

9 Sa 807/08
13 Ca 6947/06
(ArbG München)

Verkündet am: 27.02.2009

Janowski, Amtsinspektorin
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

G.

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

gegen

Firma W.

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen
Verhandlung vom 21. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht
Dr. Dunkl und die ehrenamtlichen Richter Rinck und Mugler

für Recht erkannt:

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Anerkenntnis- und Endurteil des Arbeitsgerichtes München vom 26.6.2008 – 13 Ca 6947/06 – in Ziffern 1. bis 4. abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 2.486,10 (in Worten: zweitausendvierhundertsechsendachtzig 10/100 Euro) netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus € 1.647,- (in Worten: eintausendsechshundertsiebenundvierzig Euro) seit 2.6.2006 und aus weiteren € 789,10 (in Worten: siebenhundertneundachtzig 10/100 Euro) seit 6.10.2006 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der Firmenkasse mit einem Kassenbestand von € 2.154,- (in Worten: zweitausendeinhundertvierundfünfzig Euro), unter Anrechnung der Vergütung aus € 2.486,10 (in Worten: zweitausendvierhundertsechsendachtzig 10/100 Euro) brutto gemäß dem Anerkenntnisurteil vom 26.6.2008.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 1.796,10 (in Worten: eintaussendsiebenhundertsechsendneunzig 10/100 Euro) netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 1.6.2006 zu zahlen unter Anrechnung von € 1.796,10 (in Worten: eintaussendsiebenhundertsechsendneunzig 10/100 Euro) brutto gemäß dem Anerkenntnisurteil vom 26.6.2008.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreites zu tragen.
4. Der Streitwert wird auf € 4.282,- festgesetzt.

II.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug für die Monate April und Mai 2006 sowie über Urlaubsabgeltung.

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 1.8.2003 bis 31.5.2006 in einer S. in D. beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde von der Beklagten im April 2006 außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum 31.5.2006 gekündigt. Im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses wurde vom LAG München (9 Sa 1390/06) rechtskräftig entschieden, dass das Arbeitsverhältnis infolge ordentlicher Kündigung geendet hat.

Zwischen den Parteien wurde kein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen. Sie haben eine geringfügige Beschäftigung der Klägerin vereinbart (siehe Fragebogen für geringfügig Beschäftigte (400 Euro-Kräfte) Bl. 46/47 d. A.). In dem Fragebogen hat die Klägerin durch „Ankreuzen“ erklärt, dass sie keine weiteren Beschäftigungsverhältnisse hat, dass sie nicht in einer gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist und es bei der Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung verbleibt. Die Klägerin erhielt jedoch von der Beklagten vom Beginn ihres Arbeitsverhältnisses an nicht nur € 400,- monatlich, sondern darüber hinausgehende Beträge und zwar nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin (gem. der Aufstellung Bl. 92/93 d. A.) für die Zeit August bis Dezember 2003 insgesamt € 7.366,27 (zusammengesetzt aus 5 x € 400,- Grundlohn und € 5.366,27 Überstundenlöhne), für 2004 insgesamt € 20.703,23 (zusammengesetzt aus 12 x € 400,- 1. Grundlohn, 12 x € 900,- 2. Grundlohn, € 1.747,50 Überstundenlöhne, € 2.907,47 Umsatzprovision ohne B.-provision, € 448,26 Provision monatlich B.-umsätze), für 2005 insgesamt € 21.436,73 (zusammengesetzt aus 12 x € 400,- 1. Grundlohn, 12 x € 900,- 2. Grundlohn, € 1.688,78 Überstundenlöhne, € 3.705,15 Umsatzprovision ohne B.-provision und € 442,80 Provision monatliche B.-umsätze). Für Januar 2006 erhielt die Klägerin von der Beklagten insgesamt € 1.653,02, für Februar 2006 € 1.611,11 und für März 2006 € 2.086,87.

Die Beklagte hat die Klägerin dennoch von Anfang an steuer- und sozialversicherungsrechtlich als eine mit € 400,- monatlich geringfügig Beschäftigte behandelt und die Lohnsteuern und Sozialversicherungsleistungen nicht nach dem tatsächlichen Verdienst abgeführt.

Nach ihrem letzten Arbeitseinsatz nahm die Klägerin die Geschäftskasse mit einem Kassenbestand von € 2.154,- an sich und hat sie bisher nicht herausgegeben. Die Beklagte ihrerseits hat der Klägerin weder die Vergütung für den Monat April noch für den Monat Mai 2006 bezahlt; auch die Urlaubsabgeltung für 2006 wurde nicht bezahlt.

Mit ihren Klagen zum Arbeitsgericht München (13 Ca 6947/06 und 26 Ca 9186/07, die am

19.8.2006 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden wurden) forderte die Klägerin für April 2006 Lohn in Höhe von € 1.646,10 netto sowie eine Urlaubsabgeltung in Höhe von € 840,- netto und für Mai 2006 Lohn in Höhe von € 1.796,10 netto.

Die Klägerin hat mit Schreiben vom 2.8.2006 (Bl. 91 d. A.) beim Finanzamt D. eine „Selbstanzeige wegen Nichtzahlung von Lohnsteuer“ erstattet. Die Klägerin wurde daraufhin vom Finanzamt im Nachhinein zur Zahlung der Lohnsteuer auf die mitgeteilten Verdienstbeträge veranlagt. Gegen den entsprechenden Steuerbescheid hat sie Einspruch eingelegt.

Die Beklagte hat für die Monate April und Mai 2006 Sozialversicherungsbeiträge auf der Grundlage eines Bruttolohns von € 1.300,- für die Klägerin nachentrichtet.

Die Klägerin ist der Auffassung, da sie über einen längeren Zeitraum Nettozahlungen erhalten habe, bestehe eine Nettolohnabrede. Diese ergebe sich aber auch aus § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV, wonach ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gelte, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und Arbeitsförderung nicht gezahlt worden seien.

Die Klägerin beantragte im ersten Rechtszug:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 2.486,10 netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der Firmenkasse mit einem Kassenbestand von € 2.154,-.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 1.796,10 netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 1.6.2006 an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte hat die Forderungen als Bruttolohn anerkannt und beantragte im Übrigen die Klageabweisung

und führte aus, zwischen den Parteien habe keine Nettolohnabrede, sondern eine Bruttolohnvereinbarung bestanden. Zahlungen in der eingeforderten Höhe als Nettoentgelt seien auch nicht ortsüblich, da das Lohnniveau niedriger liege. Es fehle an einem substantiierten Vortrag der Klägerin zu der von ihr behaupteten Nettolohnvereinbarung.

Das Arbeitsgericht München hat durch Anerkenntnis- und Endurteil vom 26.6.2008 die Beklagte zur Zahlung von € 2.486,10 brutto als Arbeitsentgelt für April 2006 und Urlaubsabgeltung und von € 1.796,10 brutto als Arbeitsentgelt für Mai 2006 verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin habe lediglich Anspruch auf Zahlung von Bruttobeträgen, da eine Nettolohnvereinbarung nicht vorliege. Aus der Tatsache, dass der Klägerin ein Teil ihrer Vergütung „schwarz“ zufließen sollte, folge nicht automatisch, dass die Parteien beabsichtigten, der Klägerin in jedem Falle den gesamten Betrag netto zuzuweisen. Vielmehr sei die Abrede dahin gewesen, dass die Klägerin einen sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Vorteil aus der Abrede ziehen sollte, bei der die Beklagte sich die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen sparen sollte. Da dieser Teil der Vereinbarung unwirksam sei, sei vom Normalfall einer Bruttolohnvereinbarung auszugehen. Dem stehe auch nicht § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV entgegen. Nach dieser Vorschrift gelte ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und Arbeitsförderung nicht bezahlt worden seien. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei dieser Regelung um eine sozialversicherungsrechtliche Vorschrift handele, die primär dem Zweck diene, für den Sozialversicherungsträger im Falle einer Schwarzgeldabrede eine Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu haben. Zweck sei nicht, dem Arbeitnehmer, der sich in rechtswidriger Weise an einer Schwarzgeldvereinbarung beteiligt habe, ein überhöhtes Nettoarbeitsentgelt zu sichern. Der Gesetzgeber wolle durch diese Regelung ersichtlich der Sozialversicherung und dem Fiskus die Steuern und Beiträge sichern, die bei Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung nicht anfallen würden. Vorliegend seien darüber hinaus Sozialversicherungsbeiträge aus dem nach Auffassung der Beklagten gerechtfertigten Bruttoarbeitsentgelt abgeführt worden, so dass die Voraussetzung einer Nichtzahlung von Steuern und von Beiträgen zur Sozialversicherung nicht vorliegen.

Bezüglich des Vorbringens der Parteien im ersten Rechtszug sowie der rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichtes im Einzelnen wird auf den Inhalt des Anerkenntnis- und Endurteils des Arbeitsgerichtes München vom 26.6.2008 verwiesen.

Die Klägerin hat gegen dieses Urteil, das ihr am 25.7.2008 zugestellt wurde, am 21.8.2008 Berufung eingelegt und diese am 25.9.2008 auch begründet.

Sie trägt vor, es sei eine Nettolohnvereinbarung dahingehend getroffen worden, dass ihr € 1.300,- netto monatlich zuzüglich Provisionen zustünden. Zwar fehle eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung, doch sei eine Vereinbarung dieses Inhaltes aufgrund eines

entsprechenden Verhaltens der Parteien anzunehmen, da die Beklagte nicht bloß über einen längeren Zeitraum hinweg Nettobeträge an die Klägerin zahlte, sondern auch ihre Nettozahlungsverpflichtung schriftlich anerkannt habe. Für den Zeitraum 1.8.2003 bis März 2006, also lückenlos über 33 Monate habe die Klägerin Nettozahlungen erhalten. Wenn bei einem 35 Monate dauernden Arbeitsverhältnis für 33 Monate sich aus dem tatsächlichen Verhalten der Parteien, sprich den tatsächlich erfolgten Gehalts- und Provisionszahlungen eine Nettovereinbarung ergebe, dann könne für die letzten zwei Monate des Arbeitsverhältnisses auch nichts anderes gelten. Ebenso wenig überzeuge die Argumentation des Arbeitsgerichtes hinsichtlich § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV. Dabei trete die Klägerin den Erwägungen, welche das Arbeitsgericht zu Sinn und Zweck der Vorschrift anstelle, nicht entgegen. Allerdings solle die Vorschrift des Sozialgesetzbuches IV bloß sicher stellen, dass den Sozialversicherungen eben über die dort geregelte Bemessungsgrundlage die Beiträge, errechnet aus dem Nettoschwarzgeld zufließen sollen. Dies sei aber eine rein sozialrechtliche Betrachtungsweise, vorliegend gehe es aber darum, welche Vergütungsvereinbarung zwischen Klägerin und Beklagter bestanden habe.

Die Klägerin beantragt im Berufungsverfahren:

Die Beklagte wird unter Abänderung des am 26.6.2008 verkündeten, am 25.7.2008 zugestellten Urteils des Arbeitsgerichtes München, Az.: 13 Ca 6947/06, verurteilt an die Klägerin € 2.486,10 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der Firmenkasse mit einem Kassenbestand von € 2.154,-, dies unter Anrechnung der Vergütung aus € 2.486,10 brutto gemäß dem Anerkenntnisurteil vom 26.6.2008

sowie

an die Klägerin € 1.796,10 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 1.6.2006 an die Klägerin zu zahlen, dies unter Anrechnung von € 1.796,10 brutto gemäß dem Anerkenntnisurteil vom 26.6.2008.

Die Beklagte beantragt dagegen

die kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung

und trägt vor, zwischen den Parteien sei keine Nettolohnvereinbarung getroffen worden. Das Begehren der Klägerin habe keine Aussicht auf Erfolg.

Bezüglich des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt des Schriftsatzes der Klägerin vom 25.9.2008 (Bl. 185 – 192 d. A.), auf den Schriftsatz der Beklagten vom 29.10.2008 (Bl. 205 – 209 d. A.) und auf den Schriftsatz vom 4.2.2009 (Bl. 227 – 229 d. A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichtes München vom 26.6.2008 ist zulässig und auch begründet. Die Klägerin hat Anspruch darauf, dass die vom Arbeitsgericht zugesprochenen Beträge nicht lediglich brutto, sondern netto bezahlt werden.

1. Das Arbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Klägerin nicht schlüssig dargelegt hat, dass zwischen ihr und der Beklagten eine Nettolohnvereinbarung getroffen wurde. Mit der Abrede, einen (den größeren) Teil der Arbeitsvergütung ohne Entrichtung geschuldeter Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen, haben die Parteien noch keine Nettolohnabrede getroffen. Mit der „Schwarzgeldabrede“ bezwecken die Parteien, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, nicht jedoch deren Übernahme durch den Arbeitgeber (so BAG AP Nr. 24 zu § 134 BGB; BGH NJW 1992, 2240; BSG 64, 110).

Da sich aus dem Umstand der Auszahlung von Arbeitsentgelt ohne Abführung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge in der tatsächlich geschuldeten Höhe somit noch keine Nettolohnvereinbarung ergibt, hätte es der konkreten Darlegung durch die Klägerin bedurft, wann sie mit wem konkret vereinbart hat, dass die Beklagte auf die ausbezahlten Vergütungsbeträge auch noch die Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abführt. Hierzu fehlt jedoch ein konkreter Vortrag der Klägerin. Im Übrigen spricht schon der Inhalt einer Schwarzgeldabrede gegen eine Nettolohnvereinbarung, da zur Nettolohnvereinbarung zwingend gehört, dass der Arbeitgeber die Lohnsteuer und die Sozialversicherungsbeiträge gänzlich aus eigener Tasche abführt; mit der Schwarzgeldabrede will aber im Gegenteil der Arbeitgeber erreichen, dass überhaupt keine bzw. nur geringere Lohnsteuern und Sozialabgaben

abgeführt werden.

2. Der Nettolohnanspruch der Klägerin ergibt sich jedoch aus § 14 Abs. 2 SGB IV.

a) Gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV gilt ein Nettoarbeitsentgelt – per gesetzlicher Fiktion – als vereinbart, wenn bei einem illegalen Beschäftigungsverhältnis Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht abgeführt werden. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind im vorliegenden Falle erfüllt. Ein illegales Beschäftigungsverhältnis liegt auch dann vor, wenn eine „Schwarzgeldvereinbarung“ getroffen wurde, also Lohnsteuern und Beiträge zur Sozialversicherung nicht - oder vereinbarungsgemäß – nicht in voller Höhe bezahlt wurden (vgl. Kass.Komm. § 14 SGB IV Rz. 140; Nomos Komm. § 14 SGB IV Rz. 64). Denn die Beklagte hat die Klägerin lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtlich als geringfügig Beschäftigte i.S. von § 8 Abs. 1 Z. 1 SGB IV mit einem monatlichen Arbeitsentgelt in Höhe von € 400,- geführt, obwohl das von der Beklagten an die Klägerin tatsächlich gezahlte monatliche Arbeitsentgelt von Anfang an € 400,- monatlich erheblich überschritten hat. Dies hatte zur Folge, dass die Beklagte für die Klägerin keine bzw. geringere Beiträge für die gesetzliche Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt hat, da insoweit bei geringfügiger Beschäftigung Versicherungsfreiheit besteht (vgl. § 7 SGB V, § 5 Abs. 2 SGB VI, § 27 Abs. 2 SGB III) und auch bei der Krankenversicherung und der Rentenversicherung keine Ausnahme von der Beitragsfreiheit besteht; so hat nämlich die Klägerin im Fragebogen vom 22.11.2004 angegeben, dass sie nicht bereits in einer gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist; damit tritt die Ausnahme vom Grundsatz der Beitragsfreiheit gemäß § 249 b SGB V nicht ein (vgl. Küttner, Personalbuch 2008, S. 1272 Rz. 59); ferner hat die Klägerin im Fragebogen nicht auf die Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung verzichtet und damit wurde auch insoweit die Versicherungsfreiheit nicht beseitigt, vgl. § 5 Abs. 2 SGB VI; die Beklagte hatte somit nur einen Beitrag in Höhe von 15% abzuführen, § 5 Abs. 4 SGB VI. Bei der Lohnsteuer hatte die Beklagte nur einen Pauschsteuersatz auf die € 400,- zu entrichten, § 40a EStG. Es wurden im vorliegenden Falle alle drei in § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV aufgeführten Abgaben zumindest teilweise hinterzogen, also sowohl Lohnsteuern als auch Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung. Damit wird gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV die Vereinbarung eines Nettoarbeitsentgeltes fingiert. Der Zweck dieser Fiktion, die mit Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.7.2002 eingeführt wurde, liegt darin, den Arbeitgeber vom Abschluss auch solcher „Schwarzgeldvereinbarungen“ abzuhalten (siehe BAG vom 26.2.2003 5 AZR 690/01). Bei

der Lohnsteuer hatte die Beklagte nur einen Pauschalsteuersatz auf die € 400,- zu entrichten, gemäß § 40a Abs. 2 EStG.

Im vorliegenden Falle handelt es sich entgegen der Auffassung der Beklagten um eine „umfassende Schwarzgeldabrede“, die unter § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV fällt, denn es sind nicht Beiträge auf einer zu niedrigen Bemessungsgrundlage abgeführt worden, sondern allenfalls auf einer falschen Bemessungsgrundlage; die Bemessungsgrundlage für die Lohnsteuer sowie für Sozialversicherungsbeiträge bei Versicherungsfreiheit unterscheiden sich nämlich grundlegend von den Bemessungsgrundsätzen bei „normalen“, nicht geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen. Auch der Umstand, dass die Beklagte nun nachträglich nach der Selbstanzeige durch die Klägerin auf der - wiederum unzutreffenden – Basis von € 1.300,- brutto monatlich für April und Mai 2006 Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat, beseitigt die ursprüngliche Schwarzgeldabrede und damit die Illegalität des Beschäftigungsverhältnisses im Zeitpunkt April und Mai 2006 nicht.

b) Ist ein Nettoarbeitsentgelt vereinbart bzw. gilt es als gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV als vereinbart, so gelten gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV als Arbeitsentgelt die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und der seinem gesetzlichen Anteil entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung. Dies bedeutet, der Vergütung des Arbeitnehmers werden hinzugerechnet die anfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge; diese Abzugsbeträge – soweit sie dem Arbeitnehmer bei einer Bruttolohnvereinbarung treffen würden – sind also ebenfalls vom Arbeitgeber zu tragen (vgl. Kass.Komm. § 14 SGB IV Rz. 134 m.w.N.).

c) Die Auffassung des Arbeitsgerichtes, dass § 14 Abs. 2 SGB IV nicht den Zweck hat, dem Arbeitnehmer, der sich in rechtswidriger Weise an einer Schwarzgeldvereinbarung beteiligt hat, ein überhöhtes Nettoarbeitsentgelt zu sichern, und dass sich der Arbeitnehmer deshalb nicht auf die Fiktion des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV berufen kann, ist unzutreffend. Es trifft zwar zu, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV vorwiegend die Absicht hatte, dass die - nachträgliche – Zahlung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen durch den in der Regel wirtschaftlich leistungsfähigeren Arbeitgeber gesichert wird. Der Gesetzgeber wollte aber auch erreichen, dass der Arbeitgeber vom Abschluss solcher Schwarzgeldvereinbarungen dadurch abgeschreckt wird, dass er in einem derartigen Falle - nachträglich – Schuldner der Lohnsteuer und auch der Arbeitnehmeranteile zur

Sozialversicherung wird. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn der Arbeitgeber auch im Verhältnis zum Arbeitnehmer die Lohnsteuern und die Sozialversicherungsbeiträge ganz zu tragen hat, da ansonsten die mit der Neuregelung des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV bezweckte Abschreckung und Sanktion gegenüber dem Arbeitgeber im Regelfalle wirkungslos wäre, wenn im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Arbeitnehmer – entgegen § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV – wie bei einer Bruttolohnvereinbarung die Lohnsteuer und den Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung tragen müsste.

Da somit von einer fingierten Nettolohnvereinbarung auszugehen ist, war das Urteil des Arbeitsgerichtes München vom 26.6.2008 auch entsprechend abzuändern.

3. Um einer – ungerechtfertigten – Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs vorzubeugen: Das Berufungsgericht hat mit den Parteien im Termin vom 21.1.2009 die Rechtsproblematik des § 14 Abs. 2 SGB IV ausgiebig erörtert. Es wurde ein Entscheidungsverkündungstermin auf den 11.2.2009 festgesetzt, bis zu welchem die Beklagte auch Möglichkeit zum Vortrag hatte; ein Vortrag der Beklagten hierzu ist mit Schriftsatz vom 4.2.2009 erfolgt, der bei der Entscheidung noch berücksichtigt wurde..
4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Gegen dieses Urteil ist für die Beklagte das Rechtsmittel der Revision statthaft.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

**Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt**

**Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt**

**Fax-Nummer:
(03 61) 26 36 – 20 00**

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Dunkl
Hinweis der Geschäftsstelle:

Rinck

Mugler

Das Bundesarbeitsgericht bittet, alle Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen.