

## Sozialgericht München

Urteil vom 21. 02. 2008 ( nicht rechtskräftig )

Sozialgericht München S 30 R 2651 / 06

Bayerisches Landessozialgericht L 5 R 427 / 08

I . Der Bescheid vom 1 . August 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29 . August 2006 wird aufgehoben . II . Die Beklagte hat der Klägerin ihre außergerichtlichen Kosten zu erstatten .

Tatbestand :

Streitig zwischen den Beteiligten ist eine Beitragsnachforderung in Höhe von EUR 23 . 418 , 66 . In Auswertung der Ergebnisse einer von 18 . 07 . bis 20 . 07 . 2005 nach § 28 p Abs . 1 Sozialgesetzbuch IV ( SGB IV ) bei der Klägerin durchgeführten Betriebsprüfung erließ die Beklagte am 01 . 08 . 2005 den angefochtenen Bescheid über die Beitragsnachforderung in der genannten Höhe für den Zeitraum vom 01 . 01 . 2001 bis zum 30 . 06 . 2005 . Zu der für die Differenz der Beitragsberechnungen fast ausschließlich maßgeblichen Behandlung der Zuschläge für Sonntags- , Feiertags- und Nachtarbeit führte der Bescheid aus : " Nach dem vorliegenden Arbeitsvertrag garantiert der Arbeitgeber Z . OHG den Angestellten eine feste Summe ( Effektivlohn ) . Diese Summe schuldet der Arbeitgeber unabhängig davon , ob und in welcher Höhe der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für die steuerfreien Leistungen erfüllt . Rechnerisch führt die vereinbarte Abrechnungsweise dazu , dass sich der Lohn für geleistete Arbeit jeweils um den Betrag verringert , der dem Arbeitnehmer als sog . Zusatzleistung zufließt . Der Arbeitnehmer profitiert daher nicht wie eigentlich vorgesehen von der Zusatzleistung , sondern erreicht im Gegenteil eine Minderung seines Grundlohnanspruches für geleistete Arbeit . Je mehr steuerfreie Lohnbestandteile anfallen , desto niedriger wird der eigentliche Grundlohn ( Bruttobasislohn plus Ergänzungslohn ) . Daraus wird nach unserer Ansicht deutlich , dass der Arbeitgeber abrechnungstechnisch lediglich eine Lohnart mit der anderen verrechnet bzw . ersetzt , im Ergebnis für den Arbeitnehmer jedoch keine Änderung des Netto-Garantiebetrages ( Effektivlohn ) eintritt . Dadurch geht auch die vom Gesetzgeber gewollte Begünstigung , durch Steuerfreiheit bestimmter Zuschläge bzw . zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers ein höheres Nettoentgelt zu erzielen , ins Leere . Ein solcher abrechnungstechnischer Vorgang führt auch nicht zur Annahme einer zusätzlichen Leistung im Sinne der Sozialversicherung und in der Folge auch nicht zur Beitragsfreiheit nach § 1 ArEV . Bei den Arbeitsverträgen zwischen der Z . OHG und den Angestellten handelt es sich um eine Nettolohnvereinbarung im Sinne des § 14 Abs . 2 SGB IV . Dabei werden in die Vereinbarung auch schwankende beitragsfreie Bezügeteile mit einbezogen . Dies führt dazu , dass die beitragsfreien Bezügeteile ebenfalls schwanken . Der Sinn und der Zweck von steuerfreien Leistungen , nämlich den Beschäftigten ein höheres Nettoarbeitsentgelt zukommen zu lassen , wird durch die Vereinbarung umgangen . Je mehr der Beschäftigte an Sonnund Feiertagen arbeitet , desto niedriger wird sein beitragspflichtiges Arbeitsentgelt und damit sein Leistungsanspruch aus der Sozialversicherung . In der Schlussbesprechung wurde angeführt , dass es im Hintergrund der Programmberechnung ein Guthabenkonto gäbe , auf dem ein Ausgleich zwischen einzelnen Monaten mit zu hohen bzw . zu niedrigen Auszahlungsbeträgen ( Effektivlohn ) stattfindet . Die Existenz eines solchen Guthabenkontos konnte nicht nachvollzogen werden . Die Nettolohnabrechnung erfolgt in allen Stichproben nach den im jeweiligen Monat entstandenen Zuschlagszahlungen . Im Ergebnis wird Arbeitsentgelt umgewandelt ." Bestandteil des Bescheides war die Dokumentation der detaillierten Beitragsforderungen aus Beschäftigungsverhältnissen der Jahre 2001 bis 2005 . Mit dem Widerspruch hiergegen bestreitet die Klägerin die Anwendung einer Nettolohnvereinbarung . Es handele sich vielmehr um eine " abgeleitete Nettolohnvereinbarung " . Diese sei dadurch gekennzeichnet , dass die Parteien zunächst den Bruttobetrag als Geschäftsgrundlage bestimmen und alsdann in Kenntnis der infrage stehenden Abzüge den Nettolohn den Verhandlungen zugrundeliegen . Die konstante geschuldete Größe sei nach dem Parteiwillen der Bruttolohn . Es sei von einer abgeleiteten Nettolohnvereinbarung auszugehen , wenn sich der Arbeitgeber nach den für die Höhe der Lohnsteuer erheblichen Umständen erkundigt , etwa nach der Lohnsteuerklasse oder der Zahl der Kinder . Vorliegend sei beispielsweise für jede arbeitsrechtlich geschuldete Arbeitsstunde ein Bruttobasislohn von EUR 5 , 00 vereinbart . Zusätzlich erhalte der Arbeitnehmer die aus seiner Arbeitszeit resultierenden möglichen Sonntags- , Feiertags- und Nachtzuschläge ( SFN-Zuschläge ) nach § 3 b Einkommensteuergesetz ( EStG ) als Teillohn des vereinbarten durchschnittlichen Effektivlohns pro Stunde für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden . Der vereinbarte durchschnittliche Effektivlohn ( Auszahlung ) betrage im Beispielsfall EUR 6 , 61 pro tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde . Sollte durch eine entsprechende Arbeitszeitplanung ein höherer Auszahlungsbetrag zustande kommen , so gelte als vereinbart , dass der Differenzbetrag auf dem Lohnkonto als Guthaben zum Ausgleich bei geringeren durchschnittlichen Auszahlungsbeträgen pro geleisteter Arbeitsstunde verrechnet wird . Der Basisgrundlohn pro Stunde werde nicht in Abhängigkeit von der Höhe der jeweiligen steuerfreien Zuschläge vermindert . Mit Widerspruchsbescheid vom 29 . 08 . 2006 wies die Beklagte den Widerspruch zurück . Sie hielt an der Annahme einer Nettolohnvereinbarung fest . Entsprechend den

vorliegenden Arbeitsverträgen erhalte der Arbeitnehmer einen Bruttobasisgrundlohn von z . B . EUR 5 , 00 . Zusätzlich erhalte er die aus seiner Arbeitszeit resultierenden möglichen SFN-Zuschläge . Der vereinbarte durchschnittliche Effektivlohn ( Auszahlung ) betrage zum Beispiel EUR 6 , 32 pro tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde . Sollte sich aufgrund der Arbeitszeitplanung ein geringerer durchschnittlicher Auszahlungsbetrag pro tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde ergeben , so sei der Basisgrundlohn so zu erhöhen , dass sich hieraus der vereinbarte durchschnittliche Auszahlungsbetrag ergebe . Die Erhöhung des Basisgrundlohn erfolge dabei durch Zahlung eines Ergänzungslohns . Der Vergleich der einzelnen Abrechnungen eines Arbeitnehmers ergebe , dass bei monatlich gleichbleibender Arbeitszeit trotz unterschiedlicher SFN-Zuschläge durch die Gewährung des Ergänzungslohns der Nettoverdienst kaum Schwankungen unterliege . Je höher die Zuschläge seien , desto geringer werde der Ergänzungslohn und umgekehrt . Im Ergebnis werde der Arbeitnehmer nicht für die Arbeit zu ungünstigen Zeiten entschädigt , da der Nettoverdienst aufgrund der Zahlungen des Ergänzungslohns von den Zuschlägen nicht beeinflusst werde und im Ergebnis keinen Schwankungen unterliege . Der Sinn und Zweck steuerfreier Leistungen , nämlich den Beschäftigten ein höheres Nettoarbeitsentgelt zukommen zu lassen , werde durch die getroffenen Vereinbarungen unterlaufen . Die Klage wiederholt im Wesentlichen die Rügen aus dem Widerspruch . Im einzelnen wird vorgetragen , die Vergütungsabrede mit Bruttobasislohn und Ergänzungslohn solle eine möglichst gleichmäßige Entlohnung sicherstellen . Die Behauptung der Beklagten sei falsch , dass lediglich eine Lohnart mit der anderen verrechnet bzw . ersetzt werde . Ebenso falsch sei , dass sich die Gewährung der Zuschläge nicht in entsprechend höheren Nettobezügen auswirke . Den einzelnen Entgeltabrechnungen sei zu entnehmen , dass der Arbeitnehmer um so weniger Stunden für das gleiche Gehalt arbeiten müsse , je mehr SFN-Dienste er leiste . Damit sei die vorgeworfene Umwandlung steuer- und beitragspflichtigen Entgelts in die hiervon befreiten Zuschläge widerlegt . Die Zahlung des in Streit stehenden Ergänzungslohnes als so genannten Grundlohnzusatzes nach R 30 Abs . 2 Absatz 2 b S . 1 der Lohnsteuerrichtlinien ( LStR ) ändere nichts am Charakter der SFN-Zuschläge . Die Klägerin weist auf R Abs . 7 LStR hin , der eine Pauschalierung dieser Zuschläge zulässt .

Die Klägerin beantragt die Aufhebung des Bescheides vom 01 . 08 . 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29 . 08 . 2006 .

Die Beklagte beantragt , die Klage abzuweisen .

Das Gericht hat die Akten der Beklagten beigezogen . Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die Prozessakte sowie auf den gesamten Akteninhalt verwiesen .

Entscheidungsgründe :

Die Klage wurde nach Durchführung des gesetzlich vorgeschriebenen Widerspruchsverfahrens form- und fristgerecht beim zuständigen Gericht erhoben und ist somit zulässig . Sie ist auch begründet . Der Gesetzgeber hat das Recht der Beitragsüberwachung mit Gesetz vom 30 . 06 . 1995 ( BGBl . I S . 890 ) mit Wirkung zum 01 . 01 . 1996 in seine im wesentlichen noch heute gültige Form gebracht . Wichtigstes Ziel der Reform von 1995 war es , die Kontrolle aus der bisherigen Zusammenarbeit von Krankenkassen als Einzugsstellen und Rentenversicherungsträgern in die alleinige Zuständigkeit der Rentenversicherungsträger zu überführen . Motiv hierfür war die Befürchtung , unter dem Vorzeichen der vom Gesetzgeber gewollten vermehrten Konkurrenz zwischen den Krankenkassen könne deren Überwachungstätigkeit in schädlicher Weise von dem Bestreben beeinflusst werden , eine Abwanderung von Arbeitgebern und Versicherten zu vermeiden oder sich hinsichtlich der Beitragsstrenge attraktiv für neue " Kunden " zu zeigen , s . a . BT-Drucks . 13 / 1205 , zitiert in VDR , Kommentar zur Gesetzlichen Rentenversicherung , Rn . 1 . 2 zu § 28 p Sozialgesetzbuch IV ( SGB IV ) . Die von der Beklagten im Rahmen ihrer Überprüfungsbefugnis erhobene Beitragsnachforderung beruht auf einer fehlerhaften Interpretation des Sachverhaltes , obwohl die Klägerin diesen in außerordentlich sorgfältiger und umfangreicher Form dargestellt hat . Die Entlohnung jedes der in der Gastronomie tätigen Beschäftigten der Klägerin ergibt sich aus drei Elementen . Wichtigstes Element ist der keinesfalls unterschreitbare pro Arbeitsstunde geschuldete Basisgrundlohn . Zweites Element sind die für die Einkommenssituation von Gastronomiepersonal sehr bedeutsamen SFN-Zuschläge . Zu deren Dokumentation und ihrer Berücksichtigung im Sinne eines Entfalls der Steuer- und Beitragspflicht muss R 30 Abs . 7 LStR berücksichtigt werden , wonach eine großzügige Pauschalierung erlaubt ist . Die Vorschrift lautet : Werden Zuschläge für Sonntags- , Feiertags- oder Nacharbeit als laufende Pauschale , z . B . Monatspauschale , gezahlt und wird eine Verrechnung mit den Zuschlägen , die für die einzelne nachgewiesenen Zeiten für Sonntags- , Feiertags- oder Nacharbeit aufgrund von Einzelberechnungen zu zahlen wären , erst später vorgenommen , so kann die laufende Pauschale oder ein Teil davon steuerfrei belassen werden , wenn 1 ... 2 . der steuerfreie Betrag nach dem durchschnittlichen Grundlohn und der durchschnittlichen Sonntags- , Feiertags- oder Nacharbeit bemessen wird , 3 . die Verrechnung mit den einzelnen ermittelten Zuschlägen jeweils vor der Errechnung der Lohnsteuerbescheinigung und somit regelmäßig spätestens zum Ende des Kalenderjahres oder beim Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Dienstverhältnis erfolgt . Für die Ermittlung der im Einzelnen nachzuweisenden Zuschläge ist auf den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum abzustellen ...

Ermittlung der im Einzelnen nachzuweisenden Zuschläge ist auf den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum abzustellen ... 4 . bei der Pauschalzahlung erkennbar ist , welche Zuschläge im einzelnen - jeweils getrennt nach Zuschlägen für Sonntags- , Feiertags- oder Nacharbeit - abgegolten sein sollen und nach welchen v . H .

-Sätzen des Grundlohns die Zuschläge bemessen worden sind , 5 . die Pauschalzahlung tatsächlich ein Zuschlag ist , der neben dem Grundlohn gezahlt wird ; eine aus dem Arbeitslohn rechnerisch ermittelte Pauschalzahlung ist kein Zuschlag .

Weder ist ersichtlich noch hat die Beklagte vorgetragen , dass die von der Klägerin vorgenommene Pauschalierung der Zuschläge hinter diesen Forderungen zurückbleibt . Von der Beklagten beanstandet wird ( mit Rückwirkung auf die Behandlung der Zuschläge ) lediglich das dritte Element der Entlohnung . Der sog . Ergänzungslohn als Vorschuss auf künftig geschuldetes Entgelt hat die Funktion , die Beschäftigten weitgehend von den Zufallsschwankungen zu entlasten , die sich bei einer Entlohnung lediglich mit Grundlohn und Zuschlägen aus den Zufälligkeiten der Dienstplangestaltung ergeben würden . Der Arbeitgeber wiederum befreit sich durch die Zahlung dieses Ergänzungslohnes von lästigen Diskussionen um die Dienstplangestaltung und von der Schlichtung naheliegender Rivalitäten um finanziell privilegierte Arbeitsschichten . Für die Berechnung dieses Ergänzungslohnes erscheint es vollkommen sachgerecht , eine Summe zu wählen , die den Stundenlohn auf einen Mindest-Nettobetrag erhöht . Wenn auf diese Weise ein Bruttolohn vereinbart und gezahlt wird und der daraus fällige Nettobetrag um die zulässige pauschalierten Zuschläge ergänzt wird , dann wird dieses Entgeltsystem nicht durch die Zahlung eines wiederum steuer- und beitragspflichtigen Ergänzungslohns mit der Funktion eines Mindestertrags pro Stunde zu einer rechtsfehlerhaften Nettolohnvereinbarung . Partner eines Einzelarbeitsvertrages wie auch Tarifparteien werden bei der Aushandlung von Bruttolöhnen stets den sich unter Berücksichtigung steuer- und beitragsfreier Elemente ergebenden Nettobetrag im Auge haben und dürfen selbstverständlich Bruttoentgeltelemente auch mit dem Ziel eines garantierten Nettoentgeltes vereinbaren , ohne dass sich daraus der Vorwurf einer Nettolohnvereinbarung ableiten ließe . Ebenso wenig haltbar ist der Vorwurf einer unzulässigen Umwandlung steuer- und beitragspflichtigen Entgelts in privilegierte Zuschläge . Die Unterstellung , der garantierte Nettolohn pro Stunde würde laut Vereinbarung auch dann gezahlt , wenn Zuschläge überhaupt nicht anfielen , ignoriert die tatsächlichen Verhältnisse der vorliegend untersuchten Beschäftigungen , in denen ja diese Zuschläge ständig anfallen und zusammen mit dem Nettoanteil des Basisgrundlohns durchaus bereits die Garantiesumme erreichen und ( relativiert lediglich durch die Pauschalierung ) sogar überschreiten können . Würde die Klägerin nur den Basisgrundlohn und die Zuschläge auszahlen , hätte die Beklagte keinen Grund zur Beanstandung gesehen . Die zusätzliche Zahlung einer - untechnisch gesprochen - Ausfallentschädigung wegen einer zu geringen Summe der Zuschläge lässt die Summe wie auch den Rechtscharakter dieser Zuschläge unberührt . Diese Erkenntnis wird lediglich durch die zulässige Pauschalierung etwas erschwert . Bei abschließender Würdigung des Ablaufes der Auseinandersetzung kann mit Blick auf einen umfangreichen Akteninhalt der Beklagten der Vorwurf nicht erspart werden , mit ihrem formelhaften Beharren auf den Begriffen " Nettolohnvereinbarung " und " Entgeltumwandlung " das Vorbringen der Klägerin kaum beachtet zu haben . Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Sozialgerichtsgesetz ( SGG ) .