

## D Problembereich : Freistellung in Aufhebungs- / Abwicklungsverträgen

THOMAS / WEIDMANN, Sozialversicherungsrechtliche Risiken als Folge einer unwiderruflichen Freistellung in Aufhebungsverträgen, in **NJW 2006 Heft 5 S. 257-260**

SCHLEGEL, Versicherungs- und Beitragspflicht bei Freistellung von der Arbeit, in **NZA 2005 Heft 17 S.972-976**

GAGEL, Sperrzeitfragen bei arbeitsgerichtlichen Vergleichen – Überlegungen zur Lösung bereits gelöster Beschäftigungsverhältnisse, in **NZA 2005 Heft 23 S.1328-1332**

MODEREGGER, Russisches Roulette bei Freistellungsklauseln, in **ArbRB 2006 Heft 3 S.90-93**

SPELLBRINK, Der Eintritt einer Sperrzeit gem. § 144 Abs.1 Satz 2 Nr. 1 Alt.1 SGB III bei einvernehmlicher Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, in **BB 2006 Heft 23 S. 1274-1277**

BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 65/01 R - in **NZA-RR 2003 S.105-107**

BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 89/01 R – in **NZA-RR 2003 S.162-163**

BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 100/01 R – in **ArbuR 2002 S.239**

### I **Ausgangspunkt - BSG und Spitzenverbände**

Anlass zur Auseinandersetzung mit diesem Thema bietet die bisherige Praxis bei Auflösung von Arbeitsverhältnissen in Aufhebungs- / Abwicklungsverträgen und Vergleichen mit Regelungen zur Freistellung für den restlichen Lauf der Kündigungsfrist, die mit den Vorgaben der Rechtsprechung des BSG vom 25.04.2002 (s.o.) und dem **Beschluss der Spitzenverbände** der Krankenkassen, des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger und der Bundesagentur für Arbeit hinsichtlich der Folgen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Am **5. und 6.7.2005** haben diese Spitzenverbände entschieden, dass versicherungsrechtlich Beschäftigungsverhältnisse **bei einer einvernehmlichen, unwiderruflichen Freistellung von der Arbeitsleistung mit dem letzten tatsächlichen Arbeitstag enden**. Hierbei soll unerheblich sein, ob das Arbeitsverhältnis als solches weiterbesteht und dem Arbeitnehmer

bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses das geschuldete Arbeitsentgelt fortgezahlt wird.

Die Entscheidung des BSG vom 25.04. 2002 erging eigentlich zur Bestimmung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe nach § 144 Abs. 2 SGB III. Die Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge, Abwicklungsverträge und gerichtlichen Vergleiche ergeben sich allerdings aus dem zu Grunde liegenden Sachverhalt. Die dortige Klägerin schloss mit ihrem Arbeitgeber, nachdem dieser das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, einen Aufhebungsvertrag. In diesem Aufhebungsvertrag war u. a. geregelt, dass die Klägerin bis zum Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist unwiderruflich unter Fortzahlung ihrer Bezüge freigestellt werden sollte. Das BSG war in diesem Punkt der Auffassung, dass das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin mit dem Zeitpunkt des Beginns der unwiderruflichen Freistellung geendet habe. Die Klägerin sei daher mit Beginn der Freistellung arbeitslos gewesen, sodass die Sperrzeit nach § 144 Abs. 2 SGB III ebenfalls mit Beginn der Freistellung ihren Anfang nahm.

§ 144 SGB III	Ruhen bei Sperrzeit
(1)	<b>Hat der Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit. Versicherungswidriges Verhalten liegt vor, wenn</b>  1. <b>der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst</b> oder durch ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt <b>hat</b> (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe),
(2)	<b>Die Sperrzeit beginnt mit dem Tag nach dem Ereignis, das die Sperrzeit begründet</b> , oder, wenn dieser Tag in eine Sperrzeit fällt, mit dem Ende dieser Sperrzeit.

Die Spitzenverbände haben nun diese Rechtsprechung auf sämtliche Bereiche der Sozialversicherung übertragen, sodass lediglich in Fällen der einseitigen Freistellung bzw. der einvernehmlichen aber widerruflichen Freistellung vom Fortbestand eines Beschäftigungsverhältnisses im versicherungsrechtlichen Sinne ausgegangen wird.

## II Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn

**Anknüpfungspunkt** für die Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung wie auch der Arbeitslosenversicherung ist das **Bestehen einer Beschäftigung gegen Entgelt**. Neben der Entgeltlichkeit ist daher Hauptmerkmal einer Beschäftigung. Beide Elemente müssen kumulativ vorliegen.

§ 7 Abs. 1 SGB IV liefert eine **Legaldefinition** für die Beschäftigung. Hiernach ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

### § 1 SGB IV Sachlicher Geltungsbereich

- (1) **Die Vorschriften dieses Buches gelten für die gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte sowie die soziale Pflegeversicherung (Versicherungszweige). Die Vorschriften dieses Buches gelten mit Ausnahme des Ersten und Zweiten Titels des Vierten Abschnitts und des Fünften Abschnitts auch für die Arbeitsförderung. Die Bundesagentur für Arbeit gilt im Sinne dieses Buches als Versicherungsträger.**
- (2) Die Vorschriften des Sechsten Abschnitts gelten auch für die Sozialhilfe und die Grundsicherung für Arbeitsuchende; außerdem gelten die §§ 18 f und 18 g für die Grundsicherung für Arbeitsuchende.
- (3) Regelungen in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuches, die in den Absätzen 1 und 2 genannt sind, bleiben unberührt, soweit sie von den Vorschriften dieses Buches abweichen.

### § 7 SGB IV Beschäftigung

- (1) **Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.** Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.
- (1 a) Ist für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung Arbeitsentgelt fällig, das mit einer vor oder nach diesen Zeiten erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird (Wertguthaben), besteht während der Freistellung eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt, wenn
  1. die Freistellung auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung erfolgt und
  2. die Höhe des für die Zeit der Freistellung und des für die vorausgegangenen zwölf Kalendermonate monatlich fälligen Arbeitsentgelts nicht unangemessen voneinander abweichen und diese Arbeitsentgelte 400 Euro übersteigen.

Beginnt ein Beschäftigungsverhältnis mit einer Zeit der Freistellung, gilt Satz 1 Nr. 2 mit der Maßgabe, dass die Höhe des für die Zeit der Freistellung und des für die Zeit der Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, monatlich fälligen Arbeitsentgelts nicht unangemessen voneinander abweichen darf und diese Arbeitsentgelte 400 Euro übersteigen müssen. Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt besteht während der Zeit der Freistellung auch, wenn die Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, wegen einer im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht vorhersehbaren vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr erbracht werden kann. Die Vertragsparteien können beim Abschluss der Vereinbarung nur für den Fall, dass Wertguthaben wegen der Beendigung der Beschäftigung auf Grund verminderter Erwerbsfähigkeit, des Erreichens einer Altersgrenze, zu der eine Rente wegen Alters beansprucht werden kann, oder des Todes des Beschäftigten nicht mehr für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung verwendet werden können, einen anderen Verwendungszweck vereinbaren. Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht für Beschäftigte, auf die Wertguthaben übertragen werden. Bis zur Herstellung einheitlicher Einkommensverhältnisse im Inland werden Wertguthaben, die durch Arbeitsleistung im Beitrittsgebiet erzielt werden, getrennt erfasst; sind für die Beitrags- oder Leistungsberechnung im Beitrittsgebiet und im übrigen Bundesgebiet unterschiedliche Werte vorgeschrieben, sind die Werte maßgebend, die für den Teil des Inlandes gelten, in dem das Wertguthaben erzielt worden ist.
- (1 b) Die Möglichkeit eines Arbeitnehmers zur Vereinbarung flexibler Arbeitszeiten gilt nicht als eine die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber begründende Tatsache im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes.
- (2) Als Beschäftigung gilt auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung.
- (3) Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat. Satz 1 gilt nicht, wenn Krankengeld,

Verletztengeld, Versorgungskrankengeld, Übergangsgeld oder Mutterschaftsgeld oder nach gesetzlichen Vorschriften Erziehungsgeld bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen oder Wehrdienst oder Zivildienst geleistet wird.

- (4) Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421 I des Dritten Buches oder eine entsprechende Leistung nach § 16 des Zweiten Buches beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige.

Die Rechtsprechung des BSG differenziert den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses nach dem leistungsrechtlichen Begriff für die Arbeitslosenversicherung und den beitragsrechtlichen Begriff in der Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung (sogenannte funktionsdifferenzierte Auslegung).

Ein **Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne** (für ALV) ist in der Regel schon dann zu verneinen, wenn die Beschäftigung faktisch ihr Ende gefunden hat.

Für die Begründung und den Fortbestand eines **Beschäftigungsverhältnisses im beitragsrechtlichen Sinne** (für KV / PflV / RV / ALV) ist die tatsächliche Beschäftigung jedoch keine grundsätzlich zwingende Voraussetzung.

**Für die Parteien** eines Aufhebungsvertrages, Abwicklungsvertrages bzw. gerichtlichen Vergleiches ist jedoch in erster Linie in ihrer Entscheidung der Gesichtspunkt **ausschlaggebend**, das **Beschäftigungsverhältnis nicht vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auslaufen zu lassen**. Um nun nicht nach der Auslegung der Rechtsprechung des BSG durch den Beschluss der Spitzenverbände das Ende eines Beschäftigungsverhältnisses auszulösen und damit den Zustand der Arbeitslosigkeit hervorzurufen, ist es notwendig, dass die Arbeitsvertragsparteien trotz vorübergehender fehlender tatsächlicher Arbeitsleistung den Willen signalisieren, die Beschäftigung in Zukunft fortsetzen zu wollen. Es ist also **wichtig, dass es bei der Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers verbleibt**. Gerade im Fall der unwiderruflichen Freistellung ist dieses Merkmal wegen des fehlenden Fortsetzung willens der Arbeitsvertragsparteien nicht erfüllt. Konsequenterweise ist das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses auch zu verneinen.

### **III Analogie zu § 7 Abs. 1 SGB IV als Lösung ?**

In der zu Grunde liegenden Darstellung von THOMAS / WEIDMANN regen die Verfasser an, zumindest für die Fälle der unwiderruflichen Freistellung, die für die Dauer der maßgeblichen Kündigungsfrist vereinbart wird, über eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB IV weiterhin die Beitragspflicht und Sozialversicherungspflicht für alle Bereiche der Sozialversicherung zu bejahen.

Diese Analogie halten die Verfasser deswegen für angezeigt, weil die Spitzenverbände diese Fälle in der Vergangenheit als beitragspflichtige Beschäftigungsfälle behandelt haben. Die Einführung von § 7 Abs. 1a SGB IV, wonach auch Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung der Sozialversicherungspflicht unterstehen, obwohl auch hier in aller Regel ein Fortsetzungswille zu verneinen ist, zeigt, dass eine **planwidrige Regelungslücke im Gesetz** besteht, die über eine Analogie ausfüllbar wäre.

Die Sinnwidrigkeit der Ausnahme der unwiderruflichen Freistellung in der Kündigungsfrist von der Versicherungspflicht wird offenkundig, wenn man den **Fall der einseitigen widerruflichen Freistellung in der Praxis** verfolgt. Auch in Fällen der einseitigen widerruflichen Freistellung, die ja nach dem Beschluss der Spitzenverbände am Bestehen des Beschäftigungsverhältnisses nichts ändert, wird in weit mehr als der Hälfte der Fälle von der Möglichkeit des Widerrufs keinen Gebrauch gemacht. Auch hier geht das Arbeitsverhältnis, ohne dass eine Arbeitsleistung bis zu dessen Ende tatsächlich vom Arbeitnehmer abverlangt wird, zu Ende und es fehlt daher am Fortsetzungswillen der Parteien. Rein **vom tatsächlichen Ablauf her** - nicht von der rechtlichen Möglichkeit des Arbeitgebers - ist **ein Unterschied** zwischen der unwiderruflichen Freistellung und der widerruflichen Freistellung normalerweise **nicht gegeben**.

#### **IV einvernehmliche, unwiderrufliche Freistellung und ihre Folgen für die soziale Absicherung des Arbeitnehmers**

Bei einer unwiderruflichen Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gilt das Beschäftigungsverhältnis mit dem ersten Tag der Freistellung als beendet. Der Arbeitnehmer ist damit von der Sozialversicherung abzumelden.

#### **Arbeitslosenversicherung / Rentenversicherung**

Somit erwirbt der Arbeitnehmer keine weiteren Anwartschaften in der Arbeitslosenversicherung und in der Rentenversicherung.

Falls der Arbeitnehmer die allgemeine Wartezeit von fünf Jahren nach § 50 Abs. 1 SGB VI erfüllt hat, ist in der gesetzlichen Rentenversicherung eine freiwillige Versicherung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB VI möglich.

##### **§ 7 SGB VI Freiwillige Versicherung**

- (1) **Personen, die nicht versicherungspflichtig sind, können sich für Zeiten von der Vollendung des 16. Lebensjahres an freiwillig versichern.** Dies gilt auch für Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben.
- (2) **Personen, die versicherungsfrei oder von der Versicherung befreit sind, können sich nur dann freiwillig versichern, wenn sie die allgemeine Wartezeit erfüllt haben.** Dies gilt nicht für Personen, die wegen Geringfügigkeit einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit versicherungsfrei sind.
- (3) **Nach bindender Bewilligung einer Vollrente wegen Alters oder für Zeiten des Bezugs einer solchen Rente ist eine freiwillige Versicherung nicht zulässig.**

##### **§ 50 SGB VI Wartezeiten**

- (1) **Die Erfüllung der allgemeinen Wartezeit von fünf Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf**
  1. Regelaltersrente,
  2. Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und
  3. Rente wegen Todes.

Die allgemeine Wartezeit gilt als erfüllt für einen Anspruch auf

  1. Regelaltersrente, wenn der Versicherte bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit oder eine Erziehungsrente bezogen hat,
  2. Hinterbliebenenrente, wenn der verstorbene Versicherte bis zum Tod eine Rente bezogen hat.
- (2) **Die Erfüllung der Wartezeit von 20 Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf Rente wegen voller Erwerbsminderung an Versicherte, die die allgemeine Wartezeit vor Eintritt der vollen Erwerbsminderung nicht erfüllt haben.**
- (3) **Die Erfüllung der Wartezeit von 25 Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf**

1. **Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute und**
  2. **Rente für Bergleute vom 50. Lebensjahr an.**
- (4) **Die Erfüllung der Wartezeit von 35 Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf**
1. **Altersrente für langjährig Versicherte und**
  2. **Altersrente für schwerbehinderte Menschen.**

In der **Arbeitslosenversicherung** ist jedoch eine **freiwillige Weiterversicherung nicht möglich**. Von daher ist es empfehlenswert vor Abschluss einer solchen Freistellungsvereinbarung zu prüfen, ob die allgemeinen Bezugsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld tatsächlich erfüllt sind, d. h. die entsprechende Anwartschaftszeit zurückgelegt worden ist.

### **Krankenversicherung / Pflegeversicherung**

Eine **freiwillige Versicherung** nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bzw. nach § 26 Abs. 1 Satz 1 SGB XI ist nur dann möglich, wenn in den letzten fünf Jahren vor dem Beginn der Freistellung mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor der Freistellung ununterbrochen mindestens 12 Monate eine Versicherung bestanden hat. Der Arbeitnehmer hat auch nur drei Monate Zeit, nach dem Beginn der Freistellungszeit seinen Beitritt anzuzeigen (vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 1 SGB V, § 26 Abs. 1 Satz 3 SGB XI).

<b>§ 9 SGB V Freiwillige Versicherung</b>	
(1)	<b>Der Versicherung können beitreten</b>
1.	<b>Personen, die als Mitglieder aus der Versicherungspflicht ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens vierundzwanzig Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens zwölf Monate versichert waren; Zeiten der Mitgliedschaft nach § 189 werden nicht berücksichtigt,</b>
2.	....
(2)	<b>Der Beitritt ist der Krankenkasse innerhalb von drei Monaten anzuzeigen,</b>
1.	<b>im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 nach Beendigung der Mitgliedschaft,</b>
2.	.....





§ 26 <sup>1</sup> SGB XI	Weiterversicherung
(1)	<p>Personen, die aus der Versicherungspflicht nach § 20 oder § 21 ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden mindestens zwölf Monate versichert waren, können sich auf Antrag in der sozialen Pflegeversicherung weiterversichern, sofern für sie keine Versicherungspflicht nach § 23 Abs. 1 eintritt. Dies gilt auch für Personen, deren Familienversicherung nach § 25 erlischt oder nur deswegen nicht besteht, weil die Voraussetzungen des § 25 Abs. 3 vorliegen. Der Antrag ist in den Fällen des Satzes 1 innerhalb von drei Monaten nach Beendigung der Mitgliedschaft, in den Fällen des Satzes 2 nach Beendigung der Familienversicherung oder nach Geburt des Kindes bei der zuständigen Pflegekasse zu stellen.</p>
(2)	<p>Personen, die wegen der Verlegung ihres Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes ins Ausland aus der Versicherungspflicht ausscheiden, können sich auf Antrag weiterversichern. Der Antrag ist bis spätestens einen Monat nach Ausscheiden aus der Versicherungspflicht bei der Pflegekasse zu stellen, bei der die Versicherung zuletzt bestand. Die Weiterversicherung erstreckt sich auch auf die nach § 25 versicherten Familienangehörigen oder Lebenspartner, die gemeinsam mit dem Mitglied ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in das Ausland verlegen. Für Familienangehörige oder Lebenspartner, die im Inland verbleiben, endet die Familienversicherung nach § 25 mit dem Tag, an dem das Mitglied seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt.</p>
	<p><b>Fußnoten:</b> 1</p> <p>Siehe hierzu Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. April 2001 – 1 BvR 81/98 – wird folgende Entscheidungsformel veröffentlicht:</p> <p>1. Die Regelungen des Elften Buches Sozialgesetzbuch vom 26. Mai 1994 (Bundesgesetzblatt I Seite 1014, 1015) über den Zugang zur gesetzlichen Pflegeversicherung sind mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes insoweit unvereinbar, als durch sie Personen generell vom Zugang ausgeschlossen sind, die bei Inkrafttreten des Elften Buches Sozialgesetzbuch keinen die Versicherungspflicht nach diesem Gesetz begründenden Tatbestand erfüllten.</p> <p>2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2001 nach Maßgabe der Gründe eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.</p> <p>Die vorstehende Entscheidungsformel hat gemäß § 31 Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Gesetzeskraft.</p> <p>(Vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 81/98 –, BGBl. I S. 774).</p>

## Folgen auf Arbeitgeberseite

Die Abführung der Pflichtbeiträge trotz fehlender Sozialversicherungspflicht begründet keinen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Sozialversicherung. Allerdings können zu Unrecht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge nach § 26 SGB IV zurückgefordert werden.

§ 26 SGB IV	Beanstandung und Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge
(1)	<p>Sind Pflichtbeiträge in der Rentenversicherung für Zeiten nach dem 31. Dezember 1972 trotz Fehlens der Versicherungspflicht nicht spätestens bei der nächsten Prüfung beim Arbeitgeber beanstandet worden, gilt § 45 Abs. 2 des Zehnten Buches entsprechend. Beiträge, die nicht mehr beanstandet werden dürfen, gelten als zu Recht entrichtete Pflichtbeiträge.</p>
(2)	<p>Zu Unrecht entrichtete Beiträge sind zu erstatten, es sei denn, daß der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs auf Grund dieser Beiträge oder für den Zeitraum, für den die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind, Leistungen erbracht oder zu erbringen hat; Beiträge, die für Zeiten entrichtet worden sind, die während des Bezugs von Leistungen beitragsfrei sind, sind jedoch zu erstatten.</p>
(3)	<p>Der Erstattungsanspruch steht dem zu, der die Beiträge getragen hat. Soweit dem Arbeitgeber Beiträge, die er getragen hat, von einem Dritten ersetzt worden sind, entfällt sein Erstattungsanspruch</p>

## V **Hinweispflicht des Arbeitgebers ?**

Überträgt man die Rechtsprechung des BAG in seinem Urteil vom 12.12.2002 (Az. 8 AZR 497/01 in NZA 2003 Heft 12 S. 687), wonach den Arbeitgeber bei einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsvertrages Hinweispflichten und Aufklärungspflichten treffen können, auf die Fälle, in denen zeitlich nach dem Beschluss der Spitzenverbände vom 5/6.7.2005 unwiderrufliche Freistellungen vereinbart werden, so wird man nicht umhinkommen, auch hier eine entsprechende Beratungspflicht des Arbeitgebers zu bejahen.

THOMAS / WEIDMANN schlagen in ihrem Aufsatz folgende Formulierung für eine Klausel vor:

*" Die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer sich im Hinblick auf etwaige negative Konsequenzen dieser Freistellungsvereinbarung bezüglich seines gesetzlichen Sozialversicherungsschutzes sowie des Bezugs von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch an die für ihn zuständige Agentur für Arbeit wendet und sich mit den entsprechenden Sozialversicherungsträgern in Verbindung setzt. "*