

Sehr geehrte Damen und Herren,  
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

die Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsfortbildung ist bekannt, so daß es nicht verwundert, wenn dieses Rechtsgebiet sogar als „case law“ bezeichnet wird. Erwartungsgemäß liegt eine Fülle neuer, interessanter Entscheidungen vor, die Bekanntes erschüttern und Unbekanntes zu Tage fördern. Vorliegend kann nur eine begrenzte Auswahl der Neuerungen dargestellt werden, die nach unserer Einschätzung aber von besonderem Interesse sein dürften.

Auch für weitere Themen stehen wir natürlich gerne als Ansprechpartner zur Verfügung.

Redaktionelle Anmerkung: Zur Gewährleistung von Aktualität und Qualität werden die Entscheidungen mit bereits vorliegender Begründung ausführlicher unter I. dargestellt. Verkündete Urteile mit lediglich vorliegender Pressemitteilung werden mit weiteren Meldungen unter III. behandelt.

Die Herausgeber

## Überblick

- I.
  1. **Fristlose Kündigung eines Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung**  
*BGH vom 20.06.2005 (Az.: II ZR 18/03)*
  2. **Kein Schadenersatzspruch wegen unterlassener Aufklärung durch den Arbeitgeber über die Pflicht der frühzeitigen Arbeitssuchenmeldung**  
*BAG vom 29.09.2005 (Az.: 8 AZR 571/04)*
  3. **Einmalig verwendetes Punktesystem für Sozialauswahl ist mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie i. S. d. § 95 Abs. 1 BetrVG, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats**  
*BAG vom 26.07.2005 (Az.: 1 ABR 29/04)*
  4. **Per Fax übersandter Aufhebungsvertrag genügt nicht der Schriftform gem. § 623 BGB**  
*LAG Düsseldorf vom 29.11.2005 (Az.: 16 Sa 1030/05)*
  5. **Aufhebungsvertrag in Zusammenhang mit geplantem Betriebsübergang und Einschaltung einer Transfergesellschaft**  
*BAG vom 18.08.2005 (Az.: 8 AZR 523/04)*
- II. **Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen für das Beschäftigungsverhältnis bei einvernehmlicher, unwiderruflicher Freistellung von der Arbeitspflicht**
- III.
  1. **Besteuerungspflicht für Abfindungszahlungen seit 01.01.2006**
  2. **Kündigung durch Insolvenzverwalter trotz Standortsicherungsvereinbarung möglich**  
– *BAG vom 17.11.2005 (Az.: 6 AZR 107/05)*
  3. **Geltendmachung der fehlerhaften Kündigungsfrist auch außerhalb der 3-Wochen-Frist gem. § 4 KSchG** – *BAG vom 15.12.2005 (Az.: 2 AZR 148/05)*
  4. **Pauschaler Arbeitgeberbeitrag für geringfügig Beschäftigte trotz fehlender Versicherungspflicht verfassungsgemäß** – *BSG vom 26.01.2006 (Az.: B 12/KR 27/04 R)*
  5. **Zeitpunkt der Massenentlassungsanzeige; europarechtskonforme Auslegung; Vertrauensschutz** – *BAG vom 23.03.2006 (Az.: 2 AZR 343/05)*

## I. Aktuelle Rechtsprechung

### 1. **Fristlose Kündigung eines Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung**

*BGH vom 20.06.2005 (Az.: II ZR 18/03)*

Der klagende Geschäftsführer wurde vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluß der Gesellschafterversammlung abbe-

rufen und sein Anstellungsvertrag ohne Angaben von Gründen fristlos gekündigt. Der Kläger erhob nur gegen die Kündigung Klage und verlangte die Fortzahlung seiner Vergütung. Kurz nach der Insolvenzeröffnung erklärte die beklagte Insolvenzschuldnerin, daß die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung aner-

kannt werde. Der Insolvenzverwalter hingegen hielt an der außerordentlichen Kündigung fest und schob die Begründung der Insolvenzverschleppung nach.

Die Bundesrichter halten die fristlose Kündigung für wirksam. Eine schuldhafte Insolvenzverschleppung durch den Geschäftsführer einer GmbH berechtigt zur Kündigung seines Anstellungsvertrages aus wichtigem Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB. Eine Pflichtverletzung liegt vor, so daß dem Insolvenzverwalter insbesondere im Hinblick auf das Gesellschaftsinteresse zur Masseerhaltung eine Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden könne.

Da der Grund bereits vor Kündigung vorlag war ein Nachschieben möglich und der Insolvenzverwalter hierzu nach Eröffnung auch berechtigt. Mangels Verfügungsbefugnis und Unterbrechung des Verfahrens war das Anerkenntnis der Insolvenzschuldnerin unbeachtlich. Die Insolvenzverschleppung stellt ein pflichtwidriges Dauerverhalten dar, die Zwei-Wochen-Frist begann gem. § 626 Abs. 2 BGB nicht vor dessen Beendigung. Auf eine Kenntnis der Gesellschafter, mehr als zwei Wochen vor Kündigung, kam es somit ebenso wenig an, wie der Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch den Insolvenzverwalter nach Kündigung.

## 2.

### **Kein Schadenersatzspruch wegen unterlassener Aufklärung durch den Arbeitgeber über die Pflicht der frühzeitigen Arbeitssuchenmeldung**

*BAG vom 29.09.2005 (Az.: 8 AZR 571/04)*

Eine höchstrichterliche Klarstellung einer bisher umstrittenen Rechtsfrage hat eine aktuelle Entscheidung des BAG in der Frage der Hinweis- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers im Hinblick auf die unverzügliche Meldung bei der Arbeitsagentur gebracht.

Aufhänger der Entscheidung war die Klage eines Arbeitnehmers gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber auf Erstattung entgangenen Arbeitslosengeldes. Die Parteien hatten ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart. In der Vereinbarung befand sich kein Hinweis auf

§ 37 b SGB III. Nach dem Auslaufen der Befristung nahm der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber wegen unterlassener Aufklärung über die frühzeitige Arbeitssuchendmeldung in Anspruch. Der Arbeitgeber habe durch die unterlassene Aufklärung eine allg. vertragliche Nebenpflicht gem. § 242 BGB verletzt.

Das BAG hat nunmehr diesem Ansinnen eine Absage erteilt. Weder aus § 280 Abs. 1 BGB noch aus § 242 BGB kann eine allgemeine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers abgeleitet werden, den Arbeitnehmer über eine frühzeitige Meldung bei der Agentur für Arbeit zu informieren. Dies gilt - erst recht (so daß BAG) - bei Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrages. Auch ist die Informationspflicht des Arbeitgebers gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Aus der Verletzung der Informationspflicht lassen sich keine Sanktionen zu Lasten des Arbeitgebers ableiten. Vielmehr ist diese Norm nicht sanktionsbewehrt. Das BAG führt hierzu wörtlich aus: "Ein Individualrechtsschutz bezüglich des Vermögens des Arbeitnehmers ist durch § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III nicht bezweckt, sondern wird allenfalls rechtsreflexartig herbeigeführt".

#### **Praxistip:**

Trotz der Rechtsprechung des BAG empfehlen wir weiterhin zur Vermeidung von Streitigkeiten die Aufnahme folgender Klausel:

„Wir weisen Sie auf Ihre Pflicht zur frühzeitigen Arbeitssuche nach §§ 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, 37 b SGB III hin. Danach sind Sie verpflichtet, sich unverzüglich nach Erhalt dieser Kündigung bei der Agentur für Arbeit persönlich arbeitssuchend zu melden. Die Pflicht zur Meldung besteht unabhängig davon, ob der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend gemacht wird. Weiterhin sind Sie verpflichtet, aktiv nach einer Beschäftigung zu suchen.“

Im Falle von Aufhebungs- oder befristeten Verträgen sollte die Klausel entsprechend ergänzt werden.

**3. Einmalig verwendetes Punktesystem für Sozialauswahl ist mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie i. S. d. § 95 Abs. 1 BetrVG, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats**

*BAG vom 26.07.2005 (Az.: 1 ABR 29/04)*

Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen bedürfen gem. § 95 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Hiervon sind auch Sozialauswahlkriterien in Form eines Punktesystems erfaßt, jedoch nach bisheriger Auffassung nicht, wenn dieses nur einmalig zur Anwendung kommen sollte.

Das Bundesarbeitsgericht stellte nunmehr klar, daß ein Mitbestimmungsrecht auch dann vorliegt, wenn ein Punkteschema lediglich für die konkret anstehenden Kündigungen maßgeblich sein soll. Eine geplante weitergehende Verwendung ist demnach nicht Voraussetzung. Richtlinien i.S.d. § 95 BetrVG sollen Personalentscheidungen versachlichen und für die Betroffenen transparenter machen. Etwai-ge Verzögerungen durch die Mitbestimmung

**Praxistip:**

Bei Betrieben mit 500 Arbeitnehmern und weniger verbleibt die Möglichkeit der einzel-fallbezogenen Sozialauswahl ohne Punkte-schema, welche insbesondere bei größeren Maßnahmen problematisch sein wird und auch i.R.d. Betriebsratsanhörung und im Kündigungsschutzverfahren umfänglich dargelegt werden muß.

In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitneh-mern steht dem Betriebsrat dagegen ein Initiativrecht zu, so daß dieser selbst Ver-handlungen verlangen und ein Einigungs-stellenverfahren einleiten kann.

Es verbleibt zudem die Möglichkeit, auch ohne konkreten Anlaß eine entsprechende Auswahlrichtlinie zu verhandeln und somit einen ggf. günstigeren Verhandlungsrah-men zu nutzen. Hierbei gehen dem Arbeit-geber aber die Gestaltungsmöglichkeiten für eine konkrete Maßnahme verloren.

Die Auswahlrichtlinie sollte auch sinnvoll-erweise direkt i.R. eines Interessenausglei-ches mit Namensliste mitvereinbart werden.

sein in Kauf zu nehmen, ohne das dies die unternehmerische Entscheidungsfreiheit be-einträchtigt. Vielmehr müsse der Arbeitgeber hierbei „Vorsorge“ treffen.

Die Bundesrichter bejahen zudem für den Fall der Mißachtung des Mitbestimmungsrechts durch den Arbeitgeber einen allgemeinen Un-terlassungsanspruch des Betriebsrates, wel-cher auch im Wege der einstweiligen Verfü-gung durchgesetzt werden kann. Damit steht dem Betriebsrat künftig nicht nur ein Mittel zur Durchsetzung seiner Mitbestimmung zu, son-dern er kann bei konkreten Maßnahmen prak-tisch auch eine gewichtige Blockade aufbauen, da die Zeitverzögerung aufgrund eines even-tuell notwendigen Einigungsstellenverfahrens erheblich sein kann.

**4. Per Fax übersandter Aufhebungsvertrag genügt nicht der Schriftform gem. § 623 BGB**

*LAG Düsseldorf vom 29.11.2005*  
*(Az.: 16 Sa 1030/05)*

Der Kläger hatte vorliegend einen zuvor über-mittelten 3-Seitigen-Vertrag zur Aufhebung des alten und Begründung eines neuen Arbeits-verhältnisses mit einer Transfergesellschaft unterschrieben und per Telefax zurückübermit-telt. Zuvor hatte er sich mehrfach gegen eine durchgeführte Sozialauswahl gewendet, auf-grund dessen sein Arbeitsverhältnis beendet werden sollte. Ein Exemplar des Vertrages mit seiner Originalunterschrift hatte der Kläger nicht weitergeleitet.

Der Vertrag per Fax erfüllt nicht das Schrift-formgebot für einen Aufhebungsvertrag i.S.d. §§ 623, 126 BGB, da nicht die eigenhändigen Originalunterschriften beider Parteien auf einer Urkunde vorliegen.

In diesem Einzelfall stellten die Richter auch keinen Fall der Treuwidrigkeit i.S.d. § 242 BGB fest, weil der Arbeitnehmer, der selber gegen das Formerfordernis verstoßen hatte, sich nachträglich zu seinen Gunsten hierauf berief. Der Arbeitnehmer hätte von Anfang an stets zu erkennen gegeben, mit der getroffenen Sozial-auswahl, dem Verlust seines Arbeitsplatzes

und der Überleitung seines Arbeitsverhältnisses auf eine Transfergesellschaft nicht einverstanden gewesen zu sein. Insofern war das Verhalten des Kl. nicht widersprüchlich, sondern stets auf den Fortbestand seines bisherigen Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ausgerichtet. Mit der Rücksendung des Vertrages habe er nur die ihm gesetzte Frist einhalten wollen.

#### 5. **Aufhebungsvertrag in Zusammenhang mit geplante[m] Betriebsübergang und Einschaltung einer Transfergesellschaft**

*BAG vom 18.08.2005 (Az.: 8 AZR 523/04)*

Zu dieser Entscheidung darf auf die Mitteilung im Newsletter 01/06 (S.4) verwiesen werden. Die nunmehr vorliegenden Entscheidungsgründe bestätigen unsere Prognose, daß es sich um eine Einzelfallentscheidung im Rahmen der bisherigen Grundsätze handelt.

Ein Aufhebungsvertrag ist auch im Rahmen der Übernahme in eine Transfergesellschaft wegen gesetzwidriger Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB unwirksam, wenn zugleich ein neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird und somit bezweckt wird, die Sozialauswahl zu umgehen.

Im vorliegenden Fall war weder ein Arbeitsvertragabschluß mit dem Erwerber bereits erfolgt, noch verbindlich zugesagt worden, als der Aufhebungsvertrag geschlossen wurde.

#### **Zum Nachdenken:**

Die mehrfache Verweigerung des Grußes gegenüber dem Chef nach dessen vorherigem Gruß stellt keine grobe Beleidigung dar, die zum Ausspruch einer Kündigung berechtigen könnte. Das entschied das Landesarbeitsgericht Köln (Urteil vom 29.11.2005, Az.: 9 (7) Sa 657/05).

## II. Thema

### **Die sozialversicherungsrechtlichen Folgen für das Beschäftigungsverhältnis bei einvernehmlicher, unwiderruflicher Freistellung von der Arbeitspflicht**

Welcher Praktiker kennt sie nicht, Freistellungsklauseln, die in der Regel wie folgt lauten:

*„Es besteht Einigkeit darüber, daß der Kläger (Arbeitnehmer) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (oder bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses) unwiderruflich von der Pflicht zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung seiner Vergütung freigestellt wird.“*

Entsprechende Freistellungsklauseln sollen zum Verlust des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Krankenversicherung führen.<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag setzt sich mit der Herleitung der Konsequenz als auch den sich daraus ergebenden Handlungsnotwendigkeiten für Arbeitgeber, insbesondere auch im Hinblick auf anstehende Betriebsprüfungen, auseinander und stellt eine Prognose der Entwicklung der Rechtsprechung auf.

#### **I. Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen**

Grundsätzlich soll in allen Bereichen der Sozialversicherung der "Beschäftigte" abgesichert

werden. Versicherungspflichtig sind demnach Personen, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen. § 7 Abs. 1 SGB IV setzt für eine Beschäftigung eine nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, voraus. Für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinn ist die faktische Arbeit jedoch nicht zwingend. Dieses Spannungsfeld zwischen noch bestehendem Arbeitsverhältnis und nicht mehr bestehendem Beschäftigungsverhältnis führt zwangsläufig zu einer Diskussion über das Bestehen einer Versicherungspflicht.

In seinem Urteil vom 25.04.2002<sup>2</sup> führte das Bundessozialgericht aus, daß die Beschäftigungslosigkeit unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinn durch die tatsächliche Nichtbeschäftigung des Versicherten gekennzeichnet sei.

Gegenstand dieses Verfahrens war eine Sperrzeitanordnung der Bundesagentur für Arbeit, die ihre Begründung darin fand, daß



eine Arbeitnehmerin mit ihrem Arbeitgeber einen Aufhebungsvertrag abschloß, der eine sofortige Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung für die Dauer der sechsmonatigen Kündigungsfrist vorsah. Diese Entscheidung des BSG steht nur konsequent in der Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung des BSG sowie der Landessozialgerichtsbarkeit. Bereits das Urteil des BSG vom 21.08.1997<sup>3</sup> sowie des LSG Nordrhein-Westfalen vom 27.02.1997<sup>4</sup> stellen darauf ab, daß bei der Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung eines Arbeitnehmers das entscheidende Merkmal einer Beschäftigung außer Kraft gesetzt sei. Hierdurch vermag das rechtliche Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses auch unter Fortzahlung der Arbeitsvergütung nicht die Beendigung des die Sozialversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses zu vermeiden. Das LSG Niedersachsen<sup>5</sup> stellt darauf ab, daß bei fehlender tatsächlicher Arbeit ein Beschäftigungsverhältnis nur angenommen werden könne, wenn die charakteristischen Merkmale der Beschäftigung weiterhin gegeben seien, also insbesondere die persönliche Abhängigkeit, die sich in der Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers und der (permanenten) Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers ausdrücke. Es müsse erkennbar sein, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen.

Zwar stellt das LSG Niedersachsen ausdrücklich klar, daß die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung nicht stets notwendige Voraussetzung für den Fortbestand eines Beschäftigungsverhältnisses sei, ließ jedoch in dem konkreten Fall das Tatbestandsmerkmal der persönlichen Abhängigkeit daran scheitern, daß der Arbeitnehmer für einen Zeitraum von mehr als 2 ½ Jahren von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt war. Das LSG Niedersachsen folgerte daraus, daß eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz durch die Parteien weder gewollt noch erwünscht war.

Der Rechtsprechung folgt nunmehr auch das Ergebnis der Besprechung der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VDR und der BA über Fragen des gemeinsamen Beitragsein-

zugs vom 05./06.07.2005.<sup>6</sup> Die wesentliche Passage hat auszugsweise folgenden Inhalt:

*(...) „Nach Auffassung der Besprechungsteilnehmer fehlt es indes an den zweiseitigen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wenn im gegenseitigen Einvernehmen unwiderruflich auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung verzichtet wird (z.B. durch einen Aufhebungsvertrag bzw. Abwicklungsvertrag). Die Besprechungsteilnehmer vertreten deshalb den Standpunkt, daß das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bei einer unwiderruflichen Freistellung von der Arbeitsleistung mit dem letzten Arbeitstag endet, denn in diesen Fällen endet auf Seiten des Arbeitnehmers die Weisungsgebundenheit und auf Seiten des Arbeitgebers das Weisungsrecht.“ (...)*

Hieraus folgt, daß im Zeitpunkt der unwiderruflichen Freistellung die Versicherungspflicht des Arbeitnehmers endet. Der Arbeitgeber wird ab diesem Zeitpunkt von der Pflicht zur Entrichtung der Beiträge befreit. Gleichzeitig verliert der Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt seinen Versicherungsschutz.<sup>7</sup>

## **II. Auseinandersetzung**

Gegen die Rechtsprechung und das Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Krankenkassen, die auf den Verlust des Versicherungsschutzes hinweisen, wendet sich die überwiegende Meinung in der Literatur. Hauptargument ist, daß die tatsächliche Arbeitsleistung keine unverzichtbare Voraussetzung für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis sei, solange das Arbeitsverhältnis weiterhin bestehe und Entgelt gezahlt werde.<sup>8</sup> Die Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses seien je nach dem Zusammenhang, in dem die einzelne Norm stehe, auszulegen. Dabei müsse zwischen einem "beitragsrechtlichen" und einem "leistungsrechtlichen" Begriff des Beschäftigungsverhältnisses unterschieden werden.<sup>9</sup> Im Hinblick auf den Schutzzweck der Sozialversicherung sei eine Versicherungspflicht anzunehmen, wenn und solange Arbeitgeber und Arbeitnehmer vom (Fort-) Bestand des Arbeitsverhältnisses ausgehen und der Arbeitnehmer weiterhin einen vertrag-

lichen Anspruch auf ein über der Geringfügigkeitsgrenze liegendes Arbeitsentgelt hat.<sup>10</sup> In diesen Fällen bedürfe es keiner freiwilligen Versicherung des Arbeitnehmers.

Ergänzend wird die bisherige Rechtsprechung des BSG herangezogen, in denen die vorübergehende Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistungen zu beurteilen waren. Das BSG hat ein Beschäftigungsverhältnis z. B. bei bezahltem Urlaub<sup>11</sup> oder Sonderurlaub zwecks Fortbildung<sup>12</sup> oder bei Untersuchungshaft des Arbeitnehmers<sup>13</sup> angenommen. Gleiches galt bei der Streikteilnahme des Arbeitnehmers<sup>14</sup> oder bei Annahmeverzug des Arbeitgebers sowie in Fällen der Insolvenz des Arbeitgebers, bei denen Arbeitnehmer von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt werden.

Zusätzlich besteht eine Parallele zur Altersteilzeit im Blockmodell, in der für die Zeit der Freistellungsphase Arbeitsentgelt gezahlt wird, das mit einer vor dieser Zeit erbrachten Arbeitsleistung erzielt wurde. Den Versicherungsschutz für Arbeitnehmer in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses gewährt § 7 Abs. 1 a SGB IV, indem in solchen Fällen das Bestehen einer Beschäftigung unterstellt wird.<sup>15</sup>

Ein sachlicher Grund, die Rechtsfolgen des § 7 Abs. 1 a SGB IV nicht eintreten zu lassen, besteht nicht, wenn ein Arbeitnehmer bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Fortzahlung der Vergütung freigestellt wird. Dagegen spricht auch nicht, daß dem Arbeitgeber bei einer einvernehmlichen und unwiderruflichen Freistellung nach Ausspruch einer Kündigung das Direktionsrecht bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verloren gehe, da auch in den Fällen des § 7 Abs. 1 a SGB IV kein Weisungsrecht des Arbeitgebers mehr ausgeübt werden kann und auch nicht verlangt wird.<sup>16</sup>

Jedenfalls wäre eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB IV zur Vermeidung unbilliger Rechtsfolgen angezeigt, da die Freistellungsphase unmittelbar an ein in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis anknüpfe und damit Annex eines versicherungspflichtigen Verhältnisses sei.<sup>17</sup>

Auch der Gesetzeswortlaut des § 186 Abs. 1 SGB V spricht vom „Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis“. Nach der Gesetzesbegründung beginnt die Mitgliedschaft in der Krankenversicherung mit dem Tag, an dem das entgeltliche Beschäftigungsverhältnis aufgenommen wird, selbst wenn der Arbeitnehmer die Beschäftigung abredgemäß erst zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich ausübe. Unter Bezugnahme auf § 190 Abs. 2 SGB V, wonach die Mitgliedschaft Beschäftigter „mit Ablauf des Tages, an dem das Beschäftigungsverhältnis gegen Arbeitsentgelt endet“ ist im Umkehrschluß zu folgern, daß für ein auslaufendes Beschäftigungsverhältnis nichts anderes gelten könne und es insoweit ausreiche, daß der Arbeitnehmer aufgrund eines zwischen ihm und dem Arbeitgeber bestehenden Vertragsverhältnisses auch bei unwiderruflicher Freistellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ordnungsgemäß vergütet wird.<sup>18</sup>

### III. Bewertung und Ausblick

Festzuhalten bleibt, daß das Ergebnis der Besprechung der Spitzenverbände sich tatsächlich im Einklang mit der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung befindet. Auch die Heranziehung des Wortlautes des § 7 Abs. 1 SGB IV führt zu keinem eindeutigen Widerspruch. Soweit in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV als Anhaltspunkt für eine Beschäftigung eine Tätigkeit auf Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers niergelegt ist, kann im Umkehrschluß von seinem solchen Anhaltspunkt bei einer einvernehmlichen, unwiderruflichen Freistellung dem Grunde nach nicht die Rede sein.

U.E. ist jedoch eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 a SGB IV angezeigt. Dort wurde die einvernehmliche Freistellung von der Arbeitsleistung bei Fortzahlung der Vergütung explizit geregelt. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, die Rechtsfolgen des § 7 Abs. 1 a SGB IV nicht auch auf Fälle der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung anzuwenden. Ergänzend ist mit dem "Erstrechtargument" auch auf § 190 Abs. 2 SGB V zurückzugreifen, da in diesen Fällen ein in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis als quasi Annex-

Beschäftigungsverhältnis bis zur Beendigung des ersteren fortbesteht. Die tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung kann insoweit keine unverzichtbare Voraussetzung für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis sein, sofern das Arbeitsverhältnis weiterhin besteht und der Arbeitgeber das Entgelt gewährt. Dieses entspricht auch dem Schutzzweck der Sozialversicherung.

Der Bereich, für den die Auffassung der Spitzenverbände kritisch werden kann, ist sehr schmal. Die Rechtsprechung des BSG und die Auffassung der Spitzenverbände kann nur auf Fälle des außergerichtlichen Abwicklungs- bzw. Aufhebungsvertrages außerhalb einer Insolvenz des Arbeitgebers Auswirkungen haben. Dieser Anwendungsbereich kann als sehr begrenzt bezeichnet werden, zumal mit Aufhebungsverträgen - und seit der Entscheidung des BSG vom 18.12.2003<sup>19</sup> auch mit Abwicklungsverträgen - allein schon aufgrund der Sperrzeitandrohung sehr zurückhaltend agiert wird. Für diese Fälle bleibt allerdings zu raten, eine Freistellung für den Lauf der Kündigungsfrist entweder widerruflich oder aber einseitig, durch den Arbeitgeber veranlaßt, zu gestalten.<sup>20</sup>

Aus Gründen der Rechtsklarheit ist u.E. zu dem Grundsatz zurückzukehren:

### III. Meldungen

#### 1. Besteuerungspflicht für Abfindungszahlungen seit 01.01.2006 - BR-Drs. 855/05

Zum 1.1.2006 wurde die Steuerfreiheit für Abfindungen wegen Auflösung des Dienstverhältnisses (§ 3 Nr. 9 EStG) sowie für Übergangsgelder und Übergangsbeihilfen wegen Entlassung aus dem Dienstverhältnis (§ 3 Nr. 10 EStG) aufgehoben.

§ 3 Nr. 9 EStG in der bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung ist weiter anzuwenden für

- vor dem 1.1.2006 entstandene Ansprüche der Arbeitnehmer auf Abfindungen,
- Abfindungen wegen einer vor dem 1.1.2006 getroffenen Gerichtsentscheidung,

Solange ein Arbeitsverhältnis besteht, ist auch die beitragsrechtliche Verpflichtung gegeben. Nachdem Schlegel, Berichterstatter des BSG in dieser Angelegenheit ist, sind Tendenzen<sup>15</sup> zu erkennen, daß dies zukünftig der Fall sein wird. Arbeitgeber sollten im Hinblick auf Betriebsprüfungen weitsichtig agieren, jedoch zu Unrecht entrichtete Beiträge zurückfordern. Arbeitnehmern ist dringend anzuraten, eine freiwillige Versicherung vorzunehmen.

<sup>1</sup> Siehe zu den sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen: Lindemann/Simon, BB 2005, S. 2462-2467; Oelkers/Schmidt, NJW-Spezial 2005, S. 465-466; Thomas/Weidmann, NJW 2006, S. 257-260 - <sup>2</sup> BSG Urteil vom 25.04.2002, Az: B 11 AL 65/01 R - <sup>3</sup> BSG, Urteil vom 21.08.1997, Az: 12 BK 63/97 - <sup>4</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.02.1997, Az: L 16 Kr 54/96 - <sup>5</sup> LSG Niedersachsen, Urteil vom 13.12.2001, Az: L 8 AL 368/00 - <sup>6</sup> Ergebnis der Besprechung der Spitzenverbände, abrufbar unter: [www.vdr.de](http://www.vdr.de) - <sup>7</sup> Gemäß § 19 Abs. 2 SGB V besteht nur noch ein nachwirkender Versicherungsschutz von einem Monat - <sup>8</sup> vgl. Schlegel, NZA 2005, S. 972-976 - <sup>9</sup> so auch Lindemann/Simon, a.a.O.; Bauer/Krieger, DB 2005, S. 2242-2245; Thomas/Weidmann, a.a.O. - <sup>10</sup> vgl. auch Lindemann/Simon, a.a.O. - <sup>11</sup> BSGE 41, 24 - <sup>12</sup> BSG, Urteil vom 31.08.1976, Az: 12/3/12 RK 20/74 - <sup>13</sup> BSG, Urteil vom 18.04.1991, Az: 7 RAr 106/90 - <sup>14</sup> BSG, GS vom 11.12.1973, Az: GS 1/73 - <sup>15</sup> Schlegel, a.a.O. - <sup>16</sup> Schlegel, a.a.O. - <sup>17</sup> Thomas/Weidmann, a.a.O. - <sup>18</sup> Schlegel, a.a.O. - <sup>19</sup> BSG, Urteil vom 18.12.2003, Az: B 11 AL 35/03 R - <sup>20</sup> siehe zu den Gestaltungsmöglichkeiten Bauer/Krieg, a.a.O. und auch Thomas/Weidmann, a.a.O. sowie Lindemann/Simon a.a.O., dort auch zu etwaigen Hinweispflichten des Arbeitgebers.

- Abfindungen wegen einer am 31.12.2005 anhängigen Klage,

soweit die Abfindungen dem Arbeitnehmer vor dem 1.1.2008 zufließen.

#### 2. Kündigung durch Insolvenzverwalter trotz Standortsicherungsvereinbarung möglich - BAG vom 17.11.2005 (Az: 6 AZR 107/05)

Ein Ausschluß betriebsbedingter Kündigungen im Rahmen einer vor Insolvenzeröffnung erreichten Standortsicherungsvereinbarung steht einer vom Insolvenzverwalter erklärten Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsteilstillegung nicht entgegen.

Wird zudem die Sozialauswahl auf einen der Geschäftsbereiche beschränkt, weil dort die Arbeitnehmer anderer Geschäftsbereiche nicht ohne Einarbeitungszeit beschäftigt werden konnten, ist die Kündigung i.R. eines Interessenausgleichs mit Namensliste nicht grob fehlerhaft.

Der Grundsatz der betriebsbezogen durchzuführenden Sozialauswahl – auch in der Insolvenz (so BAG vom 28.10.2004 - 8 AZR 391/03) – bleibt dadurch unberührt.

### **3. Geltendmachung der fehlerhaften Kündigungsfrist auch außerhalb der 3-Wochen-Frist gem. § 4 KSchG – BAG vom 15.12.2005 (Az: 2 AZR 148/05)**

Die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung muß der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang durch Feststellungsklage beim Arbeitsgericht geltend machen, da ansonsten die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam gilt (§§ 4,7 KSchG).

Macht der Arbeitnehmer lediglich geltend, bei einer ordentlichen Kündigung habe der Arbeitgeber die Kündigungsfrist nicht eingehalten, findet die Klagefrist des § 4 KSchG keine Anwendung, da die unzutreffende Berechnung der Kündigungsfrist durch den Arbeitgeber die ordentliche Kündigung nicht insgesamt unwirksam macht, sondern lediglich den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit betrifft.

#### **Praxistip:**

Fehlerhafte Angaben zur Kündigungsfrist i.R. einer ggf. erforderlichen Betriebsratsanhörung können Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Kündigung haben. Dies ist jedoch als Unwirksamkeitsgrund wiederum innerhalb der 3-Wochem-Frist geltend zu machen, um die Präklusion zu vermeiden.

### **4. Pauschaler Arbeitgeberbeitrag für geringfügig Beschäftigte trotz fehlender Versicherungspflicht verfassungsgemäß – BSG vom 26.01.2006 (Az: B 12/KR 27/04 R)**

Geringfügige Beschäftigungen sind in der Sozialversicherung in der Regel versicherungs-

frei. Arbeitgeber dieser geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer tragen in der gesetzlichen Krankenversicherung einen Pauschalbeitrag in Höhe von 10 v.H. des Arbeitsentgelts. Voraussetzung ist, daß der Arbeitnehmer bei einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist.

Die klagende Arbeitgeberin beruft sich darauf, daß sie zu Unrecht mit den Arbeitgebern solcher Arbeitnehmer gleich behandelt wird, bei denen das Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze zur Versicherungspflicht führt. Ihr Arbeitnehmer bezieht aus einer Hauptbeschäftigung ein Entgelt oberhalb der Pflichtversicherungsgrenze und ist daher bereits versicherungsfrei. Hierbei bliebe es auch, wenn in der weiteren Beschäftigung die Geringfügigkeitsgrenzen überschritten würden.

Die gesetzliche Regelung, nach der der Pauschalbeitrag für alle versicherungsfreien geringfügigen Beschäftigungen erhoben wird, ist verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber mußte für die Beitragserhebung nicht danach unterscheiden, ob die Beschäftigung neben der Versicherungsfreiheit wegen Geringfügigkeit auch aus anderen Gründen versicherungsfrei ist. Es ist für die Beitragspflicht im hier entschiedenen Fall daher unerheblich, daß der geringfügig Beschäftigte schon in seiner Hauptbeschäftigung versicherungsfrei ist.

### **5. Zeitpunkt der Massenentlassungsanzeige; europarechtskonforme Auslegung; Vertrauensschutz – BAG vom 23.03.2006 (Az: 2 AZR 343/05 )**

Die Massenentlassungsanzeige i.S.d. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG hat vor Ausspruch der Kündigung zu erfolgen. Damit folgt das BAG unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung der des EuGH (vom 27. 1. 2005 - C-188/03). In der Praxis war nach dem EuGH-Urteil eine entsprechende Umstellung bereits Anfang 2005 veranlaßt.

Das BAG hält die deutschen Regelungen insoweit für auslegungsfähig im Lichte der Richtlinie (98/59/EG). Dies war in der bisherigen Rechtsprechung umstritten (ablehnend z.B. LAG Hamm vom 12. 8. 2005 - 7 Sa 721/05).



Die für die Praxis eigentlich spannende Frage zu den Folgen für zukünftige Kündigungen wurde indes offen gelassen. Entsprechend der überwiegenden Rechtsprechung gestehen auch die Bundesrichter dem Arbeitgeber für die vor Veröffentlichung des EuGH-Urteils ausgesprochenen Kündigungen einen Vertrauensschutz zu, da eine derartige Handlungspflicht nicht erkennbar war – so auch im vorliegenden Fall. Für Kündigungen bei verspäteter Massenentlassungsanzeige seit 2005 besteht indes eine Tendenz zur Unwirksamkeit der Kündigung (*ArbG Bochum, vom 17.3.2005 - 3 Ca 307/04; ArbG Berlin vom 1.3.2005 - 36 Ca 19726/02*). Für die Auffassung, daß die Wirksamkeit wegen der eindeutigen deutschen Gesetzeslage nicht berührt würde (so *ArbG Krefeld vom 14.4.2005 - 1 Ca 3731/04, ArbG Lörrach vom 24.3.2005 - 2 Ca 496/04*), verbleibt nach der BAG-Entscheidung kein Raum mehr.

Bei einer *fehlenden* Massenentlassungsanzeige ging das BAG bereits von der Unwirksamkeit der Kündigung aus (*BAG vom 16.6.2005 - 6 AZR 451/04*). Ob eine lediglich *verspätete* Massenentlassungsanzeige ebenfalls die Unwirksamkeit herbeiführt oder lediglich die Vollziehung der Entlassung verhindert und somit eine Heilung möglich wäre, bleibt dagegen abzuwarten.

#### **Praxistip:**

Um jedes Risiko auszuschließen, sollte die vollständige Anzeige nachweislich vor Ausspruch der Kündigungen bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen sein.

Weiterhin bestehen i.R.d. Anzeige Unsicherheiten bzgl. der Behandlung der Sperrfrist sowie der Angabe von Kündigungs- und Endzeitpunkt. Hier ist weiterhin ein zweigleisiges Vorgehen zu empfehlen.

#### **Ansprechpartner**



Joachim Zobel

**Joachim Zobel**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Florian Götz

**Florian Götz**  
Rechtsanwalt



Seraphim Ung Kim

**Seraphim Ung Kim**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Alexander von Saenger

**Alexander von Saenger**  
Rechtsanwalt

Schultze & Braun GmbH  
Rechtsanwalts-gesellschaft  
Niederlassung Nürnberg

[www.schubra.de](http://www.schubra.de)

Rothenburger Straße 241  
90439 Nürnberg

Telefon 0911 / 60 001-0  
Telefax 0911 / 60 001-10

Unser Leistungsangebot können Sie unter <http://www.schubra.de/de/arbeitsrecht/arbeitsrecht.php> einsehen.

#### **Haftungsausschluß:**

Die in diesem Newsletter Arbeitsrecht dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten ersetzen nicht die individuelle rechtliche Beratung für den Einzelfall. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.