



HVBG

HVBG-Info 01/1999 vom 15.01.1999, S. 0032 - 0035, DOK 121.311

**Arbeitsentgelt - Pauschalsteuer - Gehaltsumwandlung -  
Gehaltsüberwälzung - Anmerkung zum BSG-Urteil vom 21.08.1997  
- 12 RK 44/96 - von Wolfgang KLOSE, Bargteheide**

Arbeitsentgelt (§§ 14 Abs. 1, 17 Abs. 1 SGB IV; § 2 Abs. 1 Satz 1  
Nr. 3 ArEV; §§ 40a, 40b EStG) - Pauschalsteuer - Gehaltsumwandlung  
- Gehaltsüberwälzung;

hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 21.08.1997 - 12 RK 44/96 -  
Wolfgang KLOSE, Bargteheide, In: "Die Sozialgerichtsbarkeit"  
13/1998, S. 669-672

Das BSG hat mit Urteil vom 21.08.1997 - 12 RK 44/96 -  
(= HVBG-INFO 1997, S. 2814-2820) Folgendes entschieden:

Leitsatz:

Soweit pauschal besteuerte Direktversicherungsbeiträge nicht dem  
Arbeitsentgelt zuzurechnen sind, ist auch die vom Arbeitnehmer  
durch Gehaltsüberwälzung getragene Pauschalsteuer nicht dem  
Arbeitsentgelt zuzurechnen.

Anmerkung:

-----

I Einleitung:

Die vorstehende Entscheidung kann in ihrer Bedeutung für den  
Begriff des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung nicht hoch  
genug eingeschätzt werden. Der Senat bestätigt hier, daß die  
Direktversicherungsbeiträge (unter 1.) nach § 2 Abs. 1 S. 1  
Nr. 3 ArEV, die Pauschalsteuer (unter 2.) nach § 40 b EStG und  
auch die dem Arbeitnehmer teilweise rückbelastete Pauschalsteuer  
(unter 3.) dem Arbeitsentgelt für die Sozialversicherung nicht  
zuzurechnen seien. Damit bleibt ein nicht unerheblicher Teil von  
Arbeitsentgelt beitragsfrei. Die Entscheidung vermag jedoch weder  
in der Anwendung des § 17 SGB IV auf die Barlohnsumwandlung bei  
einmalig gezahltem Arbeitsentgelt zu überzeugen, noch kann dem  
Ergebnis der "Beitragsfreiheit" der rückbelasteten pauschalen  
Lohnsteuer zugestimmt werden.

II zu 1.) Arbeitsentgeltbegriff des § 14 SGB IV

a) Bruttoarbeitsentgeltanspruch

Der Begriff des Arbeitsentgeltes ist in § 14 Abs. 1 SGB IV  
eigenständig öffentlich-rechtlich und wieder unabhängig vom  
steuerrechtlichen Begriff definiert worden (1). Dabei ist mit  
Arbeitsentgelt der Bruttobetrag gemeint, wie sich aus § 14 Abs. 2  
ergibt. Arbeitsentgelt umfaßt, wie der Senat in seinen Urteil vom  
30.8.94 (2) und 21.5.96 (3) in deutlicher Abkehr von der früheren  
Rechtsprechung zum steuerrechtlichen Zuflußprinzip (4) für das  
Beitragsrecht der Sozialversicherung entschieden und hervorgehoben

hatte, jedenfalls den Bruttolohnanspruch, der sich gegenüber dem Arbeitgeber ergibt (5). Ob dieser daher vom Arbeitgeber überhaupt oder nur teilweise erfüllt oder vom Arbeitnehmer gefordert wird, weil er wegen tarifvertraglicher Ausschlußfristen insgesamt auch nicht mehr durchsetzbar wäre oder wegen einer echten oder vermeintlichen Vertragsstrafe gekürzt ausgezahlt wird, ist für Höhe und Fälligkeit der Beiträge aus dem Bruttoanspruch ebensowenig von Bedeutung wie die Auszahlung an Dritte wegen Pfändung, Abtretung oder einer Anweisung zur Zahlung an Dritte (6).

Da im vorliegenden Fall die Höhe des laufenden Arbeitsentgeltes und der Sonderzahlung sogar als arbeitsrechtlicher Rechtsanspruch feststand, war das Bruttoarbeitsentgelt mit diesem Anspruch identisch. Dies hätte hier bedeutet, legte man die Entscheidung vom 30.8.94 und die Anspruchstheorie auch bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt zugrunde (7), daß der Gesamtbetrag von DM 9.530,65 grundsätzlich beitragspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt darstellte und der Beitragspflicht unterlag.

a) Anwendung von § 17 SGB IV und ArEV

Ohne sich mit den genannten Entscheidungen auseinanderzusetzen, geht der Senat, der Rechtsauffassung der Spitzenverbände (8) folgend, für den Betrag der Sonderzahlung, der teilweise unter Barlohnverzicht zur Barlohnumwandlung verwandt wurde, von zusätzlichen einmaligen Einnahmen im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV und des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV aus. Damit wird die Verbindung zum Steuerrecht hergestellt und so die Grundlage geschaffen, die steuerrechtliche Behandlung der Gehaltsumwandlung und Pauschalbesteuerung auf den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsentgeltbegriff des § 14 Abs. 1 SGB IV (rück)übertragen zu können. Es wird sogar ausdrücklich verneint, daß § 17 Abs. 1 SGB IV (9) und § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV (10) verlangt, daß es sich "für den in der Vorschrift bezeichneten Zweck" der Direktversicherung um zusätzliche "über das ohnehin geschuldete Arbeitsentgelt" hinausgehende Leistungen handeln müsse.

Die Anwendung der ArEV auf die umgewandelte Sonderzahlung ist jedoch mehr als fraglich. Der eindeutige Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage des § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV ist auf einmalige Einnahmen und laufende Zulagen, die zusätzlich zu Löhnen und Gehältern gezahlt werden, beschränkt.

Die Beurteilung von zusätzlichem "über das ohnehin geschuldete Arbeitsentgelt" im Sinne von § 14 Abs. 1 SGB IV hinausgehendem Arbeitsentgelt ist daher von dessen Inhalt abhängig. Dessen Definition schließt das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt nach (jetzt) § 23a SGB IV schon ein, denn die Vorschrift regelt lediglich die Fälligkeit der Beiträge aus einmalig gezahltem Arbeitsentgelt. Besonderheiten über die zeitliche Zuordnung (Märzklausele etc.) und die dafür zu bildende besondere Beitragsbemessungsgrenze nach der anteiligen Jahresarbeitsentgeltgrenze. Zu solchen Einmalzahlungen als Arbeitsentgelt gehören typischerweise Sonderzahlungen, wie sie hier dem Arbeitnehmer arbeits-/tarifrechtlich zustand. Mit einmalig gezahltem Arbeitsentgelt werden darüber hinaus aber auch einmalige Zuwendungen, die nicht für die Arbeit gezahlt werden und auf die kein Rechtsanspruch bestehen muß und die lediglich ihre Ursache in dem Beschäftigungsverhältnis haben, wie z.B. Urlaubsabgeltungen (11), Jubiläumszuwendungen, Beihilfen, Leistungen anlässlich einer Betriebsveranstaltung (12), verbilligte Sachbezüge und selbst Leistungen Dritter die mit der Beschäftigung im Zusammenhang stehen (13) erfaßt. Soweit daher in § 23a SGB IV

vorausgesetzt wird, daß (einmalig gezahltes) Arbeitsentgelt vorliegt, und zugleich verlangt wird, daß es sich um Zuwendungen handeln muß, die dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind, wird dadurch auf §§ 14 Abs. 1, 17 IV zurückverwiesen, wonach dieses tatsächlich vorliegende Arbeitsentgelt auch von der Zuordnung zum Arbeitsentgelt wieder ausgenommen werden kann, wenn es sich um eine zusätzliche einmalige Zuwendung handelt.

Jährlich wiederkehrende Zahlungen, wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld etc. (14) gehören nicht zu den einmaligen Zuwendungen (15) im Sinne des § 14 Abs. 1 SGB IV und fallen damit schon nicht in den durch § 17 SGB IV durch Verordnung regelbaren Bereich. Zu dem Begriff der "einmaligen Zuwendungen" in § 160 Abs. 3 RVO hatte das BSG in der Vergangenheit danach differenziert, ob die Zahlung die Erfüllung eines laufend verdienten Arbeitsentgeltes darstellt, dessen Fälligkeit und Auszahlung lediglich hinausgeschoben war, oder ob es sich wirklich um eine (nur) einmalige Zuwendung handelte. Laufendes, wenn auch zeitversetzt ausgezahltes, Arbeitsentgelt sollte dann vorliegen, wenn bei Ausscheiden aus der Beschäftigung ein anteiliger Rechtsanspruch auf die Zahlung bestand, so daß Beiträge auch für zurückliegende Abrechnungszeiträume zu erheben und neu zu berechnen waren (16). Da die Krankenkassen dieser Auffassung nicht gefolgt waren (17), wurde die Beitragspflicht für einmalig gezahltes Arbeitsentgelt mit HHBegleitG (18) mit der Vorschrift des § 385 Abs. 1a RVO (19) eigenständig geregelt; und zwar im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des BSG. Wie sich aus dieser Rechtsentwicklung ergibt, ist einmalig gezahltes Arbeitsentgelt nicht mit einmaligen Zuwendungen identisch.

Dies wird auch dadurch bestätigt, daß § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ArEV ausdrücklich das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt i.S. von (jetzt) § 23a SGB IV von der Nichtzurechnung zum Arbeitsentgelt in den Fällen der Lohnsteuerpauschalierung nach § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG wieder ausnimmt. Das mußte in § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV nicht wiederholt werden, denn hierin werden schon nur zusätzliche Arbeitgeberleistungen erfaßt, die bei sogar arbeitsrechtlichem Anspruch auf die Einmalzahlung nicht vorliegen. Auch der Zweck der Direktversicherung verlangt nicht, entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV, den dafür vom Arbeitnehmer aufgebrauchten Betrag aus dem beitragspflichtigen Arbeitsentgelt herauszunehmen. Die Lohnsteuerpauschalierung besteht nur als Möglichkeit. Sie hat, soweit die Beiträge und Zuwendungen zur Direktversicherung hierfür vom Arbeitgeber allein aufgebracht werden, sicherlich den Zweck, den Arbeitnehmer nicht mit der vollen normalen Lohnsteuer für die Beiträge zur Direktversicherung zu belasten, die ja dann aus dem sonstigen Arbeitsentgelt zu zahlen wären (20), und Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zusätzlich mit Sozialversicherungsbeiträgen zu belasten und so die Altersversorgung zu fördern. Wird die Direktversicherung jedoch vom Arbeitnehmer aus dem ihm ohnehin zustehenden Lohn oder Gehalt mitfinanziert, dann besteht, vergleichbar einer privat abgeschlossenen Altersversicherung, kein Grund, die dadurch wohl auch höhere Direktversicherung aus diesem beitragspflichtigen Arbeitsentgelt und damit durch geringere Sozialversicherungsbeiträge zu Lasten der Sozialversicherung zu subventionieren.

Der Gehaltsanspruch bestand unstreitig in Höhe von DM 9.530,53, wovon DM 5.268,53 auf die Sonderzahlung als zu beanspruchendes einmalig gezahltes Arbeitsentgelt entfielen. Die Sonderzahlung war weder eine einmalige Einnahme im Sinne von § 17 Abs. 1 SGB IV, noch zusätzlich zu dem arbeitsrechtlichen Anspruch gezahlt. Die vom Arbeitnehmer getragenen Direktversicherungsbeiträge waren

damit nicht zusätzlich zu dessen Lohn oder Gehalt als arbeitsrechtlichem Anspruch gezahlt, sondern aus diesem. Da jede Gesetzesauslegung ihre Grenze im Wortlaut findet (21), eine zwingende Identität der Behandlung und Beurteilung von Arbeitsentgelt zwischen Steuer- und Sozialversicherungsrecht nicht besteht und auch nicht aus § 17 Abs. 1 S. 2 SGB IV folgt, wäre die Anwendung der ArEV schon von der Ermächtigungsgrundlage her ausgeschlossen gewesen.

#### b) Barlohnnumwandlung

Auch die steuerrechtliche Anerkennung von Barlohnnumwandlungen (22) mit Barlohnverzicht zum Zweck der Direktversicherung und die dadurch mögliche Lohnsteuerpauschalierung der Direktversicherungsbeiträge bedeutet nicht, daß diese oder die zugrunde liegenden Gründe auf den sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff zurückübertragen werden können oder müssen, da aus der einschränkenden Fassung des § 17 SGB IV die zwingende Übernahme der steuerrechtlichen Beurteilung gerade nicht (mehr) folgt und folgen sollte.

Bei Barlohnnumwandlungen im Steuerrecht geht es darum, unter förmlichem Barlohnverzicht auf den eigentlich zustehenden Geldanspruch, eine diesen ersetzende Leistung zu vereinbaren, die einer günstigeren oder keiner Besteuerung unterliegt. Daher ist schon dort für die Anerkennung von Barlohnnumwandlungen unter Barlohnverzicht entscheidend, ob die Rechtsvorschriften zur Lohnsteuerpauschalierung oder Steuerfreiheit nur für zusätzliche Arbeitgeberleistungen zu Lohn oder Gehalt gelten oder nicht (23). Nur wenn die steuerrechtlichen Vorschriften nicht verlangen, daß es sich um eine zusätzliche Arbeitgeberleistung zu Lohn oder Gehalt handelt, kann und führt der förmliche Verzicht auf Barlohn zur Zulässigkeit der Pauschalbesteuerung der tatsächlich erbrachten Arbeitgeberleistung. Der Verzicht wird dann als Minderung des Lohnes oder Gehaltes (als Anspruch) angesehen und die tatsächlich ja gegebene Arbeitgeberleistung als zusätzlich zu Lohn oder Gehalt erbracht und damit pauschal versteuerbar behandelt.

Die Vorschrift des § 40b EStG verlangt für die Zulässigkeit der Pauschalbesteuerung der Beiträge für die Direktversicherung - abweichend von § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV - gerade nicht, daß es sich um eine zusätzliche Arbeitgeberleistung handeln muß. Auch als den Barlohn ersetzende Arbeitgeberleistung und trotz der getroffenen Verwendungsabrede (24) ist daher die Pauschalversteuerung der gesamten Direktversicherungsbeiträge möglich und zulässig, wenn der Arbeitnehmer sich daran aus seinem ihm ohnehin zustehenden Bruttoarbeitsentgelt beteiligt, solange dieser keine eigenen Ansprüche gegen den Direktversicherer hat und er nicht selbst Beitragsschuldner ist (25), wenn er förmlich auf seinen Entgeltanspruch verzichtet hatte.

Die reine Barlohnnumwandlung, bei der der "Verzicht" auf das Bruttoentgelt der Höhe nach mit der Gegenleistung identisch ist, betrifft daher die Tatbestände, in denen der Lohnanspruch als Bruttoentgeltanspruch nicht nur besteht, sondern sogar erfüllt wird (26). Lediglich an die Stelle des Geldanspruchs tritt vereinbarungsgemäß eine andere Leistung oder die Geldleistung wird unter einer anderen Bezeichnung erbracht (27). Steuerrechtlicher Hintergrund ist somit allein die Möglichkeit der Steuerpauschalierung an Stelle der Erhebung der normalen Lohnsteuer nach §§ 38, 38a Abs. 4 EStG durch Abzug vom Lohn nach dem individuellen Steuersatz des Arbeitnehmers. Die den Barlohn ersetzende Arbeitgeberleistung stellt dabei auch grundsätzlich steuerpflichtigen zufließenden (28) Bruttoarbeitslohn dar.

Steuerrechtlich wird sie als Arbeitslohn durch die vom Arbeitgeber übernommene Pauschalsteuer erfaßt (29). Die reine Barlohnnumwandlung stellt daher die Erfüllung des arbeitsrechtlichen Bruttolohnanspruchs durch zufließenden Arbeitslohn unter einer anderen Bezeichnung und Anwendung des Steuersatzes für Pauschalsteuer dar.

Dies war hier für die verabredete Umwandlung von DM 389,82 zur Verwendung für Direktversicherungsbeiträge der Fall, weil der Arbeitnehmer formell auf seinen arbeitsrechtlichen Bruttoanspruch in dieser Höhe "verzichtet" hatte. Steuerrechtlich wurde dadurch die Pauschalbesteuerung nach § 40b EStG für die gesamten Direktversicherungsbeiträge einschließlich der Beteiligung des Arbeitnehmers aus umgewandeltem Barlohn von DM 389,82 möglich. Der Arbeitnehmer war dadurch in Höhe seiner Beteiligung nicht mit der Lohnsteuerpflicht nach persönlichen Besteuerungsmerkmalen (§ 38a Abs. 4 EStG) belastet (30).

Beruhet im Steuerrecht die Möglichkeit der Lohnsteuerpauschalierung in Fällen der Barlohnnumwandlung mit Gehaltsverzicht ausschließlich auf dort bestehenden rechtlichen Differenzierungen zwischen zusätzlichen und nicht zusätzlichen Leistungen des Arbeitgebers, dann kann diese steuerrechtliche Differenzierung und Beurteilung nicht auf die Sozialversicherung rückübertragen werden, denn durch § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IV und § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV kann und wird die Arbeitsentgelteigenschaft nur für pauschal versteuerte zusätzliche Arbeitgeberleistungen ausgeschlossen.

#### c) Barlohnverzicht

Im Zusammenhang mit Barlohnnumwandlungen aufgrund einer Verwendungsabrede sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen der Arbeitnehmer über den Wert der umgewandelten Leistung hinaus auf einen Entgeltanspruch verzichtet, aus dem der Arbeitgeber dann ganz oder teilweise die von ihm zu übernehmende Pauschalsteuer als Schuldner (§ 40 Abs. 3 S. 1 EStG) finanzieren kann. Ob in den Fällen des zusätzlichen arbeitsrechtlichen Arbeitsentgeltverzichts auch für die Sozialversicherung zu folgen wäre, wenn Zweck und Hintergrund lediglich die Wahl der pauschalen statt der persönlichen Lohnsteuerpflicht ist oder ob dies nicht schon als teilweise Nettolohnvereinbarung nach § 14 Abs. 2 SGB IV zu qualifizieren wäre, kann hier jedoch dahingestellt bleiben denn genau dieser Fall lag hier nicht vor. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt war in dem zu entscheidenden Fall lediglich der Betrag von DM 389,82 zugunsten der Beteiligung an den Direktversicherungsbeiträgen umgewandelt. Abgesehen davon, daß bei einem zusätzlichen Bruttolohnverzicht eine "Rückbelastung" der pauschalen Lohnsteuer bei der Nettozahlung nicht mehr erfolgen mußte, weil dieser Verzicht bereits das Bruttoentgelt und dementsprechend auch das Nettoentgelt nach Lohnabzügen gemindert hätte, war hier sogar vereinbart, auf Wunsch des Arbeitnehmers jährlich neu über Pauschalversteuerung oder Lohnsteuererhebung nach § 38 EStG je nach Günstigkeit zu befinden. Dies schließt jedoch einen auf Dauer angelegten arbeitsrechtlichen Verzicht auf den bestehenden Bruttolohnanspruch aus, sondern kann sich allenfalls als Abrede auf spätere Nettozahlungen beziehen. Eine solche Abrede würde überhaupt nur dann steuerrechtlich möglich sein, wenn zugleich damit auch die Zahlung der vom Arbeitnehmer zu tragenden Direktversicherungsbeiträge von diesem individuell zu versteuern wären, also nicht (mehr) vom Arbeitgeber als Pauschalsteuer übernommen würden.

#### d) Ergebnis

Nach dem zugrunde liegenden mitgeteilten Sachverhalt bestand ein

arbeitsrechtlicher Anspruch auf ein Bruttoarbeitsentgelt inkl. Sonderzahlung in Höhe von DM 9.530,65. Die Sonderzahlung stellte kein zusätzliches zu Lohn oder Gehalt gezahltes Arbeitsentgelt über den die Einmalzahlung umfassenden Arbeitsentgeltanspruch dar und die Anwendung der ArEV war schon rechtlich ausgeschlossen. Es lag eine reine Barlohnnumwandlung und die vollständige Erfüllung des arbeitsrechtlich zustehenden Bruttolohnanspruchs vor, der nur wegen besonderer und vom Sozialversicherungsrecht abweichender steuerrechtlicher Vorschriften teilweise pauschal versteuert werden konnte. Damit hätten richtigerweise unter Berücksichtigung des gewolltermaßen vom Steuerrecht weder gelösten Arbeitsentgeltbegriffs des § 14 Abs. 1 SGB IV und der hierfür vom Senat in den Urteilen vom 30.8.94 und 21.5.96 als maßgebend festgestellten Anspruchstheorie (31) der gesamte Betrag von DM 9.530,65 als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt der Beitragsberechnung zugrunde gelegt werden müssen.

### III zu 2.) Pauschale Lohnsteuer

Die Entscheidung befaßt sich dann, obwohl die Beklagte darauf selbstverständlich keine Beiträge gefordert hatte mit der Frage der Arbeitsentgelteigenschaft der vom Arbeitgeber gegenüber dem Finanzamt zu übernehmenden und zu zahlenden pauschalen Lohnsteuer. Darauf ist allein deswegen einzugehen, als die Ausführungen dazu in der Fragestellung der "rückbelasteten pauschalen Lohnsteuer" (unter IV) wieder auftauchen, soweit festgestellt wird, daß die pauschale Lohnsteuer kein Arbeitsentgelt sei.

Die Übernahme der Pauschalsteuer durch den Arbeitgeber kann sich zwar als ein geldwerter Vorteil des Arbeitnehmers erweisen und ist zumeist Sinn und Zweck bei Barlohnnumwandlungen. Es bedarf und bedurfte jedoch nicht einer "sinnergänzenden" Auslegung des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ArEV dahingehend, daß damit neben den Direktversicherungsbeiträgen auch die Pauschalsteuer für die Direktversicherungsbeiträge nicht dem Arbeitsentgelt hinzu zu rechnen ist und damit beitragsfrei sein müsse.

Es fehlt in der Sozialversicherung und im Steuerrecht nicht nur schlicht an Vorschriften, um den geldwerten Vorteil der Übernahme der pauschalen Lohnsteuer durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer selbst wieder als Arbeitsentgelt oder Arbeitslohn konkret zurechnen zu können (32), sondern darin liegt gerade der Zweck der alternativ möglichen Pauschalversteuerung. Selbst in den Fällen des § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG wird der geldwerte Vorteil für die Arbeitnehmer durch die der Übernahme der Pauschalsteuer durch den Arbeitgeber (33) wiederum nur für die Höhe der Pauschalsteuer des Arbeitgebers als Steuerschuldner berücksichtigt, während bei § 40a EStG, wo ein solcher vermeintlicher Vorteil naheliegt, selbst eine solche Regelung fehlt (34).

Dies beruht im Sozialversicherungs- wie im Steuerrecht darauf, daß für die Beitrags- und Lohnsteuerberechnung und dessen Umfang und Höhe das Bruttoarbeitsentgelt oder der Bruttoarbeitslohn (35) als Grundlage von Abzugsbeträgen von dieser Ausgangsgröße zugrunde gelegt wird (36). Auch die pauschale Lohnsteuer wird aus dem Bruttobetrag der steuerbaren Arbeitgeberleistung an den Arbeitnehmer als dessen geldwerter Vorteil und Arbeitslohn errechnet und durch den Arbeitgeber als Steuerschuldner versteuert.

Bei diesen Ausführungen wird zudem entscheidend verkannt, daß weder Pauschal- noch die allgemeine Lohnsteuer Arbeitsentgelt sein können, sondern dieses voraussetzen und daraus abgeleitet werden. Insoweit hat es den Anschein, als läge der gesamten Argumentation die Vorstellung zugrunde, daß bei Pauschalversteuerung kein Arbeitsentgelt im steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Sinn

vorliegen würde.

IV zu 3.) Rückbelastete pauschale Lohnsteuer

Der Entscheidung kann auch hinsichtlich des eigentlichen Streitgegenstandes, der Beitragspflicht des Betrages von DM 39,98 (rückbelastete pauschale Lohnsteuer) als Arbeitsentgelt nicht zugestimmt werden. Der Senat geht hier von einer pauschalen Lohnsteuer aus, die dem Arbeitnehmer rückbelastet wurde. Dies ist jedoch nur in dem Sinn richtig, als der Betrag von DM 39,98 rechnerisch der pauschalen Lohnsteuer aus seiner Beteiligung an der Finanzierung der Direktversicherung entsprach, nämlich DM 389,82. Es handelte sich jedoch nicht um zu zahlende pauschale Lohnsteuer, im rechtlichen Sinn. Der Betrag war und konnte dem Arbeitnehmer rechtlich auch nicht als Lohnsteuer vom Bruttoentgelt abgezogen werden, denn die Einkommensteuererhebung durch Lohnsteuerabzug vom Arbeitslohn besteht nur für die Lohnsteuererhebung nach persönlichen Steuermerkmalen (§ 38a Abs. 4 EStG) und als persönlicher Steuerschuldner (§ 38 Abs. 2 EStG), nicht jedoch bei Steuerschuld des Arbeitgebers für pauschale Lohnsteuer.

Gerade dann, wenn man im Rahmen der Barlohnnumwandlung den darin enthaltenen "Barlohnverzicht" als auch sozialversicherungsrechtlich relevant und wirksam ansieht (37), ist und war der Betrag von DM 38,98 Bestandteil des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts.

Der Arbeitnehmer hatte den "Verzicht" auf Barlohn (Bruttoentgeltzahlung) aus der Sonderzahlung zugunsten der vom ihm zu tragenden Eigenanteile zur Direktversicherung über DM 389,82 (6 x 64,97 DM) erklärt. Wenn man daher den "Gehaltsverzicht" der Barlohnnumwandlung als das Bruttobemessungsentgelt mindernd berücksichtigt, verblieben dem Arbeitnehmer noch DM 9.140,71 aus dem arbeitsrechtlichen Anspruch und Bruttobetrag aus laufendem Entgelt und Sonderzahlung. Dieser maßgebende Bruttoanspruch als Bemessungsgröße unterlag dann der Beitragspflicht zur Sozialversicherung als Arbeitsentgelt und der normalen Lohnsteuerpflicht nach § 38 EStG als Arbeitslohn (38) und den Lohnabzügen (Steuern und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung), zu denen der Betrag von DM 38,98 nicht gehörte.

Soweit der Senat, seine Argumentation zur Arbeitsentgelteigenschaft der Pauschalsteuer aufgreifend, damit argumentiert, daß die wirtschaftlich auf den Arbeitnehmer übergewälzte Pauschalsteuer dann ebenfalls nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sei und deshalb dieser Betrag zusätzlich beitragsfrei bleiben müsse, wird entscheidend verkannt, daß es hier gar nicht um die Frage der zusätzlichen Zurechnung des Betrages von DM 39,98 zum Bruttoarbeitsentgelt, sondern um die Bestimmung des maßgebenden Arbeitsentgelts oder Arbeitslohnes für die Berechnung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträge geht. Ebenso wenig wie die einbehaltene normale Lohnsteuer auf das zugrundeliegende Arbeitsentgelt zurückwirkt, sondern dieses voraussetzt, setzte hier die pauschale Lohnsteuer von DM 39,98 steuerpflichtiges Arbeitsentgelt von DM 389,82 voraus. Wenn man also überhaupt einen Betrag als nicht dem Arbeitsentgelt zurechenbar ansehen könnte, dann den der besagten DM 389,82. Dieser war jedoch bereits, weil vermeintlich wegen des Verzichts im Zusammenhang mit der Barlohnnumwandlung auch sozialversicherungsrechtlich nicht dem Arbeitsentgelt zurechenbar, bei dem (geringeren) Bruttoentgelt berücksichtigt, das der Abrechnung des Arbeitgebers auf der Grundlage des Bruttoarbeitsentgeltes hier offensichtlich zugrunde lag.

Selbstverständlich kann, und insoweit wirkt sich dann das steuerrechtliche Zuflußprinzip aus, die Vereinbarung des Barlohnverzichtes im Zusammenhang mit einer Barlohnnumwandlung so weit gehen, daß auf Bruttoarbeitsentgeltansprüche über die eigentlichen Beiträge und Zuwendungen zur Direktversicherung hinaus so weit "verzichtet" wird, daß der Arbeitgeber daraus auch die pauschale Lohnsteuer finanzieren kann (39). In einem solchen Fall würde aber für die Lohnsteuerberechnung und Abrechnung bereits der nach dem "Verzicht" verbleibende Betrag als maßgebendem Bruttoentgelt zugrunde liegen (40). Ein solcher Fall lag jedoch nicht vor (41).

Damit stellt die Duldung oder Vereinbarung der Rückbelastung mit der pauschalen Lohnsteuer, als Verzicht, Erlaß oder schlichte Nichtforderung von DM 38,98, lediglich eine finanzielle Entschädigung des Arbeitgebers für die von diesem für den Arbeitnehmer getragene pauschale Lohnsteuer dar, weil ihm der wirtschaftliche Vorteil gegenüber seiner persönlichen Einkommensteuer nach dem für ihn geltenden persönlichen Besteuerungsmerkmalen und dem höheren Steuersatz verblieb und konnte nur auf den Auszahlungsbetrag des Nettoentgeltes bezogen sein (42).

Die Fragestellung hätte also hier, wie bei der Arbeitsentgeltkürzung durch Vertragsstrafen oder der fehlenden Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs, lauten müssen, ob die Auszahlung eines um DM 38,98 geringeren Nettoarbeitsentgeltes sich beitragsmindernd auswirkt, weil deswegen das Arbeitsentgelt anders zu beurteilen wäre. Damit hätte sich die Antwort schon von allein ergeben:

Ebensowenig wie die normale Lohnsteuer, sonstige persönliche Abzüge, die Pfändung von Arbeitsentgelt (43) oder die schlichte Nichtauszahlung, konnte sich die Einbehaltung und Nichtzahlung der DM 38,98 auf die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge auswirken, denn Bemessungsmaßstab für die Beiträge ist der Bruttolohnanspruch, der hier - akzeptiert man die Barlohnnumwandlung als auch sozial-rechtlich relevanten "Verzicht" auf Arbeitsentgelt in dem vereinbarten Umfang von brutto DM 389.82 - DM 9.140,71 betrug.

#### V Fazit

Die Entscheidung läßt sich mit der Zielsetzung der grundsätzlich vom Steuerrecht unabhängigen Bestimmung des Arbeitsentgeltbegriffs für die Sozialversicherung und den Entscheidungen vom 30.8.1994 und 21.5.1996 nicht vereinbaren. Sie erscheint in der Tendenz mehr als nur eine Rückkehr zur Zuflußtheorie, indem sie ungeprüft die steuerrechtlich mögliche Pauschalversteuerung auf den Arbeitsentgeltbegriff des § 14 Abs. 1 SGB IV zurückwirken läßt. Sie läßt dabei sogar außer Acht, daß mit der reinen Barlohnnumwandlung gerade die Fälle der Erfüllung des arbeitsrechtlichen Bruttolohnanspruchs gemeint sind, bei der die Erfüllung lediglich in einer die Pauschalsteuer ermöglichenden Form erfolgt. Daß Steuern Arbeitsentgelt sein können und eine an Stelle der normalen Lohnsteuer rückbelastete pauschale Lohnsteuer sogar das beitragspflichtige Bruttoarbeitsentgelt mindert, darf wohl als völlig neue Erkenntnis angesehen werden, wird aber wohl auf die Fälle der rückbelasteten pauschalen Lohnsteuer bei "Barlohnnumwandlungen mit Gehaltsverzicht" beschränkt bleiben.

Die Entscheidung eröffnet, indem sie unter Verkennung steuerrechtlicher Besonderheiten allein auf die Pauschalversteuerung und den formalen Verzicht auf Auszahlung des



Barlohnes abstellt, diverse Möglichkeiten, durch entsprechende arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Gestaltungen nicht nur einmalig gezahltes, sondern auch laufendes Arbeitsentgelt einschließlich der darauf entfallenden und rückbelasteten pauschalen Lohnsteuer der Sozialversicherung als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt zu entziehen. Man darf gespannt sein, ob der Gesetz- oder Verordnungsgeber der ArEV auf diese Entscheidung reagieren wird.

- 
- (1) Vgl. Friederichs in Wannagat, SGB IV § 14 Rdn. 2, 6; Seewald, KassKomm., § 14 SGB IV Rdn 2 m.w.N. zum Hintergrund des Gemeinsamen Erlasses vom 10.9.1944 (AN 1944 II S. 281) und der dadurch entstandenen zwingenden Verbindung zum Steuerrecht.
  - (2) - 12 RK 59/92 - BSGE 75, 61 = SozR 3-2200 § 385 Nr. 5 = NZA 95, 701 = USK 9467, kritisch dazu Peters-Lange, NZA 95, 657 und dagegen Klose, NZS 96, 9.
  - (3) Vgl. BSG vom 21.5.96 - 12 RK 64/94 - SGB 97, 130 mit Anm. Eichenhofer = ZfS 97, 24 mit Anm. Klose; ders. NZA 97, 872 zu Marschner NZA 97, 300.
  - (4) Grundlegend BSG vom 25.11.1964 - 3 RK 32/60 - BSGE 22, 106 = SozR Nr. 12 zu § 160 RVO.
  - (5) Zur Berücksichtigung erst künftig fällig werdender Ansprüche bei der Beitragsbemessung freiwillig Versicherter vgl. BSG vom 11.9.1995 - 12 RK 11/95 - SGB 97, 290 mit Anm. Trenk-Hinterberger = SozR 3-2500 § 240 Nr. 22 und - 12 RK 12/95 - SozR 3-2500 § 240 Nr. 23 = BSGE 76, 242.
  - (6) Typisch z.B. die Zahlung vermögenswirksamer Leistungen, die gem. § 13 Abs. 7 5. VermBildG Arbeitsentgelt sind, an Versicherungen oder Bausparkassen.
  - (7) Dafür Seewald, KassKomm., § 23a SGB IV Rdn. 4; dagegen Steinmeyer, EWiR 95, 385.
  - (8) Besprechungsergebnis vom 28./29.3.1990. DOK 90, 425 = ErsK 90, 329, vgl. auch Seewald, Kass-Komm. § 14 SGB IV Rdn. 21.
  - (9) Diese Ermächtigungsnorm war an sich schon als eigentlich ungeeignet nur als vorläufige Regelung vorgesehen war; vgl. Friederichs in Wannagat SGB IV, § 17 Rdn. 9.
  - (10) In der Fassung vom 12.12.1989 (BGBl. I S. 2177) ab 1.1.1990. Die für den Streitfall noch anzuwendende Fassung beinhaltete das Erfordernis der Zusätzlichkeit zwar nicht, ergab sich jedoch aus der Ermächtigungsgrundlage des § 17 SGB IV, so daß Neufassung der Vorschrift ab 1.1.1990 keine Rechtsänderung bedeutete.
  - (11) Zur Urlaubsabgeltung als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt und während der Beschäftigung erworbener Anspruch vgl. BSG vom 1.4.93 - 1 RK 38/92 - SGB 93, 639 mit Anm. Lösche.
  - (12) Nicht jedoch die lediglich gelegentlich der Betriebsveranstaltung erfolgte Zahlung von Weihnachtsgeld, BFH vom 7.2.1997 - VI R 3/96 - BFHE 182, 559 = BStBl. II 1997 S. 365.
  - (13) Vgl. BSG vom 3.2.1994 - 12 RK 18/93 - SozR 3-2400 § 14 Nr. 8 = USK 9411 = Breith. 94/798 zu von Dritten gezahlte Auflassungsgebühren an Notariatsangestellte.
  - (14) Seewald, KassKomm. § 23a SGB IV Rdn. 4; Krauskopf (Baier), SozKV. § 23a Rdn. 5; Hauck/Haines, SGB IV § 23a Rdn. 3; Klose, Jahn SGB V § 249 Rdn. 6. Auch arbeitsrechtlich gehören solche Sonderzahlungen zum Arbeitsentgelt als arbeitsvertraglicher Anspruch, vgl. BAG vom 26.3.1997 - 10 AZR 612/96 - NJW 98, 475 m.w.N.
  - (15) So ausdrücklich Friederichs, Wannagat SGB IV, § 17 Rdn. 18;

- Merten, GK-SGB IV § 14 Rdn. 33; Seewald, KassKomm., § 14 SGB IV Rdn. 12; und schon BSG vom 20.12.1961 - 3 RK 59/57 - BSGE 16, 91.
- (16) Z.B. BSG vom 20.12.1961 - 3 RK 59/57 - BSGE 16, 91 zu zusätzlichen halben Monatsgehältern im Bankgewerbe; vom 2.6.1982 - 12 RK 4/82 - USK 8274 = SozR. 2100 § 17 Nr. 3 und vom 28.4.1982 - 12 RK 12/80 - Die Beiträge 82/382 zu Tantiemen; vom 1.12.1977 - 12 RK 11/76 - Die Beiträge 78/151 zu Gewinnanteilen; vom 28.10.1981 - 12 RK 23/80 - SozR 2100 § 14 Nr. 9, vom 9.7.1980 - 12 RK 44/79 - SGB 81, 273 mit Bespr. Eichenhofer S. 248 zu Gratifikationen.
- (17) Vgl. Hungenberg, DOK 84, 114 (115); Zipperer, BKK 84, 6 (11).
- (18) Vom 22.12.1983 (BGBI. I S. 1532) ab 1.1.1984.
- (19) Später § 227 SGB V, § 164 SGB VI, seit 1.1.1997 § 23a SGB IV.
- (20) So in den Fällen des § 2 Abs. 1 S. 2 ArEV.
- (21) BVerfG vom 21.5.1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1, 299.
- (22) Abschnitt 129 Abs. 2 LStR unter Bezugnahme auf das Urteil des BFH vom 29.4.1991 - VI R 61/88 - BStBl. II 1991 S. 647 = BFHE 164, 289 zu § 40b EStG.
- (23) Vgl. BFH vom 21.10.1994 - VI R 12/94 - BFHE 176, 107 = BStBl. II 1995, 511 zu Zinszuschüssen nach § 3 Nr. 68 EStG und der Rückwirkung des Gesetzes, wenn dadurch das Erfordernis der Zusätzlichkeit eingefügt wird.
- (24) Die trotz des "Verzichtes" zu einem steuerrechtlich relevanten Zufluß von Arbeitslohn mit der Folge der persönliche Lohnsteuer nach § 38a Abs. 4 EStG führen wurde, vgl. BFH vom 30.7.1993 - VI R 87/92 - BStBl. II 1993 S. 884 = BFHE 171, 566.
- (25) Vgl. BFH vom 29.4.1991 - VI R 61/88 - BFHE 164, 289 = BStBl. II 1991, 647.
- (26) Da erst dieser Zufluß überhaupt die Frage der Besteuerung auslöst.
- (27) Vgl. z.B. BFH vom 12.3.1993 - VI R 20/92 - BFHE 171, 62 zur Zahlung von an sich geschuldetem Lohn als steuerfreiem Zinszuschuß nach § 3 Nr. 68 EStG.
- (28) BFH vom 27.5.1993 - VI R 19/92 - BFHE 172, 46 = BStBl. II 1994 S. 248 = USK 9380.
- (29) Die individuelle Lohnsteuer des Arbeitnehmers für den pauschal versteuerten Teil des Arbeitslohnes wird daher durch § 40 Abs. 3 EStG ebenso ausgeschlossen, wie die Berücksichtigung der Pauschalsteuer bei seiner Einkommensteuer.
- (30) Derartige Vereinbarungen sind zulässig, weil der Arbeitnehmer dadurch netto eher begünstigt wird. Zweifelhaft jedoch die Unterstellung einer Nettoabrede in BAG vom 5.8.87 - 5 AZR 22/86 - NJW 88, 1156 bei schlichtem Einbehalt der vom AG übernommenen pauschalen Lohnsteuer bei grundsätzlich geschuldetem Bruttolohnanspruch des AN, vgl. Schaub, ArbR-Handbuch 8. Aufl. S. 523.
- (31) Selbst nach der Zuflußtheorie hätte man zu dem Ergebnis der vollständigen Beitragspflicht kommen müssen, denn steuerrechtlich relevanter Zufluß an den Arbeitnehmer lag auch in der Zahlung der übernommenen Anteile an den Direktversicherungsbeiträgen.
- (32) Selbst nicht in den Fällen der Haftung des Arbeitgebers für Einkommensteuer oder Beitragsanteile des Arbeitnehmers; vgl. BGH vom 13.5.92 - 5 StR 38/92 - NJW 92, 2240 und BSG vom 22.9.88 - 12 RK 36/86 - SGB 90, 199 mit Anm. Birk.
- (33) Dabei wird allerdings lediglich der geldwerte Vorteil der den Arbeitnehmern selbst ersparten normalen Lohnsteuer erfaßt, während das eigentlich lohnsteuerpflichtige

- Bruttoarbeitsentgelt als Anspruch dadurch nicht erhöht wird, wie hier wohl angenommen wird.
- (34) Vgl. dazu BSG vom 12.11.1975 - 3/12 RK 8/74 - BSGE 41, 16 und vom 13.10.1993 - 2 RU 41/92 - BSGE 73, 179 = SozR 3-2400 § 14 Nr. 7.
  - (35) Arbeitsentgelt dient insoweit lediglich als Berechnungsgröße für die Sozialversicherungsbeiträge, vgl. Salomon/Klose, Jahn SGB V, § 249 Rdn. 8.
  - (36) Was dazu führt, daß der Arbeitgeber die vollen Beiträge zu tragen hat, wenn er die Arbeitnehmeranteile nicht mehr nach § 28g SGB IV durch Lohnabzug einbehalten kann. Der geldwerte Vorteil wird aber nicht nochmals zur Beitragsberechnung herangezogen.
  - (37) Insoweit ist daher die Auffassung der Spitzenverbände aus dem Besprechungsergebnis vom 8./9.11.1989 (DOK 90, 153, ErsK 90, 130) konsequent und zutreffend.
  - (38) Wenn die Steuerrichtlinien daher für die persönliche Besteuerung des Arbeitnehmers nach § 38 EStG auf den ausgezahlten Lohn verweisen, ist damit der Bruttolohn gemeint, der nach dem formalen Barlohnverzicht noch verbleibt.
  - (39) Dieser Fall wird in LStR 129 Abs. 2 S. 2 beschrieben, mit dem Hinweis, daß die durch die Barlohnkürzung finanzierte pauschale Steuer keinen zusätzlichen Arbeitslohn darstellt, womit wohl nur der geldwerte Vorteil von pauschaler gegenüber normaler Lohnsteuer gemeint sein kann.
  - (40) Insoweit wurde bereits unter der Geltung der Zuflußtheorie in der Sozialversicherung nicht im Sinne einer Nettolohnvereinbarung eine Hochrechnung vorgenommen, sondern der vom Arbeitgeber für die Lohnsteuerberechnung und bei Zahlung zugrunde gelegte Bruttolohnanspruch zugrunde gelegt. Vgl. z.B. BSG vom 25.11.64 - 3 RK 32/60 - BSGE 22, 106.
  - (41) Siehe unter II c).
  - (42) Steuerrechtliche Fragen zum Grenzbetrag für pauschale versteuerbare Arbeitgeberleistungen stellten sich damit nicht.
  - (43) § 850e S. 1 Nr. 1 ZPO schließt daher die steuer- und sozialrechtlichen Abzüge vom Bruttoanspruch des Arbeitseinkommens von der Pfändbarkeit aus.

Assessor Wolfgang Klose, Bargteheide