

umwandlungsrechtlichen Schutzinstrumentarium Geltung beanspruchen kann. Der Umsetzungsgesetzgeber ist auf den Betriebsrentenschutz im UmRUG besonders eingegangen. Damit könnte die Rentnergesellschaft abschließend reguliert sein. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn die Umwandlungsrichtlinie den Gläubigerschutz vollharmonisiert. Dann könnte man die Geltung einer an den Umwandlungsvorgang anknüpfenden besonderen Ausstattungsverpflichtung als unzulässige Überspannung des Gläubigerschutzes begreifen. Dagegen spricht zum einen, dass der Gläubigerschutz in der Umwandlungsrichtlinie mehrheitlich als mindestharmonisierend eingestuft wird.⁴² Verschärfungen des Schutzes sind danach zulässig, solange sie angemessen sind. Zum anderen ist zu bedenken, dass die Umwandlungsrichtlinie selbst in ihrem Erwägungsgrund 24 den Schutz der Betriebsrentner besonders herausstellt. Selbst wenn die Richtlinie im Bereich des Gläubigerschutzes vollharmonisierende Tendenz aufweisen würde, so liegt es nah, im Bereich des Betriebsrentenschutzes den Mitgliedstaaten im Sinne der Richtlinie einen größeren Gestaltungsspielraum einzuräumen. Nach beiden Auffassungen zum Harmonisierungsgrad ist daher eine schuldrechtliche Ausstattungspflicht parallel zum umwandlungsrechtlichen Schutzprogramm zulässig.

V. Ergebnis

Mit der Errichtung einer grenzüberschreitenden Rentnergesellschaft ändert sich das Gesellschafts- und Bilanzrechtsstatut. Durch die Wahl einer günstigeren Rechtsordnung können die durch das HGB implizierten Ausstattungsvorgaben unterlaufen werden. Zudem können sich die Modalitäten der Zwangsvollstreckung der Betriebsrentenansprüche und der PSVaG-Beiträge nachteilig ändern. Ein Entzug der gesetzlichen Insolvenzversicherung ist nicht zu befürchten, selbst wenn für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über eine ausländische Rentnergesellschaft das Insolvenzgericht des Zuzugsstaats zuständig sein sollte. Gegen die Gefahren einer grenzüberschreitenden Umwandlung für die Versorgungsgläubiger und den PSVaG bringt der Umsetzungsgesetzgeber ein ausdifferenziertes Schutzsystem in Stellung, das auf die Elemente „Information“ und „Missbrauchskontrolle“ setzt und die aufgeworfenen Probleme angemessen berücksichtigt. ■

42 Bayer/Schmidt BB 2019, 1922 (1933); Heckschen GWR 2020, 449 (451); MHdB GesR VI/Hoffmann, 5. Aufl. 2022, § 47 Rn. 121; tendenziell für Vollharmonisierung Bungert/Wansleben DB 2018, 2094 (2101).

Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Richterin am SG Dr. Melanie Röpke*

Entgeltumwandlung zum Ausgleich von Rentenminderungen

Der Einsatz von Abfindungszahlungen zum Ausgleich einer Rentenminderung ist allenthalben anerkannt. Ob dies auch durch Entgeltumwandlung geschehen kann, ist bisher nicht erörtert. Die Autoren plädieren dafür, dies als attraktives Arbeitgeberangebot anzuerkennen.

I. Einleitung

Nach § 187a SGB VI können bis zum Erreichen der Regelaltersrente Beiträge in die Deutsche Rentenversicherung (DRV) geleistet werden, um Rentenabschläge, die bei vorzeitiger Inanspruchnahme einer Rente wegen Alters entstehen, vollständig oder teilweise auszugleichen.¹ Die Beiträge können bis zu der Höhe gezahlt werden, die sich aus einer entsprechenden Auskunft des zuständigen Rentenversicherungsträgers ergibt (§ 109 V 4 SGB VI), und sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer geleistet werden. Die Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI werden von Arbeitgeberseite regelmäßig nur im Zusammenhang mit Personalabbauprogrammen oder Aufhebungsvereinbarungen gesehen. Die hier vereinbarten Abfindungen können genutzt werden, um diese als Ausgleichszahlungen gem. § 187a SGB VI in die DRV einzubringen.² Aber auch im laufenden Arbeitsverhältnis gibt es unabhängig von Abfindungsangeboten Anwendungsbereiche für die Ausgleichszahlungen zur Vermeidung von Rentenminderungen. So sehen bereits einzelne Tarifverträge sog. monatliche Zuschüsse des Arbeitgebers vor, die als Ausgleichszahlung gem. § 187a SGB VI in die DRV eingezahlt werden.³ Bisher noch nicht diskutiert ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch Arbeitsentgelte durch Entgeltumwandlung (auch Gehaltsumwandlung)⁴ als Ausgleichszahlung steuer- und sozialversicherungsoptimiert gem. § 187a SGB VI in die DRV eingebracht werden können. Weder Rechtsprechung noch Literatur haben diese Möglichkeit bis dato thematisiert.

II. Ausgleichszahlungen gem. § 187a SGB VI

Ein vorzeitiger Rentenbeginn bedeutet für Arbeitnehmer in der Regel weniger Rentenbeiträge und lebenslange Rentenabschläge. Jeder Monat des vorzeitigen Rentenbeginns vor der Regelaltersgrenze nach § 77 II Nr. 2a SGB VI führt zu einem lebenslangen Rentenabschlag von 0,3 % pro Monat.⁵ Dies kann zu einem lebenslangen Rentenabschlag der gesetzlichen Rente oder Hinterbliebenenrente von maximal bis zu 14,4 %⁶ führen. Diese Rentenabschläge können durch Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI vollständig ausgeglichen oder zumindest abgemildert werden. Voraussetzung für die Ausgleichszahlungen an die DRV ist gem. § 187a Ia SGB VI die Einholung einer Auskunft nach § 109 V 4 SGB VI. Diese Auskunft enthält die Höhe der Beitragszahlung, die zum Ausgleich einer Rentenminderung bei vorzeitiger Inanspruchnahme einer Rente wegen Alters erforderlich ist. Mit dem Antrag auf Auskunft nach § 109 V 4 SGB VI oder mit Leistung der Ausgleichszahlung verpflicht-

* Der Autor Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Steuerrecht in Hamburg; die Autorin Röpke ist Richterin am Sozialgericht Hamburg.

1 S. zu Ausgleichszahlungen gem. § 187a SGB VI ausf. Schönhöft/Röpke NZA 2021, 1610.

2 Vgl. dazu Schönhöft/Röpke NZA 2021, 1610 (1611).

3 S. dazu u. a. die Tarifverträge der IG Metall in NRW für das Schlosserhandwerk (<https://www.igmetall.de/service/publikationen-und-studien/metallzeitung/metallzeitung-ausgabe-november-2019/50-euro-extra-fuer-die-rente>) oder IG Metall Niedersachsen für das Metallhandwerk und die Bau- und Landmaschinentechnik (<https://www.igmetall.de/tarif/tarifunden/handwerk/rentenplus-und-mehr-geld-fuer-metallhandwerker>), nach denen Arbeitnehmer ab dem Alter von 50 Jahren einen Anspruch auf monatliche Zusatzzahlungen in die DRV auf der Grundlage des § 187a SGB VI haben.

4 Entgeltumwandlungen werden von Gewerkschaften nicht durchgängig unkritisch gesehen.

5 Nur bei Renten für besonders langjährige Beschäftigte nach §§ 38, 236b SGB VI sowie bei schwerbehinderten Menschen nach §§ 37, 236a SGB VI gibt es keine Rentenabschläge.

6 Maximaler Abschlag nach § 77 II Nr. 2 Buchst. a SGB VI.

tet sich der Arbeitnehmer nicht, tatsächlich frühzeitig in Rente zu gehen. Vielmehr kann er die Zahlung auch lediglich leisten, um sich diese Option offenzuhalten. Arbeitnehmer können daher auch entscheiden, bis zur Regelaltersgrenze weiterzuarbeiten und trotz der bereits ausgeglichenen Rentenabschläge nicht den vorzeitigen Rentenzugang in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall erhöhen die geleisteten Ausgleichszahlungen die Rentenanwartschaften.⁷ Eine Rückerstattung des einmal an die DRV gezahlten Geldes ist gem. § 187a III 3 SGB VI nicht möglich. Die Ausgleichszahlungen in die DRV können sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer geleistet werden und sind steuerrechtlich privilegiert. Bis zu 50 % der durch die DRV errechneten Ausgleichsbeträge⁸ sind gem. § 3 Nr. 28 EStG steuerfrei, wenn sie direkt durch den Arbeitgeber gezahlt werden. Begründet wird die Steuerfreiheit der Beiträge gem. § 3 Nr. 28 EStG damit, dass die Pflichtbeiträge des Arbeitgebers in Höhe des halben Gesamtbeitrags steuerfrei sind (§ 3 Nr. 62 EStG).⁹ Die steuerfreie Ausgleichszahlung durch den Arbeitgeber ist nach § 1 I Nr. 1 SvEV grundsätzlich auch von der Sozialversicherung beitragsfrei gestellt,¹⁰ soweit sie auch nach dem Sozialversicherungsrecht „zusätzlich“ erfolgt. Leistet der Arbeitnehmer die restlichen 50 % der durch die DRV errechneten Ausgleichsbeträge, besteht für den Arbeitnehmer ebenfalls über § 10 I Nr. 2 Buchst. a EStG eine Steuerprivilegierung. Arbeitnehmer können die andere Hälfte der Ausgleichszahlung vollständig oder in Teilzahlungen leisten und steuerlich als Sonderausgaben bis zum Höchstbetrag für Vorsorgeaufwendungen¹¹ geltend machen. Zumindest dann, wenn der Arbeitnehmer die Höchstbeträge nicht ausgeschöpft hat bzw. durch geplante Teilzahlungen steueroptimiert nach § 187a SGB VI leistet, kann über den Weg der Einkommensteuererklärung ebenfalls die vollständige Steuerfreiheit der Ausgleichszahlungen erreicht werden. Hier ist zu beachten, dass nach § 187a III SGB VI auch über mehrere Jahre hinweg immer wieder Teilzahlungen in die DRV geleistet werden können.¹² Um eine steueroptimale Gestaltung zu erreichen, ist jedem Arbeitnehmer aber eine entsprechende professionelle Steuerberatung zu empfehlen.

III. Entgeltumwandlung für Ausgleichszahlungen

Welche Anwendungsbereiche des § 187a SGB IV und die mit ihnen verbundene steuer- und sozialversicherungsrechtliche Privilegierung der Ausgleichszahlungen über die bereits bekannten Anwendungsfälle hinaus bestehen, wird soweit ersichtlich in der Praxis nicht diskutiert. Als Quelle für solche Ausgleichszahlungen kämen nicht nur das laufende Arbeitsentgelt, sondern vor allem einmalige Entgeltbestandteile, wie zB Urlaubs- und Weihnachtsgeld oder Bonuszahlungen in Betracht. Diese Zahlungen erhalten Arbeitnehmer neben ihrem laufenden monatlichen Arbeitsentgelt und können daher eher für zusätzliche Leistungen in die DRV entbehrt werden. Vorstellbar wäre daher, dass diese Entgeltbestandteile auf Wunsch des Mitarbeiters in Form einer Entgeltumwandlung nicht an den Arbeitnehmer ausgezahlt, sondern vom Arbeitgeber direkt als Ausgleichszahlung gem. § 187a SGB VI in die DRV eingezahlt werden. Attraktiv wäre dieses Modell jedoch vor allem dann, wenn diese Ausgleichszahlung gem. § 3 Nr. 28 EStG steuerfrei und/oder gem. § 1 I Nr. 1 SvEV sozialversicherungsfrei wäre. Insoweit bestünde über den Weg der Entgeltumwandlung die Möglichkeit der Umwidmung des steuer- und sozialversicherungspflichtigen Entgelts, so dass es erst zur nachgelagerten Versteuerung und Verbeitragung dieses Entgelts im Rah-

men des regelmäßig geringer besteuerten Rentenbezugs¹³ kommen würde.

1. Steuerfreiheit von Ausgleichszahlungen gem. § 187a SGB VI durch Entgeltumwandlung

§ 3 Nr. 28 EStG verlangt für die Steuerfreiheit nur, dass „die Zahlungen des Arbeitgebers zur Übernahme der Beiträge iSd § 187a SGB VI“ erfolgen, „soweit sie 50 Prozent der Beiträge nicht übersteigen“. Eine zusätzliche Zahlung des Arbeitgebers über das geschuldete Entgelt hinaus bedarf es für die Steuerfreiheit nicht, so dass eine Entgeltumwandlung, soweit diese arbeitsrechtlich zulässig ist, möglich ist. Die Voraussetzungen des § 3 Nr. 28 EStG wären demnach erfüllt, wenn der Arbeitgeber, anstatt zB das volle monatliche Arbeitsentgelt an den Arbeitnehmer auszuzahlen, einen Teilbetrag an die DRV gem. § 187a SGB VI zahlt, soweit dies 50 % der erforderlichen Ausgleichsbeiträge nicht übersteigt. Damit unterscheidet sich die steuerliche Privilegierung des § 3 Nr. 28 EStG von anderen Steuerbefreiungen, wie § 3 Nr. 15, 33, 34 und 37 EStG, die für die Steuerfreiheit der Zahlung verlangen, dass die Leistung des Arbeitgebers „zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn“ erbracht wird. Dieses sonst übliche sog. Zusätzlichkeitserfordernis verhindert die Nutzung von Entgeltbestandteilen durch Entgeltumwandlung oder Entgeltverzicht. Für § 3 Nr. 28 EStG gilt dieses sog. Zusätzlichkeitserfordernis¹⁴ ausweislich des Wortlauts der Vorschrift ausdrücklich nicht. Daher kann ein Arbeitnehmer auf eine zum geschuldeten Arbeitslohn gehörende Leistung des Arbeitgebers verzichten bzw. in Form einer Entgeltumwandlung umwidmen, so dass der Arbeitgeber stattdessen diese Leistung als Ausgleichszahlung steuerfrei in die DRV einzahlen kann.¹⁵ Diese steuerliche Optimierungsmöglichkeit stellt im Einkommensteuerrecht eine Besonderheit dar. Auch wenn diese für Arbeitnehmer steuerlich attraktive Möglichkeit der Ausgleichszahlung von bis zu 50 % der durch die DRV ausgewiesenen Ausgleichszahlung gesetzlich eindeutig ist, wird diese Möglichkeit in der steuerlichen und arbeitsrechtlichen Praxis weder thematisiert noch in der Praxis genutzt.

7 § 66 I Nr. 5 SGB VI.

8 Der Gesetzeswortlaut „soweit sie 50 Prozent der Beiträge nicht übersteigen“ ist insoweit etwas missverständlich. Die Beiträge beziehen sich nicht auf die Zahlung des Arbeitgebers, sondern auf den von der DRV errechneten Ausgleichsbeitrag, vgl. Blümich/Brandis/Heuermann, 130. EL Dez. 2023, EStG § 3 Nr. 28 Rn. 7; Kirchhof/Seer/v. Beckerath, 19. Aufl. 2020, EStG § 3 Nr. 28 Rn. 26; Hauck/Noftz/Diel, Loseblatt, Mai 2023, SGB VI § 187a Rn. 32.

9 Besprechung des GKV-Spitzenverbands, der Deutschen Rentenversicherung und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 21.11.2018, Nr. 6, S. 19 f.; Tallafuss, Spektrum 2018, DRV BaW, S. 17.

10 Ricken NZA 2019, 378; Besprechung des GKV-Spitzenverbands, der Deutschen Rentenversicherung und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 21.11.2018, Nr. 6, S. 19 f.

11 Seit dem Veranlagungsjahr 2023 beläuft sich dieser Höchstbetrag auf 26.527 EUR; bei zusammenveranlagten Ehegatten verdoppelt sich dieser Höchstbetrag auf 53.054 EUR.

12 Diese verlangen dann lediglich eine jeweils neue Berechnung des aktuellen erforderlichen Ausgleichsbetrags durch die DRV.

13 Regelmäßig ist der Steuersatz aufgrund der veränderten Einkommenssituation im Alter niedriger als während der Erwerbstätigkeit. Die gesetzliche Rente unterliegt einer niedrigen Sozialabgabenlast, da nur die Krankenversicherung und Pflegeversicherung anfallt. Arbeitslosenversicherung und Rentenversicherung entfallen.

14 Beck Steuer-Lotse/Schaffhausen, Stand 15.8.2023, Gehaltsumwandlung – Steuerbefreiungs- und Pauschalierungsvorschriften mit „Zusätzlichkeitserfordernis“.

15 Vgl. Beck Steuer-Lotse/Schaffhausen, Stand 15.8.2023, Gehaltsumwandlung – Steuerbefreiungs- und Pauschalierungsvorschriften ohne Zusätzlichkeitserfordernis.

2. Sozialversicherungsfreiheit von Ausgleichszahlungen gem. § 187a SGB VI durch Entgeltumwandlung

Bei versicherungspflichtig Beschäftigten erfolgt in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung die Beitragsbemessung auf der Grundlage des Arbeitsentgelts (§ 226 I Nr. 1 SGB V, § 57 I SGB XI, § 162 Nr. 1 SGB VI, § 342 SGB III). Gemäß § 14 I SGB IV zählen zum Arbeitsentgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, 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. Bei einer Ausgleichzahlung in die DRV durch den Arbeitgeber durch Entgeltumwandlung handelt es sich zweifelsfrei um Arbeitsentgelt. Auch ist von Barlohn und nicht Sachbezug auszugehen, da der Arbeitnehmer Rentenversicherungsnehmer ist und er vom Arbeitgeber hierfür eine zweckgebundene Geldleistung bekommt.¹⁶

Für die Sozialversicherungsfreiheit der durch Entgeltumwandlung vorgenommenen Ausgleichszahlung ist daher die Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt (SvEV) maßgeblich. Gemäß § 17 I 1 Nr. 1 SGB IV ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zur Wahrung der Belange der Sozialversicherung der Arbeitsförderung, zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung oder zur Vereinfachung des Beitragseinzugs zu bestimmen, dass einmalige Einnahmen oder laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse oder ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, und steuerfreie Einnahmen ganz oder teilweise nicht als Arbeitsentgelt gelten. Nach § 17 I 2 SGB IV ist dabei eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit den Regelungen des Steuerrechts sicherzustellen. Die SvEV folgt diesem Zweck und führt regelmäßig zu einer parallelen Behandlung von Steuer- und Sozialrecht, soweit nicht weitere Voraussetzungen dem entgegenstehen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Entgeltbegriff im Steuerrecht und im Sozialrecht immer deckungsgleich sein muss.¹⁷ Vorrangig ist die Trennung von steuerrechtlichem und sozialversicherungsrechtlichem Entgeltbegriff iSv § 14 I SGB IV.¹⁸ Nach dem BSG¹⁹ kann der Begriff des Arbeitslohns (§ 19 I EStG) bzw. des Arbeitsentgelts (§ 14 I SGB IV) zu unterschiedlichen Beurteilungen kommen. Dies soll aber nur der Fall sein, wenn für das Beitragsrecht nicht eine Geltungsanordnung des Steuerrechts besteht oder sich aus dem Sozialversicherungsrecht eine andere Einordnung der Zahlung ergibt.²⁰ Eine solche Geltungsanordnung sollte eigentlich der SvEV zu entnehmen sein, wo sie die (Lohn-)Steuerfreiheit als Voraussetzung für die Beitragsfreiheit übernimmt. Nach § 1 I 1 SvEV sind dem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsentgelt einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, soweit sie lohnsteuerfrei sind, nicht zuzurechnen. Die (Lohn-)Steuerfreiheit der durch Entgeltumwandlung umgewidmeten Ausgleichszahlung in die DRV besteht in den Grenzen des § 3 Nr. 28 EStG, wie bereits oben festgestellt. Allerdings stellt § 1 I 1 SvEV anders als § 3 Nr. 28 EStG das Erfordernis auf, dass die Zuwendungen „zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern“ gewährt werden. Das BSG hat im Jahr 2021 hinsichtlich der Frage, ob ein sozialversicherungspflichtiges Entgelt bei Verzicht auf Ent-

geltbestandteile bzw. Entgeltumwandlung vorliegt, entschieden, dass Gehaltsanteile, die anstelle des Bruttoarbeitslohns erzielt werden, sozialversicherungspflichtiges Entgelt sind und der Beitragspflicht unterliegen.²¹ Dabei ist das BSG zur Frage der Zusätzlichkeit von seiner bisherigen Rechtsprechung und von der aktuellen Rechtsprechung des BFH²² abgewichen. Nach dem BSG²³ erfüllt daher eine Entgeltumwandlung des Bruttoloohns generell das Zusätzlichkeits-erfordernis nicht, da es das Surrogat für den verzichteten Lohnanteil darstelle. Das BSG hat in dieser Entscheidung das beitragsrechtliche Zusätzlichkeits-erfordernis neu definiert und damit eigene sozialversicherungspflichtige Anforderungen gestellt.²⁴ Als Reaktion auf diese Entscheidung passten der GKV-Spitzenverband, die Deutsche Rentenversicherung Bund und die Bundesagentur für Arbeit ihre Besprechungsergebnisse über den gemeinsamen Beitragseinzug an und „definierten“ das beitragsrechtliche Zusätzlichkeits-erfordernis neu.²⁵

Diese neuere und nicht näher begründete Rechtsprechung des BSG erscheint nicht ganz konsistent, da das BSG²⁶ nach wie vor die Entgeltumwandlung von Zahlungen für eine private Altersversorgung oder den Barlohnverzicht zugunsten eines Dienstwagens²⁷ beitragsfrei für möglich hält. Auch weicht die Rechtsprechung des BSG von der Rechtsprechung des BFH²⁸ ab, nach dem eine Gehaltsumwandlung nicht generell zusätzlichkeitsschädlich sein soll.²⁹ Ferner stellt sich die Frage, ob bei den Entgeltumwandlungen die Rechtsprechung zu steuerbefreiten Verwendungszwecken ohne Zusätzlichkeits-erfordernis wie bei § 3 Nr. 28 EStG überhaupt einschlägig ist. Sozialversicherungsrechtlich sind bei der Frage grundsätzlich die Kriterien des steuerrechtlichen Zusätzlichkeits-erfordernisses und der durch das Jahressteuergesetz 2020³⁰ in Reaktion auf die Rechtsprechung des BFH eingeführte § 8 IV EStG in Ansatz zu bringen. Das geänderte Zusätzlichkeits-erfordernis nach § 8 IV EStG betrifft aber nur diejenigen Lohnformen, die im Gesetz mit dem Zusätzlichkeitsvorbehalt versehen sind. Für § 3 Nr. 28 EStG ist aus steuerlicher Sicht § 8 IV EStG daher nicht einschlägig. Steuerlich wird daher entgegen der vom BSG vertretenen Surrogatschädlichkeit das Begünstigungsziel ohne eine Zusätzlichkeit erreicht. Allerdings soll nach dem GKV-Spitzenverband § 8 IV EStG im Beitragsrecht der Sozialversicherung auch dann maßgeblich sein, wenn für bestimmte Tatbestände steuerlich ein Zusätzlichkeits-erfordernis nicht verlangt wird.³¹

- 16 BFH 4.7.2018 – VI R 16/17, BFHE 261, 543 = NZA-RR 2019, 167.
 17 BSG 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.
 18 Krauskopf/Stäbler, 119. EL Juni 2023, SGB IV § 17 Rn. 9.
 19 BSG 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.
 20 BSG 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 Rn. 23 = NZA 2021, 1460; Thomas NZS 2022, 246 (247).
 21 BSG 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.
 22 BFH 1.8.2019 – VI R 32/18, BFHE 265, 513 = NZA 2019, 1630 = DStR 2019, 2247.
 23 BFH 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.
 24 Vgl. Thomas NZS 2022, 246 f.
 25 Besprechung des GKV-Spitzenverbands, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 11.11.2021, Nr. 1, S. 3 ff.
 26 BSG 23.7.2004 – S 13 KR 20/03, NZS 2005, 486.
 27 BSG 2.3.2010 – B 12 R 5/09, NZS 2011, 267; vgl. dazu steuerrechtlich BFH 20.8.1997 – VI B 83/97, BFHE 183, 568 = DStR 1997, 1642 = NJW 1998, 104.
 28 BFH 1.8.2019 – VI R 32/18, BFHE 265, 513 = NZA 2019, 1630 = DStR 2019, 2247.
 29 Vgl. Thomas NZS 2022, 246 (247 f.); ggf. wäre der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe anzurufen (§ 2 I RsprEinhG).
 30 JStG 2020 vom 21.12.2020 (BGBl. 2020 I 3096 ff.).
 31 Besprechung des GKV-Spitzenverbands, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 11.11.2021, Nr. 1, S. 6.

Während steuerlich ausdrücklich in § 3 Nr. 28 EstG kein Zusätzlichkeitsvorbehalt nach § 8 IV EStG verlangt wird, werden über das Beitragsrecht die Kriterien nach § 8 IV EStG zur Anwendung gebracht. Das Ergebnis irritiert aus mehreren Gründen. Der Sinn und Zweck der Begünstigungsvorschrift des § 3 Nr. 28 EStG spricht dafür, dass der Gesetzgeber seine Förderung nicht nur an freiwillige Finanzierungsbeiträge des Arbeitgebers knüpfen wollte. Denn nicht durch die Freiwilligkeit der Arbeitgeberleistung, sondern durch die – gesetzlich angeordnete und arbeitsvertraglich vereinbarte – zweckgebundene Verausgabung des steuerbegünstigten Arbeitslohns werden die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele erreicht.³² Der Begünstigungserfolg wäre danach regelmäßig von einer Lohnerhöhung abhängig. Dazu werden Arbeitgeber aber nur in wenigen Fällen bereit sein. Schließlich bewirkt die Verbeitragung der Ausgleichzahlung in die DRV eine Fehlsteuerung. Der Kostenvorteil der Ausgleichzahlung in die DRV für Arbeitnehmer im Verhältnis zur Einzahlung in eine private oder betriebliche Altersversorgung, der sich regelmäßig in einem günstigeren Preis-Leistungsverhältnis niederschlägt, wird durch die Sozialabgabenlast erheblich reduziert. Durch die nachgelagerte Versteuerung und Verbeitragung der Renten kommt es darüber hinaus zu der zwar zulässigen, aber möglichst zu vermeidenden Doppelverbeitragung.³³ Zu berücksichtigen ist aber auch, dass das BSG das „Zusätzlichkeitserfordernis“ der SvEV angenommen hat, wenn im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge künftige Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt und vom Arbeitgeber Direktversicherungsbeiträge gezahlt wurden.³⁴ Auch wenn das BSG diese Rechtsprechung von seinen neuen Anforderungen an das Zusätzlichkeitserfordernis nicht berührt sieht,³⁵ stellt sich die Frage, welche Besonderheit hier vorliegt, dass eine sozialversicherungsfreie Entgeltumwandlung bei einer Einzahlung in eine betrieblichen Altersversorgung, nicht aber in eine gesetzliche Altersversorgung möglich sein soll. Hier lässt sich argumentieren, dass die Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI und die Prämien für eine Direktversicherung vergleichbar gelagert sind, da sie der Absicherung des Arbeitnehmers im Alter dienen und auch nicht vom Arbeitnehmer aus der Direktversicherung bzw. der gesetzlichen Rentenversicherung zurückgeholt werden können.

Rechtssicher ist dennoch nicht anzunehmen, dass es sich bei der Umwandlung von Arbeitsentgelt in Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI um einen Fall handelt, in dem das BSG die Erfüllung des Zusätzlichkeitserfordernisses annehmen würde. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BSG und der Verwaltungspraxis ist auch bei der Verwendung von Arbeitsentgelt durch Entgeltumwandlung als Ausgleichszahlungen gem. § 187a SGB VI von der Sozialversicherungspflicht auszugehen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die umgewandelten Arbeitsentgelte die Beitragsbemessungsgrenze überschreiten. Ein Verzicht der Arbeitnehmer auf einen Teil ihrer steuer- und beitragspflichtigen Grundvergütung zugunsten einer Ausgleichszahlung nach § 187a SGB VI ist nach den Kriterien des BSG als Surrogat für den Bruttolohnverzicht zu werten. Insoweit liegt nach dem BSG darin ein nicht abtrennbarer, integraler Bestandteil der insgesamt vereinbarten neuen Vergütung. Vor- und Nachteilseinräumung durch Entgeltverzicht auf der einen und ergänztes Leistungsspektrum auf der anderen Seite sind nicht trennbar. Zwar sieht das Steuerrecht für Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI kein Zusätzlichkeitserfordernis vor. § 1 I 1 Nr. 1 SvEV verlangt dies aber für die Sozialversicherungsfreiheit. In den Besprechungsergebnissen³⁶ über den gemeinsamen Beitragseinzug

wird nunmehr mit dem BSG³⁷ davon ausgegangen, dass es bei Entgeltumwandlungen im Sinne eines vorherigen Entgeltverzichts und daraus resultierenden neuen Zuwendungen des Arbeitgebers generell an der Zusätzlichkeit der Zuwendungen fehlt. Um nicht in das Risiko einer Beanstandung in einer Betriebsprüfung nach § 28p SGB IV zu geraten, ist deshalb anzunehmen, dass bei einer Entgeltumwandlung von Arbeitsentgelt das Zusätzlichkeitserfordernis in der Regel nicht vorliegt. Insoweit wäre die Ausgleichszahlung bei Einhaltung der Grenzen des § 3 Nr. 28 EstG zwar (lohn-)steuerfrei, aber nicht sozialversicherungsfrei.

IV. Fazit

Angebote des Arbeitgebers im laufenden Arbeitsverhältnis die Möglichkeit von Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI im Rahmen der Entgeltumwandlung anzubieten, können ein attraktives Angebot für Arbeitnehmer sein, Nachteile durch einen früheren Renteneintritt abzumildern oder die Rentenansprüche zu erhöhen. Dennoch ist die Regelung des § 187a SGB VI nach wie vor in der Praxis kaum bekannt. Dies zeigt sich vor allem bei der Frage der Nutzung der Entgeltumwandlung, um Ausgleichszahlungen zu leisten. Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Beitragsfreiheit der Entgeltumwandlung steht einem breiteren Anwendungsbereich der Regelung entgegen. Letztlich widerspricht die Rechtsunsicherheit dem eigentlichen Gesetzeszweck der Förderung dieser Ausgleichszahlung. Während die sozialversicherungsfreie Entgeltumwandlung zugunsten dieser begünstigten Leistung bis zur Rechtsprechungsänderung des BSG möglich war, ist dies nach dem Umwandlungsverbot des BSG so nicht mehr der Fall. Jetzt ist der volle Begünstigungserfolg regelmäßig von einer Lohnerhöhung abhängig, wozu Arbeitgeber nur bei wenigen Arbeitnehmern bereit sein werden. Für eine generelle Beitragsfreiheit im Sozialversicherungsrecht von Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI sprechen gute Gründe. Allerdings wird man sich zurzeit an die beitragsrechtliche Praxis halten müssen, um hier als Arbeitgeber nicht in eine Haftung zu laufen. Die Verwendung des Arbeitsentgelts im Wege der Entgeltumwandlung für Ausgleichszahlungen nach § 187a SGB VI kann aber (lohn-)steuerfrei im Rahmen des § 3 Nr. 28 EstG erfolgen. Aufgrund der (Lohn-)Steuerfreiheit sollte die Entgeltumwandlung für Ausgleichszahlungen von laufendem Arbeitsentgelt im Arbeitsverhältnis dennoch in den Blick genommen werden. Aufgrund des späteren Rentenzugangs werden immer mehr Arbeitnehmer über den vorzeitigen, nicht abschlagfreien Rentenzugang nachdenken müssen. Um dies für eine breite Arbeitnehmerschaft finanziell überhaupt möglich zu machen, können Arbeitgeber mit der Entgeltumwandlung ein attraktives Angebot machen. ■

32 So auch der BFH bei Steuerbefreiungen, die sogar das Zusätzlichkeitserfordernis verlangen: BFH 1.8.2019 – VI R 32/18, BFHE 265, 513 Rn. 19 = NZA 2019, 1630.

33 BVerfG 28.2.2008 – 1 BvR 2137/06, BVerfGK 13, 372 = NZS 2009, 91, bestätigend BVerfG 6.9.2010 – 1 BvR 739/08, BVerfGK 18, 4 = NZS 2011, 463.

34 BSG 14.7.2004 – B 12 KR 10/02 R, BSGE 93, 109 = NZS 2005, 486; 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.

35 BSG 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.

36 Besprechung des GKV-Spitzenverbands, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 11.11.2021, Nr. 1, S. 6; Besprechung des GKV-Spitzenverbands, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 4.5.2023, Nr. 4, S. 19 f.

37 BSG 23.2.2021 – B 12 R 21/18 R, BSGE 131, 260 = NZA 2021, 1460.