

L 8 KR 131/13

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Wiesbaden (HES)
Aktenzeichen
S 8 R 307/11
Datum
04.03.2013
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 8 KR 131/13
Datum
29.10.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Zur Frage der sozialversicherungsrechtlichen Beitragsfreiheit von Zuschlägen für „tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn“ i.S.v. [§ 3b Abs. 1 EStG](#) bei Rufbereitschaft.

Die Formulierung „neben dem Grundlohn“ muss bei Rufbereitschaft so verstanden werden, dass der Zuschlag für die Sonn-, Nacht- oder Feiertagsarbeit auf einen für die Zeit der Rufbereitschaft arbeitsvertraglich geschuldeten Grundlohn aufsattelt. Dem Arbeitnehmer muss für die Zeit der Rufbereitschaft nach dem Arbeitsvertrag ein Anspruch auf eine separate, der Höhe nach bestimmte Grundvergütung für die Zeiten des Rufbereitschaftsdienstes zustehen.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden vom 4. März 2013 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert wird auf 17.964,87 Euro festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen aus einer Betriebsprüfung in Höhe von 17.964,87 Euro.

Die Beklagte führte vom 19. August 2009 bis 18. März 2010 bei der Klägerin, einem ambulanten Pflegedienst, eine Betriebsprüfung durch. Dabei stellt die Beklagte anhand der Gehaltsabrechnungen für die drei Arbeitnehmerinnen C. A., D. A. und E. E. (Beigeladene zu 1 bis 3) fest, dass für die abgerechneten Zahlungen "Rufbereitschaft PDL (Nacht)" bzw. "Rufbereitschaft Verwaltung" keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden waren.

Der Arbeitsvertrag der Beigeladenen zu 1) vom 24. August 2005 enthielt zur Arbeitszeit und zur Vergütung folgende Regelung:

§ 2 Arbeitszeit/Mehrarbeit

- 1) Die wöchentliche Mindestarbeitszeit beträgt 40 Stunden.
- 2) ...
- 3) Die Mitarbeiterin verpflichtet sich zur Leistung von Überstunden, Mehrarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie zum Nacht- und Bereitschaftsdienst.

§ 3 Entgelt

- 1) Das monatlich nachträglich bargeldlos zu zahlende Bruttoentgelt beträgt 2.100 Euro.
- 2) Zuzüglich zu diesem Entgelt pro Stunde werden Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit gezahlt. Der Zuschlag für Nachtarbeit beträgt 10 % vom Stundensatz, für Sonn- und Feiertagsarbeit 35 % vom Stundensatz.

...

Entsprechende Regelungen finden sich in den Arbeitsverträgen der Beigeladenen zu 2) und 3), wobei hinsichtlich der Beigeladenen zu 2) eine Teilzeitbeschäftigung von 20 Stunden bei einem Stundenlohn von 12 Euro bzw. später 1.000 Euro monatlich und bei der Beigeladenen

zu 3) ab 1. Juni 2006 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden ein Bruttoentgelt von 2.200 Euro und ab dem 1. Juni 2007 von 2.300 Euro vereinbart war.

In Nachträgen vom 15. Juni 2006 wurden die Arbeitsverträge der Beigeladenen zu 2) bis 3) wie folgt ergänzt:

"Als Pflegedienstleitung sind Rufbereitschaftsdienste von 16.00 Uhr bis 8.00 Uhr des darauf folgenden Tages zu erbringen. Die Rufbereitschaftsdienste richten sich nach dem monatlichen Rufbereitschaftsplan der am Ende des Vormonats erstellt wird. Während der Rufbereitschaft muss die Erreichbarkeit, Fahrbereitschaft und die Möglichkeit zur Dienstaufnahme durch die Mitarbeiterin gewährleistet sein.

Die Vergütung des Rufbereitschaftsdienst der PDL von 16.00 Uhr bis 8.00 Uhr des folgenden Tages ist in der Grundvergütung enthalten.

Für die Nachtstunden des Rufbereitschaftsdienstes von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr fallen Nachtzuschläge in Höhe von 2,- EUR pro Stunde an. Das entspricht einem Nachtzuschlag von 20,- EUR pro Bereitschaftsdienst (10 nachzuschlagspflichtige Stunden)."

Mit weiterem Nachtrag vom 9. Mai 2007 wurde bei den Beigeladenen zu 2) und 3) der Nachtzuschlag für die Zeit von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr ab 1. Juni 2007 auf 3 Euro pro Stunde erhöht.

Für die Beigeladene zu 1) liegt eine entsprechende Vereinbarung nicht vor. Sie erhielt in dem streitgegenständlichen Zeitraum Zuschläge für "Rufbereitschaft Verwaltung" in Höhe von 2 Euro pro Stunde ausgezahlt.

Bei der Klägerin wurden Listen geführt, in denen für sämtliche Tage eines Monats die jeweilige/n Arbeitnehmer/innen vermerkt waren, die an dem betreffenden Tag Rufbereitschaft hatten.

Das den Beigeladenen zu 1) bis 3) für Zeiten der Rufbereitschaft (Nacht) geleistete Entgelt rechnete die Klägerin steuer- und beitragsfrei ab. Dementsprechend erhielt bspw. die Beigeladene zu 3) für Dezember 2007 ein Grundgehalt von 2.300 Euro, welches versteuert und verbeitragt wurde, und daneben für 13 Rufbereitschaftsdienste in diesem Monat (13 x 30 Euro) 390 Euro steuer- und beitragsfrei ausgezahlt. Die Beigeladene zu 2) erhielt bspw. für Dezember 2008 ein steuer- und beitragspflichtiges Grundgehalt von 1.000 Euro; für 18 Rufbereitschaftsdienste wurden zusätzlich 540 Euro steuer- und beitragsfrei gezahlt.

Nach vorheriger Anhörung der Klägerin mit Schreiben vom 2. September 2009, 7. Dezember 2009 und 19. März 2010 forderte die Beklagte mit Bescheid vom 22. März 2010 für die steuer- und sozialversicherungsfrei abgerechneten Rufbereitschaftsdienste der Beigeladenen zu 1) bis 3) in der Zeit vom 1. Juli 2005 bis 31. Dezember 2008 Sozialversicherungsbeiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie Umlagen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG) bzw. dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) für Krankheit und Mutterschaft (U1 und U2) in Höhe von 17.964,87 Euro nach. Zur Begründung führte die Beklagte aus, der als Rufbereitschaftsentschädigung gezahlte Arbeitslohn unterliege grundsätzlich der Beitragspflicht. Die bei der Rufbereitschaft zusätzlich zur Rufbereitschaftsentschädigung gezahlten Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit sei in den Grenzen des [§ 3b](#) Einkommensteuergesetz (EStG) steuerfrei. Erforderlich sei jedoch, dass die Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt würden. Die Steuerfreiheit der Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit setze zwingend voraus, dass es sich um einen Zeitzuschlag, d.h. einen Zuschlag zum Grundlohn handele, der für die begünstigten Zeiten gezahlt werde. Nicht begünstigt seien deshalb Zulagen für Bereitschaftsdienst bzw. Rufbereitschaft, die keinen Zuschlag zu einer Grundvergütung vorsähen. Im vorliegenden Fall sei zusätzlich zum Gehalt eine Rufbereitschaftsentschädigung gezahlt worden, die monatlich beitragsfrei belassen worden sei. Das sei nicht möglich, da lediglich die Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags-, oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn beitragsfrei belassen werden können.

Die Klägerin erhob am 26. März 2010 Widerspruch. Sie habe mit den Beigeladenen zu 1) bis 3) arbeitsvertraglich Rufbereitschaftsdienste vereinbart, die branchenüblich mit dem Grundgehalt abgegolten worden seien. Daneben habe sie für die in die Zeit der Rufbereitschaft fallenden begünstigten Stunden von 20 Uhr bis 6 Uhr einen Zuschlag von 3 Euro pro Stunde steuerfrei abgerechnet; dieser Zuschlag betrage weniger als 40 % des aus dem Grundlohn herausgerechneten Stundensatzes und erfülle damit die Voraussetzungen zur Steuerfreiheit. Die jeweils geleisteten Rufbereitschaften ließen sich anhand der Dienstpläne nachvollziehen.

Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17. Juni 2011 als unbegründet zurück. Hierzu legte sie ausführlich die Rechtsgrundlagen der Beitragserhebung für die einzelnen Zweige der Sozialversicherung sowie der Umlagebeiträge nach dem LFZG und dem AAG nach Maßgabe des geschuldeten Arbeitsentgelts dar. Vorliegend komme Steuer- und nachfolgend Beitragsfreiheit der gezahlten Zuschläge nach [§ 3b EStG](#) nicht in Betracht, weil eine Trennung von Rufbereitschaftsvergütung und Zuschlägen aus den Abrechnungen nicht hervorgehe und ersichtlich ein für die geschuldete regelmäßige Arbeitsleistung gezahltes Gehalt nur rechnerisch in Grundlohn und Zuschläge aufgeteilt worden sei. Die in den Abrechnungen jeweils aufgeführten Rufbereitschaftsstunden deckten sich zwar mit den in den monatlichen Rufbereitschaftslisten gemachten Angaben. Erkennbar handele es sich hierbei jedoch nicht um eine detaillierte Auflistung der zuschlagsbegünstigten Arbeitszeiten. Diesbezüglich geeignete Nachweise (beispielsweise in Form von Dienstplänen, Stempelkarten, Stundenzetteln) seien nicht vorgelegt worden. Es fehle an konkreten Stundennachweisen.

Die Klägerin hat am 20. Juli 2011 beim Sozialgericht Wiesbaden Klage erhoben. Sie hat geltend gemacht, es sei offensichtlich und nachvollziehbar, dass von ihr ein Zuschlag klar getrennt von der Grundvergütung gezahlt worden sei. Der Zuschlag von 3 Euro sei nur für Zeiten der Rufbereitschaft geleistet worden, die in den steuerbegünstigten Zeiten von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr angefallen seien. Die von ihr geführten Aufzeichnungen seien ausreichend und würden auch von den Finanzämtern bei deren Prüfung akzeptiert. So habe das Finanzamt Wiesbaden bei zwei aufeinanderfolgenden Lohnsteuerprüfungen den hier streitigen Sachverhalt steuerlich nicht beanstandet.

Mit Urteil vom 4. März 2013 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 17.964,87 Euro sei rechtmäßig. Die Beklagte habe im Rahmen der Prüfung nach [§ 28p Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) zu Recht die für die Beigeladenen zu 1) bis 3) abgerechneten Zahlungen für Rufbereitschaftsdienste der Beitragspflicht unterworfen, da die entsprechenden Zahlungen sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt iSv [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) darstellten. Nach Maßgabe der

Sozialversicherungsentgeltverordnung seien dem Arbeitsentgelt einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt würden, soweit sie lohnsteuerfrei seien, nicht zuzurechnen. Nach [§ 3b Abs. 1 Einkommensteuergesetz \(EStG\)](#) seien Zuschläge, die für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt würden, steuerfrei, soweit bestimmte Grenzen nicht überschritten würden. Nach [§ 3b Abs. 2 Satz 2 EStG](#) sei Nachtarbeit die Arbeit in der Zeit von 20 Uhr bis 6 Uhr. Für die Steuerfreiheit von tatsächlich geleisteter Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sei nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine Einzelaufstellung der tatsächlich geleisteten Stunden erforderlich (Hinweis auf BFH, Urteil vom 28. November 1990, [VI R 90/87](#)), an der es hier fehle. Aus den vorgelegten Rufbereitschaftslisten ergebe sich nicht die Zeit der Rufbereitschaft, für die ein Zuschlag gezahlt werde. In den Listen sei von einer Rufbereitschaft von 13.00 bis 13.00 Uhr die Rede, die jedoch so nach dem Vortrag der Klägerin nicht bestanden habe. Dass die Listen nach dem Vortrag der Klägerin gleichzeitig die Dienstpläne dargestellt und von den Mitarbeitern richtig verstanden worden seien, reiche wegen ihrer Dokumentationsfunktion gegenüber Dritten nicht aus, zumal sie nicht erkennen ließen, wann und von wem sie erstellt worden seien. Eine Verjährung der Beitragsansprüche aufgrund der 4jährigen Verjährungsfrist sei nicht eingetreten. Wegen der durch [§ 25 Abs. 2 S. 2](#) und 3 SGB IV bewirkten Hemmung der 4jährigen Verjährungsfrist durch die am 19. August 2009 begonnene und mit dem Bescheid vom 22. März 2010 abgeschlossene Betriebsprüfung seien auch die ältesten Beitragsansprüche für das Jahr 2005 nicht verjährt.

Gegen das ihren Bevollmächtigten am 20. März 2013 zugestellte Urteil hat die Klägerin am Montag, dem 22. April 2013 Berufung eingelegt.

Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat der Senat Frau C. A., Frau D. A. und Frau E. E., die betroffenen Kranken- und Pflegekassen sowie die Bundesagentur für Arbeit beigelegt.

Die Klägerin hält die Entscheidung des Sozialgerichts für fehlerhaft. Dieses stelle überhöhte Anforderungen an den Nachweis der geleisteten Rufbereitschaftsstunden. Sowohl die einzelnen Rufbereitschaften als auch die Mitarbeiter, die diese jeweils geleistet hätten, ließen sich anhand der Listen, die zugleich ihre Dienstpläne darstellten, einfach und vollständig nachvollziehen; die Anzahl der Dienste werde auf diesem Formular am Monatsende durchgezählt und unterhalb der Tabelle vermerkt. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb für die sozialversicherungsrechtliche Prüfung strengere Maßstäbe gelten sollten als für die lohnsteuerrechtliche Beurteilung des Finanzamts, bei der die geführten Listen als ausreichend angesehen worden seien. Hier müsse auch Vertrauensschutz in die Ergebnisse der lohnsteuerrechtlichen Prüfung bestehen. Auch die übrigen Voraussetzungen für die lohnsteuer- und sozialversicherungsfreie Zahlung von Nachtzuschlägen an die Beigeladenen zu 1) bis 3) lägen vor. Rufbereitschaft sei nach der Rechtsprechung des BFH eine Arbeitsleistung iSv [§ 3b EStG](#), weshalb für die begünstigten Zeiten steuerfreie Zuschläge gezahlt werden könnten. Soweit im Hinblick auf den Umfang der geleisteten Rufbereitschaftsdienste Zweifel an der Wirksamkeit der zugrunde liegenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung bestünden, sei im Rahmen der Privatautonomie zwischen den Parteien vereinbart worden, dass eine angemessene Verteilung der Rufbereitschaftsdienste erfolge, zudem sei klar gewesen, dass nicht sämtliche Dienste von einem Arbeitnehmer zu leisten waren und es sei auch tatsächlich eine Verteilung der Dienste zwischen den Arbeitnehmerinnen erfolgt. Im Übrigen habe selbst dann, wenn man die arbeitsrechtliche Vereinbarung für unzulässig halte, dies keinen Einfluss auf die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden vom 4. März 2013 sowie den Bescheid der Beklagten vom 22. März 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Sozialgerichts und führt ergänzend aus, aus einer beanstandungsfrei gebliebenen Lohnsteuerprüfung könne die Klägerin keinen Vertrauensschutz für die beitragsrechtliche Beurteilung herleiten. Vorliegend lägen die Voraussetzungen der Steuer- und Beitragsfreiheit nach [§ 3b EStG](#) nicht vor, denn die Klägerin habe für die Rufbereitschaft steuerfreie Zuschläge gezahlt, ohne jedoch eine Grundvergütung für die Rufbereitschaft zu leisten; vielmehr seien die Rufbereitschaften mit dem Grundgehalt bereits abgegolten gewesen. Es fehle an einer nachvollziehbaren Trennung zwischen Grundvergütung und Erschwerniszuschlag. Im Übrigen stelle sich die getroffene Vereinbarung als sittenwidrig und arbeitsrechtlich unzulässig dar.

Die übrigen Beteiligten stellen keine Anträge und haben sich weitergehend zur Sache nicht geäußert.

Der Senat hat mit den Beteiligten Erörterungstermine am 2. September 2014 und am 9. Juli 2015 durchgeführt und hierbei den Geschäftsführer der Klägerin sowie die Beigeladenen zu 2) und 3) persönlich gehört. Diese haben angegeben, die Rufbereitschaft habe üblicherweise gegen 17.00 Uhr begonnen, wenn im Büro Dienstschluss gewesen sei, und bis zum nächsten Morgen bis zur Wiederöffnung des Büros um etwa 8.00 Uhr gedauert. Aufgrund der Verträge mit den Pflegekassen habe eine Verpflichtung bestanden, die tatsächliche Erreichbarkeit eines/einer Mitarbeiter/in von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr und die Möglichkeit eines Pflegeeinsatzes in dieser Zeit sicherzustellen. Dies sei über eine Rufumleitung auf das Handy der zur Rufbereitschaft eingeteilten Mitarbeiterin erfolgt. Tatsächlich angefallene Dienste in der Zeit der Rufbereitschaft seien in Freizeit abgegolten worden. Die Anzahl der im Monat zu leistenden Rufbereitschaftsdienste sei nicht von Beginn des Arbeitsverhältnisses an festgelegt gewesen, sondern habe sich im Prinzip immer nach der Personalsituation gerichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten einschließlich der Akte des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens vor dem Sozialgericht (S [8 R 239/10](#) ER) sowie der Verwaltungsakte der Beklagten, der Gegenstand der Entscheidung war, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet über die Berufung ohne mündliche Verhandlung, nachdem die Beteiligten ihr Einverständnis mit dieser Verfahrensweise erklärt haben ([§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -).

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Urteil des Sozialgerichts ist im Ergebnis zu bestätigen. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beitragsnachforderung der

Beklagten steht mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklang.

Nach [§ 28p Abs. 1 S. 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern unter anderem, ob diese ihre Pflichten nach dem SGB, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen, insbesondere prüfen sie die Richtigkeit der Beitragszahlungen. Gemäß [§ 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV](#) erlassen die genannten Träger im Rahmen der Prüfung u.a. Verwaltungsakte zur Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Von dieser Befugnis hat die Beklagte mit der Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen in rechtmäßiger Weise Gebrauch gemacht.

In der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung liegt bei versicherungspflichtig Beschäftigten der Beitragsbemessung für den vom Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag gemäß [§§ 28d, 28e SGB IV](#) das Arbeitsentgelt zugrunde ([§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 57 Abs. 1 SGB XI](#), [§ 162 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 342 SGB III](#), jeweils in den für die streitige Zeit vom 1. Juli 2005 bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassungen). Arbeitsentgelt sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung gemäß [§ 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 ([§ 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#)). Die auf [§ 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IV](#) beruhende Arbeitsentgeltverordnung (ArEV) bestimmte in der Zeit bis zum 31. Dezember 2006 folgendes:

"Einmalige Einnahmen oder laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse oder ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, sind nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, soweit sie lohnsteuerfrei sind und sich aus § 3 nichts Abweichendes ergibt. Dies gilt nicht für steuerfreie Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge, soweit das Entgelt, auf dem sie berechnet werden, mehr als 25 Euro für jede Stunde beträgt".

Die am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) bestimmt damit übereinstimmend:

"Dem Arbeitsentgelt sind nicht zuzurechnen:

1. einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, soweit sie lohnsteuerfrei sind; dies gilt nicht für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge, soweit das Entgelt, auf dem sie berechnet werden, mehr als 25 Euro für jede Stunde beträgt, "

Lohnsteuerfrei sind nach [§ 3b Abs. 1 EStG](#) Zuschläge, die für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt werden, soweit sie

1. für Nachtarbeit 25 Prozent,
 2. vorbehaltlich der Nummern 3 und 4 für Sonntagsarbeit 50 Prozent,
 3. vorbehaltlich der Nummer 4 für Arbeit am 31. Dezember ab 14 Uhr und an den gesetzlichen Feiertagen 125 Prozent,
 4. für Arbeit am 24. Dezember ab 14 Uhr, am 25. und 26. Dezember sowie am 1. Mai 150 Prozent
- des Grundlohns nicht übersteigen.

Bei der nach Maßgabe dieser Vorschriften festzustellenden Beurteilung, ob die Beklagte zu Recht Gesamtsozialversicherungsbeiträge auf Arbeitsentgelt nachfordert, ist das für die Sozialversicherung zentrale Entstehungsprinzip zu beachten. Dieses hat zum Inhalt, dass Versicherungspflicht und Beitragshöhe bei dem Beschäftigten nach dem arbeitsrechtlich geschuldeten (etwa dem Betroffenen tariflich zustehenden) Arbeitsentgelt zu beurteilen sind und nicht lediglich nach dem einkommensteuerrechtlich entscheidenden, dem Beschäftigten tatsächlich zugeflossenen Entgelt (grundlegend [BSGE 54, 136](#)). Der Zufluss von Arbeitsentgelt ist für das Beitragsrecht der Sozialversicherung demgegenüber nur entscheidend, soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mehr leistet als ihm unter Beachtung der gesetzlichen, tariflichen oder einzelvertraglichen Regelungen zusteht, d.h. dann, wenn ihm also über das geschuldete Arbeitsentgelt hinaus überobligatorische Zahlungen zugewandt werden ([BSG, Urteil vom 7. Mai 2014, B 12 R 18/11 R, BSGE 115, 295-309, juris Rn. 30](#)).

Vorliegend hat die Klägerin den Beigeladenen zu 1) bis 3) mit den streitigen Zuschlägen Arbeitsentgelt i.S.v. [§ 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#) tatsächlich zugewandt, so dass diese Zahlungen nur dann beitragsfrei bleiben können, wenn sie aus Rechtsgründen der Beitragspflicht nicht unterliegen. Die von der Klägerin für die Zeit der Rufbereitschaft der Beigeladenen zu 1) bis 3) gezahlten ursprünglich 2 Euro und später 3 Euro pro Stunde in der Zeit von 20 Uhr bis 6 Uhr – insgesamt also 20 bzw. 30 Euro pro Nacht – sind i.S.v. [§ 3b Abs. 1 EStG](#) jedoch keine Zuschläge, die "für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn" gezahlt wurden und damit steuer- und beitragsfrei sind.

Zwar gelten als Arbeitszeit i.S.v. [§ 3b Abs. 1 EStG](#) auch Zeiten der Rufbereitschaft in den zuschlagsbegünstigten Zeiten, weil das Bereithalten des Arbeitnehmers für einen möglichen Arbeitseinsatz mit den damit verbundenen Einschränkungen (ständige Erreichbarkeit, Fahrbereitschaft und Dienstbereitschaft) im weitesten Sinne als tatsächlich geleistete Sonn- und Feiertagsarbeit angesehen werden kann ([BFH, Urteil vom August 2002, VI R 64/96, juris](#)).

Die von der Klägerin gezahlten "Zuschläge" sind aber, wie die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden zu Recht festgestellt hat, nicht "neben dem Grundlohn" gezahlt worden.

Grundlohn ist nach [§ 3b Abs. 2 Satz 1 EStG](#) der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht. Laufender Arbeitslohn ist das dem Arbeitnehmer regelmäßig zufließende Arbeitsentgelt (Monatsgehalt, Wochen- oder Tageslohn, Überstundenvergütung, laufend gezahlte Zulagen oder Zuschläge und geldwerte Vorteile aus regelmäßigen Sachbezügen); er ist in einen Stundenlohn umzurechnen (Urteil des BFH vom 17. Juni 2010, [VI R 50/09, BFHE 230, 150, BStBl II 2011, 43, m.w.N.](#)). Das Tatbestandsmerkmal des Grundlohns dient u.a. als Bemessungsgrundlage für die in [§ 3b Abs. 1 Nr. 1 bis 4 und Abs. 3 Nr. 1 EStG](#) festgelegten prozentualen Höchstgrenzen.

Der Begriff des Zuschlags setzt voraus, dass für die zuschlagsfähige Tätigkeit eine Grundvergütung gezahlt wird, zu der ein besonderes

Entgelt für die mit der Sonn-, Feiertags- oder Nachtarbeit verbundene Erschwernis dazugeschlagen wird (BFH, Urteil vom 27. August 2002, [VI R 64/96](#), [BFHE 200, 240](#); Urteil vom 11. November 2010, [VI B 72/10](#), [BFH/NV 2011, 254](#)). Die Zuschläge müssen "neben" dem Grundlohn geleistet werden; sie dürfen nicht Teil einer einheitlichen Entlohnung für die gesamte, auch an Sonn- oder Feiertagen oder nachts geleistete Tätigkeit sein. Hierfür ist es regelmäßig erforderlich, dass in dem Arbeitsvertrag zwischen der Grundvergütung und den Erschwerniszuschlägen unterschieden und ein Bezug zwischen der zu leistenden Nacht- und Sonntagsarbeit und der Lohnhöhe hergestellt wird. Die Steuerbefreiung tritt zudem nur ein, wenn die neben dem Grundlohn gewährten Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt worden sind (BFH, Urteil vom 16. Dezember 2010, [VI R 27/10](#), [BFHE 232, 174](#), juris Rn. 13 m.w.N.).

Nach diesen Kriterien sind die von der Klägerin den Beigeladenen zu 1) bis 3) gezahlten "Nachtzuschläge" für die auf die Zeit von 20.00 bis 6.00 Uhr entfallende Rufbereitschaft kein sozialversicherungsfreies Arbeitsentgelt. Das folgt allerdings – entgegen der Rechtsauffassung des Sozialgerichts – nicht bereits daraus, dass die Klägerin keine Einzelaufstellung der tatsächlich erbrachten Rufbereitschaftsstunden vorlegen konnte. Die vom Sozialgericht dafür in Bezug genommene Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 28. November 1990, [VI R 90/87](#), juris Rn. 24 ff.) fordert einen individuellen Tätigkeitsnachweis, soweit es um tatsächlich geleistete Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit im Sinne voller Arbeitsleistung geht. Vorliegend geht es aber lediglich um die Erbringung von Rufbereitschaft, also die Pflicht des Arbeitnehmers, sich während eines bestimmten Zeitraums für einen nur möglichen Arbeitseinsatz zur Verfügung zu halten und in dieser Zeit bestimmte Verhaltensmaßregeln zu beachten (Erreichbarkeit, Fahrbereitschaft u.s.w.). Für den Nachweis einer solchen Rufbereitschaft reichen aus Sicht des Senats Listen, aus denen sich für alle Tage des jeweiligen Monats ergibt, welche/r Arbeitnehmer/in an dem jeweiligen Tag Rufbereitschaft hatte, im Allgemeinen aus, wenn Beginn und Ende der Rufbereitschaft entweder aus den Listen selbst erkennbar sind oder sich aus einer nachweisbaren betrieblichen Ordnung ergeben. Insofern verbleiben im vorliegenden Fall allerdings immer noch Zweifel an einem ausreichenden Nachweis. Ursprünglich hatte die Klägerin Beginn und Ende der Rufbereitschaft überhaupt nicht festgehalten. Mit der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag erfolgte dann die Festlegung einer Rufbereitschaft von 16.00 Uhr bis 8.00 Uhr, was so allerdings nicht gelebt wurde. Denn wie die Beigeladenen zu 1) und 2) bei ihrer Befragung durch den Senat übereinstimmend dargelegt haben, begann die Rufbereitschaft normalerweise mit dem Ende der üblichen Büroöffnungszeiten der Klägerin gegen 17.00 Uhr, war aber letzten Endes zeitlich nicht eindeutig bestimmt, sondern richtete sich – wie die Beigeladenen zu 2) und 3) es formuliert haben – danach, wann im Büro der letzte den Schlüssel umdrehte und das Telefon auf das Handy der rufdienstbereiten Mitarbeiterin umstellte. Auch das Ende der Rufbereitschaft war nicht eindeutig bestimmt, sondern dieser dauerte bis zur Wiederbesetzung des Büros am nächsten Morgen, was nach der Aussage der Beigeladenen zu 1) und 2) normalerweise gegen 8.00 Uhr der Fall war, im Einzelfall aber auch anders sein konnte.

Eine weitere Vertiefung dieser Problematik ist jedoch entbehrlich, weil eine Anerkennung der "Nachtzuschläge" als sozialversicherungsfreies Arbeitsentgelt schon aus anderen Gründen ausscheidet.

Nach den ursprünglich geltenden Arbeitsverträgen der Beigeladenen zu 1) und 2) – die anders als die Beigeladene zu 3) bereits vor dem 1. Juni 2006 bei der Klägerin beschäftigt waren – fehlte es in Bezug auf die gezahlten Nachtzuschläge an den von der Rechtsprechung des BFH formulierten Voraussetzungen der Steuer- und damit auch der Sozialversicherungsfreiheit schon deshalb, weil in den ursprünglichen Arbeitsverträgen die von der Klägerin gezahlten Zuschläge für den Rufbereitschaftsdienst überhaupt nicht vorgesehen waren; auch fehlte jeder Bezug zwischen der als Rufbereitschaft zu leistenden Nachtarbeit und der Lohnhöhe. Die Arbeitsverträge der Beigeladenen zu 1) und 2) enthielten zunächst überhaupt keine Vergütungsabrede für die Rufbereitschaft. Eine (zusätzliche) Vergütung war allein für (tatsächliche) Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit in Form von prozentualen Zuschlägen vorgesehen (§ 3 Abs. 2 Arbeitsvertrag). Insofern erfolgte die Zahlung der "Nachtzuschläge" ohne die vom BFH (Urteil vom 16. Dezember 2010, [VI R 27/10](#), [BFHE 232, 174](#), juris Rn. 13 m.w.N.) geforderte ausdrückliche arbeitsvertragliche Grundlage. Etwaige mündliche Abreden zwischen den Arbeitsvertragsparteien waren wegen der Schriftformklausel des Arbeitsvertrags (§ 18) unbeachtlich und wären aus Sicht des Senats wegen der Beurkundungs- und Beweisfunktion, welcher dem schriftlichen Arbeitsvertrag bei derartigen Abreden über steuer- und sozialversicherungsrechtlich relevante Sachverhalte zukommt, ohnehin unzureichend.

Für die Zeit ab 1. Juni 2006 stellt sich die Sachlage in Bezug auf die Beigeladenen zu 2) und 3) insofern anders da, als in der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag bei den Beigeladenen zu 2) und 3) nunmehr eine ausdrückliche Regelung zum Rufbereitschaftsdienst und dessen Vergütung erfolgt ist. Danach war die Vergütung des Rufbereitschaftsdienstes von 16.00 Uhr bis 8.00 Uhr des folgenden Tages "in der Grundvergütung enthalten". Für die Nachtstunden des Rufbereitschaftsdienstes von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr waren "Nachtzuschläge" in Höhe von 2 Euro pro Stunde bzw. ab 1. Juli 2007 von 3 Euro pro Stunde vorgesehen. Für die Beigeladene zu 1) hat die Klägerin eine solche Zusatzvereinbarung dagegen nicht vorgelegt.

Die "Nachtzuschläge", welche die Klägerin gezahlt hat, sind jedoch auch unter Berücksichtigung der Zusatzvereinbarungen zu den Arbeitsverträgen in der Zeit ab 1. Juni 2006 nicht i.S.v. [§ 3b Abs. 1 EStG](#) "für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn" gezahlt worden.

Die Formulierung "neben dem Grundlohn" muss bei Rufbereitschaft so verstanden werden, dass der Zuschlag für die Sonn-, Nacht- oder Feiertagsarbeit auf einen für die Zeit der Rufbereitschaft arbeitsvertraglich geschuldeten Grundlohn aufsetzt. Dem Arbeitnehmer muss also für die Zeit der Rufbereitschaft nach dem Arbeitsvertrag ein Anspruch auf eine separate, der Höhe nach bestimmte Grundvergütung für die Zeiten des Rufbereitschaftsdienstes zustehen. Aus dem Arbeitsvertrag muss hervorgehen, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer Rufbereitschaftsdienste im Vergütungszeitraum schuldet und welches Entgelt hierfür vereinbart ist. Nur unter diesen Bedingungen kann – wie von [§ 3b Abs. 2 EStG](#) vorausgesetzt – der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer "bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht", in einen für die Zeit der Rufbereitschaft geltenden Stundenlohn umgerechnet werden und damit als Grundlage für die Berechnung der nach [§ 3b Abs. 1 EStG](#) zulässigen Zuschläge dienen. Denn der geringeren Beeinträchtigung bei Rufbereitschaft gegenüber der bei voller Arbeitsleistung in den begünstigten Zeiten ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Grenzen der Steuerbefreiung nicht an dem bei voller Arbeitsleistung auf einen Stundenlohn umzurechnenden Grundlohn zu orientieren sind, sondern an dem Entgelt, das für Stunden gewährt wird, für die Rufbereitschaft angeordnet ist (BFH, Urteil vom 27. August 2002, [VI R 64/96](#), juris Rn. 14). Im Fall der Beigeladenen zu 1) bis 3) war aber eine gesonderte Vergütung der Rufbereitschaftszeiten gerade nicht vorgesehen, vielmehr war nach der Bestimmung im Nachtrag zum Arbeitsvertrag die Vergütung des Rufbereitschaftsdienstes von 16.00 Uhr bis 8.00 Uhr des folgenden Tages "in der Grundvergütung enthalten". Damit handelte es sich der Sache nach um nichts anderes als einen Vergütungsausschluss für die Zeit der Rufbereitschaft: mit der Grundvergütung, welche nach dem Arbeitsvertrag für die vertraglich festgelegte Normalarbeitszeit gezahlt wurde, waren die zusätzlich zu leistenden Bereitschaftsdienste,

deren tatsächliche Anzahl nicht bestimmt war und die ausweislich der arbeitsvertraglichen Zusatzvereinbarung erst zum Monatsende des Vormonats durch einseitige Anordnung der Klägerin festgelegt wurden, bereits abgegolten. Das vereinbarte Arbeitsentgelt – im Fall der Beigeladenen zu 3) ursprünglich 2.220 Euro und später 2.300 Euro – änderte sich nicht unabhängig davon, ob die Arbeitnehmerin keinen, einen oder 15 Rufbereitschaftsdienste im Monat zu verrichten hatte. Für den Rufbereitschaftsdienst der Beigeladenen zu 1) bis 3) wurde also tatsächlich nichts bezahlt mit Ausnahme der "Nachtzuschläge" von 2 Euro bzw. 3 Euro pro Stunde für die Zeit von 20.00 bis 6.00 Uhr. Die von der Klägerin als "Zuschlag" für die Zeit von 20.00 bis 6.00 Uhr gezahlten 20 bzw. 30 Euro waren damit faktisch die Vergütung für die Gesamtdauer des Bereitschaftsdienstes.

Damit fehlt es im Fall der Klägerin bei den hier streitigen Zahlungen an der für Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit erforderlichen arbeitsvertraglich vereinbarten Grundvergütung für die Zeit der Rufbereitschaft, welche überhaupt erst die Grundlage dafür schafft, um die Höhe der nach [§ 3b Abs. 1 EStG](#) zulässigen Zuschläge bestimmen zu können. Denn diese berechnen sich, wie oben bereits angesprochen, nach der Rechtsprechung des BFH nicht nach dem normalen Grundgehalt, sondern nach dem vereinbarten Stundenlohn für die Rufbereitschaft. In dem vom BFH entschiedenen Fall war den von Rufbereitschaft betroffenen Arbeitnehmern pro Stunde ein Entgelt von 2,52 DM gezahlt und hiervon ausgehend (entsprechend den in [§ 3b Abs. 1 EStG](#) festgelegten prozentualen Sätzen) für die zuschlagsbegünstigten Zeiten ein Zuschlag berechnet worden. Geht man beispielhaft davon aus, dass die Klägerin für Zeiten der Rufbereitschaft einen Grundlohn von zwei Euro pro Stunde zahlen würde, ergäbe sich ein nach [§ 3b Abs. 1 EStG](#) zulässiger steuer- und beitragsfreier Zuschlag für die Nachtzeit von 20.00 bis 6.00 Uhr von (2 Euro x 25 % =) 0,50 Euro pro Stunde, bei 10 Stunden also ein maximal möglicher steuerfreier Betrag von 5 Euro pro Nacht. Dagegen führt die Methodik der Klägerin, für die Berechnung des zuschlagsfähigen Grundlohns auf das normale Grundgehalt zurückzugreifen, im Fall der Beigeladenen zu 3) bei einem Gehalt (ab dem 1. Juni 2007) von 2.300 Euro und einer 40-Stunden-Woche zu einem Stundenlohn von (2.300 Euro./ 173 Stunden im Monat) 13,30 Euro mit der Folge, dass die Klägerin ausgehend von ihrer Berechnungsweise für die Zeit von 20.00 bis 6.00 Uhr (13,30 Euro x 25 % =) 3,33 Euro pro Stunde steuer- und sozialversicherungsfrei zahlen könnte. Hier zeigt sich deutlich, dass die von der Klägerin gewählte Methode zu einer überhöhten Steuerfreistellung führt: schlichte Rufbereitschaft, für die der Arbeitgeber üblicherweise eine im Vergleich zum Normalentgelt deutlich herabgesetzte Vergütung zahlt, wird rechnerisch mit tatsächlicher, voll vergüteter Arbeit gleichgesetzt und sodann zur Grundlage der Berechnung eines "Zuschlags" für den Rufbereitschaftsdienst gemacht. Dies führt, wie der Fall der Beigeladenen zu 2) im Extrem zeigt, zu einer nicht zu rechtfertigenden Steuer- und Beitragsbefreiung: bei einem steuerpflichtigen Grundgehalt von 1.000 Euro für eine 20-Stunden-Woche erhielt diese etwa im Dezember 2008 für die geleisteten 18 Rufbereitschaftsdienste – also für eine nur im weitesten Sinne als Arbeitszeit zu bewertende Inanspruchnahme – 540 Euro steuer- und abgabenfrei ausgezahlt.

Die Klägerin kann dem nicht entgegenhalten, dass ihre Gestaltung von Seiten des zuständigen Finanzamts im Rahmen der erfolgten Lohnsteuerprüfungen nicht beanstandet worden ist. Einen an die Prüfung der Finanzverwaltung anknüpfenden Vertrauensschutz für nachfolgende Prüfungen der Rentenversicherungsträger im Rahmen von [§ 28p SGB IV](#) sieht das Gesetz nicht vor. Insbesondere ist keine Vorschrift ersichtlich, aus der sich eine Tatbestands- oder Feststellungswirkung der lohnsteuerrechtlichen Prüfbescheide der Finanzverwaltung im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung durch die Beklagte ergeben würde, zumal sich steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung schon wegen der unterschiedlichen Herangehensweise (Zufluss- versus Entstehungsprinzip) unterscheiden können.

Mithin hat die Beklagte die in der Zeit ab dem 1. Juli 2005 gezahlten "Rufbereitschaftszuschläge" zu Recht nachträglich der Beitragspflicht in den einzelnen Sozialversicherungszweigen unterworfen. Die Berechnung der Beiträge im Einzelnen lässt Rechtsfehler nicht erkennen und ist von der - sachkundig beratenen - Klägerin auch nicht angegriffen worden.

Dem folgend ist auch die Nachforderung der sog. U1 und U2-Umlagen nach § 14 LFZG bzw. (für die Zeit ab dem 1. Januar 2006) nach [§ 7 AAG](#) durch die Beklagte rechtmäßig. Da seitens der Klägerin auch diesbezüglich keine Einwände erhoben worden sind, nimmt der Senat auf die ausführlichen Darlegungen der Beklagten im Widerspruchsbescheid vom 17. Juni 2011 Bezug und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen von einer weiteren Begründung ab ([§ 136 Abs. 3 SGG](#)).

Die geltend gemachten Beitragsansprüche sind schließlich nicht verjährt. Das folgt vorliegend – was das Sozialgericht nicht beachtet hat – schon daraus, dass sich die Klägerin auf Verjährung zu keinem Zeitpunkt berufen hat. Die Verjährung sozialversicherungsrechtlicher Forderungen nach [§ 25 SGB IV](#) ist nicht schon von Amts wegen zu beachten, sondern muss als Einrede erhoben sein (vgl. Urteil des Senats vom 7. Mai 2015, [L 8 KR 273/13](#); Revision anhängig). Im Übrigen liegt eine Verjährung der Beitragsansprüche aber auch tatsächlich nicht vor; auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts zu dieser Frage nimmt der Senat Bezug und sieht auch insoweit von einer weiteren Begründung ab ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten, weil diese keine eigenen Anträge gestellt haben ([§ 162 Abs. 3 SGG](#)).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§ 54 Abs. 3](#) Gerichtskostengesetz.

Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlicher Grund ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2016-02-24