

**Titel:**

**Beitragsrecht: Prüfungsumfang im einstweiligen Rechtsschutz**

**Normenkette:**

SGG § 86a Abs. 2 Nr. 1

MiLoG § 1

**Leitsätze:**

1. Sachbezüge sind bei der Berechnung des Mindestlohnes nicht zu berücksichtigen. (Rn. 22)
2. Offene Rechtsfragen begründen keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Beitragsbescheides, die eine Aussetzung der Vollstreckung des Bescheides rechtfertigen würden. (Rn. 22)

**Schlagworte:**

Beitragsbescheid, Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen, Säumniszuschläge, einstweiliger Rechtsschutz, aufschiebende Wirkung, Vollzugsrisiko, Mindestlohn, Sachbezüge, offene Rechtsfrage

**Vorinstanz:**

SG München vom 29.11.2021 – S 4 BA 250/21 ER

**Tenor**

- I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts München vom 29. November 2021 wird zurückgewiesen.
- II. Der Antragsteller und Beschwerdeführer trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf 3.666,27 Euro.

**Gründe**

**1**

Der Antragsteller und Beschwerdeführer (Bf) begehrt im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Beschwerdeverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der inzwischen erhobenen Klage nicht nur bzgl der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 10.633,59 Euro, sondern auch - so das ausdrückliche Begehren des Prozessbevollmächtigten des Bf - bezüglich Säumniszuschlägen iHv 4.031,50 Euro, obwohl das Sozialgericht bzgl der Säumniszuschläge die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin (Bg) vom 07.08.2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.07.2021 bereits angeordnet hat.

**2**

Nach Durchführung einer Betriebsprüfung vom 11.07.2019 bis 07.08.2020 im Restaurant des Bf forderte die Bg nach entsprechender Anhörung mit Bescheid vom 07.08.2020 für den Prüfzeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2018 Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 10.633,59 Euro und Säumniszuschläge in Höhe von 4.031,50 Euro. Für mehrere Arbeitnehmer sei ein geldwerter Vorteil (Sachbezug) für die freie Unterkunft und Verpflegung erst ab Oktober 2016 berücksichtigt worden, bei einem Beschäftigten, der in einer geringfügig entlohnten Beschäftigung gemeldet gewesen war, habe zudem wegen der insoweit notwendigen Berücksichtigung von Sachbezügen für die freie Unterkunft und Verpflegung bei der Berechnung des sozialversicherungspflichtigen Einkommens Versicherungspflicht bestanden und bei diversen Mitarbeitern sei der Mindestlohn in den Jahren 2017 und 2018 unterschritten worden, da Sachbezüge andererseits bei der Berechnung des Mindestlohnes außer Betracht bleiben müssten.

**3**

Gegen den Bescheid erhob der Bf Widerspruch lediglich bzgl der Nichtberücksichtigung der Sachbezüge bei der Berechnung des Mindestlohnanspruchs. Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 01.07.2021 als unbegründet zurückgewiesen. Ab Januar 2017 sei den Beschäftigten ein Bruttolohn von zumeist monatlich 750 € oder auch von 1.300 € und zusätzlich Sachbezüge für freie Unterkunft und Verpflegung (täglich eine Mahlzeit) gewährt worden. Nach den vom Bf erstellten Stundenaufzeichnungen

sei damit in den Jahren 2017 und 2018 der Mindestlohn von 8,84 € je geleistete Arbeitsstunde unterschritten worden. Ausgehend von dem in § 1 MiLoG verwendeten Begriff des Mindestlohns und der in § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG bestimmten Höhe in Form eines Bruttobetrag, handele es sich um eine Bruttoentgeltschuld des Arbeitgebers. Daher sei der an die Arbeitnehmer im Gehalt für die Jahre 2017 und 2018 enthaltene geldwerte Vorteil für Unterkunft und Verpflegung in die Berechnung des gesetzlichen Mindestlohns nicht miteinzubeziehen.

**4**

Dagegen hat der Bf am 27.07.2021 Klage zum Sozialgericht München (SG) erhoben, die dort unter dem Aktenzeichen S 4 BA 187/21 anhängig ist.

**5**

Am 07.10.2021 beantragte der Bf beim SG die Aussetzung der Vollziehung. Es wurde Sinn und Zweck des Mindestlohngesetzes, sowie die Verfassungsmäßigkeit in Frage gestellt und ausgeführt, dass die Strafgerichte, die gemäß § 266 a StGB über vorenthaltene Arbeitsentgelte zu entscheiden haben, seit 2021 von ihrer Rechtsansicht abweichen würden, dass Sachbezüge kein Mindestlohn seien. Die Antragsgegnerin sei in dem Verfahren 1117 OWi 298 Js 144705/19 aufgefordert worden, eine Berechnung vorzulegen, mit Anerkennung von Sachbezügen als Arbeitsentgelt im Sinne des § 1 MiLoG.

**6**

Mit Beschluss vom 29. November 2021 ordnete das SG die aufschiebende Wirkung der Klage in Bezug auf die verhängten Säumniszuschläge iHv 4.031,50 Euro an, wies aber den Antrag auf Eilrechtsschutz in Bezug auf die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen iHv 10.633,59 Euro ab.

**7**

Säumniszuschläge seien gemessen an den Maßstäben des Eilverfahrens nach Einschätzung des SG zu Unrecht auferlegt worden. Die Feststellungen der Bg zum zumindest bedingten Vorsatz seien unzureichend. Berücksichtigt werden müsse dabei auch, inwieweit der Bf in den Jahren 2017/2018 habe wissen müssen, dass Sachbezüge auf den Mindestlohn nicht angerechnet werden dürfen, zumal diese Frage bislang nicht höchstrichterlich durch das Bundessozialgericht geklärt sei.

**8**

Die Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge durch die Bf begegne jedoch keinen Bedenken, die nach den im Eilverfahren geltenden Maßstäben insoweit eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage notwendig machen würde; die Nichtanrechnung der Sachbezüge auf den Mindestlohn lasse nicht die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Beitragsbescheides überwiegend wahrscheinlich erscheinen.

**9**

§ 1 Abs. 1 MiLoG bestimme, dass jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns habe. Den Formulierungen dieser Vorschrift „gezahlt“ und „je Zeitstunde“ sei zu entnehmen, dass der Mindestlohnanspruch auf die Zahlung einer Geldleistung gerichtet sei. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Sachleistungen nicht anrechenbar seien, sei nur für Saisonarbeiter gesetzlich bestimmt, soweit es bei den Saisonarbeitern um die Anrechnung von Kost und Logis geht (§ 107 Abs. 2 GewO).

**10**

Dementsprechend habe das Bundesarbeitsgericht (BAG) bereits mit Urteil vom 25.05.2016, 5 AZR 136/16, entschieden, dass der gesetzliche Mindestlohn nach der Entgeltleistung in Form von Geld zu berechnen sei; ein Arbeitgeber erfülle den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn durch die im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen nur, soweit diese dem Arbeitnehmer endgültig verbleiben. Da der gesetzliche Mindestlohn eine Bruttoentgeltschuld sei, hätten Sachleistungen keine Erfüllungswirkung (SG Frankfurt, Urteil vom 03.12.2020, S 14 R 606/16).

**11**

Zu einem anderen Ergebnis gelange das Gericht auch nicht aufgrund des Vortrags des Prozessbevollmächtigten des Bf, dass von einem Strafgericht in einem Verfahren nach § 266a StGB die Bg aufgefordert worden sei, eine Berechnung vorzulegen, mit Anerkennung von Sachbezügen als Arbeitsentgelt im Sinne des § 1 MiLoG. Diese Verfahrensweise führe nicht zu einer Änderung der Rechtslage und stelle keinen Nachweis dafür dar, dass die Praxis der Rentenversicherungsträger

rechtswidrig sei. Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Beitragserhebung (Nichtanrechnung von Sachbezügen auf den Mindestlohn) obliege allein den Sozialgerichten.

## 12

Im Übrigen habe der Bf weder behauptet noch glaubhaft gemacht, dass die Verweigerung der Aussetzung der Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte iSd. § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG zur Folge hätte.

## 13

Hiergegen hat der Prozessbevollmächtigte des Bf mit Schreiben vom 30.12.2021 Beschwerde beim Bayerischen Landessozialgericht eingelegt mit dem Antrag, den Beschluss des SG insgesamt „aufzuheben“ und die aufschiebende Wirkung anzuordnen.

## 14

Mit Schreiben vom 12.01.2022 nahm die Bg dahingehend Stellung, dass die Beschwerde teilweise unzulässig sei, weil bzgl der Säumniszuschläge die aufschiebende Wirkung durch das SG bereits angeordnet worden und die Bg insoweit nicht in Beschwerde gegangen sei. Im Übrigen bestünden keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides.

## 15

Mit Schreiben vom 13.01.2022 begründete der Prozessbevollmächtigte des Bf seinen Beschwerdeantrag mit dem Vortrag, dass der Nachforderungsbescheid insgesamt nichtig sei und daher die vollständige Aufhebung beantragt werde. Es ginge um existentielle Belange der Arbeitnehmer. Die Absichtserklärungen der Politik würden durch die Rechtsauffassung der Bg unterlaufen.

II.

## 16

Die Beschwerde ist teilweise unzulässig.

## 17

Bezgl der Säumniszuschläge hat das SG die aufschiebende Wirkung bereits angeordnet. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist dem Begehren des Bf damit bzgl der Säumniszuschläge in vollem Umfang Rechnung getragen (vgl aber im Hinblick auf das Hauptsacheverfahren zur Rechtmäßigkeit von Säumniszuschlägen BayLSG, Beschluss vom 19.01.2022, L 16 BA 95/21 B ER; BayLSG, Beschluss vom 24.01.2022, L 16 BA 3/22 B ER), weitergehende Möglichkeiten bestehen im einstweiligen Rechtsschutz nicht. Die Beschwerde ist insoweit mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

## 18

Soweit der Prozessbevollmächtigte argumentiert, der Bescheid sei insgesamt nichtig, ist ein solcher Vortrag im Eilverfahren, das nur eine vorläufige Regelung im Hinblick auf das Hauptsacheverfahren treffen kann, irrelevant.

## 19

Soweit die Beschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet.

## 20

Der Prozessbevollmächtigte hat in der Beschwerdeinstanz nichts neues Entscheidungserhebliches vorgetragen, insbesondere die nunmehr behauptete Nichtigkeit des Bescheides nicht auch nur im Entferntesten mit rechtlichen Ausführungen zu möglichen Nichtigkeitsgründen belegt, sondern überwiegend Vorhaben und Äußerungen der Politik vorgetragen.

## 21

Die Beschwerde wird daher aus den Gründen der Entscheidung des Sozialgerichts zurückgewiesen und demgemäß nach § 142 Abs. 2 Satz 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) von einer weiteren Begründung abgesehen.

Anzumerken ist noch Folgendes:

## 22

Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist grundsätzlich nicht geeignet, aus Sicht eines Antragstellers „offene“ Rechtsfragen zu klären (BayLSG, Beschluss vom 14.11.2017, L 7 R 5146/17 B ER;

BayLSG, Beschluss vom 24.01.2022, L 16 BA 3/22 B ER). Rechtsfragen, sollten sie tatsächlich „offen“ sein, werden nicht in Verfahren, die eine vorläufige Regelung zum Inhalt haben, geklärt, sondern im Verfahren der Hauptsache. Dies entspricht auch der in § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG enthaltenen Wertung des Gesetzgebers. Nur erhebliche Zweifel können eine Aussetzung begründen. Unterschiedliche Rechtsmeinungen mögen aus unterschiedlichen Sichtweisen bis zur endgültigen Klärung jeweils zwar „Zweifel“ begründen, jedoch keine „erheblichen“ Zweifel, solange eine Rechtsmeinung keine abwegige und nicht vertretbare Mindermeinung darstellt. Nach § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG wird bei offenen Rechtsfragen das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden auf den Adressaten verlagert (so schon ausdrücklich der Senat im Beschluss vom 14.11.2017, L 7 R 5146/17 B ER, gerade zu der hier relevanten Rechtsfrage der Anrechnung von Sachbezügen beim Mindestlohn). Damit werden Beitragsausfälle vermieden, insbesondere etwa dadurch, dass im Verlauf eines länger dauernden Verfahrens sich die wirtschaftliche Situation des beitragspflichtigen Arbeitgebers so verschlechtert, dass die Beiträge nicht mehr eingetrieben werden können. Gerade wenn es - wie hier - lediglich um unterschiedliche Rechtsmeinungen geht, muss ein Arbeitgeber sich stets mit der vom Sozialversicherungsträger vertretenen Rechtsmeinung abfinden, solange diese nicht unvertretbar erscheint.

### **23**

Hier kommt hinzu, dass die vom Bf vertretene Rechtsmeinung nicht überzeugt und daher an der Rechtmäßigkeit des Bescheids keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen können seit dem Urteil des BAG vom 25.05.2016, 5 AZR 135/16 (vgl. auch BayLSG Beschluss vom 14.11.2017, L 7 R 5146/17 B ER und BayObLG Beschluss vom 26.11.2020, 201 ObOWi 1381/20 zur Begehung einer Ordnungswidrigkeit durch Einbezug von Sachleistungen bei der Berechnung des Mindestlohnes).

### **24**

Für eine besondere Härte bestehen keine Anhaltspunkte; auch hat der Bf hierzu nichts vorgetragen.

### **25**

Im Ergebnis ist die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

### **26**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i. V. m. § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

### **27**

Bei der Höhe der Festsetzung des Streitwertes in Höhe von 3.666,27 Euro für das Beschwerdeverfahren war zunächst zu berücksichtigen, dass wegen des vorläufigen Charakters des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens regelmäßig nur ein Viertel dieser im Hauptsacheverfahren streitigen Forderung anzusetzen ist (§ 52 Abs. 3 GKG). Auszugehen ist von der Höhe der gesamten Nachforderung inklusive der Säumniszuschläge, nachdem der Prozessbevollmächtigte des Bf im Beschwerdeverfahren seinen Antrag nicht im Interesse des Bf nur noch auf die Nachforderung der Sozialversicherungsbeiträge iHv 10.633,59 Euro beschränkt hat, sondern ausdrücklich auch die Säumniszuschläge iHv 4.031,50 Euro einbezogen hat, obwohl dem Anliegen des Bf insoweit bereits in der ersten Instanz Rechnung getragen worden war.

### **28**

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.