

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 4/2011 –

01.03.2011

Öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht nach §§ 71 ff. SGB IX und Ausgleichsabgabe: die neuere Rechtsprechung im Überblick (Teil I)

von Vanessa Fink

Durch die öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX soll die berufliche Teilhabe von Schwerbehinderten gefördert werden. Sollten öffentliche oder private Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nachkommen, ist die Ausgleichsabgabe zu entrichten. Der Gesetzgeber favorisiert die Einstellung von Schwerbehinderten auf dem Arbeitsmarkt. Letztlich ziehen sich aber viele Unternehmen auf die Zahlung der Abgabe zurück. Die Autorin verdeutlicht, dass sich vor allem die Rechtsprechung der letzten Zeit bei ihren Entscheidungen am primären Ziel des Gesetzes orientiert hat.

Im Folgenden soll ein Überblick gegeben werden, wie die Rechtsprechung in der letzten Zeit zu öffentlich-rechtlicher Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe Stellung genommen hat. Insbesondere sind dabei zwei Aspekte hervorzuheben: *zum einen* geht es in allen Fällen darum, wie hoch die Ausgleichsabgabe ist, die das betreffende Unternehmen zu zahlen hat. Bei den Streitpunkten handelt es sich um vorgelagerte Fragen, die Einfluss auf die Höhe der Ausgleichsabgabe haben. Es lässt sich demnach feststellen, dass Rechtsstreitigkeiten

auf diesem Gebiet zumeist geführt werden, wenn Unternehmen ihrer Beschäftigungspflicht nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht nachgekommen sind und sich nun gegen die Ausgleichsabgaben zur Wehr setzen wollen. *Zum anderen* ist es erfreulich, dass allen Entscheidungen zuzustimmen ist. Die Gerichte wenden die §§ 71 ff. SGB IX verlässlich an und ermöglichen es nicht – z. B. durch erweiternde Auslegung von Normen – „Schlupflöcher“ für Unternehmen zu schaffen, so dass die Klagen eines Call-Centers und eines Verleihers abgewiesen werden. Das ist zu begrüßen, weil das Gesetz eindeutig die Teilhabe von Schwerbehinderten am Arbeitsmarkt in den Vordergrund stellt und daher die Anwendung der Normen diesem Ziel folgen muss.

Unsere Thesen:

1. Der Begriff „Arbeitsplatz“ i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX ist rechtlich im Sinne von Beschäftigungsverhältnis zu verstehen und meint den einem Arbeitnehmer zugewiesenen Tätigkeitsbereich mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten.
2. Grundsätzlich sind auch Teilzeitarbeitsverhältnisse Arbeitsplätze i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX; Teilzeitarbeitsverhältnisse mit weniger als 18 Stunden Wochenarbeitszeit sind lediglich ausnahmsweise nicht anzurechnen.
3. Die Grenze von 18 Stunden wurde vom Gesetzgeber festgelegt. Grenzwerten ist es immanent, dass Sachverhalte ober- und unterhalb der Grenze anders behandelt werden.
4. Der Zweck von § 73 Abs. 3 SGB IX ist, die Beschäftigungspflicht für die Arbeitgeber einzugrenzen und zugleich Teilzeitarbeit zu fördern.
5. Eine mittelbare Diskriminierung lässt sich aus §§ 71 ff. SGB IX nicht ableiten, da es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt, den Weg der Ausgleichsabgabe zu beschreiten.
6. Der Verleiher von Arbeitnehmern ist Schuldner der Ausgleichsabgabe. Er trägt das Arbeitgeberrisiko und die primären Arbeitgeberpflichten.
7. Arbeitsplätze nach § 73 Abs. 1 SGB IX sind solche Stellen auf denen Arbeitnehmer beschäftigt werden, auch wenn diese für den Entleiher im Ausland tätig sind.
8. Die Ausgleichsabgabe ist von jedem Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen mit deutschem Sitz zu entrichten.

I. Wesentliche Aussagen

1. Ein Teilzeitarbeitsverhältnis, in dem eine wöchentliche Stundenzahl von 18 oder mehr vereinbart ist, ist ein Arbeitsplatz i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX und wird daher zur Berechnung der Ausgleichsabgabe herangezogen¹.
2. Schuldner der Ausgleichsabgabe ist der Verleiher, auch wenn der Entleiher im Ausland sitzt und/oder die tatsächliche Arbeitsleistung des Leiharbeiters im Ausland erbracht wird².

II. Arbeitnehmer in Teilzeit und die 18-h-Grenze des § 73 Abs. 3 SGB IX

1. Ausgangslage

Die Klägerin betreibt einen Call-Center-Betrieb und wehrt sich gegen die Höhe der Ausgleichsabgabe. Vor dem Verwaltungsgericht wurde ihre Klage abgewiesen. Mit der Berufung macht sie geltend, dass die Berechnung der Ausgleichsabgabe fehlerhaft sei: Teilzeitarbeitsverhältnisse mit 18 oder mehr Stunden wöchentliche Arbeitszeit könnten nur anteilig als Arbeitsplatz i. S. d. § 73 Abs. 1 SGB IX angerechnet werden. Die Regelung des § 73 Abs. 3 SGB IX widerspreche dieser Möglichkeit nicht.

2. Entscheidung und Anmerkungen

Die Berufung wurde zurückgewiesen. Die Ausgleichsabgabe wurde korrekt berechnet. Auch solche Teilarbeitsverhältnisse mit mindestens 18 Stunden Wochenarbeitszeit sind als Arbeitsplatz i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX anzusehen.

Die Klägerin begründet ihre Ansicht damit, dass es keine gesetzliche Fiktion gebe, dass

¹ Leitsatz der Bearbeiterin zu VGH München 26.11.2008 – 12 BV 07.2529 – BayVBl 2009, 667

² Leitsatz der Bearbeiterin zu SG Duisburg 16.4.2009 – S 12 AL 92/08

automatisch alle Arbeitsverhältnisse, die den Umfang von § 73 Abs. 3 SGB IX überschreiten unter den Begriff des Arbeitsplatzes i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX fallen. Bei § 73 SGB IX müsse auf einen Arbeitsplatz im räumlichen Sinne abgestellt werden; es sei wesentlich, dass es z. B. nur eine Telefonanlage für zwei Teilzeitbeschäftigte gebe, die jeweils 18 oder mehr Stunden wöchentlich beschäftigt seien. Somit dürften diese Teilzeitbeschäftigten nur teilweise angerechnet werden. Andernfalls würde dies zu einer Benachteiligung von Unternehmen mit einer besonders hohen Quote von Teilzeitbeschäftigten führen. Weiterhin wären nach ihrer Ansicht besonders die weiblichen Beschäftigten der Diskriminierung ausgesetzt, weil diese prozentual mehr in Teilzeit beschäftigt seien und das Unternehmen die höheren Kosten durch die Ausgleichsabgabe wohl über die Beendigung von einigen Teilzeitbeschäftigungen ausgleichen müsse.

Die Argumentation kann mit Blick auf die gesetzlichen Regelungen nicht überzeugen; der Begriff „Arbeitsplatz“ i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX ist nicht räumlich zu verstehen. Das Gericht macht deutlich, dass es nicht maßgeblich ist, wie viele Telefonanlagen oder Schreibtische konkret vor Ort sind – das erscheint verständlich, weil nicht einsehbar ist, wie die zuständige Behörde diese Fakten kontrollieren könnte. Der Begriff ist vielmehr **rechtlich im Sinne von Beschäftigungsverhältnis** zu verstehen³ und meint den einem Arbeitnehmer zugewiesenen Tätigkeitsbereich mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten⁴. Dies basiert zunächst auf zwei Argumenten aus dem Gesetzeswortlaut: Zunächst folgt in Abs. 1 eine Aufzählung, u. a. mit dem Begriff „Arbeitnehmer“, und weiterhin spricht das Gesetz von „beschäftigt“. Es geht demnach über die

Arbeitsverträge und die somit vorhandenen Stellen für Arbeitnehmer.

Daraus ergibt sich: Grundsätzlich sind **auch Teilzeitarbeitsverhältnisse Arbeitsplätze i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX**, da diese Beschäftigten einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. § 73 Abs. 3 SGB IX normiert als Ausnahme, dass solche Teilzeitverhältnisse nicht anzurechnen sind, bei denen weniger als 18 Stunden Wochenarbeitszeit vereinbart sind. Diese Norm ist eindeutig, so dass Teilzeitarbeitsverhältnisse, die dieser Einschränkung nicht unterliegen, regulär nach § 73 Abs. 1 SGB IX anzurechnen sind. Wie auch das Gericht erkennt, ist die Annahme einer gesetzlichen Fiktion daher verfehlt, weil grundsätzlich auch Teilzeitarbeitsverhältnisse Arbeitsplätze i. S. d. Norm sind. Anzumerken ist, dass die Grenze von 18 Stunden vom Gesetzgeber festgelegt wurde und es Grenzwerten immanent ist, dass Sachverhalte ober- und unterhalb der Grenze anders behandelt werden⁵. Der gesetzgeberische Zweck dieser Festsetzung liegt darin, die Beschäftigungspflicht für die Arbeitgeber einzugrenzen und zugleich Teilzeitarbeit zu fördern⁶. Inzwischen nehmen kritische Stimmen zur 18-Stunden-Grenze zu⁷; ihnen ist einzuräumen, dass das Förderkonzept in den §§ 75 Abs. 2, 102 Abs. 2 S. 3 SGB IX sich an unterschiedlichen Werten orientiert und die für die frühere Norm des § 7 Abs. 3 SchwbG geltende Referenznorm des § 102 AFG inzwischen aufgehoben ist. Doch kann sich daraus keine Minderung der Beschäftigungspflicht für die Klägerin, sondern allenfalls ein strengerer Grenzwert (z. B. Orientierung an der 15-Stunden-Grenze) ergeben. Der Call-Center-Betrieb verkennt außerdem, dass höhere Kosten der Ausgleichsabgabe

³ Vgl. BVerwG 13.12.2001 – 5 C 26.01 – NZA 2002, 385

⁴ Vgl. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/ Neumann SGB IX, 12. Aufl. 2010, § 73 Rn. 9

⁵ Vgl. SG Aachen 25.5.2007 – S 9 (11) AL 91/06; zustimmend HK-SGB IX/Trenk-Hinterberger 3. Aufl. § 73 Rn. 30

⁶ Vgl. Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens § 73 Rn. 19

⁷ Vgl. ErfK/Rolfs § 73 Rn. 7; LPK-SGB IX/ Jousen/Düwell, 3. Aufl. 2010 § 73 Rn. 21

nicht nur mit geringeren Personalkosten vermieden werden können. Vielmehr sollte der Betrieb Schwerbehinderte einstellen und seiner öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht aus § 71 Abs. 1 SGB IX nachkommen. Den Weg der Ausgleichsabgabe zu beschreiten, ist eine eigene unternehmerische Entscheidung der Klägerin. Würde das Unternehmen den vom Gesetz favorisierten Weg gehen, würde sich die Frage der Diskriminierung nicht stellen. Auch weist das Gericht zutreffend darauf hin, dass das Unternehmen selbst festgelegt hat, seinen Betrieb vorwiegend mit Teilzeitarbeitskräften auszustatten. Keine der Regelungen der §§ 71 ff. SGB IX verpflichtet dazu, so dass auch daraus keine mittelbare Diskriminierung abzuleiten ist.

Ein Schwerbehinderter, der im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses mit weniger als 18 Stunden in der Woche beschäftigt wird, hat zwar keinen Arbeitsplatz i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX inne und sein Arbeitsverhältnis wird daher nicht auf einen Pflichtarbeitsplatz i. S. v. § 75 Abs. 1 SGB IX angerechnet. Abschließend ist aber darauf hinzuweisen, dass ihm trotzdem die verschiedensten Rechte des 2. Teils des SGB IX zustehen, weil diese sich u. a. allgemein auf die Förderung des Arbeitslebens beziehen⁸. Nur weil keine Anrechnung im Bereich der öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht/Ausgleichsabgabe stattfindet, fällt der Schwerbehinderte nicht aus dem **Kreis der geschützten Personen des 2. Teils des SGB IX**. Ihm stehen deswegen grundsätzlich z. B. die Rechte der §§ 102 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a, b, c, e⁹ sowie natürlich der §§ 81, 84 Abs. 1 SGB IX zu¹⁰.

⁸ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen 5.7.2006 – 12 A 2228/06

⁹ Vgl. BVerwG 14.11.2003 – 5 C 13.02; VG Magdeburg 8.1.2008 – 6 A 367/05

¹⁰ Vgl. HK-SGB IX/*Großmann* § 73 Rn. 21; § 81 Rn. 28

III. Ausgleichsabgabe und Verleiher

1. Ausgangslage

Ein Betrieb, dessen Zweck in der Erbringung von Personaldienstleistungen und Arbeitnehmerüberlassung liegt, wendet sich an die zuständige Behörde mit der Frage, ob zur Ermittlung der zu zahlenden Ausgleichsabgabe in das Ausland (konkret in die Niederlande) verliehene Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz i. S. d. § 73 Abs. 1 SGB IX inne haben. Sollte dies der Fall sein, müssten diese Arbeitsplätze in die Berechnung nach den §§ 75 Abs. 1, 77 Abs. 1 SGB IX einfließen. Die zuständige Behörde erklärt, dass auch die in Deutschland eingestellten und im Ausland tätigen Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen i. S. d. SGB IX tätig sind. Sie setzt daraufhin eine entsprechende Ausgleichsabgabe fest. Im Weiteren erhebt das Unternehmen Klage, weil die in die Niederlande verliehenen Arbeitnehmer ihrer Meinung nach bei der Berechnung der Ausgleichsabgabe nicht zu berücksichtigen seien.

2. Entscheidung und Anmerkungen

Die Klage wird abgewiesen. Die Behörde hat die Zahl der Arbeitsplätze i. S. d. § 73 Abs. 1 SGB IX richtig berechnet, weil die Anrechnung der besagten Arbeitnehmer dem Gesetz entsprach.

Festzuhalten ist zunächst, dass sich der Kläger nicht gegen den Grundsatz wendet, dass er als Verleiher Schuldner der Ausgleichsabgabe ist. Nicht nur im speziellen Fall, auch in anderen Entscheidungen wird deutlich, dass die Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen ihre Pflicht akzeptiert haben¹¹. Die Rechtsprechung hat klar gemacht, dass der Verleiher das Arbeitgeberrisiko trägt und die primären Arbeitgeberpflichten (z. B. Lohnzahlung) bedient, selbst wenn

¹¹ So in VG Saarland 12.5.2010 – 11 L 279/10; bestätigt durch OVG Saarland 28.10.2010 – 3 B 180/10

der Entleiher gewisse faktische Arbeitgeberfunktionen ausfüllt, um z. B. die konkrete Arbeitsausführung zu organisieren und zu leiten¹². Gegen diese einleuchtende, inzwischen mehrfach bestätigte Judikatur, gibt es kaum noch Gegenwehr.

Der Kläger wendet sich konkret dagegen, dass von ihm beschäftigte Arbeitnehmer, die im Ausland für einen Entleiher tätig sind, keine Arbeitsplätze i. S. v. § 73 Abs. 1 SGB IX inne hätten. Begründet wird das zunächst damit, dass im niederländischen Recht Leiharbeiter dem Betrieb des Entleihers zugeordnet seien. Auch sei dieser Entleiher an die dort geltenden Schutzvorschriften für Behinderte gebunden. Somit könnte der Entleiher nicht auch an deutsches Recht (speziell an das SGB IX) gebunden werden. Untermauert wird das Begehren damit, dass der Entleiher der wirtschaftliche Arbeitgeber sei, weil er die Lohnsteuer in den Niederlanden zu entrichten habe. Außerdem kenne die Niederlande keine Abgabe, sondern gewähre den Arbeitgebern, die Schwerbehinderte einstellen, sogar einen Steuervorteil. Dies führe zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung.

Die Argumentation ist in sich nicht schlüssig. Nach § 73 Abs. 1 SGB IX sind Arbeitsplätze u. a. solche Stellen, auf denen Arbeitnehmer beschäftigt werden. Der Kläger trägt selbst vor, dass die Leiharbeiter, deren Einbeziehung umstritten ist, Arbeitsverträge mit ihm nach deutschem Recht abgeschlossen haben. Somit ist der Kläger juristischer Arbeitgeber und aufgrund seines Sitzes in Deutschland Anspruchsverpflichteter der Ausgleichsabgabe. Darauf stellt auch das Gericht ab¹³. Die **Ausgleichsabgabe ist von jedem Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen mit deutschem Sitz zu entrichten** – unabhängig vom Status und Sitz der jewei-

ligen Entleiher. Dies ist sachlich geboten, weil gerade Leiharbeitsunternehmen nicht selten mit Entleihern solcher Branchen kooperieren, die Aufträge im Ausland zu erfüllen haben. So könnte man durch Auswahl der „Branche“ die Kosten der Ausgleichsabgabe senken – dies kann im Hinblick auf die übergeordneten Zwecke der Ausgleichsabgabe nicht akzeptabel sein¹⁴.

Das Gericht überzeugt ferner mit der Feststellung, dass die Regelungen der §§ 71 ff. SGB IX nur die in Deutschland ansässigen Unternehmen verpflichtet und somit eine Diskriminierung nicht ersichtlich ist, auch wenn andere europäische Staaten eine solche Abgabe nicht fordern. Die Mehrzahl der Staaten kennt ebenso eine Beschäftigungsquote, so dass erkennbar wird, dass die deutsche Regelung aus europäischer Sicht kein Exot ist¹⁵.

Weiterhin kritisiert der Kläger die Bindung des Entleihers an das deutsche SGB IX. Dies ist nicht verständlich, weil eine solche Bindung nicht existiert. Der Verleiher ist an die deutschen Regelungen des Arbeitsrechts und des Schwerbehindertenrechts gebunden, die ihn als Arbeitgeber treffen. Da der Entleiher nicht Arbeitgeber im rechtlichen Sinne ist, treffen ihn gerade keine solchen Verpflichtungen; arbeitsschutzrechtliche Pflichten treffen die Entleiher inzwischen in allen Mitgliedsstaaten der Union, da die beiden RL 89/391/EWG und 91/383/EWG einen einheitlichen Rahmen setzen¹⁶.

Auch aus teleologischen Gründen ist der Entscheidung zuzustimmen. Der Kläger ist nicht gehindert, schwerbehinderte Menschen einzustellen und somit seiner öffentlich-rechtlichen Beschäftigungspflicht nach § 71

¹² Vgl. BVerwG 13.12.2001 – 5 C 26/01 – NZA 2002, 385; VGH München 13.3.2001 – 12 B 98 1813; LSG B.-W. 18.10.2001 – L 12 AL 3608/99

¹³ Ebenso VG Saarland 12.5.2010 – 11 L 279/10, OVG Saarland 28.10.2010 – 3 B 180/10

¹⁴ Dazu Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann/ Kohle §§ 71 ff. SGB IX Rn. 2

¹⁵ Z. B. Spanien, Italien; dazu Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Sozialkompass Europa, 216 ff.; Yokota, Beschäftigungsförderung behinderter Menschen nach spanischem Recht, 2009, S. 130 ff.

¹⁶ Vgl. Julius, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 45 ff.

Abs. 1 SGB IX gerecht zu werden, denn er kann nicht frei zwischen Beschäftigungspflicht und Zahlung der Abgabe wählen. Dabei sollte auch an den umgekehrten Fall gedacht werden:

Würde der Kläger einen schwerbehinderten Arbeitnehmer beschäftigen, dessen tatsächliche Leistung im Ausland erbracht wird, so würde der Kläger wohl die Anrechnung auf einen Pflichtarbeitsplatz nach § 75 Abs. 1 SGB IX begehren. Dieses Begehren wäre rechtmäßig und zeigt, dass der umgekehrte Fall ebenso in die Berechnung (bzgl. der Arbeitsplätze für die Ausgleichsabgabe) einfließen muss.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
