

Arbeitsrecht auf den Punkt gebracht (Nr. 5 / 2005)

Sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis und Freistellung

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger haben im Juli dieses Jahres eine bedeutende Entscheidung getroffen, die sich auf das Ende der Sozialversicherungspflicht bezieht: Bei einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung soll das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bereits mit dem letzten Arbeitstag vor Beginn der Freistellung enden.

Im Folgenden sollen der rechtliche Hintergrund dieser neuen Auffassung der Sozialversicherungsträger und Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der Problematik aufgezeigt werden.

Freistellung und Sozialversicherungspflicht

Bereits seit einigen Monaten ist eine Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung festzustellen. In der Praxis ist in Aufhebungsvereinbarungen oder auch in Prozessvergleichen die Freistellung des betreffenden Mitarbeiters bis zum rechtlichen Beendigungszeitpunkt oftmals ein Regelungsbestandteil.

Freistellungsvereinbarungen

Bisherige Verwaltungspraxis

In der Vergangenheit hatte eine solche Freistellungsvereinbarung keine Auswirkungen auf den Sozialversicherungsschutz des Mitarbeiters. Während der Freistellungsphase wurden die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung weiterhin entrichtet; der Arbeitnehmer hatte korrespondierend dazu den Versicherungsschutz.

Bisher: trotz Freistellung Sozialversicherungsschutz

Neue Auffassung der Sozialversicherungsträger

Die Sozialversicherungsträger vertreten nunmehr die Meinung, dass der sozialversicherungsrechtliche Schutz schon am ersten Tag der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung endet.

Einvernehmlich + unwiderruflich = Gefahr

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

Begründung: Beschäftigungslosigkeit während Freistellung

Verzichtet der Arbeitgeber im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer für die Restlaufzeit endgültig auf die Ausübung seines Weisungsrechts, so soll der Arbeitnehmer im Sinne des Sozialversicherungsrechts beschäftigungslos sein und damit nicht mehr dem Sozialversicherungsschutz unterfallen.

Die Fortzahlung der Vergütung und die Weiterentrichtung der Sozialversicherungsbeiträge ändere hieran nichts; dennoch gezahlte Versicherungsbeiträge würden ohne entsprechende Verpflichtung entrichtet und könnten zurückgefordert werden.

Von einem Fortbestand des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses wollen die Sozialversicherungsträger ausnahmsweise dann ausgehen, wenn durch Urteil des Arbeitsgerichts oder durch gerichtlichen Vergleich das Ende des Arbeitsverhältnisses auf einen Zeitpunkt nach dem letzten Arbeitstag festgelegt und dem Arbeitnehmer für die Zeit nach Beendigung der tatsächlichen Arbeitsleistung das Arbeitsentgelt gezahlt wird, so z. B. bei Umwandlung einer fristlosen in eine fristgerechte Kündigung.

Ausnahmen

Folgen des Wegfalls der Sozialversicherungspflicht

Sowohl die Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung als auch die in der gesetzlichen Rentenversicherung enden mit Beginn der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung. Der Arbeitnehmer hat deshalb nur die Möglichkeit, sich in diesen Versicherungszweigen freiwillig weiterzuversichern. Er trägt jedoch den vollen Beitragssatz allein.

Ende der Pflichtmitgliedschaft – freiwillige Weiterversicherung

Bei der Arbeitslosenversicherung besteht diese Möglichkeit hingegen nicht. Nachteilig wirkt sich auch der Umstand aus, dass das während der Freistellungsphase erzielte Arbeitsentgelt im Rahmen der Berechnung der Anwartschaftszeit, deren Erfüllung eine Voraussetzung für den Arbeitslosengeldanspruch ist, nicht berücksichtigt wird.

Unschädliche Gestaltungsvarianten

Auch wenn sich die Sozialversicherungsträger dazu noch nicht explizit geäußert haben, dürfte basierend auf der Begründung ihrer Entscheidung zur einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung davon auszugehen sein, dass eine vereinbarte widerrufliche Freistellung nicht zum Wegfall des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes führt.

Einvernehmliche widerrufliche Freistellung

Bei einer widerruflichen Freistellung verzichtet der Arbeitgeber noch nicht endgültig auf die Ausübung seines Weisungsrechts, sondern behält sich vielmehr vor, den Arbeitnehmer wieder zur Arbeit zu holen.

Ob dem Mitarbeiter aufgrund seiner Mitwirkung an der Vereinbarung einer widerruflichen Freistellung allerdings eine Sperrzeitverhängung droht, steht noch nicht fest und ist in der einschlägigen Literatur bislang umstritten. Zur Vermeidung dieses Risikos kommt alternativ die einseitig vom Arbeitgeber erklärte (widerrufliche oder auch unwiderrufliche) Freistellung in Betracht (siehe auch unten).

Einseitige widerrufliche Freistellung

Eine lediglich widerrufliche Freistellung hat in jedem Falle folgende Nachteile gegenüber einer unwiderruflichen:

- Bei einer unwiderruflichen Freistellung beginnt eine Sperrzeit, die die Agentur für Arbeit bei Arbeitsaufgabe verhängt (§ 144 SGB III), bereits ab Freistellung zu laufen und ist deshalb bei rechtlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d. h. bei Ablauf der Kündigungsfrist, u. U. bereits abgelaufen. In diesem Falle wird Arbeitslosengeld bereits am ersten Tag nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgezahlt (bei einer 12-wöchigen Sperrzeit reduziert sich die Bezugsdauer allerdings um mindestens $\frac{1}{4}$, § 128 Abs. 1 Nr. 4 SGB III).

Thema: Sperrzeit

- Bei einer – einvernehmlichen oder auch einseitig vom Arbeitgeber erklärten – widerruflichen Freistellung muss der Arbeitgeber darauf achten, dass er etwa verbliebenen Resturlaub noch rechtzeitig vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses außerhalb des Freistellungszeitraums erteilt. Die Zeit einer lediglich widerruflichen Freistellung kann nicht wirksam auf den Urlaubsanspruch angerechnet werden.

Thema:
Resturlaub

Als weitere Variante kommt die lediglich einseitig vom Arbeitgeber erklärte Freistellung in Betracht. Unabhängig davon, ob die Freistellung unwiderruflich oder widerruflich erfolgt, wirkt der Mitarbeiter in diesem Fall nicht an der Freistellung mit und riskiert folglich – zumindest unter diesem Gesichtspunkt – keine Sperrzeit. Eine einseitige unwiderrufliche Freistellung hat den weiteren Vorteil, dass sie wirksam unter Anrechnung auf etwa noch bestehende Urlaubsansprüche ausgesprochen werden kann.

Vorzugswürdig:
Einseitige
unwiderrufliche
Freistellung

Zur Risikovermeidung sollte eine vom Arbeitgeber bereits erklärte Freistellung im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs nach Möglichkeit nicht nochmal „bestätigt“ werden. Soll die Freistellung dennoch Bestandteil des Vergleichs werden, sollte darauf geachtet werden, dass die Formulierung nicht als Freistellungsvereinbarung ausgelegt werden kann. Es sollte allenfalls festgestellt werden, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber ab einem bestimmten Zeitpunkt bereits freigestellt wurde. Alternativ könnte der Arbeitgeber bei noch nicht erfolgter, aber beabsichtigter Freistellung außerhalb des Vergleichs eine unwiderrufliche einseitige Freistellungserklärung zu Protokoll geben.

Vorsicht auch
bei Freistell-
ungen im
gerichtlichen
Vergleich

Auch bei einer unwiderruflichen einseitigen Freistellung lässt sich ein Restrisiko nicht vollständig ausschließen, denn die Sozialversicherungsträger könnten eventuell auf den Gedanken kommen, es sei doch eine Freistellungsvereinbarung zustande gekommen, indem der Arbeitnehmer durch sein Fernbleiben von der Arbeit die Freistellung angenommen habe. Möglicherweise werden die Sozialversicherungsträger auch versuchen, den Arbeitsvertragsparteien eine „Vorabsprache“ über die Freistellung zu unterstellen. Sollten die Sozialversicherungsträger so argumentieren, dürfte der betroffene Mitarbeiter gut beraten sein, sich gegen dieses Vorgehen der Sozialversicherungsträger zur Wehr zu setzen.

Restrisiko
bleibt

Arbeitgeberinteresse

Auch wenn primär der Arbeitnehmer der Leidtragende der geänderten Auffassung der Sozialversicherungsträger ist, hat der Arbeitgeber ebenfalls ein Interesse daran, eine Lücke im Sozialversicherungsschutz seines Arbeitnehmers zu vermeiden. Informiert er ihn nicht ausreichend über die negativen Folgen von Regelungen, die z. B. in einem Aufhebungsvertrag getroffen werden, kann er dem Arbeitnehmer u. U. schadensersatzpflichtig sein.

Fehlende Auf-
klärung –
Schadens-
ersatzpflicht

Ab wann werden die neuen Grundsätze angewendet?

Grundsätzlich sind nach Ansicht der Sozialversicherungsträger auch bereits abgeschlossene und laufende einvernehmliche unwiderrufliche Freistellungen von der geänderten Verwaltungspraxis und der daraus entstehenden Sozialversicherungslücke betroffen. Aus Vereinfachungsgründen soll die neue Prüfpraxis allerdings doch nicht auf „Alt-Fälle“ angewendet werden. Als Abgrenzungstichtag werden die Sozialversicherungsträger möglicherweise auf den 10.08.2005 (Datum der Veröffentlichung des sog. „Besprechungsergebnisses“) abstellen. Für Arbeit-

Keine rück-
wirkende An-
wendung

nehmer, die vor diesem Datum einvernehmlich unwiderruflich freigestellt wurden, drohen voraussichtlich keine negativen Folgen.

Kann die neue Auffassung der Sozialversicherungsträger sich auf die BSG-Rechtsprechung stützen?

Die Sozialversicherungsträger berufen sich zur Begründung ihrer Ansicht auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Das BSG hat jedoch nur für einen Sonderfall – Sperrzeitregelung – entschieden, dass das Beschäftigungsverhältnis bereits mit Freistellung als gelöst gilt (BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 65/01). Folglich dürfte diese Rechtsprechung nicht einfach auf die Frage des Bestehens eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses während einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung übertragbar sein.

**Sonderfall:
Sperrzeit**

Ein BSG-Richter, Prof. Dr. Rainer Schlegel, hat sich bereits in der Weise geäußert, dass seines Erachtens Ausführungen des BSG im Urteil vom 25.04.2002 missverstanden wurden (vgl. NZA 2005, 972 ff.). Im Sozialversicherungsrecht ist zwischen dem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Leistungsrechts einerseits und im Sinne des Beitragsrechts andererseits zu unterscheiden. Liegt leistungsgerechtlich im Falle einer unwiderruflichen Freistellung kein Beschäftigungsverhältnis mehr vor, so gilt dies nicht auch automatisch für die Beitragspflicht.

**Unterscheidung
im Sozialversi-
cherungsrecht:
Leistungsrecht
und Beitrags-
recht**

Für ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis soll es nach Ansicht von Herrn Prof. Schlegel nicht entscheidend auf die Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts ankommen, sondern es soll trotz fehlender tatsächlicher Arbeitsleistung genügen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom (Fort-)Bestand eines Arbeitsverhältnisses ausgehen und der Arbeitnehmer nach wie vor Anspruch auf ein die Geringfügigkeitsgrenze überschreitendes Arbeitsentgelt hat. Es bleibt abzuwarten, ob sich auch das BSG dieser Ansicht eines ihrer Richter anschließt und die eventuellen Missverständnisse aus vorheriger Rechtsprechung „bereinigt“.

Ausblick

Es ist zu hoffen, dass die Auffassung der Sozialversicherungsträger zur einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung bald auf den „Prüfstand“ des Bundessozialgerichts kommt und höchststrichterlich korrigiert wird. Bis dahin sollten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam darauf achten, dass dem Arbeitnehmer während einer Freistellung keine „Sozialversicherungslücke“ entsteht, indem sie einvernehmliche unwiderrufliche Freistellungen vermeiden und statt dessen eine „ungefährliche“ Alternative wählen.

**Hoffentlich
baldige Korrek-
tur**

Herausgegeben von



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
www.arbeitsrecht-schweier.de