

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 22. Juni 2016  
- 10 AZR 806/14 -  
ECLI:DE:BAG:2016:220616.U.10AZR806.14.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Teilversäumnis- und Schlussurteil vom  
27. Juni 2013  
- 4 Ca 2084/12 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 8. Oktober 2014  
- 18 Sa 1038/13 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Berechnung von Sozialkassenbeiträgen - vermutete Schwarzgeldabrede

Bestimmungen:

SGB IV § 14 Abs. 2 Satz 2; Tarifverträge über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 20. Dezember 1999 und vom 18. Dezember 2009 (VTV) § 18 Abs. 2 und Abs. 4

Leitsatz:

Illegal gezahltes Arbeitsentgelt, für das weder Steuern noch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt wurden, kann zur Berechnung der Beiträge nach § 18 Abs. 4 VTV nicht entsprechend § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV auf ein Bruttoarbeitsentgelt „hochgerechnet“ werden.

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 806/14  
18 Sa 1038/13  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. Juni 2016

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie die ehrenamtliche Richterin Zielke und den ehrenamtlichen Richter Guthier für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 8. Oktober 2014 - 18 Sa 1038/13 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt von dem Beklagten die Zahlung von Beiträgen nach 1  
den für allgemeinverbindlich erklärten Sozialkassentarifverträgen des Baugewerbes.

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien 2  
des Baugewerbes und zieht nach näherer tariflicher Maßgabe die Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes ein. Der Beklagte unterhielt in den Jahren 2008 bis 2010 einen Platten-, Fliesen- und Mosaikverlegebetrieb. Er beschäftigte gewerbliche Arbeitnehmer und nahm am Sozialkassenverfahren des Baugewerbes teil.

Bei einer Überprüfung durch das zuständige Hauptzollamt wurden 3  
Rechnungen bekannt, die den Verdacht von Vergehen nach den §§ 263, 266a StGB gegen den Beklagten begründeten. Am 16. Oktober 2012 wurde der Beklagte zu einer Bewährungsstrafe verurteilt. Die Deutsche Rentenversicherung ermittelte auf der Grundlage der Rechnungsbeträge für 18 näher bezeichnete Kalendermonate aus dem Zeitraum Mai 2008 bis Dezember 2010 einen näher bezifferten Nettoumsatz des Beklagten.

Für den Zeitraum Mai 2008 bis Dezember 2010 verlangt der Kläger von 4  
dem Beklagten die Zahlung von Beiträgen nach den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) in der jeweils geltenden Fassung. Der Kläger hat dabei geschätzt, dass der auf den von der Deutschen Rentenversicherung ermittelten Nettoumsatz entfallen-

de Nettolohnanteil jeweils 66,67 % betrage. Auf dieser Grundlage hat er mithilfe eines ihm von der Deutschen Rentenversicherung mitgeteilten „Hochrechnungsfaktors“ für jeden Kalendermonat gesondert jeweils eine fiktive Brutto-lohnsumme errechnet und mit dem jeweils gültigen Sozialkassenbeitragssatz multipliziert.

Der Kläger hat gemeint, der durch Schätzung ermittelte Lohnanteil sei in zumindest entsprechender Anwendung von § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV als Nettoarbeitsentgelt anzusehen. Da es für die Höhe der Sozialkassenbeiträge auf den tatsächlich geschuldeten Lohn ankomme, müsse im Fall von Schwarzgeldabreden eine entsprechende Nettolohnabrede fingiert und der Nettolohn nach Maßgabe des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV auf den entsprechenden Brutto-lohn hochgerechnet werden. 5

Der Kläger hat zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 17.217,89 Euro zu zahlen. 6

Der Beklagte hat sich im Verfahren nicht geäußert. 7

Das Arbeitsgericht hat der ursprünglich auf Zahlung von insgesamt 51.064,10 Euro gerichteten Klage durch Teilversäumnis- und Schlussurteil vom 27. Juni 2013 in Höhe von 33.846,11 Euro stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Der Beklagte hat gegen seine Verurteilung kein Rechtsmittel eingelegt. Die gegen die teilweise Abweisung seiner Klage gerichtete Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. 8

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Soweit der Kläger über die ihm erstinstanzlich rechtskräftig zugesprochenen 33.846,11 Euro hinaus von 9

dem Beklagten Zahlung weiterer Beiträge in Höhe von 17.217,89 Euro verlangt, ist die Klage unbegründet.

I. Der Kläger hat höhere als die ihm vom Arbeitsgericht rechtskräftig zugesprochenen Beitragsansprüche nicht schlüssig dargelegt. 10

1. Nach § 18 Abs. 2 VTV errechnet sich der von dem Beklagten an den Kläger abzuführende Beitrag aus einem bestimmten Prozentsatz der Bruttolohnsumme. Diese richtet sich nach steuerrechtlichen und nicht nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen. Nach § 18 Abs. 4 VTV gilt sowohl für dem deutschen Lohnsteuerrecht unterliegende Arbeitnehmer (*Buchst. a*) als auch für Arbeitnehmer, die nicht dem deutschen Lohnsteuerrecht unterliegen (*Buchst. b*), als Bruttolohn der Betrag, der sich nach den Regelungen des deutschen Steuerrechts ergibt. 11

a) Allerdings ist als „Bruttolohn“ im Sinne von § 18 Abs. 4 VTV nicht nur die vom Arbeitgeber tatsächlich gezahlte, sondern auch die von ihm geschuldete Vergütung anzusehen (*vgl. BAG 29. August 2012 - 10 AZR 589/11 - Rn. 15 ff.*). Die Verweisung auf das Lohnsteuerrecht betrifft nicht den Grund, sondern nur die Höhe der Beitragsforderung (*vgl. BAG 14. Februar 2007 - 10 AZR 63/06 - Rn. 25 mwN*). 12

b) Für das Entstehen eines Beitragsanspruchs des Klägers dem Grunde nach ist es zudem ohne Belang, ob der Arbeitgeber die dem Arbeitnehmer geschuldete Vergütung tatsächlich gezahlt hat oder dies beispielsweise aufgrund von Zahlungsunfähigkeit unterblieben ist (*vgl. BAG 20. Oktober 1982 - 4 AZR 1211/79 - BAGE 40, 262*). Der Arbeitgeber kann sich seiner Beitragspflicht gegenüber dem Kläger auch nicht dadurch entziehen, dass er eine - gemessen an der Vereinbarung mit seinem Arbeitnehmer - zu niedrige Vergütung zahlt (*vgl. BAG 14. Februar 2007 - 10 AZR 63/06 - Rn. 25*) oder eine niedrigere als die nach gesetzlichen oder für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen tariflichen Regelungen geschuldete Vergütung vereinbart (*vgl. BAG 29. August 2012 - 10 AZR 589/11 - Rn. 20*). 13

- c) Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse, die den Anspruch aus § 18 VTV geltend macht, hat nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für dessen anspruchsbegründende Voraussetzungen. Dies gilt auch für die Höhe der Beitragsschuld (*vgl. BAG 14. Dezember 2011 - 10 AZR 517/10 - Rn. 13*). Demgemäß obliegt dem Kläger die Darlegung, dass der Beklagte eine höhere als die von ihm als gezahlt angegebene Vergütung den Arbeitnehmern schuldet oder an sie tatsächlich geleistet hat. 14
2. Es fehlt an einer schlüssigen Darlegung des Klägers, dass der Beklagte seinen Arbeitnehmern in den streitgegenständlichen Kalendermonaten insgesamt eine höhere Vergütung schuldet als den von dem Kläger geschätzten Lohnanteil von 66,67 % der jeweiligen monatlichen Nettoumsätze oder dass er tatsächlich mehr an sie geleistet hat. 15
- a) Dass der Beklagte mit seinen Arbeitnehmern originäre Nettolohnvereinbarungen getroffen habe, hat der Kläger nicht behauptet. Derartige Abreden lägen auch fern, da die Arbeitsvertragsparteien - wie auch der Kläger einräumt - mit einer Schwarzgeldabrede gerade die Hinterziehung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen bezwecken, nicht jedoch die Übernahme der Steuern und Beitragsanteile des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber (*vgl. BAG 17. März 2010 - 5 AZR 301/09 - Rn. 12, BAGE 133, 332*). 16
- b) Der von dem Kläger geschätzte Lohnanteil ist auch nicht als Nettolohn im Sinne des Steuerrechts zu betrachten, aus dem sich im Wege eines „hochgerechneten“ Bruttolohns der jeweilige Beitragsanspruch des Klägers ergibt. Die sog. Nettolohnfiktion des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV findet auf die Berechnung der Beitragsansprüche nach § 18 Abs. 2 und Abs. 4 VTV keine unmittelbare Anwendung. 17
- aa) § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV ist eine Norm im Ersten Abschnitt (Grundsätze und Begriffsbestimmungen) des Vierten Buchs Sozialgesetzbuch (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung). Danach gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen 18

Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt worden sind. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sich auf das Sozialversicherungsrecht und erstreckt sich nicht auf bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnisse (vgl. BAG 21. September 2011 - 5 AZR 629/10 - Rn. 23 ff., BAGE 139, 181).

bb) § 14 SGB IV definiert den Begriff des Arbeitsentgelts, das Beurteilungsgrundlage für die Versicherungspflicht der Beschäftigten, Bemessungsgrundlage ua. für die Höhe der Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung, Berechnungsgrundlage für die Höhe des Leistungsanspruchs im Versicherungsfall und Anrechnungsgrundlage beim Zusammentreffen von Leistungen aus der Sozialversicherung und Einkommen ist. Da § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV eine Nettoarbeitsentgeltvereinbarung fingiert, ist das sozialversicherungsrechtliche Arbeitsentgelt in einem illegalen Beschäftigungsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IV so zu ermitteln, dass das Nettoarbeitsentgelt um die darauf entfallenden Steuern und den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu einem Bruttolohn hochgerechnet wird (vgl. BAG 17. März 2010 - 5 AZR 301/09 - Rn. 14, BAGE 133, 332). 19

cc) § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV findet im Einkommenssteuerrecht keine Anwendung (vgl. BAG 17. März 2010 - 5 AZR 301/09 - Rn. 15 f., BAGE 133, 332). Das Arbeitsentgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinn ist vom steuerlichen Arbeitslohn zu unterscheiden. § 19 EStG definiert, welche der Einkommensarten des § 2 Abs. 1 EStG zu den steuerpflichtigen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gehören. Von der Schaffung einer der Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV entsprechenden Norm im Steuerrecht hat der Gesetzgeber wegen des dort geltenden Zuflussprinzips bewusst abgesehen (vgl. BT-Drs. 15/2948 S. 7, 20; BGH 2. Dezember 2008 - 1 StR 416/08 - Rn. 16, BGHSt 53, 71). Dementsprechend bemisst sich das steuerpflichtige Arbeitseinkommen bei der Vereinbarung sog. Schwarzlöhne zunächst nach dem tatsächlich zugeflossenen Barlohn. Bei Nachentrichtung entzogener Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung führt erst die Nachzahlung zum Zufluss eines zusätzlichen geldwerten Vorteils (vgl. BFH 13. September 2007 - VI R 54/03 - 20

Rn. 10, BFHE 219, 49). Für die Bestimmung des Arbeitsentgelts im Rahmen der Beitragsbemessung zur Sozialversicherung gilt demgegenüber grundsätzlich das - für die Sozialversicherung zentrale - Entstehungsprinzip (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Danach sind Versicherungspflicht und Beitragshöhe für den Beschäftigten nach dem arbeitsrechtlich geschuldeten Arbeitsentgelt zu beurteilen und nicht lediglich nach dem einkommensteuerrechtlich entscheidenden ihm tatsächlich zugeflossenen Entgelt (vgl. BSG 16. Dezember 2015 - B 12 R 11/14 R - Rn. 25).

- dd) Nach diesem Maßstab kann der Kläger die Berechnung seiner Beitragsansprüche nicht auf eine Anwendung von § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV stützen. Der von ihm gegen den Beklagten geltend gemachte Anspruch ist ein bürgerlich-rechtlicher und kein sozialversicherungsrechtlicher Anspruch. Der Kläger ist die Einzugsstelle für bestimmte tarifvertragliche Ansprüche und kein Träger der Sozialversicherung im Sinne von §§ 29 ff. SGB IV. Die Berechnung des Beitrags der Höhe nach erfolgt gemäß § 18 Abs. 4 VTV ausdrücklich nach steuerrechtlichen und nicht nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen. 21
- c) Der Kläger kann seinen Anspruch auch nicht auf eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV stützen. Es liegt keine für eine Analogie erforderliche Regelungslücke in § 18 VTV vor. 22
- aa) Eine Analogie kommt regelmäßig nur in Betracht, wenn die normative Regelung planwidrig lückenhaft erscheint und zur Ausfüllung der Lücke die Übertragung der Rechtsfolge eines normativen Tatbestands auf einen vergleichbaren, aber in der Norm nicht geregelten Tatbestand erforderlich ist (vgl. BAG 13. Februar 2003 - 8 AZR 654/01 - zu II 1 a bb der Gründe mwN, BAGE 104, 358). Anders als der Kläger annimmt, kommt es nicht darauf an, ob es keine einer Analogie entgegenstehenden Umstände gibt. Deren Voraussetzungen müssen vielmehr positiv begründet werden. 23
- bb) § 18 VTV weist hinsichtlich der Beitragsberechnung keine Regelungslücke auf. 24



- (1) Der VTV enthält zwar keine speziellen Regelungen zur Schwarzarbeit. Dies begründet aber keine Regelungslücke, die eine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV zuließe. Die Tarifvertragsparteien haben sich hinsichtlich der Frage der Beitragsberechnung generell für eine am Steuerrecht orientierte Lösung entschieden, wie der klare und eindeutige Wortlaut des § 18 Abs. 4 VTV zeigt. 25
- (2) Entgegen der Ansicht des Klägers kann allein die Schwierigkeit des Nachweises, dass bei Schwarzgeldabreden tatsächlich Nettolohnvereinbarungen getroffen wurden, eine dem Wortlaut des § 18 Abs. 4 VTV widersprechende Orientierung an der sozialversicherungsrechtlichen Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV nicht rechtfertigen. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV beinhaltet auch nicht etwa einen Rechtsgedanken, der über das Sozialversicherungsrecht hinaus allgemein Geltung hätte. 26
- (3) Die Auffassung des Klägers, es gelte Wettbewerbsverzerrungen durch Schwarzlohnvereinbarungen gegenüber Arbeitgebern zu vermeiden, die ihre Arbeitnehmer legal beschäftigen und ordnungsgemäß zum Sozialkassenverfahren anmelden, rechtfertigt ebenfalls nicht die analoge Anwendung von § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Unabhängig von der Frage, ob aus diesem Grund überhaupt der Tarifnorm ein anderer Inhalt gegeben werden könnte, steht einer analogen Anwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV bereits entgegen, dass Anreize zur Schwarzarbeit durch andere gesetzliche Regelungen in ausreichender Weise vermieden werden. Neben seiner Strafbarkeit wegen des Vorenthaltens und der Veruntreuung von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB muss der Arbeitgeber die Nachentrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gewärtigen, und zwar in der Regel ohne volle Rückgriffsmöglichkeit auf den Arbeitnehmer, § 28e Abs. 1 Satz 1, § 28g Satz 3 SGB IV (*vgl. BAG 21. September 2011 - 5 AZR 629/10 - Rn. 24, BAGE 139, 181*). Hinzu kommt, dass die Nachentrichtung des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung eine hierauf bezogene Beitragspflicht nach § 18 Abs. 4 VTV auslöst. 27

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

28

Linck

Schlünder

Brune

Zielke

W. Guthier