

L 5 R 425/08

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 30 R 2948/06

Datum

21.02.2008

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 5 R 425/08

Datum

26.07.2011

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 12 R 18/11 R

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zur Beitragsfreiheit von SFN-Zuschlägen im Gastronomie-Bereich

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts München vom 21. Februar 2008 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Der Kläger trägt die Kosten beider Rechtszüge.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen eine Beitragsnachforderung aufgrund einer Betriebsprüfung. Der vorliegende Rechtsstreit ist ein Musterverfahren für die beitragsrechtliche Behandlung von Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschlägen, die sich in gegenseitiger Variabilität berechnen.

1.

Der Kläger betreibt die Gaststätte "Café P." in A-Stadt. Dort beschäftigte er den Beigeladenen zu 1) vom 01.04.2003 bis zum 30.11.2004 als Koch. Gemäß Arbeitsvertrag vom 01.04.2003 war in § 4 ein Bruttobasislohn je arbeitsrechtlich geschuldeter Arbeitsstunde von 7,00 EUR vereinbart. Darüber hinaus war verabredet: "Zusätzlich erhält er die aus seiner Arbeitszeit resultierenden möglichen SFN-Zuschläge nach EstG 3 b als Teillohn des vereinbarten durchschnittlichen Effektivlohns pro Stunde für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden. Der vereinbarte durchschnittliche Effektivlohn (Auszahlung) beträgt 7,47 EUR pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Sollte sich aufgrund der Arbeitszeitplanung ein geringerer durchschnittlicher Auszahlungsbetrag pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde als hier vereinbart ergeben, so ist der Basisgrundlohn für diesen Abrechnungszeitraum (monatlich) so zu erhöhen (Grundlohnergänzung), dass sich hieraus der vereinbarte durchschnittliche Auszahlungsbetrag pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde ergibt." Der Kläger führte auf der Grundlage dieser Vereinbarung monatliche Nachweise, in denen tagbezogen jeweils die geleisteten Arbeitsstunden nach Uhrzeit sowie die Zuschlagszeiten getrennt aufgelistet sind, er fertigte daraus monatliche Entgeltabrechnungen, versteuerte und verbeitragte das Entgelt und zahlte dem Beigeladenen zu 1) das jeweilige Nettoentgelt aus.

Aufgrund Betriebsprüfung vom 28.07. bis 27.12.2004 an sechs Tagen forderte die Beklagte nach Anhörung des Klägers mit Bescheid vom 28.12.2004 für den Prüfzeitraum vom 01.01.2000 bis 30.11.2004 an Beiträgen 36.598,00 EUR nach. Bezogen auf den Beigeladenen zu 1) weist die Nachforderung für 2003 Nachforderungen iHv 1.267,78 EUR, für Januar bis März 2004 iHv 386,58 EUR sowie für April bis November 2004 iHv 1.026,76 EUR aus. Zur Begründung gab die Beklagte an, die SFN-Zuschläge seien zu Unrecht als beitragsfrei behandelt worden. Denn faktisch habe der Beigeladene zu 1) die Zuschläge nicht als zusätzliche Leistungen erhalten, so dass Beitragsfreiheit nicht gegeben sei. Nach dem Arbeitsvertrag habe der Kläger als Arbeitgeber den Effektivlohn unabhängig davon geschuldet, ob und in welcher Höhe die Voraussetzungen der SFN-Zuschläge erfüllt gewesen seien, sodass sich im Berechnungswege der Lohn für geleistete Arbeit um den Betrag verringert habe, der eigentlich als Zuschlag hätte gelten sollen. Damit habe der Beschäftigte nicht von den SFN-Zuschlägen profitieren können, sondern er habe eine Minderung des Grundlohns erlitten. Es habe eine Verrechnung einer Lohnart mit der anderen stattgefunden, nicht aber sei eine zusätzliche Leistung gezahlt worden. So sei die gesetzgeberische Intension der Privilegierung einer Leistung für besonders schwere Arbeitszeiten verloren gegangen.

Gegen diese Beurteilung verwarnte sich der Kläger im anschließenden Widerspruchsverfahren, weil klar und einwandfrei die Höhe der SFN-Zuschläge feststellbar sei. Arbeitsrechtlich zulässig hätten die Beteiligten im Arbeitsvertrag einen Bruttolohn und zusätzlich Zuschläge für

die SFN-Zeiten entsprechend [§ 3b EStG](#) vereinbart. Eine Verrechnung finde nicht statt, die Zuschläge seien zusätzlich gezahlt. Dem schloss sich die Beklagte nicht an und wies mit Widerspruchsbescheid vom 09.10.2006 in Bezug auf den Beigeladenen zu 1) den Widerspruch als vollumfänglich unbegründet zurück (ein Teilabhilfebescheid vom 25.07.2006 betraf den vorliegenden Streitfall nicht). Zur Begründung führte die Beklagte aus, die Berechnungsmethode von Grundlohn, Ergänzungslohn und Effektivlohn führe dazu, dass für SFN-Zeiten keine Zusatzleistung, sondern eine mit anderen Lohnarten zu verrechnende Arbeitgeberleistung erbracht würde. Dadurch werde der Zweck der gesetzlichen Regelung unterlaufen, den Beschäftigten ein höheres Nettoarbeitsentgelt für besonders erschwerte Arbeitszeiten zukommen zu lassen.

2.

Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht München erhoben und Bescheidaufhebung beantragt. Er hat im Wesentlichen vorgetragen, die Vergütungsabrede mit Basislohn, Ergänzungslohn und Effektivlohn solle eine möglichst gleichmäßige Entlohnung sicherstellen, um ein Wettrennen der Arbeitnehmer um die steuerbegünstigten SFN-Zeiten zu vermeiden, stelle aber mitnichten eine Verrechnung der Lohnarten untereinander dar. Die Zuschläge führten anders als von der Beklagten behauptet zu einer höheren Nettoszahlung. Die einzelnen Entgeltabrechnungen belegten, dass weniger Stunden geleistet werden müssten, je mehr SFN-Arbeiten erbracht würden, um den gleichen Lohn zu erhalten. Zur Untermauerung hat der Kläger auf ein in anderer Sache erstelltes Rechtsgutachten des Prof. Dr. Klaus Offerhaus hingewiesen, welches dieser unter dem 12.01.2007 zur vorliegend auch angewandten Berechnung von SFN-Zuschlägen erstellt hatte.

Mit Urteil vom 21.02.2008 hat das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vollumfänglich aufgehoben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, es liege keine rechtsfehlerhafte Nettolohnvereinbarung vor. Dieser Vorwurf sei von der Beklagten zuletzt auch nicht mehr erhoben worden. Ebenso wenig sei der Vorwurf einer unzulässigen Umwandlung von eigentlich steuer- und beitragspflichtigen Lohnbestandteilen in beitragsfreie Leistungen zu erheben. Sachlich sei die vorliegende Entgeltberechnung damit zu begründen, dass die Beschäftigten weitgehend von Zufallsschwankungen entlastet würden, die sich bei einer Entlohnung lediglich mit dem Grundlohn und mit Zuschlägen aus den Zufälligkeiten einer Dienstplangestaltung ergeben würden.

3.

Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt im Wesentlichen mit der Begründung, die SFN-Zuschläge seien bei Anwendung der vorliegenden Berechnungsmethode nicht zusätzlich gezahlt worden. Die Arbeitnehmer erhielten nicht eine Sonderleistung privilegierter Natur zum Ausgleich besonders belastender Arbeitszeiten. Der durchschnittliche Effektivlohn (Auszahlungsbetrag) sei im Wesentlichen ein einheitlicher Grundlohn, bei welchem sich eine Anrechnung der SFN-Zahlungen ergebe.

Der Kläger hat erwidert, die Beklagte übersehe die tatsächliche Handhabung der Entgeltabrechnung, bei der tatsächlich für SFN-Zeiten zusätzliche Leistungen erbracht würden. Ergänzend hat er sich bezogen auf ein rechtswissenschaftliches Gutachten der Prof. Dr. Felix und der Judith Brockmann sowie auf das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 17.06.2010 / VI R 50/90, welches die Steuerfreiheit der streitgegenständlichen Berechnungsmethode bestätigt hatte. Dieser Entscheidung sei die Finanzverwaltung zwischenzeitlich gefolgt.

Im Erörterungstermin vom 10.05.2011 hat der Kläger angegeben, dass es tatsächlich vorgekommen sei, dass durch die vorliegende Berechnungsmethode ein eigentlich zu hoher Nettolohn entstanden sei. Die arbeitsvertraglich eigentlich zulässige Rückforderung habe er aber nicht vorgenommen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26.07.2011 hat der Senat die Berufung im Falle des Beigeladenen zu 1) von den Fällen der übrigen beigeladenen Arbeitnehmern abgetrennt und jene unter einem gesonderten Aktenzeichen fortgeführt. Auf Antrag der Beteiligten wurde insoweit das Ruhen des Verfahrens angeordnet.

Die Beklagte beantragt zuletzt,

das Urteil des Sozialgerichts München vom 21.02.2008 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 28.12.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.10.2006 abzuweisen.

Der Kläger beantragt zuletzt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren die Betriebsprüfungsakten der Beklagten. Darauf sowie auf Gerichtsakten beider Rechtszüge wird zur Ergänzung des Tatbestandes Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 151 SGG](#)) und auch begründet. Die Beitragsnachforderung der Beklagten ist dem Grunde und auch der Höhe nach nicht zu beanstanden, sodass das entgegenstehende Urteil des Sozialgerichts München aufgehoben und die Klage vollumfänglich abgewiesen wird.

1.

Nach [§ 28 p Abs. 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihren sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. In dem Zusammenhang umfasst die Prüfung auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden ([§ 28 p Abs. 1 Satz 4 SGB IV](#)). Gemäß [§ 28 p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#) erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.

In der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung liegt bei versicherungspflichtig Beschäftigten der Beitragsbemessung für den vom Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag gem. §§ 28d, 28e SGB IV das Arbeitsentgelt zugrunde (§ 226 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V, § 57 Abs 1 SGB XI, § 162 Nr 1 SGB VI, § 342 SGB III). Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs 1 Satz 1 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung gem. § 7 Abs. 1 SGB IV, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 Nummer 1 SGB IV bestimmt die Arbeitsentgeltverordnung (ArEV - in der für den hier streitigen Zeitraum anzuwendenden Fassung d. Art. 1 Nr. 1 V v. 12.12.1989 - BGG I Seite 2177 = FNA 860-4-1-1), dass einmalige Einnahmen oder laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse oder ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, und steuerfreie Einnahmen ganz oder teilweise nicht als Arbeitsentgelt gelten.

In § 3 b EStG ist bestimmt, welche Zuschläge steuerfrei sind. Dies sind Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit, die "neben dem Grundlohn" gezahlt werden (§ 3 b Abs. 1 Nr. 1 EStG). Grundlohn ist dabei der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht (§ 3 b Abs. 2 S. 1 EStG). Nachtarbeit ist die Arbeit in der Zeit von 20:00 bis 6:00 Uhr (§ 3 b Abs. 2 S. 2 EStG); zusätzlich legt § 3 b EStG Zuschlagsätze fest je nach Uhrzeiten sowie Feiertagen, an welchen die Arbeit erbracht wird.

Ausgangspunkt für die Steuerfreiheit gemäß § 3 b EStG und für die Beitragsfreiheit in § 1 ArEV ist das Arbeitszeitgesetz. Dieses regelt die Zulässigkeit von Arbeitszeit und setzt der Erwerbstätigkeit in einem abhängigen Arbeitsverhältnis zeitliche Obergrenzen. Zugleich wird die Arbeit zu Nachtzeiten und zu Feiertagszeiten zunächst nicht gestattet und nur in einem besonderen Ausnahmeregelungssystem zugelassen. Neben den differenzierten Regelungen zur Nacharbeit bestimmt § 6 Arbeitszeitgesetz in Abs. 5, dass der Arbeitgeber - soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen - dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren hat. Diese arbeitsrechtliche Pflicht einer zusätzlichen Vergütung in Form eines "angemessenen Zuschlags" hat ihren Ausgangspunkt darin, dass Arbeit zur Nachtzeit eine besondere Belastung darstellt (vgl. BAG Urteil vom 11.02.2009 - 5 AzR 148/08 zur Angemessenheit eines Zuschlags; Urteil vom 27.05.2003 - 9 AzR 180/02 - dort Ziffer 25, zitiert nach juris). Nach dieser Rechtsprechung ist konkretisiert, dass ein angemessener Zuschlag von 25 v.H. regelmäßig die mit Nachtarbeit verbundenen Erschwernisse ausgleicht.

2.

In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall ist zunächst festzustellen, dass der Kläger seinen Nachweis- und Aufzeichnungspflichten gem. § 28f SGB IV sowie nach den auf Grund von § 28n SGB IV erlassenen Regelungen in Bezug auf die Arbeitszeiten des Beigeladenen zu 1) Monat für Monat während der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses vollumfänglich nachgekommen ist. Der Kläger hat lückenlos tageweise die Arbeitsstunden des Beigeladenen zu 1), deren Uhrzeitbeginn und Uhrzeitende aufgeführt und die entsprechenden Zeiten den Uhrzeiten bis 24.00 Uhr, den Sonntagszeiten und Feiertagszeiten zugeordnet. Diese Aufzeichnungen und Nachweise hat die Beklagte demzufolge auch akzeptiert und zutreffend nicht beanstandet.

3.

Allerdings führt die streitige Behandlung der SFN-Zuschläge dazu, dass mangels hinreichender Bestimmbarkeit der beitragsfreien Entgeltbestandteile bei Beschäftigungsbeginn die Versicherungspflicht oder -freiheit der ausgeübten Tätigkeit nicht ausreichend sicher festgestellt werden kann.

a)

Damit versicherungspflichtig Beschäftigte in ihrem gesetzlich zugewiesenen Schutz der Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung stehen, muss dieser bereits ab dem ersten Moment der Arbeitsaufnahme vorhanden sein; dieser Schutz darf nicht erst mit Zufluss des Arbeitsentgeltes entstehen. Spiegelbildlich zum Sozialversicherungsschutz entstehen Sozialversicherungsbeiträge bereits mit Aufnahme der Tätigkeit, § 22 SGB IV. Zu diesem Zeitpunkt muss klar bestimmbar sein, ob und in welchem Umfang abhängig Beschäftigte versicherungspflichtig sind. Die Versicherungspflicht wiederum hängt aufgrund mehrfacher Regelungen ab von der Höhe des Arbeitsentgelts. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, § 7 Abs. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI, § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI lassen eine Beschäftigung wegen Entgeltgeringfügigkeit versicherungsfrei, wenn das regelmäßige Arbeitsentgelt monatlich 400 EUR nicht übersteigt. Versicherungsfrei in der Kranken- und Pflegeversicherung sind Beschäftigte, deren Lohn oder Gehalt die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschreitet § 6 Abs. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI. Um Versicherungspflicht oder -freiheit feststellen zu können, ist es unerlässlich, dass bei Entstehung des Beitragsanspruchs, also mit Aufnahme der Tätigkeit (§ 22 Abs. 1 SGB IV), anhand der Höhe des Arbeitsentgelts das Über- oder Unterschreiten dieser Entgeltgrenzen abgesehen werden kann. Wie das BSG hierzu dargelegt hat, kann es im Sozialversicherungsrecht aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich nicht hingenommen werden, dass nach Entstehung des Beitragsanspruchs die Bestimmung über die endgültige Höhe des Arbeitsentgelts und damit die Höhe der Beiträge von ungewissen, in der Zukunft liegenden Ereignissen abhängt. Die Versicherungsträger - und auch die nach § 28a SGB IV meldepflichtigen Arbeitgeber - müssen bei Entstehung des Beitragsanspruchs anhand der Höhe des Arbeitsentgelts das versicherte Risiko bestimmen können (vgl BSG Urteil vom 26.1.2005 - B 12 KR 3/04 R RdNr 24 mWn - zitiert nach juris). Dieses Entstehungsprinzip ist auch als verfassungsrechtlich nicht bedenklich eingestuft worden (BVerfG, Beschluss vom 11.09.2008 - 1 BvR 2007/05).

b)

Den so beschriebenen Anforderungen der Entgeltbestimmbarkeit bereits bei Arbeitsaufnahme genügt das Abrechnungsmodell des Klägers nicht.

Durch das System von Basisgrundlohn, Effektivlohn und Grundlohnergänzung, die in gegenseitiger Variabilität stehen, sind beitragspflichtige Bruttoentgelte und beitragsfreie Zuschlagsleistungen nicht klar genug vorausberechenbar. Denn wann die Arbeitnehmer des Klägers - hier der Beigeladene in seiner Tätigkeit als Koch - zu SFN-Zeiten tätig sein sollte, ist nicht für jeden Monat absehbar, da sich die Arbeit des Gastro-Personals des Klägers u.a. je nach dem Zustrom der Gäste, deren Bestellungen und Speisenanforderungen im Restaurant des Klägers richtete. Damit ist entsprechend der arbeitsvertraglich vereinbarten Entgeltberechnung nicht klar, in welcher Höhe beitragspflichtiges Entgelt einerseits und beitragsfreie Zuschläge andererseits zu zahlen sein würden, denn diese standen in wechselseitiger Abhängigkeit zueinander.

Zudem ließe das Abrechnungsmodell des Klägers - zwar nicht im Falle des Beigeladenen, aber möglicherweise für im Betriebsprüfzeitraum tätige Bediensteten, mit denen für Arbeiten zu Nachtzeiten tätig ein Basisgrundlohn von 3,50 EUR bis 4,00 EUR vereinbart war - es zu, dass ein beitragsrechtlich nicht anzuerkennender Niedriglohn entsteht. Dann kann bei einem Niedriglohn, der zwei Drittel unter dem tariflichen/ortsüblichen Lohn liegt, nicht das tatsächlich geleistete Bruttoentgelt, sondern das arbeitsrechtlich geschuldete Entgelt (BAG Urteil vom 24.03.2004 - [5 AZR 303/03](#); LAG Bremen Urteil vom 28.8.2008 - [3 Sa 69/08](#); Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern Urteil vom 2.11.2010 - [5 Sa 91/10](#)) fiktiv der Beitragsberechnung zugrunde zu legen sein (sog. Phantomlohn). Dieser Lohnvergleich zwischen gezahlter und arbeitsrechtlich nicht zu unterschreitender Vergütung wäre nach der zwischen Kläger und Beigeladenem vereinbarten und praktizierten Berechnungsmethode der gegenseitigen Variabilität aber nicht möglich.

Dabei ist zu beachten, dass wegen des Prinzips des Ausgleichszuschlags in § 1 ArEV nur "zusätzliche" Leistungen des Arbeitgebers zum geschuldeten Brutto-Entgelt beitragsrechtlich privilegiert sind. Wie den Abrechnungen im Falle des Beigeladenen zu entnehmen ist und wie die Betriebsprüfungsakten der Beklagten in einer Vielzahl der parallel laufenden Fälle aus der streitigen Betriebsprüfung belegen, lässt sich nicht hinreichend sicher vorausberechnen, in welchem Umfange die SFN-Leistungen zusätzlich zum beitragspflichtigen Brutto gezahlt werden. Damit aber ist die Zusätzlichkeit als Ausgangspunkt der sozialrechtlichen Beitragsprivilegierung bei Tätigkeitsbeginn nicht klar genug erkennbar.

c)

An dieser Stelle ergibt sich ein Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, der die streitige Methode zur Ermittlung der steuerfreien SFN-Zuschläge als mit [§ 3 b EStG](#) im Einklang stehend erachtet hat (Urteil vom 17.06.2010 - 6 R 50/09). Diese unterschiedliche Behandlung im Steuer- und im Beitragsrecht rechtfertigt sich jedoch aus sachlichen Gründen.

Die maßgeblichen Normen unterscheiden sich bereits im Wortlaut. [§ 3 b EStG](#) spricht von "neben", § 1 ArEV von "zusätzlich" zum Entgelt erbrachten Leistungen.

Zudem beruhen beide Regelungen auf einem wesentlichen Unterschied in der sozialrechtlichen und steuerrechtlichen Behandlung von Arbeitsentgelt. Während im Sozialversicherungsrecht an dieser Stelle das Entstehungsprinzip Geltung besitzt (BSG Urteil vom 26.1.2005 - [B 12 KR 3/04 R](#)), folgt das Steuerrecht dem Zuflussprinzip. Denn die Einkommensteuer wird gem. [§ 25 Abs. 1 EStG](#) als Jahressteuer erhoben. Nach Ablauf eines Kalenderjahres (Veranlagungszeitraum) wird das Einkommen veranlagt, das der Steuerpflichtige in diesem Veranlagungszeitraum bezogen hat. Während also die Einkommenssteuer eine Jahressteuer ist und es damit für die Besteuerung grundsätzlich ohne besondere Bedeutung ist, wann und zu welchem Zeitpunkt im Veranlagungszeitraum die Entgelt- oder Zusatzzahlung erfolgt, benötigt das Beitragsrecht wegen des Entstehungsprinzips klare Ausgangspunkte, um mit der Aufnahme einer Tätigkeit deren Sozialversicherungspflicht oder -freiheit feststellen zu können.

d)

Als Folge der mangelhaften Entgeltbestimmbarkeit ergibt sich, dass die vom Kläger erbrachten SFN-Leistungen vollständig der Beitragspflicht zu unterwerfen sind, wie es die Beklagte im strittigen Bescheid getan hat. Zwar kann anhand der zutreffenden Aufzeichnungen des Klägers Monat für Monat im Nachhinein die Höhe des Bruttolohnes ebenso bestimmt werden wie die Höhe der steuerfrei gezahlten SFN-Zuschläge. Jedoch ist dies erst nach Ende des jeweiligen Abrechnungsmonats möglich (und tatsächlich auch erfolgt). Ein solches Vorgehen ist aber mit dem Entstehungsprinzip nicht zu vereinbaren.

4.

Die Beklagte hat die SFN-Leistungen des Klägers für den Beigeladenen zu Recht auch deshalb der Beitragspflicht unterworfen, weil die tatsächliche Berechnung der SFN-Zuschläge fehlerhaft war.

Hierzu ist festzustellen, dass nach dem Arbeitsvertrag vom 01.04.2003 in § 4 ein Bruttobasislohn je arbeitsrechtlich geschuldeter Arbeitsstunde von 7,00 EUR sowie folgendes zusätzlich vereinbart war: "Zusätzlich erhält er die aus seiner Arbeitszeit resultierenden möglichen SFN-Zuschläge nach EStG 3 b als Teillohn des vereinbarten durchschnittlichen Effektivlohns pro Stunde für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden. Der vereinbarte durchschnittliche Effektivlohn (Auszahlung) beträgt 7,47 EUR pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Sollte sich aufgrund der Arbeitszeitplanung ein geringerer durchschnittlicher Auszahlungsbetrag pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde als hier vereinbart ergeben, so ist der Basisgrundlohn für diesen Abrechnungszeitraum (monatlich) so zu erhöhen (Grundlohnergänzung), dass sich hieraus der vereinbarte durchschnittliche Auszahlungsbetrag pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde ergibt."

In Auswertung der Stundennachweise und Lohnabrechnungen in der Zeit vom 01.04.2003 bis 30.11.2004, deren Dokumentation die Betriebsprüfungsakte der Beklagten vollständig, enthält, ist zunächst festzustellen, dass der Kläger die Entgeltabrechnungen nicht vollständig an dieser Vereinbarung ausgerichtet hat. Dies belegen die drei nachfolgenden repräsentativen Abrechnungsmonate stellvertretend für die gesamte strittige Zeit.

a) Februar 2004

Im Februar 2004 sind 175,50 Stunden Gesamtarbeitszeit dokumentiert, davon 46 Stunden zur Nachtarbeitszeit N1 (bis 24:00 Uhr) sowie 37,50 Stunden Sonntagsarbeit.

Abgerechnet wurden:

SFN-Zuschläge steuerfrei 298,50 EUR

Lohn gewerblich 1.140,75 EUR

Ergänzungslohn 448,06 EUR

Essensgeld 46,44 EUR

Werkzeuggeld 16,00 EUR

anteiliges Urlaubsgeld 29,84 EUR

Weihnachtsgeld anteilig 66,69 EUR

Als Stundenlohn ohne Zuschläge ergeben sich insoweit 6,50 EUR.

Nur in der Summe von Lohn, Essensgeld und Werkzeuggeld von 1.233,03 EUR ergibt sich (fast) der vereinbarte Stundenlohn von 7,00 EUR (exakt: 7,03 EUR). Der Kläger hat somit die nicht stundenbezogenen Leistungen Essens- und Werkzeuggeld in den Stundenlohn einberechnet. Soweit die Aufteilung in Basislohn, Grundlohnergänzung und Effektivlohn als zulässig angesehen würde, müsste dies voraussetzen, dass die Abrechnung auch peinlich genau nach dieser Aufteilung erfolgt und nicht stundenbezogene Vergütungsbestandteile wie Werkzeuggeld oder Essensgeld bei der Berechnung vollständig ohne Berücksichtigung blieben.

b) Mai 2004

Summe geleisteter Stunden 176,00 Stunden
Nachtzuschlagszeiten N1 (bis 24:00 Uhr) 60,00 Stunden
Sonntagsarbeit S 24,00 Stunden
Feiertagsarbeit F 16,00 Stunden
hohe Feiertagsarbeit (HF -1. Mai) 8,00 Stunden

Abgerechnet wurden:

SFN-Zuschläge steuerfrei 464,90 EUR
Lohn gewerblich 1.144,00 EUR
Ergänzungslohn 89,26 EUR
Essensgeld 56,76 EUR
Werkzeuggeld 16,00 EUR
Anteiliges Urlaubsgeld 29,92 EUR
Weihnachtsgeld anteilig 66,88 EUR

Als Stundenlohn ohne Zuschläge ergeben sich insoweit 1.144,00 EUR./ 176 Std = 6,50 EUR. Nur in der Summe von Lohn, Essensgeld und Werkzeuggeld von 1.216,76 EUR ergibt sich (fast) der vereinbarte Stundenlohn von 7,00 EUR (exakt: 6,91 EUR). Der Kläger hat somit wieder die nicht stundenbezogenen Leistungen Essens- und Werkzeuggeld in den Stundenlohn einberechnet.

c) Oktober 2004

Geleistete Stunden 168,00 Stunden
Zuschlagszeiten N1 (bis 24:00 Uhr) 72,00 Stunden
Sonntagszeiten S 32,00 Stunden

Abgerechnet wurden:

SFN-Zuschläge steuerfrei 322,86 EUR
Lohn, gewerblich 1.092,00 EUR
Ergänzungslohn 359,33 EUR
Essensgeld 51,60 EUR
Werkzeuggeld 16,00 EUR
anteiliges Urlaubsgeld 24,56 EUR
Weihnachtsgeld anteilig 63,84 EUR

Als Stundenlohn ohne Zuschläge ergeben sich insoweit 1.092,00 EUR./168 Std = 6,50 EUR.

Nur in der Summe von Lohn, Essensgeld und Werkzeuggeld von 1.159,60 EUR ergibt sich (fast) der vereinbarte Stundenlohn von 7,00 EUR (exakt: 6,90 EUR). Der Kläger hat somit erneut die nicht stundenbezogenen Leistungen Essens- und Werkzeuggeld in den Stundenlohn einberechnet.

Die so festgestellte Fehlerhaftigkeit weisen sämtliche Entgeltabrechnungen des Klägers für den streitgegenständlichen Fall auf. Der Kläger hat also sein besonderes Berechnungssystem aus Basislohn, Grundlohnergänzung und Effektivlohn selbst nicht konsequent durchgeführt. Das Entlohnungssystem des Klägers, das die Höhe beitragspflichtiger und beitragsfreier Entgeltbestandteile in gegenseitiger Variabilität zueinander stellt, könnte aber beitragsrechtlich allenfalls dann Anerkennung finden, wenn es stets den eigenen Vorgaben genügend centgenau und fehlerfrei angewandt würde. Daran fehlt es aber hier.

Dies hat zur Folge, dass die zu Unrecht als beitragsfrei behandelten SFN-Leistungen vollumfänglich zu verbeitragen sind. Denn wegen der gegenseitigen Variabilität von Entgelt und SFN-Leistung ist es nicht möglich, zweifelsfrei zu ermitteln, in welcher Höhe der Kläger und der Beigeladene bei Vertragsschluss das beitragspflichtige Entgelt für den Fall der Fehlerhaftigkeit der Entgeltvereinbarung bestimmt hätten. Ebenso wenig gäbe es ausreichenden Anhalt für eine willkürfreie Schätzung des mutmaßlich zu verbeitragenden Entgelts, die einschlägigen Tarifwerke beinhalten gerade keine gegenseitige Variabilität von Brutto-Stunden-Vergütung und Zuschlag.

5.

Aus diesen Gründen hat die Beklagte zu Recht die vom Kläger durchgeführte Abrechnungsmethode der "Zuschläge" für SFN-Zeiten beanstandet und die entsprechenden Beträge vollumfänglich der Beitragspflicht unterworfen. Die Höhe der nachzufordernden Beiträge ist ausgehend von den dokumentierten Entgeltzahlungen zutreffend errechnet worden, so dass die in der streitigen Entscheidung der Beklagten ausgewiesene Beitragsnachforderung für die Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) auch der Höhe nach nicht zu beanstanden ist.

6.

Zusammenfassend ist auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#), [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

Die Revision wird wegen der weitreichenden Bedeutung der Angelegenheit und wegen der fehlenden Parallelität zur steuerrechtlichen Behandlung gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2012-03-29