

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
14. Juni 2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 9 V 4/17 R**
LSG Berlin-Brandenburg 11.10.2017 - L 13 VE 2/17
SG Berlin 16.01.2017 - S 199 VE 73/15

1.,

2.,

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter zu 1. und 2.:

Land Berlin,
vertreten durch das Landesamt für Gesundheit und Soziales Berlin,
Sächsische Straße 28, 10707 Berlin,

Beklagter und Revisionskläger.

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. R o o s , die Richter Dr. K a l t e n s t e i n und Dr. R ö h l sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. L e s s i n g - B l u m und R i e s t e r für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 11. Oktober 2017 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 1743,18 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Zwischen den Beteiligten ist streitig die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen für eine Pflegekraft als Teil der erhöhten Pflegezulage nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) im Zeitraum vom 1.7.2010 bis 31.12.2011.
- 2 Die Klägerinnen sind als Erben Gesamtrechtsnachfolger des am 16.12.2015 verstorbenen P. G. (G), dem als Kriegsblinden Leistungen nach dem BVG zustanden, insbesondere die sog erhöhte Pflegezulage nach § 35 Abs 2 BVG.
- 3 G hatte zur Sicherstellung seiner Pflege einen Arbeitsvertrag mit Frau S. (S) abgeschlossen, die bei Antritt des Arbeitsverhältnisses bereits eine Regelaltersrente bezog und deshalb versicherungsfrei in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung war. Die arbeitsvertraglich zwischen G und S vereinbarte Bruttovergütung erfolgte in Anlehnung an die Richtlinien für Arbeitsverträge (AVR) in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes. Das Arbeitsverhältnis bestand bis zum 31.12.2011.
- 4 Auf Antrag des G setzte der Beklagte mit Bescheid vom 16.9.2011 die erhöhte Pflegezulage für die Monate Juni bis Dezember 2010 endgültig fest. Dabei lehnte er eine Erstattung der Vergütungskosten in Höhe eines fiktiv von S zu tragenden Arbeitnehmerbeitragsanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung für die Monate Juni bis Dezember 2010 ab (insgesamt 631,18 Euro). Ebenso verfuhr der Beklagte mit Bescheid vom 19.3.2012, in dem er die erhöhte Pflegezulage endgültig festsetzte und eine Kostenerstattung für die Monate Januar bis Dezember 2011 ablehnte (insgesamt 1112,00 Euro). Die hiergegen gerichteten Widersprüche des G wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheiden vom 6.3. und 9.3.2015 zurück. Zur Begründung führte er aus, erstattungsfähige Kosten seien nur die tatsächlich anfallenden finanziellen Aufwendungen für die Fremdpflege. S müsse als Regelaltersrentnerin aufgrund ihrer Versicherungsfreiheit keinen Arbeitnehmeranteil an den Beiträgen zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung tragen. Seien Beiträge zur Sozialversicherung bei Pflegekräften wegen Rentenbezugs nicht mehr zu zahlen, entstünden diese auch tatsächlich nicht mehr. Eine Vergütungsvereinbarung zwischen dem Beschädigten und der fremden Pflegekraft, die diesem Umstand nicht durch eine entsprechende Absenkung Rechnung trage, sei in Höhe des entsprechenden fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteils nicht mehr angemessen. Zu den angemessenen Kosten gehörten nur die notwendig an die Sozialversicherungssysteme abzuführenden Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer.
- 5 Auf die von G am 25.3.2015 erhobenen, zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen und von den Klägerinnen nach dem Tod des G als dessen alleinige Erben und

Rechtsnachfolger fortgeführten Klagen hat das SG mit Urteil vom 16.1.2017 den Beklagten verurteilt, den Klägerinnen die im Rahmen arbeitsvertraglicher Fremdpflege entstandenen Aufwendungen für den Zeitraum vom 1.6.2010 bis 31.12.2011 für die Pflegekraft S entsprechend dem vertraglich vereinbarten Bruttoarbeitsentgelt zu erstatten.

6 Das LSG hat mit Urteil vom 11.10.2017 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und den Beklagten verurteilt, den Klägerinnen als Gesamtrechtsnachfolger des verstorbenen G 1743,18 Euro zu zahlen. Zu Recht habe das SG der Klage stattgegeben. Lediglich der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung sei mangels vollstreckbarer Formulierung neu zu fassen. Die Klägerinnen hätten als Erben des G Anspruch auf Zahlung der erhöhten Pflegezulage in der geltend gemachten Höhe. Angemessen seien die tatsächlich erforderlichen Kosten für Wartung und Pflege (*Hinweis auf Senatsurteil vom 2.12.2010 - B 9 V 2/10 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 5*). Erforderlich bedeute in diesem Zusammenhang, dass es maßgeblich darauf ankomme, zu welchen Kosten der Versorgungsempfänger in der Lage sei, sich die nach Art und Umfang notwendige Hilfeleistung durch eine dazu qualifizierte Pflegekraft zu beschaffen. Hierfür böten die AVR der Caritas eine geeignete Beurteilungsgrundlage (*Hinweis auf Senatsurteil vom 18.9.2003 - B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1*). Entgegen der Ansicht des Beklagten sei kein Abschlag in Höhe eines fiktiv zu bestimmenden Arbeitnehmerbeitragsanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung bei Pflegekräften vorzunehmen, die bereits Regelaltersrente bezögen. Nur eine solche Verfahrensweise entspreche auch den AVR der Caritas. Mit seiner Revision rügt der Beklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Berufungsgericht habe den unbestimmten Rechtsbegriff "angemessene Kosten" iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG unzutreffend ausgelegt. Anders als das LSG meine, sei nicht der volle Bruttolohn für eine bereits Regelaltersrente beziehende Pflegekraft "angemessen", sondern nur der um den tatsächlich nicht anfallenden Arbeitnehmerbeitragsanteil zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung geminderte Bruttolohn. Die gegenteilige Auslegung des Berufungsgerichts widerspreche einem Rundschreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 2.11.2015 und führe zu einer unterschiedlichen Praxis in den Bundesländern.

7 Der Beklagte beantragt,
die Urteile des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 11. Oktober 2017 und des Sozialgerichts Berlin vom 16. Januar 2017 aufzuheben und die Klagen abzuweisen.

8 Die Klägerinnen beantragen,
die Revision zurückzuweisen.

9 Sie halten die vorinstanzlichen Entscheidungen für zutreffend.

10 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Beteiligten den Rechtsstreit für den Monat Juni 2010 übereinstimmend für erledigt erklärt, weil den Klägerinnen als Gesamtrechtsnachfolger des G (schon) aufgrund des rechtskräftigen Urteils des SG vom 12.2.2013 (*S 33 VE*

190/10) und des hierzu ergangenen bestandskräftigen Ausführungsbescheids des Beklagten vom 3.9.2014 der für diesen Monat in Abzug gebrachte fiktive Arbeitnehmerbeitragsanteil für die Renten- und Arbeitslosenversicherung zusteht.

II

- 11 A. Die Revision des Beklagten ist zulässig. Insbesondere liegt ihr eine ausreichende Revisionsbegründung zugrunde (vgl. § 164 Abs 2 S 3 SGG). Der Beklagte macht hinreichend deutlich, dass er sich gegen die vom LSG vorgenommene Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "angemessene Kosten" iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG wendet.
- 12 B. Seine Revision ist aber unbegründet (§ 170 Abs 1 S 1 SGG).
- 13 Die Klägerinnen haben Anspruch auf Zahlung der erhöhten Pflegezulage nach § 35 Abs 2 S 1 BVG für den hier allein nur noch streitbefangenen Zeitraum vom 1.7.2010 bis 31.12.2011 ohne Abzug eines sog fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteils der S zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung.
- 14 1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid des Beklagten vom 16.9.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6.3.2015 (§ 95 SGG) und sein Bescheid vom 19.3.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 9.3.2015 (§ 95 SGG) nur insoweit, als darin der Beklagte bei der endgültigen Festsetzung der erhöhten Pflegezulage für den hier noch streitbefangenen Zeitraum vom 1.7.2010 bis 31.12.2011 eine Kürzung des von G an S gezahlten Bruttoarbeitsentgelts in Höhe eines fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung vorgenommen hat. Nur in diesem beschränkten Umfang haben G und nach seinem Tod als dessen Gesamtrechtsnachfolger die Klägerinnen die Bescheide mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 und 4 iVm § 56 SGG) angefochten.
- 15 2. Die Klagen sind zulässig. Nach dem Tod des G sind die Klägerinnen als dessen Töchter und alleinige Erben im Wege eines gesetzlichen Beteiligtenwechsels in dessen prozessuale Rechtsposition eingetreten. Ihre Rechtsnachfolge ergibt sich aus § 58 SGB I. Nach dieser Bestimmung werden fällige Ansprüche nach den Vorschriften des BGB vererbt, soweit diese nicht nach den §§ 56 und 57 SGB I einem Sonderrechtsnachfolger zustehen. § 56 Abs 1 S 1 Nr 2 SGB I ist hier nicht einschlägig. Danach stehen fällige Ansprüche auf laufende Geldleistungen beim Tod des Berechtigten den Kindern zu, wenn diese mit dem Berechtigten zur Zeit seines Todes in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben oder von ihm wesentlich unterhalten worden sind. Dies war bei den Klägerinnen nicht der Fall. Damit handelt es sich bei ihnen nicht um Sonderrechtsnachfolger iS des § 56 SGB I, sondern um Gesamtrechtsnachfolger iS des § 58 SGB I, § 1922 BGB.

- 16 3. Die Klagen sind auch begründet. Die angefochtenen Bescheide des Beklagten halten im streitgegenständlichem Umfang einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie erweisen sich als rechtswidrig und verletzen die Klägerinnen insoweit in ihren Rechten, als der Beklagte bei der Festsetzung der erhöhten Pflegezulage für den hier nur noch streitbefangenen Zeitraum vom 1.7.2010 bis 31.12.2011 eine Kürzung des von G an S gezahlten Bruttoarbeitsentgelts in Höhe eines fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung vorgenommen hat.
- 17 a) Der Anspruch der Klägerinnen als Gesamtrechtsnachfolger des G auf Erstattung von Arbeitsentgelt für S in Höhe eines fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung stützt sich auf § 35 Abs 2 S 1 BVG in der hier maßgeblichen, mit Wirkung vom 1.4.1995 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflege-Versicherungsgesetzes) vom 26.5.1994 (BGBl I 1014). Nach dieser Vorschrift wird die einem Beschädigten nach § 35 Abs 1 BVG gewährte pauschale Pflegezulage erhöht, wenn fremde Hilfe von Dritten aufgrund eines Arbeitsvertrages geleistet wird und die dafür aufzuwendenden angemessenen Kosten den Betrag der pauschalen Pflegezulage übersteigen. Als Erhöhungsbetrag werden danach diejenigen angemessenen Kosten übernommen, die der Beschädigte tatsächlich aufwenden muss, um die erforderliche Pflege und Wartung für sich sicherzustellen (*vgl. Senatsurteil vom 2.12.2010 - B 9 V 2/10 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 5 RdNr 41; Senatsurteil vom 18.9.2003 - B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1 RdNr 15; Senatsurteil vom 2.7.1997 - 9 RV 7/96 - SozR 3-3100 § 35 Nr 7 S 16*).
- 18 Der unbestimmte Rechtsbegriff der "angemessenen Kosten" in § 35 Abs 2 S 1 BVG für Pflege und Wartung durch eine Fremdpflegeperson bedarf jedoch insbesondere im Hinblick auf eine Gleichbehandlung der Beschädigten einer weiteren Konkretisierung (*vgl. Senatsurteil vom 2.12.2010 - B 9 V 2/10 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 5 RdNr 41; Senatsurteil vom 18.9.2003 - B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1 RdNr 14*). Dies gilt auch für die zwischen den Beteiligten hier allein streitige Höhe der Vergütung der fremden Pflegekraft (*vgl. Senatsurteil vom 2.12.2010 - B 9 V 2/10 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 5 RdNr 41*). Die gemäß Art 84 Abs 2 GG erlassenen Verwaltungsvorschriften zum BVG enthalten insoweit keine Aussagen. Als "rechtskonkretisierende Leitsätze" mögen sich hierzu zwar auch grundsätzlich in (Rund-)Schreiben des BMAS gegebene Durchführungshinweise zu § 35 Abs 2 BVG eignen. Diese dürfen dann jedoch nicht zu Beträgen führen, die unter denjenigen liegen, die ein Beschädigter unter orts- bzw arbeitsmarktüblichen Bedingungen für eine (qualifizierte) (Haus-)Pflegekraft typischerweise aufwenden muss (*vgl. Senatsurteil vom 18.9.2003 - B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1 RdNr 14*).
- 19 Bei der für eine Erhöhung der Pflegezulage nach § 35 Abs 2 BVG erforderlichen Prüfung, ob für die vom Beschädigten angestellte Pflegekraft angemessene Kosten aufgewendet werden, ist

die Versorgungsverwaltung nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich berechtigt, bei der vergütungsmäßigen Bewertung der beschäftigten (Haus-)Pflegerkraft die Richtlinien für Arbeitsverträge (AVR) in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (in ihrer jeweils gültigen Fassung) zugrunde zu legen. Im Fall ihrer Anwendung darf die Versorgungsverwaltung dann aber von deren Festlegungen auch nicht mehr ohne Weiteres abweichen (*Senatsurteil vom 18.9.2003 - B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1 Leitsatz und RdNr 16*).

20 b) Danach war der Beklagte bei der Festsetzung der erhöhten Pflegezulage nicht berechtigt, diejenigen Entgeltbestandteile, die in der Höhe eines fiktiv von S zu tragenden Arbeitnehmerbeitragsanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung entsprechen, als unangemessene (Vergütungs- bzw Lohn-)Kosten iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG zu Lasten des G in Abzug zu bringen bzw diesem nicht zu erstatten.

21 Dem Beklagten ist zwar Recht zu geben, dass S im hier noch streitbefangenen Beschäftigungszeitraum vom 1.7.2010 bis 31.12.2011 wegen des Bezugs einer Regelaltersrente bzw des Erreichens der Regelaltersgrenze zu jenen Arbeitnehmern zählte, die in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungsfrei (*§ 5 Abs 4 Nr 1 SGB VI in der hier maßgeblichen Fassung des Rentenreformgesetzes <RRG> 1992 vom 18.12.1989, BGBl I 2261; 1990 I 1337; § 28 Abs 1 Nr 1 SGB III in der Fassung des RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes vom 20.4.2007, BGBl I 554*) und für die vom Arbeitgeber nur Beiträge in Höhe des sog Arbeitgeberanteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung zu zahlen waren (*§ 172 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB VI in der Fassung des RRG 1992 vom 18.12.1989 aaO; § 346 Abs 3 S 1 SGB III in der Fassung des RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes vom 20.4.2007 aaO*). Trotzdem war die Versorgungsverwaltung bei der Festsetzung der erhöhten Pflegezulage gegenüber G als pflegebedürftigen Versorgungsempfänger nicht zur Kürzung der Bruttovergütung in Höhe eines fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteils der S zu diesen Sozialversicherungszweigen berechtigt. Denn auch dieser Entgeltbestandteil zählt zu den angemessenen und damit erstattungsfähigen Lohnkosten iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG, wenn das für die Pflegeleistung zwischen dem pflegebedürftigen Versorgungsempfänger und der fremden Pflegerkraft im Arbeitsvertrag vereinbarte Bruttoarbeitsentgelt seinerseits angemessen iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG ist.

22 aa) Das zwischen G und S für deren Pflegetätigkeit arbeitsvertraglich vereinbarte und als Beitragsbemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge (*und damit auch für den hier streitigen fiktiv vom Beklagten errechneten Arbeitnehmerbeitragsanteil zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung; vgl § 161 Abs 1, § 162 Nr 1 SGB VI bzw § 341 Abs 3 S 1, § 342 SGB III jeweils iVm § 14 Abs 1 S 1 SGB IV*) maßgebliche Bruttoarbeitsentgelt ist angemessen iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG. Hinsichtlich der Vergütung fanden auf das Arbeitsverhältnis zwischen G und S kraft einzelvertraglicher Vereinbarung die AVR der Caritas Anwendung (*vgl hierzu BAG Urteil vom 6.11.1996 - 5 AZR 334/95 - BAGE 84, 292, 286*). Nach den Feststellungen des LSG entsprach das Bruttoarbeitsentgelt der S in der mit G vereinbarten Höhe den Vorgaben der AVR. Das Berufungsgericht hat zwar keine Feststellungen zu Art und Ausmaß der

Pflegetätigkeit sowie zur Qualifikation und zu der konkreten Einstufung der S in das Vergütungsgruppensystem nach den AVR der Caritas getroffen. Diese waren vorliegend aber auch entbehrlich, weil hierüber zwischen den Beteiligten kein Streit besteht. Entsprechendes gilt für die ebenfalls fehlenden Feststellungen der Vorinstanz zu der Höhe der dem G nach § 35 Abs 1 BVG gewährten pauschalen Pflegezulage.

- 23 Der Senat hat - wie oben ausgeführt - in seinem Urteil vom 18.9.2003 (*B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1 Leitsatz und RdNr 16*) bereits entschieden, dass die AVR der Caritas (in der jeweils gültigen Fassung) einen geeigneten Bewertungsmaßstab für eine angemessene Vergütung einer Pflegekraft iS des § 35 Abs 2 S 1 BVG darstellen, von dem im Fall ihrer Anwendung nicht ohne Weiteres abgewichen werden darf. Besondere Sachgründe, die eine Abweichung von der Vergütungsstruktur der AVR im Rahmen der hier streitigen Bestimmung der Angemessenheit der Lohnkosten bei der Beschäftigung von Regelaltersrentnern als Pflegekraft rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Ein solcher eine Abweichung rechtfertigender sachlicher Grund ist jedenfalls nicht bereits dann gegeben, wenn für die Pflegekraft - wie vorliegend - aufgrund von Versicherungsfreiheit ein Arbeitnehmerbeitrag zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht mehr zu entrichten ist. Denn Lohnkosten in entsprechender Höhe bleiben für den Versorgungsempfänger bestehen, die dieser im Fall eines unter Berücksichtigung der Vorgaben der AVR vertraglich vereinbarten und damit nach der vorgeannten Senatsrechtsprechung grundsätzlich iS des § 35 Abs 1 S 1 BVG angemessenen Bruttoarbeitsentgelts zur Sicherstellung seiner Pflege tatsächlich aufbringen muss.
- 24 bb) Wie das LSG bereits zutreffend festgestellt hat, unterscheiden die AVR der Caritas, die dem Pflegearbeitsvertrag zwischen G und S zugrunde lagen, bei der Bemessung der Bruttovergütung nicht danach, ob die beschäftigte Pflegekraft wegen des Bezugs einer Regelaltersrente und der damit verbundenen Versicherungsfreiheit von der Tragung des Arbeitnehmeranteils zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung entbunden ist. Das von einem pflegebedürftigen Versorgungsempfänger als Arbeitgeber an eine Pflegekraft nach den AVR der Caritas zu zahlende Bruttoarbeitsentgelt ändert sich aufgrund der Versicherungsfreiheit nicht. Dies ist vor dem Hintergrund des Regelungsgehalts der §§ 171 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB VI und 346 Abs 3 S 1 SGB III (in ihren hier jeweils maßgeblichen oben genannten Fassungen) folgerichtig.
- 25 Der Arbeitgeber ist trotz Versicherungsfreiheit der Regelaltersrente beziehenden Pflegekraft verpflichtet, ausgehend vom arbeitsvertraglich vereinbarten Bruttoarbeitsentgelt die Arbeitgeberbeitragsanteile zu entrichten. Dies folgt für die gesetzliche Rentenversicherung aus § 172 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB VI und für die Arbeitslosenversicherung aus § 346 Abs 3 S 1 SGB III. Danach haben die Arbeitgeber für Beschäftigte, die wegen des Bezugs einer Altersvollrente bzw des Erreichens der Regelaltersgrenze versicherungsfrei sind, die Hälfte des Beitrags zu tragen, der zu zahlen wäre, wenn die Beschäftigten versicherungspflichtig wären. Alleiniger Zweck dieser Bestimmungen ist, Wettbewerbsvorteile für Arbeitgeber zu verhindern, die versicherungsfreie Altersrentner beschäftigen, und Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten versicherungspflichtiger

tiger Arbeitnehmer zu vermeiden. Deshalb werden Arbeitgeber versicherungsfreier Altersrentner so gestellt, als wenn sie einen Arbeitnehmer beschäftigen, für den Beiträge an die Renten- und Arbeitslosenversicherung abzuführen wären. Dadurch soll im Ergebnis die Beschäftigung eines versicherungsfreien Altersrentners für den Arbeitgeber nicht weniger kosten als die Beschäftigung eines versicherungspflichtigen jüngeren Arbeitnehmers. Erreicht werden soll, dass Arbeitgeber Altersrentner nicht nur um des mit der Beitragsfreiheit verbundenen Lohnkostenvorteils wegen bevorzugt beschäftigen (*vgl Begründung der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP vom 7.3.1989 zum Entwurf des RRG 1992, BT-Drucks 11/4124 S 185; Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 27.9.1988 zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes und zur Förderung des gleitenden Übergangs älterer Arbeitnehmer in den Ruhestand, BT-Drucks 11/2990 S 22 f; zur Verfassungsmäßigkeit der Vorgängerregelungen des § 172 Abs 1 SGB VI in § 1386 RVO = § 113 AVG BVerfG Urteil vom 16.10.1962 - 2 BvL 27/60 - BVerfGE 14, 312 = SozR Nr 1 zu Art 108 GG; vgl aber den durch das Rentenflexigesetz vom 8.12.2016 <BGBl I 2838> mit Wirkung zum 1.1.2017 eingefügten § 346 Abs 3 S 3 SGB III, wonach § 346 Abs 1 S 1 SGB III bis zum 31.12.2021 nicht anzuwenden ist <zur diesbezüglichen Motivation des Gesetzgebers "Steigerung der Attraktivität der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer" s BT-Drucks 18/9787 S 30, 51>, und zu den mit Wirkung vom 1.1.2017 durch das Rentenflexigesetz erfolgten Änderungen bei der Versicherungspflicht/Versicherungsfreiheit von Regelaltersrentner s unter ee).*

26 Zwar muss der Arbeitgeber bei der Beschäftigung eines Regelaltersrentners von dem Bruttoarbeitsentgelt wegen des Nichtbestehens der Versicherungspflicht kein Entgelt in Höhe des Arbeitnehmerbeitragsanteils an die genannten Sozialversicherungszweige mehr abführen. Die "Kosten" für den "ehemaligen Arbeitnehmeranteil" entstehen dem Arbeitgeber bei einer solchen Rentnerbeschäftigung aber trotzdem. Denn der Anteil am arbeitsvertraglich vereinbarten Bruttoarbeitsentgelt, der dem aufgrund der Versicherungsfreiheit nicht mehr anfallenden Arbeitnehmerbeitragsanteil zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung entspricht, ist von diesem mangels "Engeltabzugsbefugnis" (*vgl § 28g SGB IV*) an den beschäftigten Regelaltersrentner auszuführen bzw diesem zu belassen, sodass sich bei nach dem Arbeitsvertrag gleichbleibendem Bruttoarbeitsentgelt lediglich dessen Nettoarbeitsentgelt entsprechend erhöht. Dadurch ändert sich aber weder die dem maßgeblichen Bruttoarbeitsentgelt zugrunde liegende vergütungsmäßige Bewertung der Pflegetätigkeit der Pflegekraft noch die tatsächlich für den Beschädigten erforderlichen Aufwendungen für die fremde Pflege. Deren Angemessenheitskriterien bestehen unverändert fort. Die versicherungsfreie Pflegekraft muss lediglich keinen Abzug von ihrem arbeitsvertraglich vereinbarten Bruttoarbeitsentgelt in Höhe des Arbeitnehmeranteils zugunsten der Renten- und Arbeitslosenversicherung (mehr) dulden, sondern kann über den entsprechenden - von ihr durch die Pflegeleistung erarbeiteten - Betrag frei verfügen.

27 cc) Ob ein pflegebedürftiger Versorgungsempfänger vor diesem Hintergrund beim Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer wegen des Bezugs einer Altersvollrente bzw des Erreichens der

Regelaltersgrenze versicherungsfreien (Haus-)Pflegekraft insbesondere bei angespannter Arbeitsmarktlage im Pflegesektor (*vgl hierzu jüngst Leuxner/von Schwänenflügel, NZS 2018, 202, 203, die darauf hinweisen, dass die Situation am Arbeitsmarkt für den gesamten Pflegebereich von einem nahezu flächendeckenden Fachkräftemangel geprägt ist*) überhaupt die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit hätte, ein um einen fiktiven Arbeitnehmerbeitragsanteil (hier) zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung gemindertes Bruttoarbeitsentgelt zu vereinbaren, oder eine entsprechende "Vertragsanpassung" zu solchermaßen geminderten Entgeltbedingungen zu erreichen, kann dahingestellt bleiben (*vgl § 19 Abs 3 und Abs 4 S 1 der AVR der Caritas in ihrer im Jahr 2011 maßgeblichen Fassung und <inhaltlich unverändert> § 19 Abs 3 und Abs 5 S 1 der AVR der Caritas in ihrer im Jahr 2018 geltenden Fassung, wonach das Dienstverhältnis ohne Kündigung mit dem Ende des Monats endet, in dem der Mitarbeiter das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen einer abschlagsfreien Regelaltersrente vollendet, und bei einer Weiterbeschäftigung über diesen Termin hinaus ein neuer schriftlicher Dienstvertrag abzuschließen ist*). Diesbezüglich hat der Senat aber - ebenso wie schon das LSG - erhebliche Zweifel. Denn eine (weitere) Erwerbstätigkeit bei pflegebedürftigen Versorgungsempfängern mit einem Bruttoarbeitsentgelt unterhalb der AVR der Caritas bzw unter Verzicht auf die mit der Versicherungsfreiheit (quasi "automatisch") einhergehende Erhöhung des Nettolohns um den bisherigen Arbeitnehmeranteil (hier) zur Renten- und Arbeitslosenversicherung dürfte (auch) aus Sicht der meisten oberhalb der Regelaltersgrenze noch arbeitenden Pflegekräfte weder "attraktiv" noch "angemessen" erscheinen. Es erscheint daher eher unwahrscheinlich, dass sich (insbesondere) fachlich qualifizierte Pflegekräfte auf eine solche Entgeltvereinbarung einlassen.

- 28 dd) Hieran anschließend erscheint es zudem äußerst fraglich, ob eine solche (von den AVR der Caritas abweichende) besondere Entgeltvereinbarung überhaupt - wie vom Senat gefordert (*vgl Senatsurteil vom 18.9.2003 - B 9 V 12/01 R - SozR 4-3100 § 35 Nr 1 RdNr 14*) - orts- bzw arbeitsmarktüblichen Vergütungsbedingungen im häuslichen Pflegebereich entsprechen würde. Vom Gesetzgeber nicht gewollt ist jedenfalls, wie oben bereits ausgeführt, Arbeitgeber - in welcher Form auch immer - dazu anzuleiten, die finanziellen Vorteile aus der Sozialversicherungsfreiheit von Arbeitnehmern "für sich (oder einen Dritten <hier: der Versorgungsverwaltung>) zu beanspruchen". Schon deshalb hält es der Senat in Übereinstimmung mit dem LSG für rechtswidrig, die nach § 35 Abs 2 S 1 BVG von einem Beschädigten für fremde Pflege und Wartung aufzuwendenden "angemessenen (Personal-)Kosten" in einer Weise zu bestimmen, die einen pflegebedürftigen Versorgungsempfänger zur Sicherstellung einer die Lohnkosten deckenden Pflege und Wartung faktisch dazu zwingen würde, Pflegekräften oberhalb der Regelaltersgrenze allein aufgrund ihrer Versicherungsfreiheit eine verringerte Bruttovergütung zu zahlen und dadurch zu gesetzgeberisch unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen und negativen Beschäftigungsanreizen auf dem Arbeitsmarkt beizutragen. Offen lässt der Senat, ob eine solche mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze verbundene besondere Entgeltvereinbarung zu Lasten von im Pflegebereich beschäftigten versicherungsfreien Altersrentnern mit dem in der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die

Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*ABl L 303 S 16*) und in dem zur Umsetzung dieser Richtlinie in das deutsche Recht ergangenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8.2006 (*BGBI I 1897*) jeweils normierten Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar ist (*vgl Art 6 Abs 1 der Richtlinie 2000/78/EG und § 10 AGG*).

- 29 ee) Ergänzend weist der Senat schließlich noch darauf hin, dass die vom Beklagten unter Berufung auf das vorgenannte Schreiben des BMAS vertretene Auffassung (*s ebenso die in § 57 Abs 5 S 2 vorgesehene Regelung des "Ersten Arbeitsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts" des BMAS <Stand: 10.1.2017>*) mit der durch das Flexirentengesetz vom 8.12.2016 (*BGBI I 2838*) geschaffenen neuen Rechtslage für beschäftigte Altersrentner oberhalb der Regelaltersgrenze und dem vor dem Hintergrund eines zunehmenden Fachkräftemangels verfolgten grundlegenden (neuen) Ziel des Gesetzgebers, die Rahmenbedingungen für die Beschäftigung von älteren Arbeitnehmern zu verbessern und attraktiver zu gestalten (*vgl hierzu Begründung der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 27.9.2016 zum Entwurf des Flexirentengesetzes BT-Drucks 18/9787 S 1, 2, 22*), nicht zu vereinbaren sein dürfte.
- 30 Seit 1.1.2017 können Beschäftigte, die eine Vollrente beziehen und die Regelaltersgrenze bereits erreicht haben, durch Erklärung gegenüber ihren Arbeitgebern für die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses auf die Versicherungsfreiheit (*§ 5 Abs 4 S 1 Nr 1 SGB VI*) verzichten und somit versicherungspflichtig werden (*§ 5 Abs 4 S 2 und 3 SGB VI in der der Fassung des Flexirentengesetzes aaO*). Dadurch wirkt sich sowohl der nach bisherigen Recht für die Rentenhöhe wirkungslos gebliebene "isolierte" Arbeitgeberbeitragsanteil nach *§ 172 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB VI* (*vgl BSG Urteil vom 21.3.2007 - B 11a AL 9/06 R - SozR 4-4170 § 2 Nr 1 RdNr 22*) als auch der dann von den Beschäftigten (wieder) zu tragende Arbeitnehmerbeitragsanteil rentensteigernd aus (*vgl Begründung der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 27.9.2016 zum Entwurf des Flexirentengesetzes, BT-Drucks 18/9787 S 2, 22 f, 30*). Allerdings bedeutet dies zugleich eine Verringerung des Nettoentgelts des Beschäftigten. Davon könnten jedoch nach Ansicht des Gesetzgebers des Flexirentengesetzes "negative Beschäftigungsanreize" ausgehen, weshalb von der Einführung einer generellen Versicherungspflicht bei einer Beschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze abgesehen wurde. Der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass gerade durch die "Wahlmöglichkeit" zwischen Versicherungsfreiheit und Versicherungspflicht die Beschäftigungsanreize für ältere Arbeitnehmer erhöht werden, "da die Betroffenen die aus ihrer persönlichen Sicht bessere Option (höheres Nettoeinkommen oder Steigerung der Rente) wählen können" (*so die Begründung der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 27.9.2016 zum Entwurf des Flexirentengesetzes BT-Drucks 18/9787 S 25*). Die vom Beklagten unter Berufung auf das vorgenannte Schreiben des BMAS vom 2.11.2015 vertretene Auffassung, wonach eine Vergütungsvereinbarung mit einer wegen des Bezugs einer Regelaltersrente versicherungsfreien Pflegekraft nur in Höhe eines um den fiktiven Arbeitnehmeranteil zur gesetzlichen Rentenversicherung reduzierten Bruttoarbeitsentgelts angemessen iS des *§ 35 Abs 2 S 1 BVG* wäre, würde einer solchen Pflegekraft bei Anbahnung oder Fortsetzung eines Beschäfti-

gungsverhältnisses mit Versorgungsempfängern jedoch von vornherein die Option "höheres Nettoentgelt anstatt Steigerung der Rente durch Entrichtung des Arbeitnehmerbeitragsanteils" abschneiden. Der Gesetzgeber des Flexirentengesetzes wollte jedoch - wie dargestellt - gerade auch den Regelaltersrentnern diese "Wahlmöglichkeit" als möglichen Beschäftigungsanreiz ausdrücklich eröffnen.

- 31 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs 1 S 1 Teils 3 SGG iVm § 154 Abs 2 VwGO. Der Beklagte ist zur Kostentragung verpflichtet, weil er auch mit seiner Revision unterlegen ist.
- 32 5. Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 197a Abs 1 S 1 Teils 1 SGG iVm § 47 Abs 1 S 1, § 52 Abs 1 und Abs 3 S 1, § 63 Abs 2 S 1 GKG.