

## L 5 KR 22/08

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 7 KR 362/07  
Datum  
24.10.2007  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 KR 22/08  
Datum  
15.04.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 15/08 R  
Datum  
20.08.2009  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 24. Oktober 2007 wird zurückgewiesen.  
II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.  
III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob in Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht.

Die 1969 geborene Klägerin war seit 04.02.2002 bei der Beigeladenen zu 3) als "Leiterin Werbung" gegen ein Entgelt von brutto 3.715,00 Euro/Monat beschäftigt. Nach einer Arbeitgeberkündigung vom 14.12.2005 zum 31.03.2006 schlossen die Klägerin und die Beigeladene zu 3) am 16.12.2005 einen Abwicklungsvertrag. Darin wurde die Klägerin, für welche bei der Beigeladenen zu 3) noch Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden hätten, unter Zahlung einer Abfindung von 22.000,00 Euro ab 15.01.2006 unwiderruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt gegen Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage sowie die Rückgabe sämtlicher Schlüssel und Geschäftsunterlagen binnen dreier Tage. Ab 15.01.2006 erteilte die Beigeladene zu 3) der Beklagten als zuständiger Einzugsstelle eine Abmeldungsmittelung und führte bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.03.2006 keine Sozialversicherungsbeiträge mehr ab.

Eine am Arbeitsgericht N. anhängige Klage auf Abführung von Renten- und Arbeitslosenversicherungsbeiträgen von insgesamt 1.207,37 Euro wurde mit Beschluss vom 03.08.2006 an das Sozialgericht Nürnberg verwiesen. Dieses Verfahren endete mit Klagerücknahme.

Einen Antrag der Klägerin, die Versicherungspflicht und Beitragshöhe während ihrer Freistellung festzustellen, lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 04.05.2007/Widerspruchsbescheid vom 08.08.2007 ab. Im streitigen Zeitraum 16.01.2006 bis 31.03.2006 sei die Klägerin keine versicherungspflichtig Beschäftigte der Beigeladenen zu 3) gewesen. Die Abwicklungsvereinbarung vom 16.12.2005 habe eine unwiderrufliche bezahlte Freistellung ab 15.01.2006 beinhaltet. Seither habe die Klägerin tatsächlich keine Beschäftigung mehr ausgeübt. Der Arbeitgeber habe sie vollständig aus der Dienstbereitschaft und aus seiner Verfügungsbefugnis entlassen. Trotz Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts (ohne Beitragsabzug der Arbeitnehmeranteile) habe somit ein Beschäftigungsverhältnis im sozialrechtlichen Sinne nicht mehr bestanden.

Dagegen hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht Nürnberg erhoben und nach Teilerkenntnis der Beklagten, wegen Urlaubs habe ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bis 24.01.2006 bestanden, Feststellung eines über den 24.01.2006 hinausgehenden sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses beantragt. Die Beklagte lege den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses unzutreffend aus. Entgegen einem Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 05./06.07.2005 müsse auch bei unwiderruflicher Freistellung von der Arbeit das sozialrechtliche Beschäftigungsverhältnis ebenso lange wie das Arbeitsverhältnis fortbestehen.

Mit Urteil vom 24.10.2007 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen, weil im streitigen Zeitraum kein Beschäftigungsverhältnis bestanden habe. Gemäß Abwicklungsvertrag sei die Klägerin unwiderruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt worden, eine Beschäftigung im Sinne tatsächlicher, dem Direktionsrecht des Arbeitgebers untergeordneter Arbeit habe jedenfalls nach Einbringung des Resturlaubs ab 25.01.2006 nicht mehr bestanden. Mit endgültiger Beendigung der beiderseitigen Tätigkeitsbeziehungen sei das Beschäftigungsverhältnis beendet worden. Dies ergebe sich auch aus einem Umkehrschluss zur gesetzlichen Regelung des Fortbestandes eines Beschäftigungsverhältnisses in Freistellungsphasen, die aus einem Wertguthaben gespeist werden.

Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt und die Feststellung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses über den 24.01.2006 hinaus begehrt. Auch in Freistellungszeiten stünden der vertraglichen Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers Pflichten der Arbeitnehmer gegenüber, z.B. Verschwiegenheits- und Loyalitätspflichten. Zudem sei die Klägerin einem Wettbewerbsverbot unterlegen. In Literatur und Rechtsprechung sei anerkannt, dass sich auch in Freistellungszeiten ein Beschäftigungsverhältnis fortsetze, was auch der Schutz der Arbeitnehmer gebiete.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 24.10.2007 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 04.05.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.08.2007 zu verurteilen, ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis der Klägerin bei der Beigeladenen zu 3) in der Zeit vom 25.01.2006 bis 31.03.2006 festzustellen und für diese Zeit Beiträge zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung aus einem Monatsbruttogehalt in Höhe von 3.715,00 Euro einzuziehen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 4) beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 15.04.2008 waren die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Akten des Parallelrechtsstreits S 6 AL 484/06 vor dem Sozialgericht Nürnberg. Darauf sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge wird zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG), jedoch unbegründet. Streitgegenstand ist der Bescheid vom 04.05.2007/ Widerspruchsbescheid vom 08.08.2007 insoweit, als dort das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses für die Zeit vom 25.01. bis 31.03.2006 verneint wurde. Über die ursprünglich streitige weitere Zeit vom 15.01. bis 24.01.2006 ist nach dem angenommenen erstinstanzlichen Teilerkenntnis der Beklagten nicht mehr zu befinden. Das Sozialgericht Nürnberg hat im angefochtenen Urteil vom 24.10.2007 die Entscheidung der Beklagten zu Recht bestätigt, weil die Klägerin bei der Beigeladenen zu 3) ab 25.01.2006 nicht mehr beschäftigt war.

1.

Die Beklagte war als letzte Einzugsstelle der Klägerin zuständige Entscheidungsbehörde über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe gem. [§ 28h Abs.2 SGB IV](#). Eine Zuständigkeit einer anderen Einzugsstelle besteht infolge Überschreitens der Versicherungspflichtgrenzen und damit wegen Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung während der Tätigkeit für die Beigeladene zu 3) nicht.

2.

Wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat, setzt Versicherungs- und Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung gem. [§ 25 Abs 1 SGB III](#), der Krankenversicherung gem. [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), der Rentenversicherung gem. [§ 1 Nr 1 SGB VI](#), der Pflegeversicherung gem. [§ 20 Abs 1 2 Nr 1 SGB XI](#) sowie der Unfallversicherung [§ 2 Abs. 1 Nr 1 SGB VII](#) (hier werden allerdings weitere Personenkreise in den Unfallversicherungsschutz einbezogen) voraus, dass ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 Abs.1 Satz 1 SGB IV](#) vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung erfordert ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine persönlich abhängige Tätigkeit, die sich in der Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers niederschlägt (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr.6](#)).

Ausgangspunkt der Entscheidung, ob auch in Zeiten der Freistellung von der Arbeitspflicht ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialrechts besteht, sind die Strukturprinzipien der gesetzlichen Sozialversicherung, welche im ausgehenden 19. Jahrhundert begründet wurden und im Kern bis heute erhalten geblieben sind. Dies betrifft insbesondere den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherung, welcher den Schutz der Personen bezweckt, denen zur Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage allein die eigene Arbeitskraft zur Verfügung steht (vgl. Schlegel, NZS 2000, S.421). Das Entscheidungskriterium dafür, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht, bildet seit Bestehen der gesetzlichen Sozialversicherung in Deutschland die tatsächliche Leistung von Arbeit. Ein Arbeitsvertrag, welcher nur pro forma abgeschlossen wird, sowie die Zahlung von Entgelt allein, sollen nicht ausreichen, den Schutz der gesetzlichen Sozialversicherung zu erhalten. Andernfalls könnte sich jedermann zu jeder Zeit in das Sicherungssystem der Solidargemeinschaft begeben, ohne dass - wie in der Regel bei privaten Versicherungen - nach einer Risikoprüfung oder aus anderen Gründen die Aufnahme abgelehnt werden könnte.

Die Rechtsprechung hat allerdings auch das sozialrechtliche Prinzip, dass ohne tatsächliche Arbeit keine Beschäftigung besteht, fortentwickelt und Ausnahmen zugelassen. Danach kann in Sonderfällen ein Beschäftigungsverhältnis trotz fehlender tatsächlicher Arbeitsleistung anzuerkennen sein. Nach einer bereits vor dem ersten Weltkrieg ergangenen Entscheidung des Reichsversicherungsamtes (RVA vom 14.06.1914 - AN 1914, S.655) besteht ein Beschäftigungsverhältnis auch während einer vorübergehenden Urlaubszeit fort. Bei Freistellungen nach Ende von Arbeitsverhältnissen hat das Reichsversicherungsamt in der Folgezeit ein Fortbestehen der Beschäftigung nur bei Bereitwilligkeit des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung anerkannt (RVA vom 29.11.1927 Sammlung S. 558 unter Bezug auf RVA vom 07.12.1926, Sammlung S. 106). Wurden aber Direktionsrecht und Arbeitsbereitschaft auf ungewisse Zeit ausgesetzt, fehlt es nach der Rechtsprechung des BSG am Beschäftigungsverhältnis ([BSGE 20, 154](#) zur Beurlaubung für die Zukunft auf ungewisse Zeit).

Daraus ist ersichtlich, dass eine vorübergehende tatsächliche Nichterbringung von Arbeit dann unschädlich für ein Beschäftigungsverhältnis bleibt, wenn die Beteiligten die Beschäftigung innerhalb eines absehbaren Rahmens wieder fortsetzen wollen, das Direktionsrecht des Arbeitgebers und die Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers also nicht vollständig aufgegeben werden. Dementsprechend ist im Streikfalle ein Beschäftigungsverhältnis angenommen worden, weil sowohl nach erfolgreichem als auch nach erfolglosem Streik die Wiederaufnahme der Arbeit beabsichtigt ist ([BSGE 33, 254](#); [BSGE 37, 10](#)). Ein bestehendes Direktionsrechts des Arbeitgebers war auch entscheidend für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses, in einem Falle, in welchem der Arbeitnehmer die Arbeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich nie aufgenommen hatte, ([BSGE 36, 161](#) - Melkermeister). Hingegen führt die endgültige Aufgabe der Verfügungsbefugnis zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses (aa BAG [NZA 2004, 606](#), wonach es einer tatsächlichen Beschäftigung

nicht bedürfe, wenn die Weiterzahlung des Entgelts allein den Fortsetzungswillen des Arbeitgebers dokumentierte); darauf, ob das Arbeitsverhältnis selbst fortbesteht, kommt es nicht an ([BSGE 73, 90](#), 94). Dies gilt gerade auch für Freistellungen bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (BSG Beschluss vom 21.08.1997 - [12 BK 63/97](#); LSG Niedersachsen Urteil vom 13.12.2001 - [L 8 AL 368/00](#)).

Auch der Gesetzgeber hat diese Grundsätze anerkannt und sich deshalb veranlasst gesehen, das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses für längere Freistellungszeiten spezialgesetzlich zu regeln durch Einfügung des [§ 7 Abs.1a SGB IV](#) durch das Gesetz zur sozialen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen (vom 06.04.1998 - [BGBI I S.688](#)). Er hat hierfür gefordert, dass die Freistellungszeit aus einem bestehenden oder künftig aufzubauenden Wertguthaben im Rahmen einer vorab geschlossenen schriftlichen Vereinbarung gespeist werden muss. Andernfalls hat der Gesetzgeber ein Beschäftigungsverhältnis als nicht bestehend angesehen (vgl. [BT-Drs 13/9741](#) S.9 f.).

Auf diese Grundsätze hat auch das Besprechungsergebnis der Spitzenverbände über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs vom 05./06.07.2005 aufgebaut. In diesem Zusammenhang ist allerdings festzustellen, dass das Besprechungsergebnis auf ein Missverständnis der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zurückgehen wird. Die Besprechungsteilnehmer hatten sich auf die Urteile [BSGE 89, 243](#) und [BSGE 92, 74](#) berufen und dabei übersehen, dass der 11. Senat des BSG dort nur über das Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne der Arbeitsförderung, nicht jedoch im versicherungs- und beitragsrechtlichen Sinne entschieden hatte. Diese Begriffspaarung entstammt der Arbeitslosenversicherung und dient dazu, Arbeitnehmern nach Verlust des Arbeitsplatzes die Absicherung durch Arbeitslosengeldbezug zukommen zu lassen und gleichzeitig im Falle einer späteren arbeitsgerichtlichen Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses die Beitragspflicht des Arbeitgebers zu ermöglichen (zu dieser Begriffspaarung Gagel, SGB 1981, 253; SGB 1985, 268; BSG Urteil vom 26. 11. 1985 - [12 RK 51/83](#); zum Eintritt einer Sperrzeit nach [§ 144 SGB III](#) bereits ab tatsächlicher Nichtarbeit Lilienfeld/Spellbrink RdA 2005,88; Gagel NZA 2005, 1328; BSG Urteil vom 20.01.2000 - [B 7 AL 20/99 R](#); diese Differenzierung sieht als überflüssig ebenso wie irreführend an: Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht [2000], S. 321ff.; Spellbrink/Eicher/Rolfs, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts [2003], § 29 Rn. 16; Rolfs Anm. zu BAG AP BGB § 119 Nr 15).

Das Besprechungsergebnis der Spitzenverbände hatte sich somit zu Unrecht für das Versicherungs- und Beitragsrecht auf die Rechtsprechung und die Literatur bezogen, die zum Leistungsrecht des AFG und des SGB III ergangen und veröffentlicht war. Die Literatur hat wohl auch deshalb das Besprechungsergebnis einhellig abgelehnt (Schlegel, Soziale Sicherheit 2005, 334; NZA 2005, 972; Bauer, Krieger, DB 2005, 2242; Lindemann, Simon BB 2005, 2462; Voelzke, Personalrecht im Wandel, München 2006, S 345ff).

Trotz der Einwände der Literatur hält der Senat das Erfordernis der tatsächlichen Arbeit und in Sonderfällen das Fortbestehen des Direktionsrechts des Arbeitgebers sowie der Verfügungsbereitschaft des Arbeitnehmers als Voraussetzung eines Beschäftigungsverhältnisses für unverzichtbar, um zu verhindern, dass die Sozialversicherung zu einem beliebig erkaufbaren Versicherungsschutz wird.

3.

Im zu entscheidenden Falle fehlt es an einem Beschäftigungsverhältnis vom 25.01.2006 bis 31.03.2006. Die Klägerin war infolge des Abwicklungsvertrages vom 16.12.2005 - dort Ziff. 2 - unwiderruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt, d.h. ihre Arbeitspflicht war aufgehoben (BAG Urteil vom 23.01.2008 - [5 AZR 393/07](#)). Sie hatte zudem gemäß Ziff. 5 der Vereinbarung - auf einen etwaigen Wiedereinstellungsanspruch verzichtet, - binnen weniger Tage sämtliche Schlüssel zu Firmengebäuden und Einrichtungen abzugeben, - Gegenstände, Waren, Gerätschaften und Unterlagen vollständig zurückzugeben einschließlich Zeichnungen, Skizzen, Versuchsauswertungen, handschriftlicher Notizen sowie - Literatur einschließlich Abschriften.

An diese Vereinbarung haben sich die Klägerin und die Beigeladene zu 3) auch in der Folgezeit gehalten, obgleich keine Hindernisse vorhanden waren, die Klägerin zu beschäftigen - wie z.B. insolvenzbedingtes Fehlen von Arbeit oder wegen fehlender Zulieferung von Produktionsmittel nicht vorhandene Beschäftigungsmöglichkeiten einerseits oder krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit andererseits. Zur Überzeugung des Senats steht deshalb fest, dass im streitigen Zeitraum die Klägerin tatsächlich keine Leistungen mehr erbracht hat, sich der Beigeladenen zu 3) auch in keiner Weise zur Verfügung gestellt oder zur Verfügung gehalten hat und dass die Beigeladene zu 3) auch vollständig auf ihr Direktionsrecht verzichtet hatte.

Zwar bestanden zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 3) noch die Hauptpflicht der Entgeltzahlung aus dem Arbeitsverhältnis und die Nebenpflicht der Loyalität und Verschwiegenheit sowie ein Wettbewerbsverbot fort, wie sich aus dem Arbeits- und dem Abwicklungsvertrag ergibt. Allein diese Elemente reichen jedoch nicht aus, um ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis anzunehmen. Andernfalls hätte es der Klägerin und der Beigeladenen zu 3) freigestanden, mit der Zahlung von Geld den gesamten Schutz der gesetzlichen Sozialversicherung zu erwerben.

Die gegenteilige Ansicht lässt sich nicht damit begründen, dass das Beschäftigungsverhältnis in der Sozialversicherung funktionsdifferenziert auszulegen ist und das Schutzbedürfnis eines Beschäftigten bei Auslauf einer Tätigkeit im Rahmen eines Aufhebungs- und Abwicklungsvertrages fortbestehen kann. Denn der sozialrechtliche Schutz steht nicht nach Belieben zur Verfügung sondern erfordert aus guten Gründen bestimmte Voraussetzungen, die bei Freistellungen wie der hier gegenständlichen nicht erfüllt sind.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass es in der Konsequenz in vielen Fällen zu Formulierungen in Aufhebungsvereinbarung kommen wird, die ein Beschäftigungsverhältnis lediglich auf dem Papier werden bestehen lassen (vgl. Bauer/Krieger DB 2005, 2242 unter V 1; Bauer NZA 2007, 409; Oelkers, Schmidt, NJW-Spezial 2005, 465). Jedoch ist eine tatsächliche Arbeitsleistung z.B. über die betriebsüblichen Zeiterfassungssysteme im Rahmen der Betriebsprüfung nach [§ 28p SGB IV](#) feststellbar, so dass es nicht von Unkalkulierbarkeiten abhängt, ob ein entsprechendes Vorgehen aufgedeckt wird oder nicht.

Die Berufung der Klägerin war deshalb in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen, [§ 160 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2009-09-08