

L 11 R 1580/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 14 R 755/11
Datum
26.01.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 1580/12
Datum
30.09.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 26.01.2012 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 24.265,84 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für an die Beigeladenen 1) bis 5) vom 01.04.2006 bis 31.12.2009 beitragsfrei gezahlte Lohnanteile für Sonn- und Feiertagsarbeit rechtmäßig in Anspruch genommen worden ist.

Die Klägerin betreibt mehrere Kreuzfahrtschiffe auf der Donau. Sie beschäftigte den Beigeladenen zu 1) vom 01.12.2006 bis 31.12.2009 als Maschinist auf der MS R. Als monatliches Nettogehalt wurde dabei ein Betrag iHv 1.600 EUR vereinbart. Der Beigeladene zu 2) wurde von der Klägerin ebenfalls als Maschinist auf der MS R., allerdings nur für den Zeitraum vom 01.04.2007 bis 31.07.2007 zu einem monatlichen Nettoentgelt von 1.400 EUR netto bei einer 40-Stunden-Woche beschäftigt. Vom 01.03.2008 bis 31.12.2008 war der Beigeladene zu 3) ebenfalls als Maschinist auf der MS R. im Rahmen einer 40-Stunden-Woche bei einem Nettogehalt von 820 EUR beschäftigt. Der Beigeladene zu 4) war im Zeitraum vom 10.04.2006 bis 15.11.2006 als Koch auf der MS F. L. und vom 01.04.2007 bis 31.10.2007 als Koch auf der MS R. zu einem monatlichen Nettogehalt von 850 EUR beschäftigt. Der Beigeladene zu 5) war schließlich im Zeitraum vom 01.04.2006 bis 15.11.2006 als zweiter Offizier auf der MS F. L. zu einem monatlichen Nettogehalt von 1.650 EUR beschäftigt.

Den Arbeitsverhältnissen lagen lediglich mündlich geschlossene Arbeitsverträge sowie die Betriebsvereinbarung vom 20.05.2003 zugrunde. § 1 regelt die Hausordnung und in § 2 sind Ausführungen zur Arbeitskleidung enthalten. In § 3 (Urlaubssperre) ist ausgeführt, dass aus betrieblichen Gründen (Saisongeschäft) es notwendig sei, dass alle Mitarbeiter am Arbeitsplatz anwesend seien. Für den Zeitraum vom 15.04. bis 15.10. könne daher kein Urlaub gewährt werden. In § 4 (Zuschläge) wird weiter ausgeführt, dass die Betriebsvereinbarung dem Zwecke diene, eine einheitliche Zahlung von Sonn- und Feiertagszuschlägen sowie Nachtarbeit nach den jeweils gültigen gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren bzw zu erreichen. Die geleisteten Nacht-, Sonn- und Feiertagsstunden seien von den Mitarbeitern aufzuzeichnen und nach Ablauf des Monats unaufgefordert an den Arbeitgeber auszuhändigen. § 5 und 6 der Betriebsvereinbarung befassen sich sodann mit dem Rauchverbot auf dem Schiff und einer Teilnahme an der Rettungsübung.

In der Zeit vom 25.03.2010 bis 30.06.2010 führte die Beklagte bei der Klägerin an zwei Tagen eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 01.01.2006 bis 31.12.2009 durch.

Mit Schreiben vom 30.06.2010 hörte die Beklagte die Klägerin zu der beabsichtigten Nachforderung zur Sozialversicherung iHv insgesamt 29.164,33 EUR an. Die stichprobenweise durchgeführte Prüfung habe ergeben, dass an die Beigeladenen steuerfreie Zuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit ausgezahlt worden sei. Diese Zuschläge hätten das Bruttogehalt gemindert. Je höher die Zuschläge in einem Monat gewesen seien, desto niedriger sei der Bruttolohn gewesen. Die Steuer und damit Beitragsfreiheit nach [§ 3b EStG](#) setze jedoch voraus, dass die Zuschläge neben dem Arbeitslohn gezahlt würden. Die Voraussetzungen der Steuerfreiheit lägen nicht vor, wenn ein fester Nettolohnbetrag vereinbart und dieser, unabhängig von tatsächlich geleisteter Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit, geschuldet würde. Darüber hinaus wies die Beklagte darauf hin, dass das Umlageverfahren nicht korrekt berechnet worden sei.

Mit Schreiben vom 22.07.2010 nahm die Klägerin durch ihren Steuerberater zu der Anhörung Stellung. Die nachberechneten

Umlagebeiträge seien sachlich und rechnerisch nicht zu beanstanden. Bezüglich der nachgeforderten Beiträge für die Beigeladenen wurde zwar eingeräumt, dass die Art und Weise der Erstellung der Lohnabrechnungen in der Vergangenheit nicht so erfolgt sei, wie es den gesetzlichen Bestimmungen entspreche. Insoweit würden jedoch beiliegend korrigiert Lohnabrechnungen übersandt. In der Zusammenschau sei ersichtlich, dass sich letztendlich per Saldo ein niedrigeres beitragspflichtiges Entgelt ergebe, als bisher abgerechnet. Die Nettoauszahlungen pro Jahr an die Mitarbeiter blieben, bis auf einige Euro, gleich.

Mit Bescheid vom 12.08.2010 forderte die Beklagte von der Klägerin die Nachentrichtung von Pflichtbeiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung iHv 29.164,33 EUR. Hiervon entfielen 24.265,84 EUR auf nachzuzahlende Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen auf vermeintliche Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge der Beigeladenen 1) bis 5). Die Steuer und damit Beitragsfreiheit für die Beigeladenen setze voraus, dass die Zuschläge neben dem Grundlohn gezahlt würden. Davon sei nicht auszugehen, wenn sie aus dem arbeitsrechtlich geschuldeten Arbeitslohn heraus gerechnet würden. Es müsse sich um einen echten Zuschlag für die begünstigte Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit handeln. Der weitere Betrag in Höhe von 4898,49 EUR beruhe auf der hiervon unabhängigen Nachberechnung der Umlage 1 und 2.

Hiergegen legte die Klägerin am 16.09.2010 Widerspruch hinsichtlich der Nachforderung der Beiträge für die Beigeladenen iHv 24.265,84 EUR ein. Die Beigeladenen hätten im Prüfungszeitraum Aufzeichnungen über die geleistete Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit geführt. Anhand der Stundenauflistungen seien die Zuschläge für diese Arbeitszeiten errechnet worden. Da es sich bei der Klägerin um einen Saisonbetrieb handle, gebe es erhebliche Schwankungen in der Anzahl der jeweils geleisteten Stunden. Da dies zu größeren Abweichungen bei den Nettobeträgen führe, hätten die Arbeitnehmer monatlich gleichbleibende Auszahlungsbeträge gewünscht, um die Lebenshaltungskosten entsprechend bestreiten zu können. Bereits im Rahmen der Anhörung seien im Übrigen korrigierte Lohnabrechnungen für die betreffenden Arbeitnehmer eingereicht worden. Aus diesen ergebe sich, dass die beitragspflichtigen Jahresentgelte für die tatsächlich ausgezahlten Jahresnettoentgelte in allen Jahren sogar niedriger gewesen seien, als die bislang zugrunde gelegten Werte. Die korrigierten Lohn- und Gehaltsabrechnungen dienten hauptsächlich der Darstellung, dass sich die Klägerin durch die ursprüngliche Abrechnungsweise keinen Vorteil hinsichtlich der Steuer- und Sozialversicherungsbeiträge verschafft habe. Vielmehr habe die Klägerin alles in allem 3.045,47 EUR zu viel verarbeitet.

Mit Widerspruchsbescheid vom 25.01.2011 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Bei einem vereinbarten Nettoarbeitsentgelt würden die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der dort entfallenen Steuern und der gesetzlichen Arbeitnehmeranteile an den Sozialversicherungsbeiträgen als Arbeitsentgelt gelten ([§ 14 Abs 2 SGB IV](#)). Sei zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart, dass der Arbeitgeber die gesetzlichen Lohnabzüge in voller Höhe tragen würde, so sei das den Beschäftigten gezahlte Arbeitsentgelt nach [§ 14 Abs 2 SGB IV](#) in Bruttobeträge umzurechnen. Durch eine Nettolohnvereinbarung übernehme der Arbeitgeber im Innenverhältnis die vom Arbeitnehmer geschuldeten Abzugsbeträge. Sie würden daher zusätzliches Arbeitsentgelt darstellen. Dem Arbeitsentgelt nach [§ 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung \(SvEV\)](#) bzw. [§ 1 Arbeitsentgeltverordnung \(ArEV\)](#) (bis 31.12.2006) seien einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, soweit sie lohnsteuerfrei seien, nicht zuzurechnen. Damit müssten die Zahlungen für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit zusätzlich und nicht anstelle erfolgen. Läge eine Lohnvereinbarung vor, wonach neben dem Nettolohn zusätzlich Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit vergütet würde, wären die gezahlten Zuschläge beitragsfrei. Es wäre jedoch aus dem Nettolohn ein gleichbleibendes Bruttoentgelt zu ermitteln. Aus der Betriebsvereinbarung vom 30.05.2003 ergebe sich dies jedoch nicht. Unabhängig davon, welche Regelung tatsächlich vorgelegen habe, sei der Nettolohn in ein Bruttoentgelt ohne Kürzung der Zuschläge umzurechnen. Hieran könnten auch die im Rahmen der Anhörung vorgelegten geänderten Gehaltsabrechnungen nichts ändern.

Hiergegen richtet sich die am 28.02.2011 zum Sozialgericht Heilbronn (SG) erhobene Klage. Zur Begründung wurde vorgetragen, dass die Hauptsaison für die von der Klägerin betriebenen Kreuzfahrtschiffe auf der Donau in den Monaten April bis Oktober liege. Daraus folge, dass in diesen Monaten die Anzahl der Nacht-, Sonn- und Feiertagsstunden wesentlich höher sei, als in den restlichen Monaten des Jahres. Dies gehe auch aus den Lohn- und Gehaltsabrechnungen und den entsprechenden Stundenaufzeichnungen hervor. Um den Mitarbeitern die Bestreitung ihrer fixen Lebenshaltungskosten zu erleichtern, erfolge die Auszahlung eines monatlich gleich bleibenden Lohnbetrages. Zuschläge für geleistete Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit blieben auch dann nach [§ 3b EStG](#) steuer- und damit sozialversicherungsfrei, wenn sie in einem zur Glättung von Lohnschwankungen durchschnittlich gezahlten Stundenlohn einkalkuliert würden. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs (BFH) habe die Vereinbarung eines durchschnittlichen Effektivlohns zwar zur Folge, dass sich immer ein gleichbleibender Auszahlungsbetrag pro Stunde ergebe. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Zuschläge ohne Rücksicht auf tatsächlich geleistete Arbeitsstunden berechnet würden. Die für Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit verlangte Trennung von Grundlohn und Zuschlägen werde nämlich nicht deshalb aufgehoben, weil der Ergänzungsbetrag variabel gestaltet sei. Es handle sich einerseits nicht um eine schädliche Herausrechnung von Zuschlägen aus einem Gesamtbruttolohn, noch könnten andererseits die Zuschläge als pauschale Abschlagszahlung qualifiziert werden. Der Bescheid der Beklagten sei insoweit aufzuheben, als er die Klägerin zu einer Zahlung über 4.898,49 EUR verpflichte.

Mit Urteil vom 26.01.2012 hat das SG die Klage abgewiesen. Die von der Klägerin geleisteten Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit seien nicht steuer- und beitragsfrei nach [§ 3b EStG](#). Zuschläge seien nur steuerfrei, wenn sie neben dem Grundlohn gezahlt würden. Der Grundlohn sei der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zustehe. Vorliegend würden die Zuschläge jedoch nicht zusätzlich gewährt. Vielmehr habe die Klägerin mit den Beigeladenen zu 1) bis 5) eine Nettoentgelt-Vereinbarung getroffen. In diesem Nettoentgelt seien die Zuschläge bereits enthalten gewesen. Ausweislich der zunächst vorgelegten Lohnabrechnungen sei dies nur möglich gewesen, wenn der monatliche Grundlohn entsprechend variiert worden sei. In einem solchen Fall könne jedoch nicht mehr davon gesprochen werden, dass Zuschläge zusätzlich zum Grundlohn geleistet würden. Insoweit sei auch das von der Klägerin angeführte Urteil des BFH vom 17.06.2010 ([VI R 50/09](#)) nicht anwendbar und mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar.

Hiergegen richtet sich die am 13.04.2012 beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegte Berufung. Zur Begründung trägt die Klägerin vor, dass mit den Arbeitnehmern ein Stundenlohn vereinbart worden sei, wobei die jeweils angefallenen Stunden und die Lage der Stunden aufgezeichnet würden. Zu diesem Stundenlohn würden Urlaubs- und Weihnachtsgeldzuschläge hinzugerechnet und ein Gesamt-Brutto errechnet. Dieser Nettolohn würde weitestgehend auf das Jahr hin mit zusätzlich gezahlten Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschlägen geglättet. Durch diese Vorgehensweise werde gewährleistet, dass ein gleichbleibender Lohn und die Zuschläge neben dem Grundlohn gezahlt würden. Dies führe dazu, dass die Arbeitnehmer einen weitestgehend gleich bleibenden Auszahlungsbetrag

erhielten, obwohl unterschiedliche Stunden gearbeitet würden, dies aber in zuschlagspflichtigen Zeiten. Dass sich in diesem Zusammenhang das Gesamt-Brutto ändere, sei unbedeutend, da dies regelmäßig bei Nettovereinbarungen der Fall sei. Auch in diesem Zusammenhang bestehe die Möglichkeit, steuerfrei angefallene Lohnzuschläge zu leisten. Entgegen der Auffassung des SG seien in dem zu leistenden Nettoentgelt gerade keine Zuschläge enthalten. Diese Zuschläge würden zusätzlich zum Nettoentgelt gezahlt. Entgegen der Auffassung der Beklagten und des SG sei kein fester Nettolohn vereinbart und dieser unabhängig von tatsächlich geleisteten Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschlägen gezahlt worden. Eine Verrechnung der tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden an Sonn- und Feiertagen und zur Nachtzeit sei erfolgt. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien diese Zuschläge nicht aus dem arbeitsrechtlich geschuldeten Lohn herausgerechnet worden. Gemäß der mündlichen Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern seien neben dem Nettolohn zusätzlich Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge zu zahlen. Um eine gleichbleibende Auszahlung aufgrund des Saisongeschäfts zu erhalten, seien der Nettolohn als auch die Zuschläge auf das ganze Jahr hinweg verteilt worden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 26.01.2012 insoweit aufzuheben, als der Bescheid der Beklagte vom 12.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.01.2011 einen Nachforderungsbetrag iHv 4.898,49 EUR übersteigt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte erster und zweiter Instanz sowie die beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) statthafte und zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Zu Recht hat das SG die Klage abgewiesen. Streitgegenstand ist dabei im vorliegenden Fall lediglich der Bescheid der Beklagten vom 12.08.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.01.2004 hinsichtlich der von der Beklagten geltend gemachten Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen für die Beigeladenen 1) bis 5) in Höhe von 24.265,84 EUR. Nur insoweit hat die Klägerin Widerspruch eingelegt und Klage erhoben.

Der Bescheid der Beklagten vom 12.08.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.01.2011 ist jedoch auch insoweit nicht zu beanstanden, als die Beklagte Sozialversicherungsbeiträge auf die vom 01.04.2006 bis 31.12.2009 gezahlten Lohnanteile für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit nachfordert, weil es sich hierbei um beitragspflichtiges Arbeitsentgelt handelt.

Nach [§ 28p Abs 1 SGB V](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre 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 ([§ 28p Abs 1 Satz 4 SGB V](#)). Gemäß [§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB V](#) 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 versicherungspflichtiger Beschäftigung der Beitragsbemessung für den vom Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag gemäß [§§ 28d, 28e SGB V](#) 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 VI](#) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung gemäß [§ 7 Abs 1 SGB V](#), 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.

Ist ein Nettoarbeitsentgelt vereinbart, gelten nach [§ 14 Abs 2 SGB V](#) als Arbeitsentgelt die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und seiner gesetzlichen Beitragsanteile zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung.

Im Hinblick auf einmalige Einnahmen und laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse oder ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, bestimmt [§ 17 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V](#), dass durch Rechtsverordnung bestimmt werden kann, diese ganz oder teilweise nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen. Dabei ist eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den Regelungen des Steuerrechts sicherzustellen ([§ 17 Abs 1 Satz 2 SGB V](#)). Nach [§ 1](#) der Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung (Arbeitsentgeltverordnung - ArEV -, die im Zeitraum vom 01.01.1990 bis zum 30.06.2006 galt) und nach [§ 1](#) der Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt (Sozialversicherungsentgeltverordnung - SvEV -, die im Zeitraum ab 30.07.2006 galt und deshalb ab diesem Zeitpunkt anwendbar ist), sind einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse oder ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, soweit sie lohnsteuerfrei sind und sich aus [§ 3](#) der Verordnung - der hier keine Anwendung findet - nichts Abweichendes ergibt.

In [§ 3b EStG](#) ist bestimmt, welche Zuschläge steuerfrei sind. Dies sind Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nacharbeit, die "neben dem Grundlohn" gezahlt werden ([§ 3b Abs 1 Nr 1 EStG](#)). Grundlohn ist dabei der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht ([§ 3b Abs 2 Satz 1 EStG](#)).

Ausweislich der (ursprünglich) vorliegenden Lohnunterlagen hat die Klägerin mit den Beigeladenen zu 1) bis 5) einen Nettolohn-Abrede getroffen. Soweit dies von der Klägerin im Berufungsverfahren bestritten wird, ist dies für den Senat nicht nachvollziehbar. Der Senat stützt sich insoweit auf die vorliegenden Lohnunterlagen sowie den Vortrag der Klägerin im Übrigen, da schriftliche Arbeitsverträge nicht existieren. Nach den Lohnunterlagen der Klägerin hat diese mit den Arbeitnehmern ein festes monatliches Nettogehalt vereinbart. Dies ergibt sich für den Senat aus der Rückseite der jeweiligen Lohn- und Gehaltsabrechnungen. Dort ist jeweils das Nettogehalt ausgewiesen. Dieses hat die Beklagte zutreffend ihrer Berechnung zugrunde gelegt. Insoweit hat die Klägerin selbst angegeben, dass für sie und die Arbeitnehmer von wesentlicher Bedeutung war, dass diese monatlich ein fixes Nettogehalt erhalten, welches unabhängig von etwaigen

Zuschlägen variierte. Dementsprechend lassen auch die Lohnabrechnungen der Klägerin (Vorderseite) für die einzelnen Monate einen gleichbleibenden Nettoverdienst erkennen, der mit dem als "Nettogehalt" bezeichneten Betrag auf der Rückseite übereinstimmt.

Nicht als vereinbart kann hingegen das in den ursprünglichen Lohn- und Gehaltsabrechnungen variiierende "Nettogehalt" angesehen werden. Zwar hat die Klägerin ein solches in ihren Lohnabrechnungen ausgewiesen. Dieses variiert jedoch stark, ohne dass dies mit den Arbeitnehmern monatlich in unterschiedlicher Höhe vereinbart wurde. Die unterschiedlichen Beträge beruhen vielmehr darauf, dass die Klägerin von dem vereinbarten Nettoverdienst die tatsächlich geleisteten Zuschläge für Sonn-, und Feiertagsarbeit sowie Nachtzuschläge abgezogen und hieraus ein monatliches Nettogehalt berechnet hat.

Ist damit aber vorliegend von einer jeweiligen Vereinbarung eines Nettogehalts einschließlich von Zuschlägen auszugehen, so werden diese nicht zusätzlich im Sinne von § 1 ArEV und SVEV geleistet und sind damit nicht sozialversicherungsfrei. Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht zu ihren Gunsten auf die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 17.06.2010 (VI R 50/08) stützen. Danach steht die Vereinbarung eines durchschnittlichen Zahlungsbetrags pro tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde der Steuerbefreiung nach [§ 3b EStG](#) nicht entgegen. In dem von der Klägerin angeführten Fall lag der Berechnung des durchschnittlichen Zahlungsbetrags jedoch eine andere Berechnungsweise der Umwandlung des vereinbarten Nettolohns in einen Bruttolohn zugrunde als im vorliegenden Fall. So wandelte in der Entscheidung des BFH der Arbeitgeber das vereinbarte Nettoarbeitsentgelt in ein Bruttoentgelt in der Weise um, dass er einen Basisgrundlohn, der gleichbleibend war, gewährte, zuzüglich anteiliges Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Arbeitgeberzuschuss von vermögenswirksamen Leistungen sowie einen Grundlohnergänzungsbetrag. Daraus ergab sich der Grundlohn nach [§ 3b Abs 2 EStG](#), mithin das Gesamt-Brutto, von dem die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Abzüge erfolgten, woraus sich der Nettolohn ergab. Den Nettolohn addiert mit den Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschlägen ergab den vereinbarten durchschnittlichen Nettolohn. Im vorliegenden Fall hingegen zahlte die Klägerin ein Nettogehalt, das monatlich nicht gleichbleibend war, zuzüglich der Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit, woraus sich das Gesamt-Brutto ergab. Hiervon wurden die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Abzüge vorgenommen, die der Nettolohndifferenz entsprachen. Es gab sich so ein immer gleichbleibender Nettoverdienst, der dem Zahlungsbetrag entsprach. Maßgeblich bei dieser Betrachtungsweise ist, dass je höher die Zuschläge waren, das Nettogehalt bzw der Basisgrundlohn umso geringer wurde. Gerade in diesem Punkt besteht der entscheidende Unterschied zu der Art und Weise der Lohnberechnung in dem Urteil des BFH. Dort wurde ein feststehender Basisgrundlohn geleistet. Der Grundlohnergänzungsbetrag wurde für den Fall gezahlt, dass mit den Zuschlägen der vereinbarte monatlich gleichbleibende Nettolohn nicht erreicht wird. Wurde dieser bereits mit den Zuschlägen erreicht, fiel auch kein Grundlohnergänzungsbetrag an. Deshalb konnte davon ausgegangen werden, dass die Zuschläge neben dem Grundlohn geleistet wurden, wie es [§ 3b Abs 1 EStG](#) voraussetzt.

Die von der Klägerin vorgesehene Berechnungsmethode würde im Übrigen dazu führen, dass mangels hinreichender Bestimmbarkeit der beitragsfreien Entgeltbestandteile bei Beschäftigungsbeginn die Versicherungspflicht oder -freiheit der ausgeübten Tätigkeit nicht ausreichend sicher festgestellt werden kann. Damit versicherungspflichtig Beschäftigte in ihrem gesetzlich zugewiesenen Schutz der Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung stehen, muss dieser bereits ab dem ersten Monat 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 abhängige 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 Entgeltgrenze abgesehen werden kann. Wie das BSG hierzu dargelegt hat, kann 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. Der 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 26.01.2005, [B 12 KR 3/04 R](#) RdNr 24 mwN, juris). Dieses Entstehungsprinzip ist auch als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft worden (BVerfG, Beschluss 11.09.2008, [1 BvR 2007/05](#)).

Den so beschriebenen Anforderungen der Entgeltbestimmbarkeit bereits bei Arbeitsaufnahme genügt das Abrechnungsmodell der Klägerin nicht. Abhängig von der jeweiligen Anzahl von Sonntags- und Feiertagsarbeit ergibt sich ein monatsweise unterschiedliches Nettoarbeitsentgelt, das der Sozialversicherungspflicht zugrunde lag. Dies zeigen die von der Klägerin vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen, die in den jeweiligen Monaten unterschiedliche Nettogehälter ausweisen. Insoweit ist die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu [§ 3b EStG](#) auch nicht voll umfänglich übertragbar (vgl Bayerisches Landessozialgericht 26.07.2011, [L 5 R 425/08](#)).

Eine für die Klägerin günstige Entscheidung ergibt sich auch nicht aus den im Rahmen des Anhörungsverfahrens vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen. Zwar hat sie insoweit einen Festlohn angenommen, der monatlich gleichbleibend war und hierauf Nachtzuschläge und Sonntagszuschläge addiert und so ein Gesamt-Brutto errechnet, das einen Nettoverdienst ergibt, der im Bereich des vereinbarten Nettoverdienstes liegt. Der von der Beklagten hierbei jedoch angenommene Festlohn beruht maßgeblich darauf, dass die Klägerin bemüht war, unter Berücksichtigung der Zuschläge einen Nettoverdienst in Höhe des Zahlungsbetrags zu erreichen. Selbst dies ist ihr jedoch nicht durchgängig gelungen. So finden sich in mehreren Monaten Zahlungsbeträge, die zum Teil mehr als 50 EUR Unterschied zu den tatsächlich geleisteten Lohnzahlungen aufweisen. Diese Lohnabrechnungen stimmen insoweit mit der Realität offensichtlich nicht überein, da sie entgegen dem Vortrag der Klägerin gerade nicht darauf abzielen, dass ein monatlich gleichbleibender Betrag an die Beigeladenen zu 1) bis 5) überwiesen wird. Weiter findet sich im Übrigen auch kein Hinweis in den gesamten Unterlagen, dass ein entsprechender Festlohn in der von der Klägerin angenommenen Höhe vereinbart wurde. Die insoweit angestellten Lohnabrechnungen beruhen daher maßgeblich auf Überlegungen zur Minimierung der Sozialversicherungsbeiträge und können folglich nicht der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

Soweit sich die Beklagte schließlich auf die Zulässigkeit einer Pauschalierung der Zuschläge beruft, findet sich eine solche zum einen nicht in den Lohnabrechnungen wieder. Zum anderen sind pauschale Zuschläge, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf die Höhe der tatsächlich erbrachten Sonntagsarbeit, Feiertagsarbeit oder Nachtarbeit an den Arbeitnehmer leistet, nur dann nach [§ 3b EStG](#) begünstigt, wenn sie

nach dem übereinstimmenden Willen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Abschlagszahlungen oder Vorschüsse auf eine spätere Einzelabrechnung gemäß [§ 41b EStG](#) geleistet werden. Die Steuerbefreiung tritt nur ein, wenn die neben dem Grundlohn gewährten Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt worden sind ([BFHE 230, 150](#), [BStBl II 2011, 43](#), mwN). Diese Einzelabrechnung zum jährlichen Abschluss des Lohnkontos ist grundsätzlich unverzichtbar (BFH 08.12.2011, [VI R 18/11](#), [BFHE 236, 97](#), [NJW 2012, 1903](#)); sie fehlt vorliegend. Auf die jährliche Abrechnung kann auch nicht ausnahmsweise verzichtet werden. Denn die Beigeladenen 1) bis 5 waren nicht fast ausschließlich an Sonntagen, Feiertagen und zur Nachtzeit ([§ 3b Abs 2 Satz 2 EStG](#)) tätig; es fehlt damit vorliegend an einer mit der Entscheidung BFH 22.10.2009, [VI R 16/08](#) vergleichbaren Ausnahmesituation (vgl BFH 08.12.2011, [VI R 18/11](#), [BFHE 236, 97](#), juris Rn 17). Damit ist die nach der ständigen BFH-Rechtsprechung erforderliche Differenzierung zwischen Grundvergütung und den Erschwerniszuschlägen vorliegend auch unter diesem Aspekt nicht gegeben.

Die Berechnung der nachgeforderten Sozialversicherungsbeiträge ist von der Klägerin im Übrigen nicht beanstanden worden und ist auch nach der Prüfung durch den Senat nicht zu beanstanden.

Nach alledem konnte die Berufung keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die Beigeladenen tragen gemäß [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 162 Abs 3 VwGO](#) ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Kosten aus Billigkeit der Klägerin als unterlegter Beteiligter aufzuerlegen, weil die Beigeladenen keine Anträge gestellt haben (vgl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl, § 197a RdNr 29 mwN).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 1 Abs 2 Nr 3](#), [47 Abs 1](#) und 2, [52 Abs 2](#), [63 Abs 2 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz.

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-10-17