

## Arbeitsrecht auf den Punkt gebracht (Nr. 13 / 2009)

### **Sozialversicherungsschutz während bezahlter Freistellung – endlich die ersehnte Korrektur!**

Nun endlich sind die Sozialversicherungsträger von ihrer seit Juli 2005 vertretenen Auffassung abgerückt, bei vereinbarter unwiderruflicher Freistellung eines Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht bestünde trotz Vergütungsfortzahlung kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mehr. Gemäß dem neuen Besprechungsergebnis der Spitzenverbände folgen sie damit den Urteilen des Bundessozialgerichts aus September 2008. Damit besteht wieder Rechtssicherheit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Freistellungsvereinbarungen und keine Notwendigkeit mehr, sich mit unter einen Widerrufsvorbehalt gestellten Freistellungsregelungen zu „verkünsteln“.

#### **Zuletzt gültige Auffassung der Sozialversicherungsträger**

Bis Mitte 2005 war es durchaus gängige Praxis, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Regelungen trafen, sich auch darauf verständigten, dass der Arbeitnehmer für die Restlaufzeit endgültig von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung seiner Vergütung freigestellt wird.

Diese Praxis fand ein jähes Ende, als die Sozialversicherungsträger vor knapp vier Jahren plötzlich die Ansicht vertraten, dass der sozialversicherungsrechtliche Schutz bereits am ersten Tag einer solchen einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung ende (Folge: Der Arbeitnehmer muss sich – soweit möglich – selbst versichern).

Die Sozialversicherungsträger begründeten dies damit, dass es im Sozialversicherungsrecht anders als im Arbeitsrecht nicht auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ankomme, sondern auf die Beschäftigung, die aus dem Weisungs- und Verfügungsrecht des Arbeitgebers und der tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung oder zumindest der Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers bestehe.

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung hatten die Grundsätze, die das BSG zum leistungsrechtlichen Begriff der Beschäftigungslosigkeit (Wann besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. wann beginnt eine Sperrzeit zu laufen?) entwickelt hatte, einfach auf den beitragsrechtlichen Begriff (Wann liegt ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor?) übertragen. Dies taten sie, obwohl das BSG regelmäßig zwischen Leistungsrecht und Beitragsrecht unterschieden hatte. Für diejenigen, die sich für die genaueren rechtlichen Details in diesem Zusammenhang interessieren, haben wir diese im letzten Teil des Newsletters („Hintergründe der von den Sozialversicherungsträgern seit Juli 2005 vertretenen Ansicht“) zusammengestellt.

Verzichtet nun der Arbeitgeber im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer für die Restlaufzeit endgültig auf die Ausübung seines Weisungsrechts, so solle der Arbeitnehmer im Sinne des Sozialversicherungsrechts beschäftigungslos sein und damit nicht mehr dem Sozialversicherungsschutz unterfallen (vgl. hierzu ausführlich unseren Newsletter Nr. 5/2005: Arbeitsrecht auf den Punkt gebracht – Sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis und Freistellung).

Die Tatsache, dass während der Freistellung die Vergütung fortgezahlt und die Sozialversicherungsbeiträge weiterentrichtet werden, störte die Sozialversicherungsträger nicht. Nach ihrer Meinung seien etwa gezahlte Versicherungsbeiträge ohne entsprechende Verpflichtung entrichtet worden und könnten deshalb zurückgefordert werden.

**Situation bis Juli 2005: Freistellung unproblematisch**

**Situation seit Juli 2005: Vereinbarte unwiderrufliche Freistellung beendet Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung**

**(Unzulässige) Gleichstellung von Beschäftigungsverhältnis im Leistungsrecht und Beitragsrecht**

**Weiterzahlung von Vergütung und Beiträgen soll unbeachtlich sein**

## Neue BSG-Urteile aus 2008, die zur Kehrtwende geführt haben

Der von den Sozialversicherungsträgern vorgenommenen Übertragung des Begriffs des „Beschäftigungsverhältnisses“ im leistungsrechtlichen Sinne auf das Beitragsrecht der Sozialversicherung hat das BSG in 2008 eine Absage erteilt. Selbst wenn Beschäftigungslosigkeit im leistungsrechtlichen Sinne gegeben ist, schließt dies das Vorliegen einer Beschäftigung im beitragsrechtlichen Sinne nicht aus.

**Sozialversicherung auch bei leistungsrechtlicher Beschäftigungslosigkeit**

In seinem Urteil vom 24.09.2008 (B 12 KR 27/07 R) hat das BSG klargestellt, dass der Begriff der Beschäftigung im beitragsrechtlichen Sinne voraussetzt, dass ein Rechtsverhältnis vorliegt, das die Erbringung von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zum Inhalt hat (z. B. Arbeitsverhältnis), und dieses auch vollzogen wird. Ein solcher Vollzug liegt nicht nur dann vor, wenn die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht wird. Es ist ausreichend, wenn der Arbeitnehmer bei Fortbestand des rechtlichen Bandes (Arbeitsvertrages) aufgrund gesetzlicher Anordnung oder durch eine besondere vertragliche Abrede (z. B. Freistellungsregelung in einem Aufhebungsvertrag) von seiner – damit jeweils als grundsätzlich weiter bestehend vorausgesetzten – Leistungspflicht befreit wird. Soweit die Versicherungspflicht außerdem Entgeltlichkeit erfordert, kann dieser Voraussetzung auch dadurch genügt werden, dass sich ein Vergütungsanspruch aus einer entsprechenden vertraglichen Regelung oder aufgrund spezialgesetzlicher Anordnung (z. B. § 615 BGB – Arbeitgeber befindet sich mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug und muss deshalb die Vergütung trotzdem entrichten) ergibt.

**Versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, wenn Arbeitsverhältnis besteht und vollzogen wird**

Im Falle einer bezahlten Freistellung besteht der Arbeitsvertrag fort und soll nach dem Willen der Parteien mit den jeweiligen Pflichten – jedenfalls zeitlich begrenzt – grundsätzlich fortbestehen. Daher kann das BSG keine durchgreifenden Gründe für die Meinung erkennen, dass bei einem einvernehmlichen und unwiderruflichen Verzicht auf die Arbeitsleistung eine Beschäftigung bereits mit dem Ende der tatsächlichen Arbeitsleistung entfallen könne (vgl. auch das weitere Urteil des BSG vom 24.09.2008 – B 12 KR 22/07 R). Für die einseitig erfolgte Freistellung hatte das BSG dies bereits 1973 festgestellt, in 2008 nun auch für den Fall der vereinbarten Freistellung.

**Bei einseitiger oder vereinbarter Freistellung Fortbestand der Sozialversicherung**

## Fazit

Gemäß der Besprechung vom 30./31.03.2009 halten die Sozialversicherungsträger nicht mehr weiter an ihrem Besprechungsergebnis vom 05./06.07.2005 fest. Sie erkennen jetzt (wieder) an, dass das durch ein tatsächlich vollzogenes Arbeitsverhältnis begründete versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bei einer vereinbarten Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung erst zum Ende des Arbeitsverhältnisses endet und nicht schon mit der Einstellung der tatsächlichen Arbeitsleistung, vorausgesetzt, Arbeitsentgelt wird bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses gezahlt.

**Aufgabe der seit Juli 2005 vertretenen Auffassung**

Spätestens ab dem 01.07.2009 ist dementsprechend zu verfahren. Neue Sachverhalte können von Arbeitgeber und Arbeitnehmer folglich schon jetzt wieder wie vor Juli 2005 gehandhabt und geregelt werden.

**Neue Sachverhalte – kein Problem mehr**

Damit besteht jetzt Rechtssicherheit nicht nur für Freistellungsregelungen, die im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, z. B. in einem Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag, getroffen werden, sondern auch für Fälle, in denen ein Arbeitnehmer bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses beispielsweise Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit erhält oder der Arbeitnehmer während der Restlaufzeit seinen noch nicht genommenen Urlaub nimmt und hierfür Urlaubsentgelt erhält.

**Rechtssicherheit nicht nur für Regelungen in Aufhebungsverträgen**

## Weitere Anmerkungen und Tipps rund um die Freistellung

- Trotz dieser positiven Nachricht zum Fortbestand der Sozialversicherung während der bezahlten Freistellung ist jedoch die Frage offen, ob die infolge einer vereinbarten unwiderruflichen Freistellung eintretende vorzeitige Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses dem Arbeitslosen zuzurechnen ist und ihrerseits eine Sperrzeit auslösen kann. Hat der Arbeitslose sein Beschäftigungsverhältnis ohne wichtigen Grund gelöst und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt, so ist der Tatbestand einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe gegeben. Es dürfte aber Stand heute wohl anzunehmen sein, dass die Agentur für Arbeit dann, wenn sie (insbesondere gemäß ihren Durchführungsanweisungen) das Vorliegen eines wichtigen Grundes für den Abschluss eines Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrags annimmt, gleichzeitig auch vom Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung ausgeht bzw. letzteres nicht noch separat prüft.
- Im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Freistellungen ist außerdem insbesondere auf folgende Aspekte zu achten:
  - Sollte aus welchen Gründen auch immer die Freistellung doch nur unter dem Vorbehalt des Widerrufs erfolgen, kann die Zeit der lediglich unwiderruflichen Freistellung nicht wirksam auf noch bestehende Urlaubsansprüche angerechnet werden. Der Resturlaub muss in diesem Fall explizit (unwiderruflich) erteilt und fixiert werden.
  - Will sich der Arbeitgeber vorbehalten, anderweitigen Verdienst, den der Arbeitnehmer während der Freistellung möglicherweise erzielt, auf die Vergütung anzurechnen, müssen erstens der Zeitraum eines Resturlaubs einerseits und der restliche Freistellungszeitraum andererseits durch konkrete Festlegung voneinander getrennt und zweitens die Anrechnung anderweitigen Erwerbs für diesen (restlichen) Freistellungszeitraum explizit vorbehalten werden.
  - Um zu verhindern, dass die Kombination von unwiderruflicher Freistellung und vorbehaltener Anrechnung anderweitigen Erwerbs als (vorzeitige) Beendigung des während des Arbeitsverhältnisses geltenden gesetzlichen Wettbewerbsverbots gewertet wird, ist explizit klarzustellen, dass das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiter Anwendung findet.
  - Um einen Arbeitnehmer, der grundsätzlich einen Anspruch auf tatsächliche Arbeit hat, als Arbeitgeber auch einseitig freistellen zu können, sollte ein Freistellungsrecht bereits im Arbeitsvertrag verankert werden. Bei der Ausgestaltung ist auf die Fixierung bestimmter Anwendungsfälle zu achten, denn in Formulararbeitsverträgen verwendete generelle und einschränkungslose Freistellungsklauseln stellen eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar und sind unwirksam.

**Offene Frage –  
Führt die Vereinbarung der Freistellung (= Beschäftigungslosigkeit) selbst zu einer Sperrzeit?**

**Wenn widerrufliche Freistellung, dann Urlaub festlegen**

**Ausdrücklicher Vorbehalt der Anrechnung anderweitigen Verdienstes**

**Explizite Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots**

**Freistellungsvorbehalt bereits im Arbeitsvertrag vorsehen**

## Hintergründe der von den Sozialversicherungsträgern seit Juli 2005 vertretenen Ansicht (zur weiteren Lektüre bei Bedarf und Interesse)

Das BSG hatte in den Jahren 2002 und 2003 Entscheidungen im Zusammenhang mit der Sperrzeitregelung in der Arbeitslosenversicherung getroffen.

Eine Sperrzeit, die die Agentur für Arbeit als Sanktion für die Arbeitsaufgabe verhängt (dies kann z. B. bei Eigenkündigung oder Abschluss eines Aufhebungsvertrags der Fall sein), beginnt bereits mit der durch die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses herbeigeführten Beschäftigungslosigkeit und nicht erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BSG, Urteil vom 25.04.2002 - B 11 AL 65/01 R). Demzufolge läuft eine Sperrzeit im Falle einer vereinbarten unwiderruflichen Freistellung des Mitarbeiters bereits mit Freistellungsbeginn.

**Ausgangspunkt: Sperrzeit-Urteile**

**Sperrzeit beginnt grds. mit Freistellung**

Das BSG nennt den Fall der Freistellung mit Fortzahlung von Arbeitsentgelt als typisches Beispiel für die rechtliche Möglichkeit der Arbeitslosigkeit bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis (eine andere Frage ist natürlich, ob der Arbeitslosengeldanspruch sich de facto auf Null reduziert, weil der Arbeitnehmer noch Anspruch auf Vergütung hat).

**Arbeitslosigkeit trotz noch bestehenden Arbeitsverhältnisses**

Nach Auffassung des BSG ist die Beschäftigungslosigkeit unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts durch die tatsächliche Nichtbeschäftigung des Versicherten gekennzeichnet. Arbeitslos ist ein Arbeitnehmer demnach bereits dann, wenn er vorübergehend nicht in einem – arbeitslosenversicherungsrechtlichen – Beschäftigungsverhältnis steht; unerheblich für den Arbeitslosengeldanspruch ist, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder nicht (BSG, Urteil vom 18.12.2003 - B 11 AL 35/03 R). Das BSG hat hervorgehoben, dass der leistungsrechtliche Begriff des Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich vom Bestand des Arbeitsverhältnisses unabhängig ist.

Und damit ist man auch beim Kern der Problematik angelangt: Das BSG hat regelmäßig ausdrücklich zwischen einem „beitragsrechtlichen und leistungsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses in der Arbeitslosenversicherung“ unterschieden (vgl. BSG, Urteil vom 28.09.1993 – 11 RAr 69/92).

**Differenzierung zwischen dem Beschäftigungsverhältnis im beitragsrechtlichen und leistungsrechtlichen Sinne**

Aufgrund der o. g. BSG-Rechtsprechung aus den Jahren 2002/2003, die sich allerdings mit dem Leistungsrecht befasste (d. h. mit der Frage, ob ein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht bzw. wann eine Sperrzeit ausgelöst wird und zu laufen beginnt), haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung die Auffassung vertreten, dass bei unwiderruflicher Freistellung von der Arbeitsleistung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bereits mit dem letzten Arbeitstag ende, weil in diesen Fällen auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers unwiderruflich enden würden. Damit haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung die Grundsätze, die das BSG zum leistungsrechtlichen Begriff der Beschäftigungslosigkeit entwickelt hatte, einfach auf den beitragsrechtlichen Begriff (Wann liegt ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor?) übertragen.

Dies haben die Sozialversicherungsträger getan, obwohl das BSG in seinem Urteil vom 25.04.2002 (s. o.) angedeutet hatte, dass die beitragsrechtliche Behandlung solcher Zeiträume möglicherweise anders zu beurteilen ist. Andererseits muss man ihnen folgenden Umstand zugute halten: Das BSG hatte zuvor zwar die Auffassung vertreten, dass für das Bestehen eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses im beitragsrechtlichen Sinne nicht ausnahmslos an die tatsächliche Arbeitsleistung anzuknüpfen ist, denn dann sei ein angemessener Sozialrechtsschutz nicht durchgehend gewährleistet. Das BSG leitete daraus ab, dass vorübergehende Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses unberührt lassen, wenn (!) das Arbeitsverhältnis fortbesteht und Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen. An der letztgenannten Voraussetzung fehlt es aber gerade bei einer Freistellung von der Arbeitspflicht, die im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird.

**„Fehler“ der Sozialversicherungsträger: Übertragung der Grundsätze des Leistungsrechts auf das Beitragsrecht**

Vor diesem Hintergrund mag die von den Sozialversicherungsträgern seit Juli 2005 vertretene Auffassung vielleicht etwas verständlicher sein.

---

Herausgegeben von



**Kanzlei für  
Arbeitsrecht  
Schweier**

**Kanzlei für Arbeitsrecht Schweier**

Residenzstr. 23

80333 München

Telefon +49 (0) 89 / 23 24 94 50

Telefax +49 (0) 89 / 23 24 94 51

[office@arbeitsrecht-schweier.de](mailto:office@arbeitsrecht-schweier.de)

[www.arbeitsrecht-schweier.de](http://www.arbeitsrecht-schweier.de)