

# Aktuelle Risiken bei der Sozialversicherungs- prüfung

Schwerpunkte kennen – Vorgehen umstellen



Mandanten-Info

## **Aktuelle Risiken bei der Sozialversicherungsprüfung**

# Inhalt

<b>1. Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Beitragsansprüche der Versicherungsträger in der Sozialversicherung .....</b>	<b>1</b>
2.1 Arbeitsentgelt nach dem SGB IV .....	1
2.2 Entstehungsprinzip.....	2
2.3 Ausnahme: Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt.....	4
2.4 Zivilrechtliche Verjährung und Ausschlussfristen.....	5
<b>3. Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen .....</b>	<b>5</b>
3.1 Prüfung und Nachforderung durch die Rentenversicherungsträger.....	5
3.2 Verjährung von Sozialversicherungsbeiträgen.....	7
<b>4. Phantomlohn .....</b>	<b>7</b>
4.1 Gesetzliche Mindestlöhne .....	8
4.2 Tarifliche Ansprüche .....	10
4.3 Gesetzliche Vergütungsansprüche .....	12
4.4 Weitere phantomlohnrelevante Fallgruppen .....	18
<b>5. Phantomlohn und Minijob.....</b>	<b>22</b>
<b>6. Strafbarkeit und Haftung .....</b>	<b>25</b>

## 1. Einführung

Bleibt das vom Arbeitgeber<sup>1</sup> tatsächlich bezahlte Arbeitsentgelt hinter dem eigentlichen Anspruch des Arbeitnehmers zurück, liegt in Höhe des Unterschiedsbetrages sog. **Phantomlohn** (oder auch Fiktivlohn) vor. Da es für die Berechnung des Sozialversicherungsbeitrages nach dem Entstehungsprinzip nicht auf das bezahlte, sondern auf das vom Arbeitgeber geschuldete Entgelt ankommt, spielt der Phantomlohn in der Rentenversicherungsprüfung eine erhebliche Rolle. Massive Nachzahlungen können z. B. folgen, wenn ein Minijob durch den Rentenversicherungsprüfer in eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung umqualifiziert wird.

Besondere Relevanz hat das Thema Phantomlohn in den letzten Jahren bei der Bezahlung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder am Feiertag erlangt, da diese Ansprüche in der Praxis oftmals nicht in der gesetzlich zwingenden Höhe geleistet werden.

## 2. Beitragsansprüche der Versicherungsträger in der Sozialversicherung

### 2.1 Arbeitsentgelt nach dem SGB IV

Die Höhe des vom Arbeitnehmer erzielten Arbeitsentgelts ist in der Sozialversicherung für die Bestimmung der Versicherungspflicht und die Höhe der zu zahlenden Beiträge von wesentlicher Bedeutung. So tritt Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung für abhängig Beschäftigte nur ein, wenn das Entgelt die Geringfügigkeitsgrenze überschreitet. Das Arbeitsentgelt definiert in allen Zweigen der Sozialversicherung als beitragspflichtige Einnahmen die Beitragsbemessungsgrundlage. Die Bestimmung des Arbeitsentgelts ist demnach für das Versicherungs- und Beitragsrecht in der Sozialversicherung entscheidend.

---

<sup>1</sup> In dieser Publikation wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der Regel das generische Maskulinum verwendet. Die verwendete Sprachform bezieht sich auf alle Menschen, hat ausschließlich redaktionelle Gründe und ist wertneutral.

Unter „Arbeitsentgelt“ sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung zu verstehen, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.

Spätestens seit einer Grundsatzentscheidung des BSG aus dem Jahr 1994 steht fest, dass es für die Begründung der Versicherungspflicht und die Höhe der Versicherungsbeiträge nicht auf den Zufluss des Arbeitsentgelts beim Arbeitnehmer, sondern auf das **vom Arbeitgeber geschuldete Arbeitsentgelt, also auf den Anspruch des Arbeitnehmers** ankommt.

## 2.2 Entstehungsprinzip

Die Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Voraussetzung des Beitragsanspruchs ist danach die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt.

Beiträge werden fällig, wenn der **Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt entstanden** ist. Es ist darauf abzustellen, was dem Arbeitnehmer kraft Gesetzes, Tarif- oder Einzelarbeitsvertrag an Arbeitsentgelt **rechtlich zusteht**. Auf den tatsächlichen Zufluss des Arbeitsentgelts kommt es dagegen grundsätzlich nicht an (Ausnahme → *Kapitel 2.3*).

Das BSG hat die Geltung des sog. „**Entstehungsprinzips**“, in Abgrenzung zum für die Lohnsteuer maßgeblichen Zuflussprinzip, in mehreren Entscheidungen bestätigt.

### Hinweis

Es kommt also regelmäßig allein auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt an und nicht darauf, ob, wann und in welcher Höhe der Arbeitgeber die Vergütung tatsächlich leistet.

### Beispiel:

Die Arbeitnehmerin A ist seit Jahren in der Anwaltskanzlei des B als Sekretärin angestellt. Sie arbeitet 60 Stunden pro Monat und erhält hierfür nach ihrem Arbeitsvertrag eine Brutto-Vergütung von 16 Euro pro Stunde. Da sich B mit einem Mandanten aus einem großen Fall noch um sein Honorar streitet, zahlt er A für Juli nur 600 Euro, statt der vereinbarten Vergütung von 960 Euro.

Auch wenn B aus Liquiditätsgründen das Gehalt von A nicht zahlen konnte, steht der A ihr vertraglicher Vergütungsanspruch in Höhe von 960 Euro brutto zu. Erfüllt der Arbeitgeber diesen Vergütungsanspruch nicht, schuldet er die Beiträge zur Sozialversicherung trotzdem aus der Brutto-Vergütung von 960 Euro, unabhängig davon, dass B nur 600 Euro brutto an A abrechnet. Es kommt allein auf den Anspruch der A an.

Anders als im Sozialversicherungsrecht gilt im **Steuerrecht das Zuflussprinzip**. Danach sind Einnahmen innerhalb des Kalenderjahres bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind. Einnahmen sind zugeflossen, wenn der Steuerpflichtige wirtschaftlich über sie verfügen kann, also wenn die Einnahme in das Vermögen des Steuerpflichtigen übergegangen ist. Für welchen Zeitraum (gegebenenfalls rückwirkend) Einnahmen geleistet werden, ist für die Bestimmung des Zuflusses belanglos.

Deshalb entsteht die Lohnsteuerschuld in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitslohn dem Arbeitnehmer zufließt, d. h. grundsätzlich in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Vergütung an den Arbeitnehmer auszahlt.

**Beispiel:** Würde B im vorigen Beispiel der A die fehlende Vergütung für Juli in Höhe von 360 Euro im Februar des Folgejahres nachzahlen, weil sein Mandant nun endlich das Honorar beglichen hat, müsste er sozialversicherungsrechtlich nach dem Entstehungsprinzip die Lohnabrechnung für Juli des Vorjahres korrigieren. Die Lohnsteuer für den Nachzahlungsbetrag in Höhe von 360 Euro fällt nach dem Zuflussprinzip erst im Zeitpunkt der Zahlung, also im Februar des Folgejahres, an.

### 2.3 Ausnahme: Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt

Das Entstehungsprinzip gilt seit 2003 nicht mehr für einmalig gezahltes Arbeitsentgelt. Die Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt entstehen erst, wenn dieses ausgezahlt wird. Beiträge können also nicht erhoben werden, wenn einmalig gezahltes Arbeitsentgelt dem Arbeitnehmer tatsächlich nicht geleistet worden ist. Dabei spielt keine Rolle, ob z. B. eine Sonderzahlung arbeitsrechtlich geschuldet war, gleichwohl rechtswidrig nicht bezahlt wurde. Die Ursache für die Nichtzahlung einer geschuldeten Sonderzahlung ist unerheblich.

Unter den **Begriff des einmalig gezahlten Arbeitsentgelts** fallen grundsätzlich alle Bezüge, die in größeren Zeitabständen als monatlich gewährt werden und kein laufend gezahltes Arbeitsentgelt darstellen. Hierzu können u. a. gehören: Urlaubsgeld (Erholungsbeihilfe, Urlaubsbeihilfe), Urlaubsabgeltung, Weihnachtsgeld, Jubiläumsgeld, Abfindungen, Prämie für Verbesserungsvorschlag, Tantieme oder Belegschaftsrabatte.

**Beispiel:** Dem Arbeitnehmer A steht nach dem zwingend auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifvertrag ein Weihnachtsgeld in Höhe von 3.000 Euro brutto zu. Im Jahr 2019 zahlt der Arbeitgeber dieses zwingende Weihnachtsgeld nicht aus. Bei einer späteren Betriebsprüfung stellt der Betriebsprüfer fest, dass das nach dem Tarifvertrag zwingende Weihnachtsgeld durch den Arbeitgeber nicht bezahlt wurde.

Da es sich bei dem tariflichen Weihnachtsgeld um „einmalig gezahltes Arbeitsentgelt“ handelt, gilt nicht das Entstehungsprinzip, sondern das Zuflussprinzip und der Sozialversicherungsbeitrag entsteht nur und erst dann, wenn das Weihnachtsgeld tatsächlich ausbezahlt wird.

### 2.4 Zivilrechtliche Verjährung und Ausschlussfristen

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis unterliegen grundsätzlich der **regelmäßigen Verjährungsfrist** von 3 Jahren. Sog. **Ausschlussfristen**, also Regelungen, wonach eine Partei ihre Ansprüche z. B. innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Partei geltend machen muss, können die Frist zur Durchsetzung von Ansprüchen stark verkürzen.

Die zivilrechtliche Verjährung oder der zivilrechtliche Verfall von Ansprüchen aufgrund einer Ausschlussklausel lassen allerdings den Sozialversicherungsbeitrag unberührt. Auch wenn die zivilrechtliche Verjährung eintritt oder die Ausschlussklausel greift, wird der Sozialversicherungsbeitrag auf das unter die Verjährung oder die Ausschlussklausel fallende Entgelt zunächst fällig. Der spätere Wegfall der Durchsetzbarkeit kann die Beitragsforderung nicht im Nachhinein beseitigen.

## 3. Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen

### 3.1 Prüfung und Nachforderung durch die Rentenversicherungsträger

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den auf das Arbeitsentgelt entfallenden Gesamt-Sozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle abzuführen. Er hat eigenständig die Versicherungspflicht festzustellen und die fälligen Beiträge zu berechnen.

Die **Träger der Rentenversicherung** prüfen turnusmäßig, mindestens alle vier Jahre bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und sonstigen Pflichten im Zusammenhang mit dem



Gesamt-Sozialversicherungsbeitrag ordnungsgemäß erfüllen, insbesondere Beiträge korrekt abführen. Den Rentenversicherungsträgern steht im Rahmen der Betriebsprüfung ein Prüfungsrecht dahingehend zu, ob ein vom Arbeitgeber geschuldetes **tarifliches Arbeitsentgelt** auch tatsächlich bezahlt wurde.

Im Rahmen ihrer Prüfung können die Rentenversicherungsträger

- die Versicherungspflicht für Beschäftigungsverhältnisse feststellen (z. B. durch Umqualifizierung eines vom Arbeitgeber als geringfügige Beschäftigung bewerteten Arbeitsverhältnisses in eine versicherungspflichtige Beschäftigung) oder
- Beiträge auf vom Arbeitgeber nicht bezahltes, dem Arbeitnehmer aber zustehendes Entgelt (Phantomlohn) nacherheben.

Die nachgeforderten Beiträge sind vom Arbeitgeber dann an die Einzugsstellen zu entrichten. Die Rentenversicherungsträger stellen den zuständigen Krankenkassen Durchschriften der Prüfungsmitteilungen oder der Beitragsbescheide zur Verfügung.

Im Außenverhältnis zu den Sozialversicherungsträgern ist der Arbeitgeber **alleiniger Schuldner des Gesamt-Sozialversicherungsbeitrages**. Wirtschaftlich werden die Beiträge zwar etwa jeweils zur Hälfte vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer erbracht. Für die Abführung an die Einzugsstelle ist aber der Arbeitgeber verantwortlich. Da der Arbeitgeber den Gesamt-Sozialversicherungsbeitrag schuldet, kann er für die Vergangenheit sowohl hinsichtlich der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmeranteile in Anspruch genommen werden, soweit die Ansprüche nicht verjährt sind.

### Hinweis

Da ein Einbehalten des Arbeitnehmeranteils nur für die letzten drei Lohnabrechnungen möglich ist, haftet der Arbeitgeber im Ergebnis damit nahezu vollumfänglich für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge, und zwar einschließlich der Arbeitnehmerbeiträge.

Das Argument, der Arbeitgeber hätte z. B. von einem zwingend anwendbaren Tarifvertrag und damit dem höheren Entgeltanspruch des Arbeitnehmers keine Kenntnis gehabt, schützt ihn nicht.

Für Beiträge, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, ist für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein **Säumniszuschlag** von 1 % des rückständigen, auf 50 Euro nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte (§ 24 Abs. 2 SGB IV).

### 3.2 Verjährung von Sozialversicherungsbeiträgen

Beitragsansprüche in der Sozialversicherung verjähren in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Danach verjähren beispielsweise mit Ablauf des 31.12.2021 alle Beitragsansprüche, die im Kalenderjahr 2017 fällig waren. Die vierjährige Verjährungsfrist gilt auch für grob fahrlässig nicht abgeführte Beiträge. Nur auf **vorsätzlich vorenthaltene Beiträge** ist eine Verjährungsfrist von dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind, anzuwenden.

## 4. Phantomlohn

Die Versicherungspflicht und Höhe des Sozialversicherungsbeitrags richten sich in der Sozialversicherung nicht allein nach dem vom Arbeitgeber tatsächlich gezahlten Entgelt. Vielmehr ist nach dem Entstehungsprinzip der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt entscheidend.

Bleibt das vom Arbeitgeber gezahlte Entgelt hinter dem eigentlichen Anspruch des Arbeitnehmers zurück, spricht man deshalb vom sog. „**Phantomlohn**“ oder auch „**Fiktivlohn**“. Obwohl hier keine Auszahlung an den Arbeitnehmer erfolgt, schuldet der Ar-

beitgeber die Sozialversicherungsbeiträge aus dem Phantomlohn. Stellt die Sozialversicherung bei ihrer Prüfung Phantomlohn fest, steht den Sozialversicherungsträgern ein Nachzahlungsanspruch bis zur jeweiligen Verjährungsgrenze zu.

Für die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Phantomlohn vorliegt und damit Nachzahlungsansprüche der Sozialversicherungsträger bestehen, ist demnach entscheidend, welche Ansprüche auf Arbeitsentgelt dem Arbeitnehmer (zwingend) zustehen.

### 4.1 Gesetzliche Mindestlöhne

Seit 01.01.2015 haben nahezu alle Arbeitnehmer bei einer Beschäftigung in Deutschland nach dem **Mindestlohngesetz (MiLoG)** einen Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns durch den Arbeitgeber, wobei die Höhe des Mindestlohns ursprünglich 8,50 Euro brutto betrug und sukzessive auf aktuell (Stand seit 01.07.2021) 9,60 Euro brutto je Zeitstunde erhöht wurde.

#### **Hinweis**

Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, sind insoweit unwirksam. Der Arbeitsvertrag bleibt im Übrigen wirksam.

Ein Arbeitnehmer kann auf den entstandenen Anspruch auf Mindestlohn nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten. Daher ist der Verzicht auf zukünftige Lohnansprüche in Höhe des Mindestlohns ausgeschlossen.

### Hinweis

Da jede Vereinbarung, die den gesetzlichen Mindestlohn unterschreitet oder seine Geltendmachung verhindert, insoweit unwirksam und auch ein Verzicht für die Zukunft unzulässig ist, liegt beitragsrechtlich Phantomlohn vor, wenn der zwingende Mindestlohn durch den Arbeitgeber nicht erfüllt wird. Auf den Unterschied zwischen dem gesetzlichen Mindestlohn und dem tatsächlich gezahlten, niedrigeren Entgelt können Sozialversicherungsbeiträge nacherhoben werden.

### Beispiel:

Zwischen dem Arbeitgeber B und der Aushilfe A wurde im schriftlichen Arbeitsvertrag aus 2013 eine wöchentliche Arbeitszeit von 17 Stunden und eine Vergütung in Höhe von 7,50 Euro brutto vereinbart.

Auch ab dem Kalenderjahr 2015 rechnet der Arbeitgeber lediglich 7,50 Euro brutto je Stunde ab. Als in einer Prüfung durch den Rentenversicherungsträger Ende 2021 der Sachverhalt festgestellt und zudem bekannt wird, dass der A monatlich jeweils zehn unbezahlte Überstunden geleistet hat, fordert die Rentenversicherung rückwirkend seit 01.01.2017 Beiträge in Höhe von etwa 3.100 Euro sowie Säumniszuschläge nach.

Die Vereinbarung zwischen den Parteien über einen Stundenlohn von 7,50 Euro brutto war seit 01.01.2015 unwirksam. Dem Arbeitnehmer stand auf Grundlage des MiLoG ein Vergütungsanspruch in Höhe von mindestens 8,50 bzw. 8,84/9,19/9,35/9,50/9,60 Euro brutto (Steigerungen seit 01.01.2017) je geleisteter Arbeitsstunde zu. Der Unterschiedsbetrag zwischen 1,00 Euro bis 2,10 Euro (seit 01.07.2021) sowie die Vergütung für die geleisteten Überstunden in Höhe von jeweils 8,50 Euro bis 2,10 Euro stellen Phantomlohn dar, auf den im Rahmen der Rentenversicherungsprüfung Beiträge bis zur Verjährungsgrenze von vier Jahren nachgefordert werden dürfen. Falls dem Arbeitgeber Vorsatz nachgewiesen werden könnte (durchaus wahrscheinlich), könnten Beiträge seit Gültigkeit des MiLoG (seit 01.01.2015) nachgefordert werden.

Für die Mindestlöhne **nach dem AEntG und AÜG** in den „alten Mindestlohnbranchen“ (z. B. Pflegebranche oder Gebäudereinigung) gelten die Ausführungen zum gesetzlichen Mindestlohn. Da auch von diesen Mindestlöhnen nicht wirksam abgewichen werden kann, stellen Zahlungen des Arbeitgebers unterhalb der Branchenmindestlöhne Phantomlohn dar.

### 4.2 Tarifliche Ansprüche

Arbeitsbedingungen, insbesondere das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt, können sich auch aus Tarifverträgen ergeben. Ist ein Tarifvertrag zwingend auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, hat der Arbeitgeber die tariflichen Leistungen zu erfüllen. Erfolgt dies nicht, kann unter den allgemeinen Voraussetzungen Phantomlohn vorliegen.

Die unmittelbare und zwingende Wirkung eines Tarifvertrages ergibt sich aus einer beidseitigen kongruenten Tarifbindung oder aus der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages:

- Die Rechtsnormen eines Tarifvertrages gelten unmittelbar und zwingend zwischen allen **beiderseits Tarifgebundenen**, wenn das Arbeitsverhältnis in den räumlichen, betrieblichen, persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des Tarifvertrages fällt. Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, also der Arbeitgeber, der Mitglied im Arbeitgeberverband ist und auf Arbeitnehmerseite das Gewerkschaftsmitglied.
- Unabhängig von einer Tarifbindung erfassen die Rechtsnormen eines Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die nichttarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wenn der **Tarifvertrag für allgemeinverbindlich** erklärt wurde.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber, das private Omnibusunternehmen B aus Bayern, beschäftigt den Arbeitnehmer A seit fünf Jahren. Im schriftlichen Arbeitsvertrag wurde eine Vergütung in Höhe von 11,32 Euro brutto vereinbart. In der Prüfung durch den Rentenversicherungsträger Ende 2021 stellt der Prüfer fest, dass der Arbeitgeber den allge-

meinverbindlichen Lohntarifvertrag nicht auf das Arbeitsverhältnis angewendet hat. Nach dem Tarifvertrag steht einem Omnibusfahrer ein Stundenlohn in Höhe von 13,92 Euro brutto zu. Da der Lohntarifvertrag allgemeinverbindlich ist, gilt der dort enthaltene Stundenlohn unmittelbar und zwingend für alle Arbeitsverhältnisse, die in den Anwendungsbereich fallen, also auch für das Arbeitsverhältnis zwischen A und B.

Der Unterschiedsbetrag zwischen dem Stundenlohn nach dem Tarifvertrag und dem dem Arbeitnehmer tatsächlich gezahlten Entgelt in Höhe von 2,60 Euro stellt Phantomlohn dar, auf den im Rahmen der Rentenversicherungsprüfung Beiträge nachgefordert werden können.

Das dem Arbeitnehmer aus einem zwingend anwendbaren Tarifvertrag konkret zustehende Entgelt, folgt in aller Regel aus der **Eingruppierung des Arbeitnehmers** in die für ihn gültige Entgeltgruppe und ggf. -stufe. Die Eingruppierung ist stets nach objektiven Kriterien vorzunehmen. Ein Wahlrecht bzw. ein Ermessensspielraum stehen dem Arbeitgeber meist nicht zu. Das BSG hat bestätigt, dass auch aus der zu niedrigen Eingruppierung eine Beitragsnachforderung aufgrund Phantomlohns folgen kann.

Besteht für den Arbeitgeber ein zwingend anwendbarer Tarifvertrag, können sich Nachforderungen der Sozialversicherungsträger aus Phantomlohn nicht nur bei Unterschreiten des Tariflohns ergeben. In der Regel sehen Tarifverträge auch **gesonderte Vergütungsbestandteile für bestimmte Arten der Arbeit**, z. B. Überstundenzuschläge vor. Erfüllt der Arbeitgeber diese nicht, kann Phantomlohn vorliegen.

**Beispiel:** Im Beispiel zuvor sieht der allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag für das private Omnibusgewerbe in Bayern vor, dass Busfahrern ein zwingender Schichtzuschlag von 1,50 Euro je Einsatzstunde und ein Überstundenzuschlag von 20 % auf den Stundenlohn zustehen.

Bezahlt der Arbeitgeber diese zwingenden Vergütungsbestandteile aus dem Tarifvertrag nicht, stellen diese Phantomlohn dar, auf den die Sozialversicherungsträger Beiträge nacherheben können.

### Hinweis

Im Arbeitsvertrag kann nicht wirksam zu Ungunsten von zwingenden tariflichen Regelungen abgewichen werden. Entsprechende Klauseln im Arbeitsvertrag wären gegenüber dem Arbeitnehmer unwirksam und für die Bestimmung des Sozialversicherungsbeitrags unbeachtlich.

Den Arbeitsvertragsparteien steht es aufgrund der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit frei, auch ohne unmittelbare und zwingende Wirkung, einen Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden. Hierzu kann der **Tarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug genommen** werden.

Werden die Bedingungen des Tarifvertrages vom Arbeitgeber (trotz der getroffenen Vereinbarung) nicht erfüllt, führt ein hinter der Vergütungsvereinbarung zurückbleibendes Arbeitsentgelt ebenfalls zu Phantomlohn.

## 4.3 Gesetzliche Vergütungsansprüche

Ansprüche des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt oder Entgelterersatzleistungen können sich auch unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.

So hat der Arbeitnehmer, der sich im Erholungsurlaub befindet, Anspruch auf Bezahlung des Urlaubsentgelts, obwohl er während des Urlaubs keine Arbeitsleistung erbringt. Gleiches gilt für die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit oder Ausfall der Arbeit infolge eines Feiertages.

### Hinweis

Diese Entgeltfortzahlungsansprüche bilden in den letzten Jahren einen Schwerpunkt in der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung. Problematisch ist, dass seit Inkrafttreten des BUrlG und des EFZG, die Berechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung in der Praxis (teilweise deutlich) hinter den Ansprüchen zurückbleiben. Da (diese oft unbewussten) Abweichungen im Entgelt regelmäßig sämtliche Arbeitnehmer des Arbeitgebers betreffen, sind Beitragsnachforderungen teilweise sehr hoch.

#### 4.3.1 Urlaubsentgelt

Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, wobei der gesetzliche Mindesturlaub kalenderjährlich mind. 24 Werktagen beträgt. Der Urlaubsanspruch steht auch geringfügig Beschäftigten als Teilzeitbeschäftigte zu. Erfolgt die Beschäftigung nicht an sechs Werktagen der Woche, muss der Anspruch anteilig umgerechnet werden. Während des Erholungsurlaubs ist dem Arbeitnehmer seine Vergütung fortzuzahlen.

### Hinweis

Die Höhe des Urlaubsentgelts hängt von dem Zeit- und Geldfaktor ab. Für jeden Urlaubstag erhält der Arbeitnehmer den **durchschnittlichen Arbeitsverdienst der letzten 13 Wochen** (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG) vor Beginn des Urlaubs.

Arbeitsverdienst ist die vom Arbeitgeber erbrachte Gegenleistung für das Tätigwerden des Arbeitnehmers im 13-Wochen-Zeitraum. Dazu gehören nicht nur das Gehalt bzw. der Lohn, sondern weitere Bestandteile, wie:



- Prämienlohn als besondere Form des Leistungslohns,
- Vergütung für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft,
- Nachtzuschläge und Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit,
- Erschwernis- und Gefahrenzulagen, sofern sie nicht Aufwendungsersatz sind,
- Provisionen, die als einzige Gegenleistung des Arbeitgebers oder neben einem Fixum bezahlt werden,
- Sachbezüge, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden.

**Nicht** zum Arbeitsverdienst zählen:

- Überstundenvergütung, sowohl der Grundbetrag als auch der Überstundenzuschlag (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG),
- Aufwendungsersatz,
- Weihnachtsgelder, Gratifikationen und andere Zuwendungen, die ein- oder zweimal im Jahr gezahlt werden.

**Beispiel:** Die Arbeitnehmerin A ist in der Konditorei B seit einigen Jahren als Produktionsleiterin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden keine Tarifverträge Anwendung. A möchte ab 01.08. für drei Wochen in Urlaub gehen. In den 13 Wochen (3 Monate) vor Urlaubsantritt rechnete der Arbeitgeber folgende Vergütungsbestandteile ab:

(jeweils in Euro)	<b>Mai</b>	<b>Juni</b>	<b>Juli</b>
<b>Grundgehalt</b>	3.500	3.500	3.500
<b>Überstunden</b>	200		40
<b>Überstundenzuschlag</b>	50		10
<b>Feiertagszuschlag</b>	250		
<b>Sonntagszuschlag</b>		150	100
<b>Nachtzuschlag</b>	100	100	120
<b>Bereitschaftspauschale</b>	50		50
<b>Tantieme</b>	1.500		

Der Arbeitgeber hat zwingend das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten 13 Wochen während des Erholungsurlaubs fortzuzahlen. Unberücksichtigt bleiben nur der zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsverdienst sowie einmalige Zahlungen. Für die Berechnung des Urlaubsentgelts ist daher jeweils das Grundgehalt, die SFN-Zuschläge sowie die Bereitschaftspauschale zu berücksichtigen, sodass sich eine Gesamtvergütung im Referenzzeitraum von 11.420 Euro errechnet. Da A auf Grundlage einer 5-Tage-Weeke arbeitet, ergibt sich ein Anspruch auf Urlaubsentgelt in Höhe von 175,69 Euro je Urlaubstag. A steht für ihre 15 Tage Erholungsurlaub ein Urlaubsentgelt in Höhe von **insgesamt 2.635,35 Euro** zu.

### Hinweis

Nach dem Entstehungsprinzip kommt es für die Berechnung des Sozialversicherungsbeitrags nicht auf das tatsächlich geleistete Arbeitsentgelt, sondern vielmehr auf den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers an. Dies gilt auch für den Anspruch auf Urlaubsentgelt.

Bleibt das tatsächlich bezahlte Entgelt während des Erholungsurlaubs hinter dem zwingenden Urlaubsentgelt zurück, liegt Phantomlohn vor, für den Sozialversicherungsbeiträge nachberechnet werden können.

### Beispiel:

Hätte der Arbeitgeber im vorstehenden Beispiel der A während des Erholungsurlaubs (wie in der Praxis durchaus üblich) statt des berechneten Urlaubsentgelts, lediglich das Grundgehalt fortbezahlt, hätte A für drei Wochen lediglich eine Vergütung in Höhe von **2.423,07 Euro** erhalten ( $3.500 \text{ Euro} \times 3 \text{ Monate} / 65 \text{ Arbeitstage} \times 15 \text{ Tage Urlaub} = 2.423,07 \text{ Euro}$ ).

Der Unterschiedsbetrag zum tatsächlich geschuldeten Urlaubsentgelt (2.635,35 Euro) in Höhe von 212,28 Euro stellt Phantomlohn dar, auf den – z. B. im Rahmen einer Sozialversicherungsprüfung – Sozialversicherungsbeiträge nachberechnet werden können.

### Hinweis

Von den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes kann im Arbeitsvertrag nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Auch in Tarifverträgen ist eine Abweichung von den Grundsatzregelungen nicht zulässig. Von der zwingenden Berechnung des Urlaubsentgelts kann daher nicht wirksam abgewichen werden.

#### 4.3.2 Entgeltfortzahlung während der Arbeitsunfähigkeit und am Feiertag

Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit an seiner Arbeitsleistung gehindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG). Gleiches gilt, wenn die Arbeit infolge eines Feiertages ausfällt. Nach § 2 Abs. 1 EFZG hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertages ausfällt, das Arbeitsentgelt fortzuzahlen.

Die Entgeltfortzahlung folgt bei Arbeitsunfähigkeit und beim Arbeitsausfall infolge eines Feiertages grundsätzlich den gleichen Regelungen und richtet sich nach dem sog. **strengen Lohnausfallprinzip**.

Haben die Arbeitsvertragsparteien eine **feste Monatsvergütung** vereinbart, ist diese auch im Krankheitsfall und für den Feiertag zu bezahlen. **Stundenvergütungen** sind auf die **regelmäßige Arbeitszeit** zu vergüten. Diese ergibt sich in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Dabei ist auf das gelebte Arbeitsverhältnis und nicht auf den Text des Arbeitsvertrags abzustellen. Wird regelmäßig eine bestimmte, erhöhte Arbeitszeit abgerufen und geleistet, ist dies Ausdruck der vertraglich geschuldeten Leistung. Schwankt die Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer stets seine Arbeitsaufgaben ver-

einbarungsgemäß zu erledigen hat, ist die regelmäßige Arbeitszeit nach dem Durchschnitt der vergangenen 12 Monate zu berechnen.

Wie beim Urlaubsentgelt sind auch von der Entgeltfortzahlung **sämtliche Vergütungsbestandteile** umfasst, die als Gegenleistung für die geleistete Arbeit erbracht werden, unabhängig davon, ob sie täglich, wöchentlich oder monatlich bezahlt werden. Es gehören also auch z. B. Nacht- und Feiertagszuschläge, Prämien und Provisionen sowie Sachbezüge dazu. Werden Vergütungsbestandteile schwankend in Abhängigkeit der Arbeitsleistung bezahlt, sind sie dem Arbeitnehmer in der Höhe fortzuzahlen, die er wahrscheinlich während der Krankheit oder am Feiertag erreicht hätte. Hierzu bedarf es evtl. einer Schätzung auf der Grundlage der in der Vergangenheit erzielten Vergütungen. Bei starken Schwankungen kann der Zeitraum für die Schätzung bis zu zwölf Monate betragen.

Jährliche Einmalzahlungen, wie etwa Urlaubs- oder Weihnachtsgeld sind für die Berechnung der Entgeltfortzahlung unbeachtlich.

**Beispiel:**

Der Arbeitnehmer A ist beim Arbeitgeber B in Schichtarbeit beschäftigt. Die tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt 37,5 Stunden, sein Stundenlohn 14,00 Euro. Aufgrund des Schichtplans beim Arbeitgeber arbeitet A jeweils 8 Stunden an fünf Tagen pro Woche. Zum Ausgleich der sich aus der Abweichung zur tariflichen Arbeitszeit ergebenden Mehrarbeit, wird A alle drei Wochen ein freier Tag gewährt. A erhält in jeder zweiten Woche einen Nachtzuschlag für 3 Stunden in Höhe von 25 % seiner Stundenvergütung. An Feiertagen erhält A einen Zuschlag von 100 %. Am Osterwochenende wäre A zu Rufbereitschaft eingeteilt gewesen, für die der Arbeitgeber eine Pauschale in Höhe von 100 Euro bezahlt. A ist in der Woche vor und in der Woche nach Ostern arbeitsunfähig erkrankt.

A hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, da er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Die Höhe der Entgeltfortzahlung richtet sich nach dem **strengen Lohnausfallprinzip**, d. h. A erhält während seiner Arbeitsunfähigkeit diejenige Vergütung fortbezahlt, die er verdient hätte, wenn die Arbeit nicht infolge der Arbeitsunfähigkeit ausgefallen wäre.

Der Arbeitgeber hat A danach seinen Stundenlohn in Höhe von 14,00 Euro für seine **regelmäßige Arbeitszeit**, also für jeweils 8 Stunden pro Tag zu bezahlen. In der Woche, in der A ohne die Erkrankung Spätschicht geleistet hätte, erhält er zusätzlich den Nachtzuschlag für jeweils 3 Stunden pro Tag in Höhe von 3,50 Euro/Stunde. Mangels tatsächlicher Arbeitsleistung zur Nachtzeit ist der Nachtzuschlag allerdings nicht steuerbefreit und damit auch beitragspflichtig in der Sozialversicherung. Da A am Osterwochenende zur Rufbereitschaft eingeteilt gewesen wäre, hat er zusätzlich Anspruch auf die Pauschale in Höhe von 100 Euro. Hätte A an den beiden Osterfeiertagen (Karfreitag und Ostermontag) ohne die Erkrankung arbeiten müssen, würde er letztlich auch den Feiertagszuschlag (steuer- und beitragspflichtig) in Höhe von 14 Euro pro Stunde erhalten.

Berechnet der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung nicht nach dem strengen Lohnausfallprinzip, sondern gewährt während der Arbeitsunfähigkeit z. B. nur den vereinbarten Stundenlohn auf Basis der tariflichen Arbeitszeit, würde der Unterschied zwischen dem tatsächlich bezahlten Entgelt und dem Entgeltfortzahlungsanspruch **Phantomlohn** darstellen. Da auch an sich steuerfreie Vergütungsbestandteile, wie etwa SFN-Zuschläge mangels Arbeitsleistung im Rahmen der Entgeltfortzahlung steuerpflichtiges Arbeitsentgelt darstellen, können Sozialversicherungsbeiträge bis zur Grenze der Verjährung nacherhoben werden.

## 4.4 Weitere phantomlohnrelevante Fallgruppen

### 4.4.1 Ansprüche aus Betriebsvereinbarungen

**Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend** für sämtliche Arbeitnehmer des Betriebes, soweit im Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung keine Ausnahmen geregelt sind. Werden den Arbeitnehmern durch eine Betriebsvereinbarung Rechte eingeräumt, so ist ein Verzicht auf diese nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig.

### Hinweis

Im Regelfall kann die Höhe der Vergütung eines Arbeitnehmers selbst (als sog. Geldfaktor), nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dennoch können sich im Einzelfall Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers unmittelbar aus einer Betriebsvereinbarung ableiten, etwa wenn der Arbeitgeber z. B. ein Budget für einen Leistungsbonus zur Verfügung stellt und der Betriebsrat über dessen Verteilung mitbestimmt.

Leiten sich Vergütungsansprüche aus einer Betriebsvereinbarung ab, gelten diese unmittelbar und zwingend für die erfassten Arbeitsverhältnisse und können weder durch eine abweichende einzelvertragliche Vereinbarung noch durch Verzicht des Arbeitnehmers beseitigt werden.

Erfüllt der Arbeitgeber solche Ansprüche nicht, kann Phantomlohn vorliegen, der zur Beitragsnachforderung in der Sozialversicherung führt.

### 4.4.2 Ansprüche aus betrieblicher Übung

Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein Anspruch des Arbeitnehmers für die Zukunft aus einer **sog. betrieblichen Übung** entstehen, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine freiwillige Leistung oder sonstige Vergünstigung mehrfach hintereinander vorbehaltlos gewährt.

Ansprüche aus betrieblicher Übung kommen in der Regel auch neu eingestellten Mitarbeitern ab dem ersten Jahr ihrer Beschäftigung zugute.

#### Beispiel:

Der Arbeitgeber zahlt seinen 15 Lackierern über einige Jahre hinweg eine Schmutzzulage von 10 Euro pro Arbeitstag, ohne darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um eine freiwillige Leistung handelt. Ab dem Kalenderjahr 2019 stellt der Arbeitgeber die Zahlung

der Schmutzzulage gegenüber seinen Lackierern ein, da er zu der Leistung weder gesetzlich noch tarifvertraglich verpflichtet sei und er sich die Schmutzzulage nicht mehr leisten könne.

In der Betriebsprüfung stellt der Prüfer fest, dass aus der Bezahlung der Schmutzzulage eine betriebliche Übung entstanden war und die Mitarbeiter der Lackiererei damit einen Anspruch auf zusätzliches Arbeitsentgelt in Höhe von 10 Euro pro Arbeitstag hatten. Der Betriebsprüfer erhebt Beiträge in Höhe von ca. 55.000 Euro zuzüglich Säumniszuschläge und Zinsen nach  $(10 \text{ Euro/Tag} \times 15 \text{ AN} \times 5 \text{ Arbeitstage/Woche} \times 46 \text{ Wochen} (6 \text{ Wochen Urlaub}) \times 4 \text{ Jahre} = 138.000 \text{ Euro. davon ca. 40 \% Gesamt-SV-Beitrag} = 55.000 \text{ Euro})$ .

### Hinweis

Da seit 2003 für einmalig gezahltes Arbeitsentgelt das Zuflussprinzip gilt, spielen Phantomlohngesichtspunkte bei den „Klassikern“ der betrieblichen Übung, wie etwa der Gewährung von Weihnachts- oder Urlaubsgeld, keine Rolle mehr. Werden diese auch nach Entstehen einer betrieblichen Übung vom Arbeitgeber nicht mehr bezahlt, könnten die Arbeitnehmer diese zwar einfordern, aber es entsteht kein Phantomlohn.

## 4.4.3 Sonstige

### Lohnwucher

Die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarte Vergütung kann unwirksam sein, wenn die vereinbarte Vergütung ein **auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung** bewirken würde und damit der Tatbestand des Lohnwuchers bzw. des wucherähnlichen Geschäfts erfüllt wäre.

## **Verbot der Ungleichbehandlung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**

Nach dem AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG geschützten Grundes (d. h. wegen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität) benachteiligt werden.

Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot führen dazu, dass entsprechende Vereinbarungen im Arbeitsvertrag unwirksam sind (§ 7 Abs. 2 AGG). Enthält ein Arbeitsvertrag Bestimmungen, die gegen das AGG verstoßen, kann der Arbeitnehmer deshalb die für ihn günstigste Leistung beanspruchen. Differenziert der Arbeitsvertrag etwa bei der Vergütung nach dem Lebensalter oder nach dem Geschlecht, wird hierin regelmäßig eine verbotene Diskriminierung liegen.

## **Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter**

Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem Teilzeitbeschäftigten ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Das Diskriminierungsverbot gilt auch für geringfügig Beschäftigte.

Eine Ungleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter gegenüber vollzeitbeschäftigten Kollegen ist dagegen zulässig, wenn **sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung** rechtfertigen. Dazu müssen für den Arbeitgeber objektive Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen



können. Dagegen rechtfertigt ein angeblich höherer Verwaltungsaufwand des Arbeitgebers bei Teilzeitbeschäftigung nicht die Ungleichbehandlung mit Vollzeitbeschäftigten.

### Hinweis

Hinter der seit 1985 geltenden, aber in der Betriebspraxis oft noch wenig bekannten Vorschrift zur Gleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter, steckt **hohes Risikopotenzial**, da Aus-  
hilfskräften, die üblicherweise in Teilzeit beschäftigt werden, häufig trotz gleicher Qualifikation und Tätigkeit eine geringere Vergütung bezahlt wird, wie den Vollzeitbeschäftigten der Stammbeschaft. Wird dem Teilzeitbeschäftigten unzulässigerweise eine zu niedrige Vergütung bezahlt, stellt der Unterschiedsbetrag zur Vergütung des Vollzeitbeschäftigten Phantomlohn dar, der zur Nachberechnung von Beiträgen führen kann.

## 5. Phantomlohn und Minijob

Eine wichtige Rolle spielt das Thema Phantomlohn auch bei der Feststellung der Voraussetzungen für das Vorliegen einer geringfügig entlohnten Beschäftigung („Minijob“).

Eine geringfügige Beschäftigung liegt vor, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat 450,00 Euro nicht übersteigt. Das regelmäßige Arbeitsentgelt ist durch eine vorausschauende Bewertung zu Beginn des Arbeitsverhältnisses bzw. bei jeder relevanten Veränderung (neu) zu ermitteln (**Prognose**).

### Hinweis

Wie für das Entstehen des Beitrages ist auch für die Beurteilung, ob ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügige Beschäftigung zu qualifizieren ist, nicht das tatsächlich bezahlte Entgelt, sondern die Vergütung maßgeblich, auf die der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch hat.

Wird mit einem Arbeitnehmer einzelvertraglich ein Stundenentgelt vereinbart, das unter Berücksichtigung der wöchentlichen Arbeitszeit eine Monatsvergütung unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze ergibt, kann dennoch ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen, wenn der Arbeitnehmer aus anderen Rechtsgründen Anspruch auf ein höheres, als das im Arbeitsvertrag vereinbarte Entgelt hat.

### Beispiel:

Der Arbeitgeber, die Großbäckerei B, beschäftigt seit vielen Jahren 15 Rentner und andere Aushilfen als Hilfsarbeiter in der Produktion. Im schriftlichen Arbeitsvertrag der Aushilfen wurde eine Vergütung in Höhe von 10,00 Euro pro Stunde sowie eine monatliche Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart. Aufgrund der Vergütung von 400,00 Euro pro Monat wurden die Aushilfen als geringfügig Beschäftigte behandelt und die entsprechenden Pauschalen zur DRV Knappschaft-Bahn-See abgeführt.

In der Prüfung durch den Rentenversicherungsträger Anfang 2018 wird festgestellt, dass der Arbeitgeber auf die Aushilfen den allgemeinverbindlichen Lohntarifvertrag nicht angewendet hat. Nach diesem stand ungelernten Mitarbeitern in der Produktion ein Stundenlohn im relevanten Zeitraum zwischen 12,00 Euro und 13,00 Euro zu.

Da geringfügig Beschäftigte als Teilzeitbeschäftigte dem Gleichbehandlungsgebot unterliegen und damit Anspruch auf denselben Stundenlohn wie Vollzeitbeschäftigte haben, hätte die Bäckerei auch den Aushilfen die zwingenden Stundenlöhne aus den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen gewähren müssen.

Wie für die Berechnung des Sozialversicherungsbeitrags, ist auch für die Bestimmung der Geringfügigkeitsgrenze nicht das tatsächlich vom Arbeitgeber gezahlte Entgelt (hier 400,00 Euro monatlich), sondern **der Anspruch des Arbeitnehmers entscheidend**. Bei einer Arbeitszeit von 40 Stunden pro Monat hatten die Aushilfen einen Vergütungsanspruch zwischen 480,00 Euro und 520,00 Euro.

Da das regelmäßige Arbeitsentgelt der Aushilfen damit die Geringfügigkeitsgrenze von 450 Euro übersteigt, wird die Beschäftigung der Aushilfen im Rahmen der Betriebsprüfung in eine versicherungspflichtige Beschäftigung umqualifiziert. Bis zur Grenze der Verjährung (also 4 Jahre rückwirkend) hat der Arbeitgeber den Gesamt-Sozialversicherungsbeitrag für die 15 Aushilfen nachzuentrichten. Für jede Aushilfe ergibt sich (unter Anrechnung der Erstattung durch die Knappschaft) eine Nachzahlung von ca. 2.900 Euro, insgesamt also ca. 43.500 Euro (zuzüglich Säumniszuschläge).

Zum **regelmäßigen Arbeitsentgelt** beim Minijob sind neben laufendem Entgelt auch unregelmäßige Sonderzahlungen, wie z. B. Urlaubs- und Weihnachtsgeld, zu berücksichtigen, soweit sie nach vorausschauender Betrachtung mit hinreichender Sicherheit innerhalb eines Beschäftigungszeitraums von einem Jahr zu erwarten sind.

### Hinweis

Anders als bei laufenden Einnahmen kommt es sowohl für die Berechnung des Sozialversicherungsbeitrags als auch für die Prüfung der Geringfügigkeitsgrenze bei unregelmäßigen Sonderzahlungen nicht auf den Anspruch, sondern auf den Zufluss an. Hat der Minijobber auf die Zahlung einer einmaligen Einnahme im Voraus schriftlich verzichtet, dann muss die einmalige Einnahme – unabhängig davon, ob ein solcher Verzicht arbeitsrechtlich wirksam ist – vom Zeitpunkt des Verzichts an, bei der Ermittlung des regelmäßigen Arbeitsentgeltes nicht berücksichtigt werden.

Für die Bestimmung der 450-Euro-Grenze bleiben **steuerfreie und pauschalversteuerte Vergütungsbestandteile außer Betracht**, wenn die Steuerfreiheit bzw. die Pauschalierung auch Beitragsfreiheit in der Sozialversicherung auslösen.

### **Hinweis**

Bei Minijobbern ist hier höchste Vorsicht geboten!

## **6. Strafbarkeit und Haftung**

Wer als Arbeitgeber bzw. dessen gesetzlicher Vertreter, vorsätzlich der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, macht sich nach § 266a StGB strafbar und kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

Die Strafbarkeit wurde z. B. bejaht, als ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zu Unrecht als geringfügige Beschäftigung bei der Knappschaft angemeldet hatte, obwohl bei Erfüllung der Lohnansprüche aus dem allgemeinverbindlichen und damit zwingenden Tarifvertrag die Entgeltgrenze für eine geringfügige Beschäftigung deutlich überschritten war.

Zahlt der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig eine Vergütung, die hinter den zwingenden Mindestentgeltbedingungen aus einer Mindestlohnverordnung nach dem AEntG zurückbleibt, liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, die mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 Euro geahndet werden kann. Das gleiche Bußgeld droht dem Arbeitgeber, der den gesetzlichen Mindestlohn nicht (oder nicht rechtzeitig) bezahlt.

Die **Organvertreter** können gegenüber dem Arbeitnehmer wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung **persönlich, mit ihrem gesamten Privatvermögen** haften, wenn Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abgeführt worden sind. Dies gilt auch, wenn für den betreffenden Zeitraum keinerlei oder ein hinter dem Anspruch des Arbeitnehmers zurückbleibender Lohn bezahlt wird.

DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag)

© 2021 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber.

Die Inhalte wurden mit größter Sorgfalt erstellt, erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung und ersetzen nicht die Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Diese Broschüre und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.

Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt.

Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.

Angaben ohne Gewähr

Titelbild: © Finanzfoto/www.stock.adobe.com

Stand: Oktober 2021

DATEV-Artikelnnummer: 12329

E-Mail: [literatur@service.datev.de](mailto:literatur@service.datev.de)