B 1 KR 31/16 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Frankfurt (HES)
Aktenzeichen
S 25 KR 612/10
Datum
25.02.2014
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 8 KR 101/14
Datum
06.10.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 1 KR 31/16 R
Datum
26.09.2017
Kategorie
Urteil
Leitsätze
1. Eine Rundfunkanstalt ist zur Entrichtung der Umlage U2 vom Entgelt "freier Mitarbeiter" verpflichtet, die sie als Angestellte meldet und für die sie Sozialversicherungsbeiträge abführt, ohne Umlagefreiheit begründende tatsächliche Umstände zu dokumentieren und bei Betriebsprüfung darzulegen.
2. Einmalzahlungen sind bei der Berechnung der Umlage U2 nicht zu berücksichtigen.
3. Die Begrenzung der umlagepflichtigen Arbeitsentgelte durch die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.
Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 6. Oktober 2016 wird zurückgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über die Heranziehung des Klägers zum Umlageverfahren für Aufwendungen nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG; Umlage U2).

2

Der Kläger, eine Anstalt des öffentlichen Rechts nach hessischem Landesrecht, die Rundfunk- und Fernsehsendungen erstellt und ausstrahlt, stufte eine Vielzahl bei ihm tätiger Personen als "freie Mitarbeiter" ein. Er meldete sie als Angestellte und entrichtete für sie zwar Gesamtsozialversicherungsbeiträge, bezog ihre Entgelte aber nicht in die Berechnung der Umlage U2 nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) ein. Nach einer Betriebsprüfung gebot die beklagte Deutsche Rentenversicherung Bund dem Kläger, 198 881,14 Euro U2-Umlage für die Zeit von 2006 bis Ende 2008 zu zahlen. Sie schätzte hierfür nach den gemeldeten Gesamtbeträgen die rentenversicherungspflichtigen Arbeitsentgelte für die "freien Mitarbeiter" ohne Einmalzahlungen und forderte den Kläger auf, ab 2009 rückwirkend selbst eine Korrekturberechnung vorzunehmen (Bescheid vom 8.3.2010; Widerspruchsbescheid vom 5.11.2010). Das SG hat die Entscheidung der Beklagten aufgehoben und festgestellt, der Kläger unterliege hinsichtlich der freien Mitarbeiter nicht der Teilnahme am Umlageverfahren U2 (Urteil vom 25.2.2014). Das LSG hat die Klage abgewiesen: Wer sozialversicherungsrechtlich beim Kläger Beschäftigter sei, sei auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich verbürgten Rundfunkfreiheit zugleich arbeitsrechtlich Arbeitnehmer. Der Kläger habe die Umlage U2 auch von dessen Entgelten zu entrichten. Da der Kläger Einmalzahlungen nicht ausgewiesen habe, sie aber in die U2-Umlage nicht einzubeziehen seien, habe die Beklagte sie ohne Nachteil für die Mitarbeiter schätzen dürfen (Urteil vom 6.10.2016).

3

Der Kläger rügt mit seiner Revision eine Verletzung von § 7 AAG und §§ 103, 106 SGG iVm § 128 SGG iVm Art 5 GG. Eine Gleichstellung von Arbeitnehmern und Beschäftigten sei nicht zulässig. Das LSG hätte im Einzelfall die Rechtsnatur des jeweiligen Auftragsverhältnisses klären müssen.

4

Der Kläger beantragt, das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 6. Oktober 2016 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 25. Februar 2014 zurückzuweisen.

5

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

6

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

7

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

II

8

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet (§ 170 Abs 1 S 1 SGG). Zu Recht hat das LSG das SG-Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Beklagte verpflichtete rechtmäßig den Kläger, 198 881,14 Euro Umlage U2 für die Zeit von 2006 bis Ende 2008 zu zahlen. Sie durfte hierzu einen Summenbescheid erlassen (dazu 2.). Die Beklagte wies den Kläger auch zutreffend auf die Rechtslage hin, er habe ab 2009 rückwirkend eine Korrekturberechnung vorzunehmen (dazu 3.).

9

1. Im Revisionsverfahren fortwirkende Umstände, die einer Sachentscheidung des Senats über die zulässig als isolierte Anfechtungsklage (§ 54 Abs 1 S 1 Fall 1 SGG) erhobene Klage entgegenstehen könnten, liegen nicht vor. Es bedarf insbesondere keiner weiteren Beiladung. Eine Beiladung der Mitarbeiter, deren Arbeitsentgelt die Beklagte für die Umlage zugrunde gelegt hat, ist bei der Überprüfung eines Summenbescheides nicht notwendig, da dieser nicht personenbezogen ergeht (vgl zB BSGE 89, 158, 159 = SozR 3-2400 § 28f Nr 3 S 4; BSGE 64, 289, 293 f = SozR 1300 § 44 Nr 36 S 102; BSG Beschluss vom 15.6.1993 - 12 BK 74/91 - Juris RdNr 3).

10

2. Die Beklagte war zuständig für den Erlass des angefochtenen Bescheides in der Gestalt des Widerspruchsbescheides im Umlageverfahren nach dem AAG (dazu a). Sie bezog rechtmäßig die abhängig Beschäftigten, die der Kläger vermeintlich zugleich für die Umlage U2 als "freie Mitarbeiter" angesehen hatte, in die Berechnung der Umlage ein (dazu b) und erteilte rechtmäßig einen Summenbescheid mit der Folge einer Nachzahlungspflicht in Höhe von 198 881,14 Euro (dazu c), ohne gegen Verfassungsrecht zu verstoßen (dazu d).

11

a) Die Beklagte war dafür zuständig, über die streitgegenständlichen von dem Kläger vom Entgelt seiner Mitarbeiter zu entrichtenden Umlagebeträge U2 für Mutterschaftsaufwendungen von 2006 bis Ende 2008 zu entscheiden. Träger des Ausgleichs von Arbeitgeberaufwendungen bei Arbeitsunfähigkeit (AU) und in Mutterschaftsfällen sind grundsätzlich die Krankenkassen (KKn) mit Ausnahme der landwirtschaftlichen KK (§ 1 Abs 1 AAG idF durch Art 1 Gesetz über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen und zur Änderung weiterer Gesetze vom 22.12.2005, BGBl I 3686; zur bis zum 31.12.2005 geltenden Rechtslage vgl § 10 Abs 1 Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall - Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG)). Die KKn verwalten die hierfür vorgesehenen Mittel als Sondervermögen (§ 8 Abs 1 S 1 AAG). Nach § 10 AAG finden die für die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt. Entsprechend anwendbar sind grundsätzlich die Vorschriften des Sozialgesetzbuches und sonstiger Gesetze, die Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, die für die GKV gelten, sowie die autonomen Rechtsnormen des jeweiligen Trägers der GKV, so insbesondere das SGB I, SGB IV, SGB V und SGB X (vgl BSGE 121, 194 = SozR 4-7912 § 96 Nr 1, RdNr 14 mwN; Knorr/Krasney, Entgeltfortzahlung - Krankengeld - Mutterschaftsgeld, Stand Mai 2017, § 10 AAG RdNr 1). Danach war die Beklagte als Rentenversicherungsträgerin zur Durchführung einer Betriebsprüfung (§ 28p Abs 1 S 1 SGB IV idF der Bekanntmachung der Neufassung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch vom 12.11.2009, BGBl I 3710) mit dem Ziel der Überwachung des Umlageverfahrens nach dem AAG und zum Erlass eines entsprechenden Umlagebescheides (§ 28p Abs 1 S 5 SGB IV) befugt. § 10 AAG stellt die Beiträge zum Ausgleichsverfahren insoweit den Beiträgen zur GKV gleich, die ihrerseits Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28d S 1 SGB IV) sind (vgl BSG SozR 3-2400 § 28p Nr 1 S 6 f; BSGE 95, 119 = SozR 4-7860 § 10 Nr 2, RdNr 3, beide noch zu § 17 LFZG; vgl auch Gesetzesentwurf der BReg eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39 S 14). Der Arbeitgeber hat der nach § 2 Abs 1 AAG zuständigen KK die für die Durchführung des Ausgleichs erforderlichen Angaben zu machen (vgl § 3 Abs 2 AAG). Die Arbeitgeber sind bei Betriebsprüfungen verpflichtet, angemessene Prüfhilfen zu leisten (vgl § 28p Abs 5 S 1 SGB IV).

12

b) Die Beklagte bezog zu Recht die Entgelte der abhängig Beschäftigten, die der Kläger vermeintlich zugleich für die Umlage U2 als "freie Mitarbeiter" angesehen hatte, in die Berechnung der Umlage ein.

13

aa) Der Kläger ist verpflichtet, als Arbeitgeber der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen einschließlich der

Auszubildenden eine U2-Umlage zu zahlen. Die Mittel zur Durchführung des U2-Verfahrens werden von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern jeweils durch gesonderte Umlagen aufgebracht, die die erforderlichen Verwaltungskosten angemessen berücksichtigen (§ 7 Abs 1 AAG). Der Begriff der Beteiligung stimmt dabei mit dem Begriff der Teilnahme am Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen iS von § 1 AAG überein (vgl bereits zu §§ 10, 14 LFZG BSGE 71, 24, 25 = SozR 3-7860 § 10 Nr 3 S 14; BSG Urteil vom 27.9.2005 - B 1 KR 1/04 R - USK 2005-29 = Juris RdNr 13; ebenso Knorr/Krasney, Entgeltfortzahlung - Krankengeld - Mutterschaftsgeld, Stand Mai 2017, § 7 AAG RdNr 3). § 1 Abs 2 AAG sieht für das U2-Verfahren die Einbeziehung aller Arbeitgeber vor. Danach erstatten die KKn mit Ausnahme der landwirtschaftlichen KK den Arbeitgebern in vollem Umfang den vom Arbeitgeber nach § 14 Abs 1 MuSchG gezahlten Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (Nr 1), das vom Arbeitgeber nach § 11 MuSchG bei Beschäftigungsverboten gezahlte Arbeitsentgelt (Nr 2) und die auf die Arbeitsentgelte nach der Nr 2 entfallenden von den Arbeitgebern zu tragenden Beiträge zur Bundesagentur für Arbeit und die Arbeitgeberanteile an Beiträgen zur GKV und zur gesetzlichen Rentenversicherung (GRV), zur sozialen Pflegeversicherung und die Arbeitgeberzuschüsse nach § 172 Abs 2 SGB VI sowie die Beitragszuschüsse nach § 257 SGB V und nach § 61 SGB XI (Nr 3). Dies gilt auch für Arbeitgeber, die nur Auszubildende beschäftigen (§ 1 Abs 3 AAG). Die gesetzliche Einbeziehung aller Arbeitgeber erfolgt, weil das BVerfG die frühere Regelung der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld als dem Schutzauftrag aus Art 3 Abs 2 GG widersprechend ansah, im gesetzlich vorgeschriebenen Ausgleichs- und Umlageverfahren nach §§ 10, 16 LFZG aF wegen seiner Begrenzung auf Kleinunternehmen keinen hinreichenden Ausgleich sah, § 14 Abs 1 S 1 MuSchG für mit Art 12 Abs 1 GG nicht vereinbar erklärte und dem Gesetzgeber einen Regelungsauftrag erteilte (vgl BVerfGE 109, 64). Der Gesetzgeber setzte den Regelungsauftrag mit dem AAG um (vgl Gesetzesentwurf der BReg eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39 S 1 und 9; vgl zum Ganzen BSG SozR 4-7862 § 9 Nr 3 RdNr 15).

14

Der Kläger ist im Rechtssinne Arbeitgeber. Die Regelung des § 1 und § 7 AAG begründet keinen eigenständigen Begriff des Arbeitgebers, sondern setzt ihn voraus. Arbeitgeber iS von § 1 und § 7 AAG ist, wer Arbeitnehmer beschäftigt (vgl § 1 Abs 1 Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall - Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG); BSG Urteil vom 27.9.2005 - B 1 KR 1/04 R - USK 2005-29 = Juris RdNr 16; BSG SozR 3-7860 § 11 Nr 1 S 2 ff mwN). Die Beschäftigung nur einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers genügt (vgl BSGE 71, 24 = SozR 3-7860 § 10 Nr 3). Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts wie der Kläger sind lediglich vom Verfahren der Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (U1-Verfahren) ausgeschlossen (vgl § 11 Abs 1 AAG und hierzu BSGE 121, 185 = SozR 4-7862 § 11 Nr 1, RdNr 21 ff), nicht aber von U2-Verfahren. Der Kläger beschäftigt nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG ungeachtet des Status der von ihm als freie Mitarbeiter Bezeichneten jedenfalls auch Arbeitnehmer. Dies ist zwischen den Beteiligten zu Recht nicht streitig.

15

bb) Die Entgelte der abhängig Beschäftigten, die der Kläger zugleich für die Umlage U2 als "freie Mitarbeiter" ansah, waren in die Berechnung der von ihm zu zahlenden Umlage U2 einzubeziehen. Die Umlagen sind jeweils in einem Prozentsatz des Entgelts (Umlagesatz) festzusetzen, nach dem die Beiträge zur GRV für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, Arbeitnehmerinnen und Auszubildenden bemessen werden oder bei Versicherungspflicht in der GRV zu bemessen wären (vgl § 7 Abs 2 S 1 AGG). Die Beklagte bezog nach dem Gesamtzusammenhang der unangegriffenen Feststellungen des LSG im Rahmen ihrer zulässigen Schätzung (vgl dazu unten II.2.c) den Umlagesatz rechtmäßig in die Berechnung der Umlage ein. Die als "freie Mitarbeiter" Bezeichneten waren im Rechtssinne im Betrieb des Klägers beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen.

16

(1) Wer Arbeitnehmer(in) iS von § 7 Abs 2 S 1 AAG ist, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts. Das folgt aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Regelungssystem und Regelungszweck. Das Gesetz knüpft mit Bedacht an die im Betrieb beschäftigten "Arbeitnehmer, Arbeitnehmerinnen" und Auszubildenden an, nicht aber an die "Beschäftigten" (vgl zu Letzteren § 7 SGB IV). Nach den Gesetzesmaterialien übernimmt die Vorschrift die entsprechenden bisherigen Regelungen des § 14 LFZG aF und passt diese an die neue Rechtslage an. Die Regelung legt fest, dass die Mittel durch Umlagen von den betroffenen Arbeitgebern aufzubringen sind. Deshalb werden gesonderte Umlageverfahren "U1" (Ausgleich der Aufwendungen für die Entgeltfortzahlung) sowie "U2" (Ausgleich der Aufwendungen für die Mutterschaftsleistungen) durchgeführt (vgl Gesetzesentwurf der BReg eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39 S 13 zu § 7). Für § 14 LFZG aF war die Verwurzelung der Begriffe im Arbeitsrecht durch den Regelungszusammenhang mit der arbeitsrechtlichen Pflicht zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall anerkannt. Die Entgeltfortzahlungsversicherung des Arbeitgebers wurde im selben Gesetz geschaffen, in dem allen Arbeitern ein unabdingbarer arbeitsrechtlicher Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die ersten sechs Wochen einer Arbeitsverhinderung durch Krankheit eingeräumt wurde (LFZG vom 27.7.1969, BGBl I 946). Zwischen den beiden Regelungen bestand ein innerer Zusammenhang. Frühere Versuche, die Entgeltfortzahlung auf Arbeiter auszudehnen und dadurch die Privilegierung von Angestellten im Arbeitsrecht abzubauen, waren ua daran gescheitert, dass keine Möglichkeit gesehen wurde, die damit einhergehenden finanziellen Belastungen des Arbeitgebers in angemessener Weise aufzufangen (vgl Protokolle der 156. und 157. Sitzung des BT-Ausschusses für Sozialpolitik vom 2. und 3.5.1957, 2. Legislaturperiode zum Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung aller Arbeitnehmer im Krankheitsfall, BT-Drucks 2/1704). Insofern war der Arbeitgeberausgleich von Anfang an mit der Einführung der Entgeltfortzahlung speziell für Arbeiter verknüpft (vgl zB BSG Urteil vom 20.4.1999 - B 1 KR 1/97 R - Juris RdNr 13 = USK 9950; vgl auch BSG SozR 3-2400 § 28p Nr 1 = Juris RdNr 20; BSG Urteil vom 27.9.2005 - B 1 KR 1/04 R - USK 2005-29 = Juris RdNr 16). Eine entsprechende Verbindung bestand zwischen dem von der Umlage U2 abgedeckten Leistungsrecht und der Umlageversicherung. So setzte § 200 Abs 2 S 1 RVO aF voraus, dass die Schwangere bei Beginn der Schutzfrist des § 3 Abs 2 MuSchG in einem Arbeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne steht oder ein solches Arbeitsverhältnis während ihrer Schwangerschaft vom Arbeitgeber zulässig aufgelöst wurde (vgl jetzt § 24i Abs 2 S 1 SGB V). Hingegen kam es nicht auf das Vorliegen oder die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses iS von § 7 Abs 1 SGB IV an (vgl BSG SozR 4-2200 § 200 Nr 2 RdNr 26 mwN). Rspr und Literatur sahen die Begriffe des Arbeitsverhältnisses in § 200 RVO aF sowie in § 1 Nr 1 MuSchG als identisch an (vgl zB BSGE 45, 114, 116 = SozR 7830 § 13 Nr 3; BSG Urteil vom 24.11.1983 - 3 RK 35/82 - USK 83151; Höfler in Kasseler Komm, § 200 RVO RdNr 13, Stand Mai 2003; vgl zum Ganzen BSG SozR 4-2200 § 200 Nr 2 RdNr 26 mwN). Das strahlte entsprechend auf die Regelungen der Umlageversicherung aus. Die arbeitsrechtliche Prägung der Begriffe "Arbeitnehmer, Arbeitnehmerinnen" entspricht schließlich dem Zweck der Umlage. Sie dient der Finanzierung der Erstattungsansprüche der beteiligten Arbeitgeber für Entgeltfortzahlungen nach § 3 Abs 1 und 2 und § 9 EntgFG (vgl § 1 Abs 1 AAG - U1-Verfahren) sowie für den nach § 14

MuSchG gezahlten Zuschuss zum Mutterschaftsgeld und für das nach § 11 MuSchG bei Beschäftigungsverboten gezahlte Arbeitsentgelt (vgl § 1 Abs 2 AAG - U2-Verfahren). Soweit das MuSchG künftig nicht mehr ua Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, sondern Frauen in einer Beschäftigung iS von § 7 Abs 1 SGB IV einbezieht, ist dies für die Umlagepflicht in den hier betroffenen Jahren 2006 bis 2008 ohne Belang (vgl zur künftigen Regelung § 1 Abs 2 S 1 MuSchG idF durch Art 1 Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23.5.2017, BGBl I 1228 mWv 1.1.2018 und hierzu Begründung zum Entwurf der BReg eines Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts, BR-Drucks 230/16 S 51).

17

(2) Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Arbeitsrechts bestimmt sich nach wesentlich gleichen Kriterien wie der Begriff des Beschäftigten iS von § 7 Abs 1 SGB IV, wie bereits das LSG überzeugend ausgeführt hat. Das BAG grenzt in ständiger Rspr das Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit ab, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl § 84 Abs 1 S 2, Abs 2 HGB). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (vgl zB BAG Urteil vom 14.3.2007 - 5 AZR 499/06 - AP Nr 13 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit = EzA § 611 BGB 2002 Arbeitnehmerbegriff Nr 10 = Juris RdNr 13 mwN; BAGE 143, 77 RdNr 14 f; vgl nunmehr auch § 611a BGB idF von Art 2 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017, BGBl I 258 mWv 1.4.2017).

18

Mangels Möglichkeit, allgemeingültige für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien aufzustellen, ist auf eine typologische Abgrenzung der unselbstständigen Arbeit zurückzugreifen (vgl zB BAGE 30, 163, 169 = AP Nr 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit = Juris RdNr 26; BAG Urteil vom 23.4.1980 - 5 AZR 426/79 - AP Nr 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr 21 = Juris RdNr 23; BAGE 77, 226, 233 f = AP Nr 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit = Juris RdNr 38). Letztlich kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an (stRspr, vgl zB BAG BAGE 93, 218, 223 = AP Nr 33 zu § 611 BGB Rundfunk = Juris RdNr 22 - Rundfunkmitarbeiter; BAGE 143, 77 RdNr 15; BAG Urteil vom 11.8.2015 - 9 AZR 98/14 - AP Nr 128 zu § 611 BGB Abhängigkeit = EzA § 611 BGB 2002 Arbeitnehmerbegriff Nr 28 = Juris RdNr 16 - Hochseilartisten, alle mwN).

19

In Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen gegenüber freier Mitarbeit im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen kann danach auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern entgegen einer ausdrücklich getroffenen Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn sie weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen, ihnen also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbstständigkeit verbleibt, und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen kann (stRspr, vgl zB BAG Urteil vom 14.3.2007 - 5 AZR 499/06 - RdNr 20 mwN - AP Nr 13 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr 10). Letzteres ist etwa der Fall, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich zugewiesen werden (vgl BAGE 93, 218, 224; zum Ganzen BAG Urteil vom 20.5.2009 - 5 AZR 31/08 - AP Nr 16 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit = EzA § 611 BGB 2002 Arbeitnehmerbegriff Nr 15 = USK 2009-15 = Juris RdNr 22 mwN). Bei Arbeitsverhältnissen der programmgestaltenden Mitarbeiter der Rundfunkanstalten kann unter Berücksichtigung der für die Rundfunkanstalten durch die Rundfunkfreiheit (Art 5 Abs 1 S 2 GG) gewährleisteten Freiräume bei der Wahl des Arbeitsvertragsinhalts (vgl zB BAGE 119, 138 RdNr 10; BT-Drucks 14/4374 S 19) eine Befristung wegen der Art der Tätigkeit ohne Hinzutreten eines weiteren Sachgrundes vereinbart werden (vgl BAG Urteil vom 20.5.2009 - 5 AZR 31/08 - AP Nr 16 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit = EzA § 611 BGB 2002 Arbeitnehmerbegriff Nr 15 = USK 2009-15 = Juris RdNr 22 mwN; zu § 14 Abs 1 S 2 Nr 4 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) vgl BAG Urteil vom 4.12.2013 - 7 AZR 457/12 - AP Nr 113 zu § 14 TzBfG = NZA 2014, 1018 = Juris RdNr 15, 32 mwN).

20

Vergleichbar setzt eine Beschäftigung (§ 7 Abs 1 SGB IV) nach der Rspr des BSG voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild prägen (stRspr; vgl zB BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 30 RdNr 21, auch für BSGE vorgesehen; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 21 RdNr 13 mwN; BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17, RdNr 15 mwN). Auch die Rspr des BSG geht von einem Typusbegriff der Beschäftigung aus (vgl zB BSGE 115, 158 = SozR 4-2500 § 186 Nr 4, RdNr 12 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr 11). Er setzt grundsätzlich die tatsächliche Erbringung von Arbeit auf der Grundlage eines Rechtsverhältnisses voraus, das die Verpflichtung hierzu begründet (vgl zB BSGE 103, 17 = SozR 4-2400 § 7a Nr 2, RdNr 12 und zur Funktion RdNr 15 f mwN; daran anknüpfend etwa BSG Urteil vom 4.6.2009 - B 12 R 6/08 R - Juris RdNr 11, 15 = USK 2009-72). Teilweise lässt das Gesetz anstelle tatsächlicher Aufnahme entgeltlicher Tätigkeit auch den Erwerb von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt ohne Tätigkeitsaufnahme genügen (vgl zu § 186 Abs 1 SGB V idF durch Art 3 Nr 3 Gesetz zur sozialen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen (FlexiG) vom 6.4.1998, BGBl I 688, rückwirkend in Kraft getreten zum 1.1.1998, vgl Art 12 Abs 1, Art 14 FlexiG, und die parallele Erweiterung der Regelung in § 7 Abs 1a SGB IV durch Art 1 Nr 1 FlexiG: BSGE 115, 158 = SozR 4-2500 § 186 Nr 4, RdNr 12 ff mwN).

21

Bei unständig Beschäftigten - wie etwa Synchronsprechern für Filme - stellt die Rspr des BSG für die Prüfung der Versicherungspflicht auf die Verhältnisse ab, die nach Annahme des einzelnen Einsatzangebots bestehen, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass zwischen dem Mitarbeiter und den Unternehmen eine Dauerrechtsbeziehung besteht, aufgrund derer er vor Annahme eines seiner Einsätze eine - ggf auch nur latente - Verpflichtung trifft, Tätigkeiten für diese auszuüben, oder dass umgekehrt eine Verpflichtung der Unternehmen besteht, dem Mitarbeiter Arbeit anzubieten oder Entgelt zu gewähren (stRspr, vgl zB BSG Urteil vom 31.3.2017 - B 12 KR 16/14 R - Juris RdNr 29 mwN, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen). Das schließt es nicht aus, dass ein Fernsehmitarbeiter auch an den Tagen, in denen er mit seiner Rundfunkanstalt keine Einsätze vereinbart hat, in einem Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne steht, wenn trotz der jeweils monatlich befristet und für einzelne Einsatztage geschlossenen Arbeitsverträge er bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden auch in den Nichteinsatzzeiten einem umfassenden Weisungsrecht seiner Rundfunkanstalt untersteht. Er ist an diesen Tagen, obwohl eine Arbeitsleistung vertraglich nicht verlangt werden kann und er tatsächlich nicht arbeitet, nicht arbeitslos (vgl BSG Urteil vom 11.3.2014 - B 11 AL 5/13 R - NZS 2014, 436 RdNr 12 ff). Bei der Gesamtabwägung aller Indizien und Umstände berücksichtigt die Rspr des BSG die Grundrechte der Betroffenen, etwa die künstlerische Freiheit der Synchronsprecher bei der Gestaltung der Synchronisation und einen möglichen Schutz der auf die Synchronisation von Filmen gerichteten Tätigkeit nach Art 5 Abs 1 S 2 sowie Abs 3 GG (stRspr, vgl zB BSG Urteil vom 31.3.2017 - B 12 KR 16/14 R - Juris RdNr 30 f, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen). Sie grenzt Tätigkeiten aufgrund von Werkverträgen entsprechend der Rspr von BGH und BAG ab (stRspr, vgl zB BSG Urteil vom 31.3.2017 - B 12 KR 16/14 R - Juris RdNr 34 mwN, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen).

22

(3) Verfassungsrecht gebietet speziell für Mitarbeiter der Rundfunkanstalten nicht, die genannten Grundanforderungen des Arbeits- und des Sozialrechts zu modifizieren. Der Schutz von Art 5 Abs 1 S 2 GG umfasst das Recht der Rundfunkanstalten, frei von fremdem, insbesondere staatlichem Einfluss über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung derjenigen Mitarbeiter zu bestimmen, die an Hörfunk- und Fernsehsendungen inhaltlich gestaltend mitwirken. Um der gebotenen Programmvielfalt gerecht werden zu können, müssen die Rundfunkanstalten auf einen breit gestreuten Kreis unterschiedlich geeigneter Mitarbeiter zurückgreifen können. Dies kann seinerseits voraussetzen, dass unterschiedliche Vertragsgestaltungen einsetzbar sind und dass die Mitarbeiter nicht auf Dauer, sondern nur für die Zeit beschäftigt werden, in der sie benötigt werden (vgl BVerfGE 59, 231, 259). Insofern umfasst der Schutz der Rundfunkfreiheit neben der Auswahl der Mitarbeiter die Befugnis, bei der Begründung von Mitarbeiterverhältnissen den jeweils geeigneten Vertragstyp zu wählen (vgl BVerfGE 59, 231, 260). Ihre Schranken findet die Rundfunkfreiheit allerdings nach Art 5 Abs 2 GG in den allgemeinen Gesetzen, zu denen die besonderen Bestimmungen des Arbeitsrechts gehören. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften haben die Arbeitsgerichte fallbezogen zwischen der Bedeutung der Rundfunkfreiheit auf der einen und dem Rang der von den Normen des Arbeitsrechts geschützten Rechtsgüter auf der anderen Seite abzuwägen (vgl BVerfG (Kammer) Beschluss vom 18.2.2000 - 1 BvR 491/93 ua - NZA 2000, 653 = Juris RdNr 14 ff; BAGE 119, 138 RdNr 11, 20 f; BAGE 132, 59 RdNr 38 mwN). Mit der Qualifizierung eines Mitarbeiters als Arbeitnehmer wird die Rundfunkfreiheit nur beeinträchtigt, wenn die verfügbaren Vertragsgestaltungen - wie Teilzeitbeschäftigungs- oder Befristungsabreden - zur Sicherung der Aktualität und Flexibilität der Berichterstattung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht in gleicher Weise geeignet sind wie die Beschäftigung in freier Mitarbeit (vgl BVerfG (Kammer) Beschluss vom 18.2.2000 - 1 BvR 491/93 ua - NZA 2000, 653 = Juris RdNr 27; vgl zur gebotenen Abwägung im Einzelfall zB BAG Urteil vom 4.12.2013 - 7 AZR 457/12 - AP Nr 113 zu § 14 TzBfG = NZA 2014, 1018 = Juris RdNr 32 mwN).

23

Dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des Arbeitsrechts den sich aus Art 5 Abs 1 und 2 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung tragen, schließt es nicht von vornherein aus, von den für dieses Rechtsgebiet allgemein entwickelten Merkmalen abhängiger Arbeit auszugehen und, wenn diese für ein Arbeitsverhältnis sprechen, dem Einfluss der Rundfunkfreiheit dadurch gerecht zu werden, dass einzelne gegen eine Befristung sprechende Merkmale zurückzutreten haben. Auf andere Rechtsvorschriften, die der sozialen Sicherung der Arbeitnehmer dienen, wie namentlich diejenigen des Sozialversicherungsrechts, lässt sie sich nicht erstrecken (vgl BVerfGE 59, 231, 268). Diese verfassungsrechtlichen Wertungen stehen einer parallelen Wertung für die Einordnung einer Tätigkeit als Beschäftigung (§ 7 Abs 1 SGB IV) und als auf einem Arbeitsverhältnis beruhend nicht entgegen.

24

(4) Nach den aufgezeigten Grundsätzen gibt es in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig keine Anhaltspunkte dafür, einen Mitarbeiter einer Rundfunkanstalt, den diese im Rahmen ihrer sozialversicherungsrechtlichen Pflichten als abhängig beschäftigt meldet und für den sie dementsprechend Beiträge abführt, hinsichtlich der Umlage U2 als selbstständigen freien Mitarbeiter zu qualifizieren, der nicht in einem Arbeitsverhältnis steht. Die anerkannten Fallgruppen, bei denen die Begriffe des Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnisses auseinanderfallen, betreffen andere Konstellationen wie etwa die Tätigkeiten als Ehrenbeamter oder Referendar. Es widerspricht dem nicht, dass das MuSchG ab 1.1.2018 ua auch für Frauen gilt, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, diese aber weitgehend von den leistungsrechtlichen Regelungen ausnimmt (vgl § 1 Abs 2 S 2 Nr 7 MuSchG idF durch Art 1 Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23.5.2017, BGBl I 1228).

25

Macht eine Rundfunkanstalt als Arbeitgeber bei einer Betriebsprüfung geltend, eine Gruppe ihrer Mitarbeiter stehe korrekt in einem Beschäftigungs-, nicht aber in einem Arbeitsverhältnis, muss sie die tatsächlichen Umstände darlegen, welche sie entsprechend § 8 Abs 1 Nr 9 Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (Beitragsverfahrensverordnung (BVV) vom 3.5.2006, BGBl I 1138 mWv 1.7.2006; vgl dem entsprechend zuvor § 2 Abs 1 Nr 6 Verordnung über die Durchführung der Beitragsüberwachung und die Auskunfts- und Vorlagepflichten - Beitragsüberwachungsverordnung (BeitrÜV) idF durch Art 64 Nr 1 Gesetz zur Organisationsreform in der gesetzlichen Rentenversicherung (RVOrgG) vom 9.12.2004, BGBl I 3242 mWv 1.10.2005) hinsichtlich der vermeintlichen Umlagefreiheit dokumentiert hat. Ein bloßer Hinweis auf den Blankettbegriff eines freien Mitarbeiterverhältnisses trotz Beitragsabführung wegen nach eigener Auffassung bestehender abhängiger Beschäftigung und Meldung des

Mitarbeiters als Angestellter vermag den hierdurch hervorgerufenen Eindruck nicht zu entkräften. Es ist sachgerecht Aufgabe des Arbeitgebers, die ihm wohlbekannten, der Einzugsstelle und der für die Betriebsprüfung zuständigen Stelle aber genuin unbekannten Tatsachen zum Bestehen oder Fehlen eines Arbeitsverhältnisses zu dokumentieren und zu offenbaren, um eine Überprüfung zu ermöglichen.

26

(5) Der Kläger hat sich demgegenüber bis zum Revisionsverfahren allein auf den abstrakten Hinweis an die Beklagte beschränkt, mangels völliger Identität von Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnis lägen die Verhältnisse seiner Mitarbeiter, deren Arbeitsentgelte von der Beklagten bei der Erhebung der U2-Umlage zusätzlich berücksichtigt wurden, insoweit unterschiedlich. Das LSG würdigte dies bereits dahin (vgl § 128 Abs 1 S 1 SGG), dass die betroffenen Mitarbeiter sowohl Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Sinne als auch Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne waren. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

27

Das LSG hat die zugrunde liegenden Feststellungen entgegen der Ansicht des Klägers in revisionsrechtlicher Hinsicht verfahrensfehlerfrei getroffen. Es durfte das gesamte Verhalten des Klägers unter Einbeziehung der für alle Beteiligten im Kern klaren Rechtsfragen, seiner Meldungen, seiner Beitragsabführung und seiner Angaben anlässlich der Betriebsprüfung und des sich anschließenden Rechtsstreits würdigen (vgl § 128 Abs 1 S 1 SGG). Ausgehend von der materiellen Rechtsauffassung des LSG, der ganz weitgehenden Übereinstimmung der Voraussetzungen eines Beschäftigungs- und eines Arbeitsverhältnisses ohne relevante Abweichungen bei Mitarbeitern einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, drängte sich keine weitere Beweiserhebung auf. Insbesondere hatte das LSG entgegen der Rechtsauffassung des Klägers ausgehend von seiner materiell-rechtlichen Auffassung keinen Anlass, in eine Einzelprüfung der einzelnen Rechtsverhältnisse der Mitarbeiter einzutreten. Es war auch in keiner Weise für die Beteiligten überraschend, dass das LSG umfassend auf die durch das Verhalten des Klägers dokumentierten Verhältnisse der Mitarbeiter abstellte. Ein Urteil darf zwar nicht auf tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, die bisher nicht erörtert worden sind, wenn dadurch der Rechtsstreit eine unerwartete Wendung nimmt (vgl zB BVerfGK 1, 211 = Juris RdNr 11 f mwN). Der Grundsatz soll indes lediglich verhindern, dass die Beteiligten durch eine Entscheidung überrascht werden, die auf Auffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnissen beruht, zu denen sie sich nicht äußern konnten. In diesem Rahmen besteht jedoch kein allgemeiner Verfahrensgrundsatz, der das Gericht verpflichtet, die Beteiligten vor einem Urteil auf eine in Aussicht genommene Beweiswürdigung hinzuweisen oder die für die richterliche Überzeugungsbildung möglicherweise leitenden Gründe zuvor mit den Beteiligten zu erörtern (vgl zB BSG SozR 3-1500 § 153 Nr 1; BSG Beschluss vom 17.10.2006 - B 1 KR 104/06 B - Juris RdNr 9). Ebenso wenig muss das Gericht die Beteiligten auf alle nur möglichen Gesichtspunkte hinweisen und vorab seine Rechtsauffassung zur Rechtssache bzw zu den Erfolgsaussichten zu erkennen geben (vgl zB BSG Beschluss vom 10.8.2007 - B 1 KR 58/07 B - Juris RdNr 7 mwN; BSG Beschluss vom 7.2.2013 - B 1 KR 68/12 B - Juris RdNr 8 mwN; Hauck in Zeihe/Hauck, SGG, Stand April 2017, § 105 RdNr 9a mwN).

28

c) Die Beklagte erteilte rechtmäßig einen Summenbescheid mit der Folge einer Nachzahlungspflicht in Höhe von 198 881,14 Euro. Die Voraussetzungen hierfür (vgl § 28f Abs 2 S 1 SGB IV; § 10 AAG) waren erfüllt. Danach kann der prüfende Träger der GRV den Umlagebeitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch ua die Beitragshöhe nicht festgestellt werden kann. Dies gilt nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Soweit der prüfende Träger der GRV die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen.

29

Zu Recht hat das LSG diese Voraussetzungen nach seinen Feststellungen als erfüllt angesehen. Die Erhebung der Umlage nach § 7 Abs 2 AAG für das U2-Verfahren (dazu aa) erstreckt sich nicht auf die Einmalzahlungen iS des § 23a SGB IV. Dies folgt aus Regelungssystem und -zweck (dazu bb) in Einklang mit der Entstehungsgeschichte (dazu cc). Der Wortlaut steht nicht entgegen (dazu dd). Die Beklagte durfte mangels vorgelegter Aufzeichnungen über die Einmalzahlungen die relevanten Lohnsummen schätzen (dazu ee) und von der Zulässigkeit eines Summenbescheides ausgehen (dazu ff).

30

aa) § 7 AAG regelt in seiner ursprünglichen Fassung (durch Art 1 AAG und zur Änderung weiterer Gesetze vom 22.12.2005, BGBl I 3686, nach Art 4 S 1 des Gesetzes mWv 1.10.2005 in Kraft getreten, vgl dazu BSG SozR 4-1500 § 183 Nr 9 RdNr 15) nebst nachfolgender Änderung (§ 7 AAG idF durch Art 10 Gesetz zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung vom 24.4.2006, BGBl I 926 mWv 1.1.2007) im Kontext der Ansprüche auf Erstattung der Arbeitgeberaufwendungen nach § 1 AAG (U1- und U2-Verfahren) deren Finanzierung durch Umlagen. Sie sind von den an den Ausgleichsverfahren beteiligten Arbeitgebern jeweils getrennt nach U1 und U2 zu erheben (vgl oben, Abs 1) und bemessen sich nach einem Umlagesatz (vgl oben, Abs 2 S 1). Bei der Berechnung der Umlage für Aufwendungen nach § 1 Abs 1 AAG sind Entgelte von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, deren Beschäftigungsverhältnis bei einem Arbeitgeber nicht länger als vier Wochen besteht und bei denen wegen der Art des Beschäftigungsverhältnisses auf Grund des § 3 Abs 3 EntgFG kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entstehen kann, sowie einmalig gezahlte Arbeitsentgelte nach § 23a SGB IV nicht zu berücksichtigen (§ 7 Abs 2 S 2 AAG).

31

bb) Der Gesetzgeber nahm mit der Regelung des § 7 Abs 2 S 2 AAG die durch den Beschluss des BVerfG vom 24.5.2000 (BVerfGE 102, 127 = SozR 3-2400 § 23a Nr 1) auch bei § 14 Abs 2 LFZG aF gebotene, aber durch das Gesetz zur Neuregelung der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt (Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz vom 21.12.2000, BGBl I 1971) noch unterbliebene Änderung der Regelungen über die umlagepflichtigen Arbeitsentgelte vor. Er wollte umfassend Einmalzahlungen iS von § 23a SGB IV von der Umlagepflicht ausnehmen. Nach der Rspr des BVerfG gebietet es der Gleichheitssatz (Art 3

Abs 1 GG), einmalig gezahltes Arbeitsentgelt bei der Berechnung von kurzfristigen beitragsfinanzierten Lohnersatzleistungen wie Arbeitslosengeld und Krankengeld zu berücksichtigen, wenn es zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen wird (vgl BVerfGE 102, 127, 143 f = SozR 3-2400 § 23a Nr 1 S 4 f und LS 1 unter Hinweis auf BVerfGE 92, 53 = SozR 3-2200 § 385 Nr 6). Umgekehrt darf der Gesetzgeber Einmalzahlungen auch umfassend ausklammern (vgl BVerfGE 92, 53, 73 = SozR 3-2200 § 385 Nr 6 S 22; BVerfGE 102, 127, 141 f = SozR 3-2400 § 23a Nr 1 S 3). Abweichend von diesen Vorgaben unterwarfen die Regelungen des § 14 Abs 2 S 1 und 2 LFZG aF Einmalzahlungen an die Arbeitnehmer der Umlagepflicht, während die Leistungsregelungen des MuSchG Einmalzahlungen nicht berücksichtigen (vgl ausdrücklich § 14 Abs 1 S 4 MuSchG; zu § 11 MuSchG sich für einen Ausschluss im Grundsatz aussprechend BSG SozR 3-7860 § 10 Nr 2 S 9 f; s ferner in diesem Sinne BSGE 25, 69, zur Auslegung des Durchschnittsverdiensts nach § 13 MuSchG aF; auch grundsätzlich für den Ausschluss von Einmalzahlungen: Knorr/Krasney, Entgeltfortzahlung - Krankengeld - Mutterschaftsgeld, Stand Mai 2017, § 11 MuSchG RdNr 144 f mwN).

32

cc) Die Regelungsabsicht folgt aus der Gesetzesbegründung (vgl Entwurf der BReg eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39 S 13 zu § 7 Abs 2). Hiernach regelt der Gesetzesentwurf, dessen Wortlaut der späteren Gesetzesfassung entsprach, "dass bei der Berechnung der Umlagen U1 und U2 Einmalzahlungen" nach § 23a SGB IV "außer Betracht bleiben". Dies sei deshalb geboten, weil bei der Erstattung nach § 1 AAG auf das tatsächlich fortgezahlte Arbeitsentgelt abgestellt werde, sodass Einmalzahlungen bei der Höhe des erstattungsfähigen Arbeitsentgelts nicht zu berücksichtigen seien. Um ein Ungleichgewicht zwischen Beitrag und Leistung zu verhindern, müssten die entsprechenden Zahlungen daher auch bei der Bemessung der Umlage außer Betracht bleiben.

33

dd) Der Wortlaut des § 7 Abs 2 S 2 Halbs 2 AAG bezieht sich zwar mit seinem Satzteil "sowie einmalig gezahlte Arbeitsentgelte " grammatikalisch lediglich auf Fälle des § 1 Abs 1 AAG. Bei diesem syntaktischen Mangel handelt es sich aber offenkundig lediglich um redaktionelles Versehen. Andernfalls wäre die beabsichtigte verfassungsrechtlich gebotene Neuregelung nur teilweise erfolgt. Der methodisch zulässigen verfassungskonformen Auslegung folgt auch die Verwaltungspraxis.

34

ee) Die Beklagte schätzte die Nachzahlung rechtmäßig auf 198 881,14 Euro. Die Einmalzahlungen, die für die Umlage U2 nicht zum beitragspflichtigen Arbeitsentgelt der beschäftigten Arbeitnehmer gehörten, hatte der Kläger in die nach § 28f Abs 1 SGB IV zu führenden Lohnunterlagen aufzunehmen (vgl § 2 Abs 1 S 1 Nr 7, 8 BeitrÜV; § 8 Abs 1 Nr 10 BVV). Solche Aufzeichnungen konnte der Kläger für die Jahre 2006 bis 2008 bei der Betriebsprüfung im Frühjahr 2009 nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG nicht vorweisen. Dies genügt, um von der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufzeichnungspflicht auszugehen. Auf ein Verschulden kommt es hierbei nicht an (vgl zum Ganzen BSGE 89, 158, 161 = SozR 3-2400 § 28f Nr 3 S 6). Ohne Kenntnis der Einmalzahlungen konnte die Beklagte den Nachzahlungsbetrag nicht berechnen, sondern nur schätzen.

35

ff) Die Beklagte durfte es als rechtmäßig ansehen, einen Summenbescheid zu erlassen (vgl entsprechend BSGE 89, 158, 161 = SozR 3-2400 § 28f Nr 3 S 7). Zutreffend hob sie darauf ab, dass eine personenbezogene Beitragsbemessung für den einzelnen Arbeitnehmer leistungsrechtlich keine Bedeutung hatte. Sie durfte auch angesichts der Vielzahl der Fälle für einen Zeitraum von insgesamt drei Jahren von einem unverhältnismäßig großen Aufwand von Einzelermittlungen ausgehen und bei dieser Gesamtsituation die zum Summenbescheid getroffene Übereinkunft mit dem Kläger berücksichtigen.

36

d) Es widerspricht schließlich nicht Verfassungsrecht, dass die Umlage U2 im Ergebnis begrenzt durch die Beitragsbemessungsgrenze in einem Umlagesatz festzusetzen ist, nach dem die Beiträge zur GRV für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, Arbeitnehmerinnen und Auszubildenden bemessen werden oder bei Versicherungspflicht in der GRV zu bemessen wären (offengelassen in BSG SozR 4-7862 § 9 Nr 3 RdNr 29). Die Begrenzung der umlagepflichtigen Arbeitsentgelte durch die Beitragsbemessungsgrenze verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 GG; zu dessen Anforderungen vgl aa). Die Beitragsbemessungsgrenze begründet zwar eine Ungleichbehandlung (dazu bb), die aber sachlich gerechtfertigt ist (dazu cc). Die in der Rspr des erkennenden Senats bereits angesprochenen Gesichtspunkte der Verwaltungspraktikabilität und stärkeren Lastenverteilung zwischen den Arbeitgebern - im Gegensatz zur Verwendung der in der GKV geltenden Beitragsbemessungsgrundlage - (vgl BSG SozR 4-7862 § 9 Nr 3 RdNr 29) schließen im Verbund mit dem Gesichtspunkt der die Sozialversicherung als Strukturmerkmal prägenden - wenngleich in ihren Einzelheiten unterschiedlich ausgestalteten - Beitragsbemessungsgrenze eine sachwidrige Ungleichbehandlung aus.

37

aa) Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt das Grundrecht nur, wenn er eine Gruppe von Normadressaten anders als eine andere behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen (BSGE 102, 30 = SozR 4-2500 § 34 Nr 4, RdNr 12; BSG SozR 4-2500 § 264 Nr 7 RdNr 23; BVerfGE 112, 50, 67 = SozR 4-3800 § 1 Nr 7 RdNr 55 mwN; BVerfGE 117, 316, 325 = SozR 4-2500 § 27a Nr 3 RdNr 31, stRspr).

38

bb) Die nach § 7 Abs 2 S 1 AAG maßgebliche Begrenzung der Umlagepflicht im U2-Verfahren auf Arbeitsentgelte bis zur Beitragsbemessungsgrenze der GRV (§§ 159, 160, 228a SGB VI) behandelt die umlagepflichtigen Arbeitgeber ungleich. Je höher der Anteil der Arbeitnehmer eines Arbeitgebers ist, deren Arbeitsentgelt die GRV-Beitragsbemessungsgrenze überschreitet, desto größer ist der

prozentuale Anteil der umlagefreien Arbeitsentgeltanteile eines Arbeitgebers am gesamten von ihm gezahlten Arbeitsentgelt. Wären auch die oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze liegenden umlagefreien Arbeitsentgeltanteile umlagepflichtig, hätte dies zur Folge, dass die von den Arbeitgebern gezahlten Arbeitsentgeltsummen relativ, nämlich entsprechend dem Umlagesatz, gleich behandelt würden. Arbeitgeber mit nur umlagepflichtigen Arbeitsentgelten oder geringeren umlagefreien Arbeitsentgeltanteilen würden durch eine umfassende Umlagepflicht wirtschaftlich geringer belastet. Denn die Arbeitgeber mit höherverdienenden Arbeitnehmern würden verstärkt dazu herangezogen, das zur Erstattung der Arbeitgeberaufwendungen erforderliche finanzielle Volumen bereitzustellen.

39

cc) Die Ungleichbehandlung aufgrund der Begrenzung der Umlagepflicht auf die Beitragsbemessungsgrenze der GRV ist nicht sachwidrig. Die Begrenzung harmonisiert verwaltungspraktikabel die Berechnung der Umlage für die Arbeitgeber und den Einzug der Umlagebeträge durch die KKn als Träger des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen (vgl BSG SozR 4-7862 § 9 Nr 3 RdNr 29). Sie bewirkt eine stärkere Lastenverteilung zwischen den Arbeitgebern, als es bei Verwendung der in der GKV geltenden Beitragsbemessungsgrundlage der Fall wäre (vgl BSG SozR 4-7862 § 9 Nr 3 RdNr 29). Die Rspr zieht die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit von Beitragsbemessungsgrenzen als Strukturmerkmal nicht in Zweifel (vgl zB BVerfGE 29, 221 = SozR Nr 7 zu Art 2 GG; BVerfGK 12, 81 = Juris RdNr 11; inzident BSG SozR 3-2500 § 308 Nr 1). Das Ausmaß der Auswirkungen der genannten Grenze auf die Umlage U2 ist insgesamt gering. Die Zahl der Arbeitnehmer mit Arbeitsentgelten oberhalb der GRV-Beitragsbemessungsgrenze ist im Vergleich zu den Arbeitnehmern mit Entgelten bis zur Beitragsbemessungsgrenze überschaubar (zB 2014 nur 4,83 vH der Beschäftigten in Deutschland mit einem Bruttomonatsverdienst oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze der GRV). Die betroffenen Summen der oberhalb der GRV-Beitragsbemessungsgrenze liegenden Arbeitsentgeltanteile im Vergleich zur Summe aller Arbeitsentgelte bis zur Beitragsbemessungsgrenze sind unter Berücksichtigung der niedrigen Umlagesätze des U2-Verfahrens begrenzt (bei den Beigeladenen im Zeitraum 2006 bis 2008 zwischen 0,05 und 0,5 Prozent).

40

3. Der Ausspruch, der Kläger habe ab dem 1.1.2009 rückwirkend eine Korrekturberechnung vorzunehmen, ist ein zutreffender Hinweis auf die Rechtslage, der den Kläger nicht beschwert. Der Hinweis entspricht der Rechtsauffassung, die dem rechtmäßigen Summenbescheid für den vorangegangenen Zeitraum zugrunde liegt. Ein eigenständiger Regelungsgehalt ist dem Hinweis nicht zu entnehmen.

41

4. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 193 SGG. Der Kläger zählt im Streit über die Umlagepflicht nach dem AAG zu den kostenprivilegierten Beteiligten (vgl entsprechend BSG SozR 4-1500 § 183 Nr 9 RdNr 22-23; BSGE 121, 185 = SozR 4-7862 § 11 Nr 1, RdNr 20; vgl auch BSG SozR 4-1500 § 183 Nr 3 RdNr 8 f).
Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2018-03-02