

# BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am  
18. Januar 2018

## Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 12 R 3/16 R**

LSG Niedersachsen-Bremen 15.06.2016 - L 2 R 148/15

SG Hannover 11.03.2015 - S 6 R 137/13

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Deutsche Rentenversicherung Bund,  
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

1. ....,

2. ....,

3. DAK-Gesundheit,  
Nagelsweg 27 - 31, 20097 Hamburg,

4. AOK Baden-Württemberg,  
Presselstraße 19, 70191 Stuttgart,

5. Bundesagentur für Arbeit,  
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

6. Deutsche Rentenversicherung Mitteldeutschland,  
Georg-Schumann-Straße 146, 04159 Leipzig,

7. DAK-Gesundheit-Pflegekasse,  
Nagelsweg 27 - 31, 20097 Hamburg,

ECLI:DE:BSG:2018:180118UB12R316R0

8. Pflegekasse bei der AOK Baden-Württemberg,  
Presselstraße 19, 70191 Stuttgart.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 2018 durch den Präsidenten Prof. Dr. Schlegel, die Richter Heinz und Beck sowie die ehrenamtlichen Richter Kovar und Koch für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 15. Juni 2016 aufgehoben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hannover vom 11. März 2015 zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits in allen Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 793,01 Euro festgesetzt.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Zwischen den Beteiligten ist die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen sowie der Umlagebeiträge U1 und U2 nach Feststellung der Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalservice-Agenturen (CGZP) streitig.
- 2 Die klagende GmbH betreibt behördlich erlaubte Arbeitnehmerüberlassung. Sie schloss mit dem Beigeladenen zu 1. mit Wirkung zum 1.3.2009 und dem Beigeladenen zu 2. mit Wirkung zum 27.7.2009 Arbeitsverträge. In § 3 des jeweiligen Arbeitsvertrags ist geregelt, dass sich die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien nach den zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und der CGZP geschlossenen Tarifverträgen für die Zeitarbeitsbranche in ihrer jeweils gültigen Fassung bestimmen. Die Verträge sehen je Stunde ein tarifliches Entgelt von 8,14 Euro sowie eine außertarifliche Zulage von 1,86 Euro für den Beigeladenen zu 1. (*Stundenlohn insgesamt: 10 Euro*) und von 1,38 Euro für den Beigeladenen zu 2. (*Stundenlohn insgesamt: 9,52 Euro*) vor.
- 3 Der Beigeladene zu 1. wurde von der Klägerin in den Monaten Mai bis September sowie November und Dezember 2009 für 853,50 Arbeitsstunden an die K. GmbH (K GmbH) als Schlosser überlassen. Er erhielt neben der vereinbarten Vergütung steuerfreie Zuschüsse für

Fahrtkosten sowie Verpflegungsmehr- und Übernachtungsaufwendungen in Höhe von zusammen 2 745,60 Euro. Bei der K GmbH beschäftigte Schlosser wurden 2009 mit einem Stundenlohn von 10,50 Euro vergütet. Den Beigeladenen zu 2., Anlagenmechaniker für Sanitär-, Heizungs- und Klimatechnik, überließ die Klägerin in den Monaten September bis Dezember 2009 für insgesamt 430 Arbeitsstunden an die D. GmbH (D GmbH). Hierfür wurde er mit einem Stundenlohn von 10 Euro in den Monaten September und Oktober 2009 sowie von 10,50 Euro in den Monaten November und Dezember 2009 vergütet. Auch er bezog daneben steuerfreie Zuschüsse in Höhe von zusammen 1632,40 Euro. Bei der D GmbH beschäftigte Heizungsinstallateure erhielten 2009 einen Stundenlohn von 13,91 Euro.

- 4 Das BAG bestätigte mit Beschluss vom 14.12.2010 (*1 ABR 19/10 - BAGE 136, 302 = AP Nr 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; Verfassungsbeschwerde verworfen durch Beschluss des BVerfG <Kammer> vom 10.3.2014 - 1 BvR 1104/11 - NZA 2014, 496*) die von den Vorinstanzen getroffene Feststellung der Tariffähigkeit der CGZP (*ArbG Berlin Beschluss vom 1.4.2009 - 35 BV 17008/08 - NZA 2009, 740 = ArbuR 2009, 276; LArbG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 7.12.2009 - 23 TaBV 1016/09 - ArbuR 2010, 172 = BB 2010, 1927*). Daraufhin forderte die Beklagte aufgrund einer Betriebsprüfung die Entrichtung weiterer Gesamtsozialversicherungs- und Umlagebeiträge für die Zeit vor dem 1.1.2010 in Höhe von insgesamt 793,01 Euro. Aufgrund des unwirksamen CGZP-Tarifvertrags ergebe sich unter Berücksichtigung der vom jeweiligen Entleiher gezahlten Arbeitsvergütung vergleichbarer Arbeitnehmer ein höherer Arbeitsentgeltanspruch von 415,25 Euro für den Beigeladenen zu 1. und von 1482,30 Euro für den Beigeladenen zu 2. (*Bescheid vom 15.9.2011 und Widerspruchsbescheid vom 14.1.2013*).
- 5 Das SG Hannover hat die Klage abgewiesen (*Urteil vom 11.3.2015*). Das LSG Niedersachsen-Bremen hat das Urteil des SG sowie die Verwaltungsentscheidungen der Beklagten aufgehoben. Das von der Klägerin gezahlte Arbeitsentgelt habe das vom jeweiligen Entleiher für vergleichbare Arbeitnehmer gewährte Arbeitsentgelt nicht im Sinne von § 10 Abs 4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (*AÜG idF vom 23.12.2002*) unterschritten. Zwar blieben bei isolierter Betrachtung des Stundenlohns die Entgeltzahlungen der Klägerin an die Beigeladenen zu 1. und 2. hinter der Entlohnung vergleichbarer Stammarbeitnehmer beim jeweiligen Entleiher zurück. Allerdings sei ein wirtschaftlicher Vergleich der vom Ver- und Entleiher insgesamt erbrachten Leistungen geboten. Bereits die an die Beigeladenen zu 1. und 2. erbrachten Zuschüsse für Verpflegungsmehraufwendungen und Übernachtungskosten würden den durch den geringeren Stundenlohn bedingten wirtschaftlichen Nachteil bei Weitem ausgleichen. Der Begriff der "wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts" im Sinne des § 10 Abs 4 AÜG würde weit verstanden, so dass auch echte Aufwendungen in den Entgeltvergleich einzustellen seien. Die Vorschrift diene der Gleich- und nicht der Besserstellung. Bei einem Arbeitnehmer, der sich durch Beschäftigung beim Verleiher wirtschaftlich besser stelle, fehle es an einer Diskriminierung im Vergleich zu einem unmittelbar beim Entleiher Beschäftigten. Die Überkompensation einer wirtschaftlich gar nicht gegebenen Benachteiligung wäre

europarechtswidrig und würde dem Gebot der europarechtsfreundlichen Auslegung der nationalen Rechtsvorgaben widersprechen (*Urteil vom 15.6.2016*).

6 Mit ihrer Revision rügt die Beklagte sinngemäß die Verletzung des § 10 Abs 4 AÜG. Die angegriffene Entscheidung widerspreche der Rechtsprechung des BAG und des BSG, wonach echter Aufwendungsersatz kein Arbeitsentgelt sei. Die pauschalierte Form der Ausgleichszahlungen ändere daran nichts. Entliehene Arbeitnehmer seien den vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Entleihers gegenüberzustellen. Bei einem Stammarbeitnehmer fielen außergewöhnliche tägliche Mehraufwendungen für Fahrtkosten, Verpflegung und Übernachtung aber nicht an.

7 Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 15. Juni 2016 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hannover vom 11. März 2015 zurückzuweisen.

8 Die Klägerin beantragt,  
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

9 Sie hält das angegriffene Urteil für zutreffend. Angesichts der Entfernung zwischen den Heimatorten der Beigeladenen zu 1. und 2. sowie ihren Einsatzorten dürften die Aufwendererstattungen nicht außer Betracht bleiben. Im Übrigen sei ein Anspruch auf höheres Arbeitsentgelt von den Beigeladenen zu 1. und 2. nicht geltend gemacht worden und deshalb ein Beitragsanspruch schon nicht entstanden.

10 Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

## II

11 Die zulässige Revision ist begründet (§ 170 Abs 2 S 1 SGG). Das LSG hat zu Unrecht das die Klage abweisende Urteil des SG vom 11.3.2015 aufgehoben. Der Bescheid der Beklagten vom 15.9.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14.1.2013 ist weder formal (*dazu 1.*) noch in der Sache (*dazu 2.*) zu beanstanden und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

12 1. Für den Erlass des die Beitragsfestsetzung regelnden Verwaltungsaktes war die Beklagte sachlich zuständig. Nach § 28p Abs 1 S 1 und 5 SGB IV idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (*BGBI I 3710*) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen, insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28a SGB IV) mindestens alle vier

Jahre, und erlassen sie im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern, wobei § 28h Abs 2 SGB IV sowie § 93 in Verbindung mit § 89 Abs 5 SGB X nicht gelten. Die Beklagte war als Rentenversicherungsträgerin auch zur Überwachung des Umlageverfahrens nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) und zum Erlass eines entsprechenden Umlagebescheids befugt. § 10 AAG stellt die Beiträge zum Ausgleichsverfahren insoweit den Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung gleich (*BSG Urteil vom 26.9.2017 - B 1 KR 31/16 R - SozR 4-7862 § 7 Nr 1 RdNr 11, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen*).

- 13 Der ergangene Prüfbescheid bestimmt die Beitragsnachforderung auch personenbezogen, ein sog Summenbescheid liegt nicht vor (*vgl BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 18 mwN*). Zwar sind die Beigeladenen zu 1. und 2. im angegriffenen Verwaltungsakt nicht namentlich bezeichnet. In den Anlagen "Berechnung der Beiträge" und "Nachweis der Beiträge" sind aber die auf sie jeweils entfallenden Teilbeträge für sich sowie getrennt nach den Versicherungszweigen und den zuständigen Einzugsstellen ausgewiesen. Die Beklagte hat in ihrem Bescheid auf diese Anlagen unter der Überschrift "Berechnungsanlagen" ausdrücklich hingewiesen und zugleich die Zahlung der nachgeforderten Beiträge an die für den jeweiligen Beschäftigten zuständige Einzugsstelle verlangt (*vgl BSG aaO RdNr 19*).
- 14 2. Die Beklagte hat die nachgeforderten Beiträge auch im Übrigen rechtmäßig festgesetzt. Die Bemessung von Beiträgen aus einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt richtet sich nach dem Entstehungsprinzip (*hierzu a*). Der von einem Verleiher aufgrund des "equal pay"-Grundsatzes geschuldete Entgeltanspruch entsteht mit der Überlassung des Leiharbeitnehmers an den Entleiher (*hierzu b*). Aufgrund des von der Klägerin gezahlten, allerdings tarifvertraglich nicht wirksam vereinbarten Stundenlohns waren den Beigeladenen zu 1. und 2. nicht die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer der Entleiher geltenden "wesentlichen Arbeitsbedingungen" im Sinne des "equal pay"-Grundsatzes eingeräumt. Der daraus resultierende Entgeltanspruch bestimmt sich für den Zeitraum der streitigen Nachberechnungen durch das von der K GmbH und der D GmbH für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlte übliche Arbeitsentgelt unter Außerachtlassung der von der Klägerin an die Beigeladenen zu 1. und 2. gezahlten steuerfreien Zuschüsse (*hierzu c*). Ausgehend hiervon ist die Beitragsfestsetzung auch der Höhe nach nicht zu beanstanden (*hierzu d*).
- 15 a) Die Klägerin hat als Arbeitgeberin den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die von ihr erlaubt überlassenen Leiharbeitnehmer (§ 1 Abs 1 S 1 AÜG idF des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24.3.1997 <BGBl I 594>) zu zahlen (§ 28d S 1 und 2 SGB IV idF der Bekanntmachungen vom 23.1.2006 <BGBl I 86> und 12.11.2009 <BGBl I 3710>, § 28e Abs 1 S 1 SGB IV, auch idF des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze vom 21.12.2008

<BGBl I 2940>). Der Beitragsbemessung liegt in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung zugrunde (§ 226 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB V, § 162 Nr 1 SGB VI idF der Bekanntmachung vom 19.2.2002 <BGBl I 754>, § 57 Abs 1 S 1 SGB XI idF des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes vom 26.3.2007 <BGBl I 378> und § 342 SGB III). Dabei gilt im Beitragsrecht der Sozialversicherung für laufend gezahltes Arbeitsentgelt das sog Entstehungsprinzip (§ 22 Abs 1 S 1 SGB IV idF des Gesetzes vom 21.12.2008 aaO und der Bekanntmachung vom 12.11.2009 aaO; zur Verfassungskonformität des Prinzips vgl BVerfG <Kammer> Beschluss vom 11.9.2008 - 1 BvR 2007/05 - SozR 4-2400 § 22 Nr 3). Danach entstehen die Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Maßgebend für das Entstehen von an das Arbeitsentgelt Beschäftigter anknüpfenden Beitragsansprüchen ist damit allein das Entstehen des arbeitsrechtlich geschuldeten Entgeltanspruchs, ohne Rücksicht darauf, ob, von wem und in welcher Höhe dieser Anspruch im Ergebnis durch Entgeltzahlung erfüllt wird. Der Zufluss von Arbeitsentgelt ist nur entscheidend, soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mehr leistet als unter Beachtung der gesetzlichen, tariflichen oder einzelvertraglichen Regelungen geschuldet ist, also überobligatorische Zahlungen erbracht werden. Unerheblich ist auch, ob der einmal entstandene Entgeltanspruch vom Arbeitnehmer (möglicherweise) nicht mehr realisiert werden kann (*stRspr*; vgl zuletzt BSG Urteil vom 29.6.2016 - B 12 R 8/14 R - BSGE 121, 275 = SozR 4-2400 § 28e Nr 5, RdNr 18 mwN). Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es deshalb auf das den Beigeladenen zu 1. und 2. zustehende Arbeitsentgelt und nicht darauf an, ob sie der Klägerin gegenüber einen Anspruch auf höheres Arbeitsentgelt auch geltend gemacht haben.

- 16 b) Beitragspflichtig ist auch geschuldetes Arbeitsentgelt im Sinne des § 10 Abs 4 AÜG (*hier idF des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 <BGBl I 4607>*). Nach dieser Vorschrift kann der Leiharbeitnehmer im Fall der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr 2 AÜG von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Unwirksam sind nach § 9 Nr 2 AÜG (*idF des Gesetzes vom 23.12.2002 aaO*) Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, es sei denn, ein Tarifvertrag lässt abweichende Regelungen zu. Diese Vorschrift knüpft an § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG (*idF des Gesetzes vom 23.12.2002 aaO*) an, wonach die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung oder ihre Verlängerung zu versagen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt werden. Das Zusammenspiel der § 3 Abs 1 Nr 3, § 9 Nr 2 und § 10 Abs 4 AÜG macht Folgendes deutlich: Seit der Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts zum 1.1.2003 durch das Gesetz vom 23.12.2002 (*aaO*) sind Verleiher verpflichtet, ihren

Leiharbeitnehmern die für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts einzuräumen. Von diesem Grundsatz des "equal pay" kann durch wirksamen Tarifvertrag abgewichen werden. Wird der Gleichstellungspflicht voraussichtlich nicht nachgekommen, ist eine beantragte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu versagen. Im Falle einer nach Erlaubniserteilung zustande gekommenen, aber letztlich unwirksamen Überlassungsvereinbarung steht dem Leiharbeitnehmer gegen den Verleiher wegen Verletzung des "equal pay"-Grundsatzes ein Gleichstellungsanspruch zu. Gegenstand dieses Gleichstellungsanspruchs ist auch ein die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch, der mit der Überlassung der Leiharbeitnehmer entsteht (*BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306*) und nicht erst mit seiner Geltendmachung zur Entstehung gelangt.

- 17 c) Dem Gleichstellungsgebot ist die Klägerin während der Überlassung der Beigeladenen zu 1. und 2. nicht nachgekommen. Nach den nicht angegriffenen und damit den Senat bindenden (§ 163 SGG) Feststellungen des LSG wurde der Beigeladene zu 1. mit einem Stundenlohn von 10 Euro und der Beigeladene zu 2. mit einem Stundenlohn von 10 Euro in den Monaten September und Oktober 2009 sowie von 10,50 Euro in den Monaten November und Dezember 2009 vergütet. Demgegenüber erhielten vergleichbare Arbeitnehmer bei der K GmbH einen Stundensatz von 10,50 Euro und bei der D GmbH von 13,91 Euro. Die damit schlechteren Arbeitsbedingungen in Gestalt des niedrigeren Stundenlohns beruhen nicht auf einem zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigenden Tarifvertrag. Die arbeitsgerichtlich festgestellte Tarifunfähigkeit der CGZP hat zur Unwirksamkeit des mit dem AMP vereinbarten Tarifvertrag geführt. An die Feststellung der Tarifunfähigkeit sind auch die Sozialgerichte gebunden; ein etwaiges Vertrauen der Arbeitnehmerüberlassung betreibenden Personen in die Tariffähigkeit der CGZP ist nicht geschützt (*BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 26*).
- 18 Aufgrund des nicht gültigen Tarifvertrags zwischen dem AMP und der CGZP verbleibt es bei dem gesetzlichen, mit der Überlassung der Beigeladenen zu 1. und 2. entstandenen "equal pay"-Anspruch auf Gewährung der "für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts" im Sinne des § 10 Abs 4 AÜG. Insoweit ist Vergleichsmaßstab einerseits das von der Klägerin an die Beigeladenen zu 1. und 2. sowie andererseits das von der K GmbH und der D GmbH an vergleichbare Beschäftigte geleistete Arbeitsentgelt. Die den Beigeladenen zu 1. und 2. außerdem gewährten steuerfreien Zuschüsse sind dabei nicht zu berücksichtigen.
- 19 Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs 1 S 1 SGB IV (*idF des Gesetzes zur Förderung der zusätzlichen Altersvorsorge und zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch vom 10.12.2007 <BGBl I 2838>*) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung gemäß § 7 Abs 1 SGB IV, 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. Zu diesen Einnahmen zählt ohne Zweifel die Arbeitsvergütung auf der Grundlage des vereinbarten Stundenlohns. Die von der Klägerin darüber hinaus gezahlten Zuschüsse für Fahrtkosten sowie Verpflegungsmehr- und Übernachtungsaufwendungen sind hingegen nicht zusätzlich (differenzmindernd) anzurechnen. Sie kompensieren als echter Aufwendungsersatz im Interesse des Verleihers getätigte Aufwendungen der Leiharbeitnehmer, die (nur) dadurch entstanden sind, dass sie ihre Arbeitsleistung nicht in dessen, sondern auswärts im Betrieb der Entleiher zu erbringen hatten. Ein solcher echter Aufwendungsersatz, bei dem es am Entgeltcharakter fehlt und - wie hier - nicht erkennbar ist, dass es sich um verschleiertes Arbeitsentgelt handeln könnte, ist weder arbeitsrechtlich noch bei der Bemessung des Gesamtsozialversicherungs- und Umlagebeitrags Arbeitsentgelt (*BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 49 mit Hinweis auf BAG*). Daran hält der Senat nach erneuter Prüfung fest. Hierfür sprechen der Wortlaut des § 10 Abs 4 AÜG (*in Verbindung mit § 14 Abs 1 S 1 SGB IV; hierzu aa*) sowie die Entstehungsgeschichte und Fortentwicklung dieser Vorschrift (*hierzu bb*). Weder der mit ihr verfolgte Zweck (*hierzu cc*) noch europarechtliche Vorgaben zwingen zu einem anderen Ergebnis (*hierzu dd*).

20 aa) § 10 Abs 4 AÜG erstreckt das Gleichstellungsgebot auf die "wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts" und knüpft damit an § 14 Abs 1 S 1 SGB IV an. Der Begriff des Arbeitsentgelts wird danach als "Einnahmen aus einer Beschäftigung" legaldefiniert, wodurch die erforderliche Beziehung zwischen Beschäftigung und Entgelt und damit die Eigenschaft als Gegenleistung des Arbeitgebers für eine konkret erbrachte Arbeitsleistung des Beschäftigten (*BSG Urteil vom 28.1.1999 - B 12 KR 6/98 R - SozR 3-2400 § 14 Nr 16 S 33 mwN*) zum Ausdruck kommt, die auf der Seite des Beschäftigten zu einem Vermögenszuwachs führt. An einer Gegenleistung für geleistete Arbeit mit Entgeltcharakter und Vermögenszuwachs fehlt es hingegen bei echten Aufwandsentschädigungen, die nur tatsächliche Aufwendungen des Arbeitnehmers infolge der Tätigkeit bei seinem Arbeitgeber ersetzen und daher nicht einen nennenswerten Vermögensvorteil für den Arbeitnehmer mit sich bringen.

21 bb) Die Historie des § 10 Abs 4 AÜG belegt, dass echter Aufwandsersatz nicht zum Arbeitsentgelt zählen soll. Die Vorschrift ist zum 1.1.2003 durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (*BGBI I 4607*) eingeführt worden. Dadurch wurde im AÜG erstmals der Grundsatz festgeschrieben, dass Leiharbeitnehmer "hinsichtlich der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gleichbehandelt", sie insbesondere "im Hinblick auf Arbeitsentgelt und Arbeitszeit vergleichbaren Arbeitnehmern des entleihenden Unternehmens gleichgestellt werden" müssen. Unter "Arbeitsentgelt" wurden sowohl das laufende Entgelt als "auch Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen und andere Lohnbestandteile" verstanden (*BT-Drucks 15/25 S 24 und 38 zu Nr 3 Buchst a*). Den in der Gesetzesbegründung genannten Einnahmen ist gemeinsam, dass sie zur Entlohnung verrichteter Arbeit oder zumindest als Lohnersatz geleistet werden, also einen Entgelt(ersatz)charakter aufweisen.



22 An dieser Regelungsabsicht hat der Gesetzgeber festgehalten. Durch das Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 21.2.2017 (*BGBI I 258*) ist das AÜG - die Rechtsprechung des BAG aufgreifend - teilweise neu gefasst und strukturiert worden. Der Grundsatz der Gleichstellung von Leiharbeitnehmern des Verleihers mit Stammarbeitnehmern des Entleihers ist seit 1.4.2017 in § 8 AÜG normiert. Auch nach § 8 Abs 1 S 1 AÜG hat der Verleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden "wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts" zu gewähren. Zur Begründung dieser Vorschrift ist in den Gesetzesmaterialien ua ausgeführt, dass für das Arbeitsentgelt "sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmerinnen und Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile" maßgebend seien und dazu jede Vergütung zähle, "die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird beziehungsweise auf Grund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss, ... insbesondere Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen" (*BT-Drucks 18/9232 S 23 zu Nr 3*). Dabei wurde ausdrücklich ua auf die Urteile des BAG vom 19.2.2014 (*5 AZR 1046/12 - AP Nr 42 zu § 10 AÜG*) und 13.3.2013 (*5 AZR 294/12 - AP Nr 25 zu § 10 AÜG = NZA 2013, 1226 = DB 2013, 1732*) hingewiesen. In diesen Entscheidungen hat das BAG dargelegt, dass sich die "Berücksichtigung von Aufwendungsersatz beim Gesamtvergleich" danach bemesse, "ob damit - wenn auch in pauschalierter Form - ein dem Arbeitnehmer tatsächlich entstandener Aufwand, zB für Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten, erstattet werden soll (*echter Aufwendungsersatz*) oder die Leistung Entgeltcharakter hat", echter Aufwendungsersatz damit weder zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen zähle noch Arbeitsentgelt sei. Nur soweit sich Aufwendungsersatz als "verschleiertes" und damit steuerpflichtiges Arbeitsentgelt darstelle, sei er als Entgelt zu berücksichtigen. Durch diesen Rückgriff auf höchstrichterliche Rechtsprechung im Gesetzgebungsverfahren zur Auslegung eines Rechtsbegriffs wird deutlich, dass die Auslegung durch das BAG der Einschätzung des Gesetzgebers entspricht. Würde der vom BAG angenommene Ausschluss echten Aufwendungsersatzes vom Arbeitsentgelt vom Gesetzgeber nicht geteilt, hätte er das in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht.

23 cc) Eine andere Beurteilung ist auch nicht durch den mit § 10 Abs 4 AÜG verfolgten Zweck geboten. Die Vorschrift dient der Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer des Verleihers mit den Stammarbeitnehmern des Entleihers und schützt die Leiharbeitnehmer grundsätzlich davor, zu ungünstigeren Bedingungen als die Stammarbeitnehmer beschäftigt zu werden. Allerdings räumt die Regelung nur einen Mindestschutz insoweit ein, als das an Stammarbeitnehmer gezahlte Arbeitsentgelt und die für diese geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen den Leiharbeitnehmern zugutekommen sollen. Sie bezweckt hingegen nicht auch den Schutz der Verleiher vor höheren Aufwendungen für Leiharbeitnehmer im Vergleich zu den von den Entleihern für ihre Stammarbeitnehmer zu tragenden Arbeitskosten. Eine Ausgleichsfunktion in dem Sinne, dass unabhängig von der Art der Zuwendung der Verleiher rein wirtschaftlich betrachtet nicht

mehr Aufwendungen zu tragen haben soll als der Entleiher, ist weder dem Wortlaut des § 10 Abs 4 AÜG noch den Gesetzesmaterialien zur Einführung des Gleichstellungsgrundsatzes zu entnehmen. Sie ist auch nicht wegen einer ansonsten zu befürchtenden Besserstellung der Leiharbeitnehmer gegenüber den Stammarbeitnehmern anzunehmen. Selbst wenn der Aufwendersersatz - wie hier - die Differenz der Arbeitsentgelte von Leih- und Stammarbeitnehmern übersteigen sollte, würde dem Leiharbeitnehmer infolge seiner Aufwendungen kein Vermögensvorteil zufließen. Die Berücksichtigung eines echten Aufwendersersatzes als Arbeitsentgelt würde damit gerade nicht zur gebotenen Gleichstellung mit einem Stammarbeitnehmer beitragen, sondern angesichts seiner mit der Beschäftigung einhergehenden Aufwendungen die Benachteiligung des geringer entlohnten Leiharbeitnehmers verfestigen.

24 dd) Auch europarechtliche Vorgaben erfordern keine andere Beurteilung. Die Auffassung des LSG, dass die Außerachtlassung echter Aufwendersentschädigungen als Arbeitsentgelt zu einer nach Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit (*RL; ABI L 327 vom 5.12.2008 S 9*) verbotenen Einschränkung von Leiharbeit führe, teilt der Senat nicht. Ungeachtet des Art 3 Abs 2 S 1 RL, wonach das nationale Recht in Bezug auf den Begriff "Arbeitsentgelt" unberührt bleibt, sind gemäß Art 4 Abs 1 RL Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem zum Schutz der Leiharbeitnehmer gerechtfertigt. Ziel der RL ist es gerade, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen (*Art 2 RL*), indem die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer, auch in Gestalt des Arbeitsentgelts, während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie vom entleihenden Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären (*Art 5 Abs 1 S 1, Art 3 Abs 1 Buchst f RL*). Dieser (auch) europarechtlich beabsichtigte Schutz würde - wie bereits dargelegt - nur unvollständig erreicht, wenn Leiharbeitnehmer auf ein im Vergleich zu einem Stammarbeitnehmer geringeres Arbeitsentgelt verwiesen werden könnten, weil sie vom Verleiher einen Aufwendersersatz erhalten haben, der lediglich tatsächliche Vermögensaufwendungen ausgleicht und daher nicht zu einer Vermögensmehrung durch zusätzliche Entlohnung führt.

25 d) Für Fehler bei der konkreten Berechnung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge sowie der Umlagebeiträge U1 und U2 bestehen keine Anhaltspunkte. Die Klägerin hat insoweit auch keine Einwände erhoben. Ausgehend von den vom LSG festgestellten Stundenlöhnen errechnet sich eine Arbeitsentgeltdifferenz von 426,75 Euro für den Beigeladenen zu 1. (*fiktiver Stundenlohn von 10,50 Euro - tatsächlicher Stundenlohn von 10 Euro = 0,50 Euro x 853,50 Stunden*) und von 1546,30 Euro für den Beigeladenen zu 2. (*<fiktiver Stundenlohn von 13,91 Euro - tatsächlicher Stundenlohn von 10 Euro = 3,91 Euro x 160 Stunden = 625,60 Euro> + <fiktiver Stundenlohn von 13,91 Euro - tatsächlicher Stundenlohn von 10,50 Euro = 3,41 Euro x 270 Stunden = 920,70 Euro>*). Die Beklagte hat Gesamtsozialversicherungs- und Umlagebeiträge hingegen lediglich aus einem (niedrigeren) weiteren Entgelt von 415,25 Euro für den Beigeladenen zu 1.

und von 1482,30 Euro für den Beigeladenen zu 2. festgesetzt. Dass die Beitragsfestsetzung selbst fehlerhaft wäre, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

26 Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 S 1 Teils 3 SGG in Verbindung mit § 154 Abs 1, § 162 Abs 3 VwGO.

27 Der Streitwert war nach § 197a Abs 1 S 1 Teils 1 SGG in Verbindung mit § 52 Abs 1 und 3 S 1, § 47 Abs 1 S 1 und § 63 Abs 2 S 1 GKG in Höhe der streitigen Beitragsforderung festzusetzen.