht den negativen Auswirkungen der Darlegungs- und Beweislast, wie zuvor beschrieben, ausgesetzt zu sein.

Der Arbeitgeber muss jedenfalls dann (erstmal) ein BEM-Verfahren durchführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Zeitraum eines Jahres (gemeint sind 12 Monate) länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war.

Nach Ansicht des LAG Düsseldorf hat der Arbeitgeber nach Beendigung eines BEM-Verfahrens **nicht erst nach Ablauf eines Jahres** ein weiteres BEM-Verfahren durchzuführen. Die Auslegung des § 167 Abs. 2 SGB IX ergäbe vielmehr, dass der Arbeitgeber nach einem durchgeführten BEM erneut ein BEM-Verfahren einleiten müsse,

wenn der Arbeitnehmer nach Abschluss des ersten BEM innerhalb eines Jahres erneut länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig wird. Eine Begrenzung der rechtlichen Verpflichtung auf eine nur einmalige Durchführung des BEM innerhalb des Jahreszeitraums des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen (LAG Düsseldorf vom 09.12.2020 – 12 Sa 554/20).

Auch das LAG Hamm ist der Ansicht, dass ein abgeschlossenes BEM nur solange fortwirkt, bis sich in einem Zeitraum von maximal 365 Tagen abermals Fehlzeiten von mehr als 6 Wochen angesammelt haben (LAG Hamm vom 22.03.2018 – 15 Sa 1787/17).



Hinweis

Soll eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen werden, ist die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM-Verfahren) nach § 167 Abs. 2 SGB IX dringend zu empfehlen.

Wurde das BEM-Verfahren abgeschlossen und treten erneut umfangreiche Arbeitsunfähigkeitszeiten auf, die den Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen, sollte vor Ausspruch der Kündigung erneut ein BEM-Verfahren eingeleitet und durchgeführt werden, falls die Arbeitsunfähigkeitszeiten vor der Kündigung seit der Beendigung des letzten BEM-Verfahrens den Umfang von (in Summe oder zusammenhängend) 6 Wochen überschritten haben.

Tipps: Die Freistellung im Aufhebungsvertrag oder Vergleich

Wird ein arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag geschlossen oder einigen sich die Parteien in einem gerichtlichen Vergleich auf die Rechtswirksamkeit einer Kündigung, wird der Arbeitnehmer oftmals bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung seiner Vergütung **freigestellt**, wobei regelmäßig in dieser Zeit der Urlaubsanspruch sowie etwaige Zeitguthaben erfüllt werden sollen.

Außerdem wird dem Arbeitnehmer oftmals, gerade bei längerer Kündigungsfrist, die Option eingeräumt, das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu beenden und im Gegenzug die ersparte Vergütung bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist als (zusätzliche) Abfindung zu erhalten (in der Praxis oft als *Sprinter-, Turbo- oder Casinoklausel* bezeichnet).

Alle diese Regelungen sind arbeitsrechtlich zulässig, bergen aber in der Praxis diverse Fallstricke, die anlässlich einer jetzt veröffentlichten Entscheidung des LAG Hamm vom 13.05.2020 in den Tipps aus dem Arbeitsrecht im April kurz vorgestellt werden sollen.

Freistellung und Anrechnung des Erholungsurlaubs

Die Urlaubsgewährung ist nach § 7 Abs. 1 BUrlG die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für einen bestimmten zukünftigen Zeitraum unter Fortzahlung seiner Vergütung. Sie erfolgt üblicherweise durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers, die mit Zugang beim Arbeitnehmer wirksam wird.

Die Urlaubserteilung durch den Arbeitgeber muss hinreichend klar sein. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, dass der Arbeitgeber in Erfüllung seiner Pflicht zur Urlaubsgewährung handelt. Eine Urlaubserteilung liegt deshalb nicht vor, wenn der Arbeitgeber lediglich erklärt, er erwarte für einen bestimmten Zeitraum, z.B. bis zum Ende der Kündigungsfrist, keine Arbeitsleistung mehr oder entbindet den Arbeitnehmer von seinen Pflichten.



Hinweis

Soll der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist unter Verbrauch seiner Urlaubsansprüche freigestellt werden, sollte dies durch die Parteien

eindeutig mit dem Hinweis „**unter Abrechnung auf verbliebene ggf. noch entstehende Urlaubsansprüche**“ klargestellt werden.

Unwiderrufliche Freistellung erforderlich

Das BAG geht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass der Urlaubsanspruch nur durch eine „**unwiderrufliche**“ Freistellung von der Arbeitsleitung (unter Fortzahlung der Vergütung) erfüllt werden kann.

Im Falle einer (nur) widerruflichen Freistellung (von der regelmäßig auch dann auszugehen ist, wenn die Freistellung nicht ausdrücklich „unwiderruflich“ erfolgt) muss der Arbeitnehmer jederzeit damit rechnen, wieder, ggf. auch kurzfristig, zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. In diesem Fall kann die Freistellung nicht dem Erholungszweck dienen wodurch auch die Urlaubsansprüche nicht verbraucht werden können.

Zeitweise war fraglich, ob der Arbeitgeber während der Freistellung die konkrete Lage des Erholungsurlaubs vorgeben muss. Mit seinem Urteil vom 16.07.2013 (9 AZR 50/12) bestätigt allerdings das BAG, dass während einer unwiderruflichen Freistellung **auch ohne konkrete zeitliche Festlegung** der Erholungsurlaub verbraucht werden könne. Die konkrete Festlegung der zeitlichen Lage des Urlaubs sei nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die ordnungsgemäße Urlaubsgewährung. Diese kann innerhalb des Freistellungszeitraums vielmehr dem Arbeitnehmer überlassen werden.

Freizeitausgleich durch Freistellung

Auch ein **Freizeitausgleich**, d.h. der **Abbau von noch vorhandenen Überstunden**, kann während der Kündigungsfrist oder bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Abschluss des Aufhebungsvertrages vereinbart werden. Anders als die Urlaubsgewährung kann der Freizeitausgleich auch bei einer (**nur**) **widerruflichen Freistellung** erfüllt werden.

Allerdings muss der Arbeitnehmer aufgrund der Erklärung bzw. der Vereinbarung mit dem Arbeitgeber erkennen können, dass er (zumindest auch) zur Erfüllung des Anspruchs auf Freizeitgleich von der Arbeitspflicht freigestellt wird. Vereinbaren die Parteien dagegen eine Freistel-

lung, z.B. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist „*unter Anrechnung auf verbliebene Urlaubsansprüche*“, würden nach Ansicht des BAG hierdurch lediglich die Urlaubsansprüche (bei entsprechender unwiderruflicher Freistellung) verbraucht, nicht hingegen Ausgleichsansprüche aus etwaigen Zeitguthaben (BAG vom 20.11.2019 – 5 AZR 578/18).



Hinweis

Daher sollte eine Freistellung während der Kündigungsfrist – falls gewünscht – immer explizit „*unter Anrechnung des Urlaubsanspruchs und etwaiger Freizeitguthaben*“ erfolgen.

Anrechnung anderweitigen Verdienstes

Der Arbeitgeber kann mit der **Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug geraten**, wenn er die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht (zur vereinbarten Zeit) annehmen kann oder annehmen will. In diesem Fall behält der Arbeitnehmer nach § 615 Satz 1 BGB den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (**Annahmeverzug**).

Der Arbeitnehmer muss sich allerdings den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart (z.B. Wegekosten) oder durch anderweitige Verwertung seiner Dienste erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt.

Nimmt der Arbeitnehmer aufgrund seiner Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bereits eine andere Beschäftigung auf, stellt sich immer wieder die Frage, ob sich der Arbeitnehmer diesen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen muss, d.h. der Arbeitgeber nur noch einen etwaigen Unterschiedsbetrag zu neuen Vergütung des Arbeitnehmers bezahlen muss.

Eine solche Anrechnung kann und sollte explizit im Aufhebungsvertrag oder gerichtlichen Vergleich vereinbart werden. Fehlt eine solche Vereinbarung, ist die Anrechenbarkeit umstritten.

In der Regel kein Annahmeverzug bei vertragsgemäßer Freistellung

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt u.a. voraus, dass der Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungswillig ist und er die **Erbringung von Arbeitsleistung überhaupt (noch) schuldet**. Ist dies nicht der Fall, kann der Arbeitgeber mit der

Annahme der Arbeitsleistung auch nicht in Verzug geraten.

Wird eine Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung (und ggf. Anrechnung von Urlaubsansprüchen oder Freizeitguthaben) vertraglich (im Aufhebungsvertrag oder Vergleich) vereinbart, ist der Arbeitnehmer nach Ansicht der Rechtsprechung regelmäßig **nicht mehr zur Arbeitsleistung verpflichtet**, sodass sich der Arbeitgeber nicht im Annahmeverzug befinden kann. Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers folgt dann nicht aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 BGB, sondern unmittelbar aus der getroffenen vertraglichen Regelung.

In dieser Konstellation kommt aber dann nach Ansicht der Rechtsprechung auch die Anrechnung von anderweitigem (Zwischen-) Verdienst gemäß § 615 Satz 2 BGB nicht Betracht.

Anrechnung aufgrund Sprinterklausel

In Zusammenhang mit der Freistellung des Arbeitnehmers unter Fortzahlung seiner Vergütung wird oftmals vereinbart, dass der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis (in der Regel zur Aufnahme eines neuen Jobs) vorzeitig beenden kann und in diesem Falle die durch den Arbeitgeber ersparte Vergütung (ganz oder teilweise) als (zusätzliche) Abfindung erhält.

Haben die Parteien des Aufhebungsvertrages oder des Vergleichs keine Anrechnung anderweitigen Erwerbs analog § 615 Satz 2 BGB ausdrücklich geregelt, dafür aber eine solche **Sprinterklausel** vereinbart, stellt sich die Frage, ob aus dieser im Wege der Vertragsauslegung die Anrechnung anderweitigen Erwerbs folgen soll.

Das LAG Hamm verneint dies in seinem Urteil vom 13.05.2020 (6 Sa 1940/19). Die Klausel würde dem Mitarbeiter zwar die Möglichkeit eröffnen, sich vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis zu lösen. Bei Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit sei er jedoch nicht verpflichtet, von der Sprinterklausel Gebrauch zu machen. Der Arbeitnehmer solle vielmehr entscheiden können, ob er eine anderweitige Tätigkeit aufnimmt oder im Rahmen der Sprinterregelung vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

In Hinblick auf den Sinngehalt einer Sprinterklausel mit dem erkennbaren Zweck, den Mitarbeiter zur baldmöglichsten Aufnahme einer neuen Tätigkeit zu motivieren, ist die Entscheidung des LAG Hamm überraschend. Das LAG Hamm hat die Revision zum BAG zugelassen. Es bleibt abzuwarten, ob und wenn ja wie das BAG darüber

entscheidet. Wir informieren Sie natürlich an dieser Stelle.

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH
Nordostpark 16
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99
www.arbeitsrecht-beck.de
info@arbeitsrecht-beck.de