

L 5 KR 175/02

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 29 (7,25) RJ 25/01
Datum
14.08.2002
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 5 KR 175/02
Datum
23.10.2003
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 1 KR 31/03 R
Datum
27.09.2005
Kategorie
Urteil
Bemerkung

Urteil des LSG wurde durch Urteil des BSG aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 14.08.2002 geändert. Der Bescheid vom 13.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2001 wird insoweit aufgehoben, als Umlagebeiträge zu den Ausgleichsverfahren nach dem Lohnfortzahlungsgesetz festgesetzt worden sind. Die Beklagte und die Beigeladene haben als Gesamtschuldner der Klägerin die Kosten beider Rechtszüge zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von Umlagebeiträgen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG).

Die Klägerin vertreibt Anzeigenblätter im Raum E, N und Umgebung. Sie beschäftigte im streitbefangenen Zeitraum (Juni 1994 bis Oktober 2000) zwischen 800 bis 1000 Arbeitnehmer als geringfügig Beschäftigte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 2,5 bis 4,5 Stunden. Daneben waren in dem Betrieb eine Teilzeitkraft im Umfang zwischen 10 bis 20 Stunden pro Woche und von Januar 1999 bis Juli 2000 neben einem in Vollzeit arbeitenden Geschäftsführer eine Halbtagskraft mit 20 Wochenstunden tätig.

Mit Schreiben vom 21.03.1995 bat die Klägerin die Beigeladene unter Mitteilung der Mitarbeiterstruktur um Auskunft, ob sie zur Teilnahme am Ausgleichsverfahren nach dem LFZG verpflichtet sei. Dies bejahte die Beigeladene mit Schreiben vom 04.12.1995. Die Klägerin bat mit Schreiben vom 08.02.1996 die Beigeladene unter Bezugnahme auf ein vorangegangenes Gespräch, die Teilnahme am Ausgleichsverfahren ruhen zu lassen, bis auf eine Anfrage des AOK-Bundesverbandes beim zuständigen Ministerium hin geklärt sei, ob Mitarbeiter mit einer Arbeitszeit von höchstens 10 Stunden wöchentlich nicht doch mit einer Quote von 0,25 auf die Gesamtzahl der Arbeitnehmer angerechnet werden könnten. Erst mit Schreiben vom 15.08.1997 teilte die Beigeladene der Muttergesellschaft der Klägerin mit, man teile zwar grundsätzlich die Ansicht, dass ein Umlageverfahren für Beschäftigte, die wöchentlich nur ca. 2 Stunden tätig seien, nicht sinnvoll sei. Die zuständigen Ministerien hätten jedoch dem AOK-Bundesverband auf seine Anfrage erklärt, eine Änderung der im Gesetz festgelegten Regelung sei nicht geplant, eine andere Auslegung "als die im Gesetz beschriebene" sei nicht möglich. Das Grundsatzreferat Umlageversicherung beim AOK-Bundesverband habe daher festgelegt, dass auch ein Unternehmen, das eine sehr hohe Zahl von Arbeitnehmern mit einer Arbeitszeit von weniger als 10 Stunden pro Woche beschäftigte, Umlagebeiträge zu entrichten habe. Gleichwohl nahm die Klägerin weiterhin am Umlageverfahren nicht teil. Es fanden weitere Gespräche zwischen der Beigeladenen und der Verlagsgruppe, der die Klägerin angehört, über mögliche vergleichsweise Lösungen für die Klägerin und ein weiteres gleichstrukturiertes Unternehmen statt. Mit Schreiben vom 11.05.2000 teilte die Beigeladene der Muttergesellschaft mit, der in Erwägung gezogene Vergleich könne nicht abgeschlossen werden. Die Klägerin hat bislang weder Beiträge zum Umlageverfahren entrichtet noch Erstattungsanträge gestellt.

Nach Durchführung einer Betriebsprüfung bei der Klägerin stellte die Beklagte durch Bescheid vom 13.12.2000 neben pauschalen Beiträgen für 3 geringfügig Beschäftigte unter Hinweis auf das Schreiben der Beigeladenen vom 15.08.1997 für den Zeitraum 01.06.1994 bis 30.10.2000 Umlagebeiträge zu den Ausgleichsverfahren nach dem LFZG in Höhe von insgesamt 242.813,60 DM fest. Zur Begründung führte sie insoweit aus, die Beigeladene habe durch Bescheid vom 15.08.1997 die Pflicht zur Teilnahme an der Umlageversicherung festgestellt, gleichwohl seien keine Beiträge entrichtet worden. Bei der Berechnung der Beiträge seien auch die Bruttoarbeitsentgelte der Arbeitnehmer zu berücksichtigen, deren wöchentliche Arbeitszeit weniger als 10 Stunden betrage. Eine Verjährung der nachberechneten Beiträge für die Zeit vom 01.06.1994 bis 30.11.1995 sei nicht eingetreten, weil die Klägerin spätestens seit Zugang des Bescheides vom 15.08.1997 ihre Verpflichtung zur Zahlung der Umlagebeiträge gekannt habe.

Die Klägerin bestritt mit ihrem Widerspruch, am Umlageverfahren teilnehmen zu müssen. Die beschäftigten Zusteller seien keine Arbeiter, da sie keine körperliche Arbeit leisteten. Unabhängig davon zähle sie nicht zu dem Kreis der umlagepflichtigen Betriebe. Die gesetzliche Regelung des Ausgleichsverfahrens enthalte insoweit seit der Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eine Regelungslücke bzw. einen erheblichen Widerspruch. Nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG blieben Beschäftigte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Stunden bei der Berechnung des Schwellenwertes von 20 Arbeitnehmern außer Ansatz. Auf der anderen Seite sehe § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG vor, dass die Arbeitsentgelte von Arbeitnehmern, die weniger als 10 Stunden pro Woche arbeiteten, von der Berechnung der Beiträge ausgenommen seien. Dies ergebe sich aus der früheren Verweisungsvorschrift des § 1 Abs. 3 LFZG (a.F.), der durch das Pflege-Versicherungsgesetz (PflegeVG) aufgehoben worden sei. Erkenne man die Ausnahme von der Erhebung von Umlagebeiträgen nach § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG nicht mehr an, würden die betreffenden Personen zwar für die Berechnung des Arbeitgeberbeitrags mit einbezogen, jedoch bei der Berechnung des Schwellenwertes außer Ansatz bleiben. Dieser systematische Widerspruch sei ursprünglich im Gesetz nicht angelegt gewesen. Es liege eine planwidrige Regelungslücke vor, da die Gesetzesmaterialien keinen Hinweis böten, dass dieses Ergebnis bei der Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beabsichtigt gewesen sei. Die Einbeziehung eines Betriebes mit mehreren 100 Arbeitnehmern widerspreche ersichtlich Sinn und Zweck des Umlageverfahrens. Dessen Zweck sei es, wirtschaftlich schwache Kleinbetriebe und damit auch die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer vor den Kosten bzw. der Gefahr der Nichtleistung von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu schützen. Auch der systematische Vergleich mit anderen Gesetzen, in denen es vergleichbare Kleinbetriebsregelungen gebe, zeige, dass die aktuelle Gesetzesfassung des LFZG missglückt sei. In vergleichbaren Kleinbetriebsklauseln würden den Zustellern vergleichbare Arbeitnehmer stets mit einer Quote von 0,5 bei allen Schwellenwertberechnungen berücksichtigt. Bei allen Kleinbetriebsvorschriften sei es die Intention des Gesetzgebers gewesen, Betriebe mit wenigen Arbeitskräften vor starken finanziellen Belastungen zu schützen und Anreize für Beschäftigungen mit geringfügiger Arbeitszeit oder Teilzeitarbeitszeit zu schaffen. Der aufgezeigte Wertungswiderspruch sei durch eine ergänzende Auslegung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG so aufzulösen, dass die Zusteller mit einem Faktor von 0,5 berücksichtigt würden. Diese Auslegung sei als einzige mit dem vom Gesetzgeber gewollten Sinn und Zweck des Umlageverfahrens vereinbar.

Hierfür sprächen auch Billigkeitsgesichtspunkte: Es sei eine Erfahrung in der Praxis, dass Arbeitnehmer mit derartig geringen wöchentlichen oder monatlichen Arbeitsstunden in aller Regel Fortzahlungen im Krankheitsfall nicht geltend machten. Meist meldeten sie sich gar nicht als arbeitsunfähig erkrankt, so dass dementsprechend für solche Arbeitgeber auch keine Erstattungsansprüche entstünden. Im Ergebnis führe dies dazu, dass sie - die Klägerin - nicht unerhebliche Beiträge in das Umlageverfahren einzahlen müsse, ohne auf der anderen Seite Erstattungsansprüche zu erlangen. Alternativ sei zu erwägen, entsprechend § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG die Entgelte von Beschäftigten mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von unter 10 Stunden aus der Berechnung der Arbeitgeberbeiträge für das Umlageverfahren herauszunehmen. Dann bestehe allerdings das Problem, dass nach § 10 Abs. 1 Ziffer 1 LFZG Arbeitgeber auch für diesen Personenkreis die Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen könnten. Insoweit könne man sich nur mit dem allgemeinen Grundsatz behelfen, dass eine Erstattung nur verlangt werden könne, als auch Beiträge gezahlt worden seien.

Mit Widerspruchsbescheid vom 20.02.2001, der Klägerin zugegangen am 27.02.2001, wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Zur Begründung der am 27.03.2001 erhobenen Klage hat die Klägerin im Wesentlichen ihren Vortrag aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt. Ergänzend hat sie vorgebracht, wegen der unveränderten Fortgeltung des § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG dürften Umlagebeiträge für die Entgelte der geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer nicht erhoben werden. Im Übrigen sei das Recht der Beklagten, die Umlagebeiträge zu fordern, verwirkt. Wenn in dem Schreiben vom 15.08.1997 ein Verwaltungsakt zu sehen sei, hätten ab diesem Zeitpunkt die Umlagebeiträge gefordert werden müssen. Tatsächlich sei ein Bescheid mit einer Zahlungsaufforderung erst am 13.12.2000 ergangen. Weder aus dem Schreiben vom 15.08.1997, noch dem Schreiben vom 11.05.2000 habe sich eindeutig ergeben, dass eine Zahlungspflicht bestehe, so dass sie - die Klägerin - nicht habe damit rechnen können, Umlagebeiträge leisten zu müssen.

Die Beigeladene hat vorgetragen, die Umlagebeiträge seien "trotz der durchaus nachvollziehbaren Argumente der Klägerin" zu Recht nachberechnet worden. Die Klägerin sei zur Teilnahme am Umlageverfahren verpflichtet, denn die Zusteller verrichteten eine Arbeitertätigkeit. Das Gesetz enthalte auch keine Regelungslücke oder Unklarheit. Der AOK-Bundesverband habe bereits im Jahr 1992 das zuständige Ministerium auf die Problematik hingewiesen. Seinerzeit habe das Ministerium mitgeteilt, dass bei einer Aufhebung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG (a.F.) angestrebt werde, auch die erforderlichen Folgeänderungen im 2. Abschnitt des LFZG vorzunehmen. Da eine derartige Änderung jedoch mit dem Inkrafttreten des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) nicht erfolgt sei, sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst von einer Änderung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG abgesehen habe. Die Forderung sei nicht verwirkt, denn die Klägerin habe noch im Februar 1996 gebeten, die Angelegenheit wegen noch abzuklärender Fragen ruhen zu lassen. Zu keinem Zeitpunkt sei gegenüber der Klägerin der Eindruck erweckt worden, dass die Zahlung der Umlagebeiträge nicht weiter verfolgt werde.

Mit Urteil vom 14.08.2002 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Es ist dem Gesetzeswortlaut gefolgt und hat eine planwidrige Regelungslücke verneint.

Gegen das ihr am 27.08.2002 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 25.09.2002 Berufung eingelegt. Sie rügt, das Sozialgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG nicht mehr gelte und wiederholt zur Sache im Wesentlichen ihren bisherigen Vortrag. Ergänzend meint sie, mit der Erhebung von Umlagebeiträgen verstoße die Beigeladene gegen das Kostendeckungsprinzip, weil die Lohnfortzahlung durch Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitsstundenzahl von 10 Stunden meist nicht in Anspruch genommen werde. Dementsprechend entstünden auch keine Ausgleichsansprüche, so dass die Forderung von Umlagebeiträgen trotz Nichtinanspruchnahme der Lohnfortzahlung im Regelfall gegen das Kostendeckungsprinzip verstoße.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 14.08.2002 zu ändern und den Bescheid vom 13.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.02.2001 insoweit aufzuheben, als Umlagebeiträge zu den Ausgleichsverfahren nach dem Lohnfortzahlungsgesetz (U1 und U2) gefordert werden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Sie weist darauf hin, dass die Festsetzung der Beiträge auf der Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Teilnahme am Umlageverfahren beruhe.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und es abgelehnt, sich zur Sache zu äußern.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakte der Beklagten und der Beigeladenen verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung hat Erfolg, denn das Sozialgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid vom 13.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ist rechtswidrig, soweit Umlagebeiträge zu den Ausgleichsverfahren nach dem LFZG festgesetzt worden sind.

I. 1. Die Beklagte war befugt, im Rahmen der Betriebsprüfung nach [§ 28 p Abs. 1 Satz 5](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) auch die Umlagebeiträge (§ 14 LFZG) zu den Ausgleichsverfahren nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 LFZG (U 1) und § 10 Abs. 1 Nrn. 2, 3 LFZG (U 2) festzusetzen (BSG [SozR 3-2400 § 28p Nr. 1](#)). Die Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Teilnahme am Ausgleichsverfahren setzt auch keinen konstitutiven Verwaltungsakt der zuständigen Krankenkasse voraus. Vielmehr entsteht diese Verpflichtung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, so dass auch die nachträgliche Erhebung von Beiträgen unbedenklich ist (BSG SozR 7860 § 10 Nr. 4; [SozR 3-7860 § 14 Nr. 3](#)). Es kann daher dahinstehen, welche rechtliche Qualität den Schreiben vom 04.12.1995 bzw. 15.08.1997 (das nicht an die Klägerin adressiert war) beizumessen ist.

2. Umlagebeiträge nach § 14 Abs. 2 Satz 1 LFZG wären auch von den Entgelten der Zusteller zu erheben, denn entgegen der Ansicht der Klägerin handelt es sich bei diesem Personenkreis um Arbeiter, da sie eine körperliche und keine geistige Arbeit verrichten. Grundsätzlich sind auch die Entgelte von Arbeitern, die höchstens 10 Stunden wöchentlich arbeiten, beitragspflichtig. Entgegen der Annahme des Sozialgerichts ist zwar § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG, wonach von den Entgelten des von § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG (a.F.) erfassten Personenkreises (das waren die höchstens 10 Stunden wöchentlich beschäftigten Arbeiter) keine Beiträge zu erheben sind, weiter in Kraft. Durch Artikel 60 PflegeVG vom 26.05.1994 ([BGBl. I, 1014](#)) sind nur die §§ 1 bis 9 LFZG aufgehoben worden. Jedoch geht die Verweisung in § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG wegen der Aufhebung der Verweisungsvorschrift des § 1 Abs. 3 LFZG ins Leere. Auch aus Artikel 67 Abs. 3 PflegeVG, wonach bei Verweisungen in anderen Bestimmungen auf Vorschriften, die durch dieses (PflegeV)Gesetz aufgehoben oder geändert werden, an ihre Stellen die entsprechenden Vorschriften dieses Gesetzes treten, ergibt sich nichts anderes, da es dem § 1 Abs. 3 Nrn. 1, 2 LFZG (a.F.) entsprechende Vorschriften in dem durch Artikel 53 PflegeVG eingeführten EFZG nicht gibt. [§ 3 EFZG](#) sieht vielmehr für alle Arbeitnehmer, also auch für die zeitlich geringfügig Beschäftigten, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vor. § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG ist somit gegenstandslos geworden (Boecken in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 87 Rdn. 87; Schmitt, EFZG, 4. Auflage, § 14 LFZG Rdn. 22; Geyer/ Knorr/Krasney, Entgeltfortzahlung, Krankengeld, Mutterschaftsgeld, § 14 LFZG Rdn. 15), so dass die Entgelte aller als Arbeiter Beschäftigten unabhängig vom Umfang ihrer Arbeitszeit beitragspflichtig sind.

II. Die Festsetzung der Beiträge zu den Umlageverfahren ist jedoch deshalb rechtswidrig, weil die Klägerin nicht zu dem Kreis der Arbeitgeber zählt, die an dem Risikoausgleich wegen der Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall teilnehmen.

1. Beitragspflichtig sind nach § 14 Abs. 1 LFZG die Arbeitgeber, die nach § 10 Abs. 1 Satz 1 LFZG am Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen teilnehmen (BSG [SozR 3-7860 § 10 Nr. 3](#)). Voraussetzung der Umlagepflicht ist somit, dass der Arbeitgeber regelmäßig ausschließlich der Auszubildenden nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Bei der Berechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer werden nach § 10 Abs. 2 Satz 6 LFZG Arbeitnehmer, die regelmäßig wöchentlich höchstens 20 Stunden zu leisten haben, mit 0,5, Arbeitnehmer, die regelmäßig höchstens 30 Stunden pro Woche arbeiten, mit 0,75 angesetzt. Neben Schwerbehinderten werden gemäß Satz 5 a.a.O. Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Stunden in der Woche oder 45 Stunden im Monat (zeitlich geringfügig Beschäftigte) bei der Berechnung des Schwellenwertes nicht berücksichtigt. Neben einer Teilzeitkraft mit mehr als 10 Stunden in der Woche und - ab Januar 1999 - einem vollzeitbeschäftigten Geschäftsführer hat die Klägerin in dem streitbefangenen Zeitraum zwischen 800 bis 1000 Arbeitnehmer als Zusteller mit einer wöchentlichen Arbeitszeit zwischen 2,5 und 4,5 Stunden beschäftigt. Bei wörtlicher Anwendung der zitierten Vorschriften wäre die Verpflichtung der Klägerin zur Teilnahme am Umlageverfahren zu bejahen, da danach alle Zusteller nicht mitzuzählen wären, so dass die Klägerin weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt hätte.

2. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die gesetzliche Regelung des Lohnfortzahlungsausgleichsverfahrens seit der Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch das PflegeVG eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Regelungslücke enthält, die durch eine - auch von Verfassungs wegen gebotene - einschränkende Auslegung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG zu schließen ist.

a) Bei der Einführung der Lohnfortzahlung an Arbeitgeber durch das Lohnfortzahlungsgesetz vom 27.07.1969 hat der Gesetzgeber zum Ausgleich der insbesondere für Kleinbetriebe damit verbundenen schwer kalkulierbaren Belastung das Ausgleichsverfahren im 2. Abschnitt des Lohnfortzahlungsgesetzes eingeführt (vgl. [BVerfGE 48, 227, 228](#); [BSGE 36, 16, 20](#)). Nach der bis 01.01.1986 geltenden Fassung des § 10 Abs. 2 LFZG wurden bei der Berechnung der Betriebsgröße alle Beschäftigten ohne Rücksicht auf den Umfang ihrer Arbeitszeit voll angerechnet. Wegen des gesetzlichen Ausschlusses der Lohnfortzahlung für zeitlich geringfügig beschäftigte Arbeiter (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG a.F.) waren allerdings die Entgelte dieser Personengruppe nicht beitragspflichtig (§ 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG). Durch das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) vom 26.04.1985 ([BGBl. I, 710](#)) wurden in § 10 Abs. 2 LFZG die Sätze 5 und 6 angefügt. Vor dem Hintergrund des allgemeinen Ziels dieses Gesetzes, zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten zu eröffnen und Teilzeitarbeit attraktiver zu machen, sollten Teilzeitbeschäftigte nur noch entsprechend dem Umfang ihrer Arbeitszeit berücksichtigt werden. Mit der damit verbundenen Erweiterung des Ausgleichsverfahrens sollten Kleinbetriebe vor unkalkulierbaren Lasten geschützt und Einstellungshemmnisse, z.B. für junge Frauen, beseitigt werden (vgl. [BT-Drucksache 10/2101, S. 14](#)). Da unverändert § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG a.F. galt, war die Nichtberücksichtigung der zeitlich geringfügig Beschäftigten bei der Berechnung des Schwellenwertes im Zusammenhang mit diesem Ziel verständlich und mit dem Ziel des Ausgleichsverfahrens (Schutz kleiner Betriebe vor unkalkulierbaren Belastungen)

vereinbar.

b) Die Regelung des Ausgleichsverfahrens verlor ihre innere Schlüssigkeit, nachdem das Bundesarbeitsgericht (BAG) § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG a.F. im Jahre 1991 wegen dessen Unvereinbarkeit mit dem europäischen Recht (Gleichstellungsrichtlinie) für unanwendbar erklärt hatte ([BAGE 68, 320](#)). Nunmehr hatten auch zeitlich geringfügig beschäftigte Arbeiter Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, so dass sich umgekehrt die Frage nach Ausgleichsansprüchen der betroffenen Arbeitgeber stellte. Die Ausgleichskassen boten - auf freiwilliger Grundlage - den Arbeitgebern schon ab 01.07.1992 die Teilnahme am Ausgleichsverfahren auch für die geringfügig Beschäftigten an, sofern - gegen den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG - Umlagebeiträge auch für diesen Personenkreis geleistet wurden. Hinsichtlich der Berechnung des Schwellenwertes sollte es zunächst bei der Anwendung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG bis zu einer gesetzlichen Regelung bleiben (vgl. DOK 1992, 276). Ob dieses freiwillige Ausgleichsverfahren größere Bedeutung erlangte, erscheint zweifelhaft, da die Unanwendbarkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG a.F. anfänglich wohl nur zögernd beachtet wurde (vgl. Schmitt RdA 1996, 5, 7).

c) Bei der Neuregelung der Entgeltfortzahlung durch das PflegeVG wurden zwar §§ 1 bis 9 LohnFZG aufgehoben (Art. 60 Pflegeversicherungsgesetz) und durch die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes ersetzt (Art. 53 PflegeVG). Der 2. Abschnitt des LFZG blieb aber unverändert, so dass sowohl § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG wie § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG weiter galten (letztere Vorschrift allerdings mit einer ins Leere gehenden Verweisung). Dass nunmehr Beiträge auch von den Entgelten der zeitlich geringfügigen beschäftigten Arbeiter zu entrichten waren, war wegen der Einbeziehung aller Teilzeitbeschäftigten in den Kreis der Anspruchsberechtigten ([§ 3 Abs. 1 EFZG](#)) und der daraus entstehenden Ausgleichsansprüche der Arbeitgeber konsequent. Dagegen ist nicht verständlich, warum die zeitlich geringfügig Beschäftigten weiter nicht bei der Berechnung des Schwellenwertes zu berücksichtigen sein sollen.

aa) Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber die Problematik gesehen und bewusst von einer Änderung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG abgesehen hätte. Eine Regelung des 2. Abschnitts des LFZG erfolgte nicht. Durch Art. 67 Abs. 3 PflegeVG sollten "an sich notwendige Folgeänderungen, insbesondere hinsichtlich der weiter anwendbaren Bestimmungen des Lohnfortzahlungsgesetzes über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen", vermieden werden (so die Begründung zu Art. 12 § 3 des Entwurfs des EFZG, [BT-Drucksache 12/5263, S. 17](#); kritisch zu dieser Gesetzesregelungstechnik Canaris RdA 1997, 267, 269). Diese Begründung deutet eher darauf hin, dass der Gesetzgeber sich mit dem Ausgleichsverfahren nicht befasst und gemeint hat, er brauche das Ausgleichsverfahren nicht aufzugreifen, weil materiell alles beim Alten bleiben solle, ohne dass die entstandenen Widersprüche bedacht wurden. Hierfür spricht auch, dass § 14 Abs. 2 Satz 4 LFZG nicht gestrichen wurde, also scheinbar weiter die Entgelte der zeitlich geringfügig Beschäftigten von der Beitragserhebung ausgenommen wurden. Aus dem Umstand, dass das zuständige Ministerium auf die Problematik hingewiesen worden war und den Ausgleichskassen mitgeteilt hatte, es werde bei der beabsichtigten Aufhebung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 Lohnfortzahlungsgesetz (a.F.) angestrebt, die notwendigen Folgeänderungen im 2. Abschnitt vorzunehmen, kann nicht geschlossen werden, dass auch der Gesetzgeber über ein entsprechendes "Problembewußtsein" verfügte. Den Gesetzesmaterialien kann jedenfalls hierfür nichts entnommen werden. Die spätere Änderung des § 10 Abs. 2 Satz 5 Lohnfortzahlungsgesetz durch das Sozialgesetzbuch - Neuntes Buch - (SGB IX) vom 19.06.2001 ([BGBl. I, 1046](#)) erfolgte nur zur sprachlichen Anpassung (vgl. [BT-Drucksache 14/5074](#), 127).

bb) Das Untätigbleiben des Gesetzgebers ist desto unverständlicher, als ein Vergleich mit Kleinbetriebsregelungen in anderen Gesetzen zeigt, dass dort auf das Gesamtarbeitsvolumen im Betrieb abgestellt worden ist und eine quotenmäßige Berücksichtigung aller Teilzeitbeschäftigten maßgeblich ist (vgl. [§ 23 Abs. 1 Satz 3 Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#), [§ 622 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#), [§ 2 Abs. 3 Satz 2 Arbeitsplatzschutzgesetz \(ArbPlSchG\)](#), [§ 6 Abs. 1 Satz 4 Arbeitsschutzgesetz \(ArbSchG\)](#), [§ 11 Satz 1 2. Halbsatz des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit](#)). Vor allem ist zu beachten, dass das BeschFG gleichzeitig auch in [§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG](#), [§ 2 Abs. 3 Satz 2 ArbPlSchG](#) und [§ 2 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten - der Vorgängervorschrift des § 622 Abs. 5 BGB](#) - eine dem § 10 Abs. 2 Satz 5 Lohnfortzahlungsgesetz entsprechende Regelung, dass zeitlich geringfügig Beschäftigte nicht mitzuzählen waren, eingeführt hatte. Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996 ([BGBl. I, 1476](#)) wurde mit Wirkung vom 01.10.1996 in allen genannten Vorschriften diese Regelung durch eine anteilige Berücksichtigung aller Teilzeitbeschäftigten ersetzt, wobei Beschäftigte mit einer Arbeitszeit bis zu 10 Wochenstunden mit 0,25 berücksichtigt wurden. Anlass für diese Änderung war ein beim Bundesverfassungsgericht anhängiges Verfahren zur Kleinbetriebsklausel des [§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG](#) idF des BeschFG (s. [BVerfGE 97, 186](#)). Der Gesetzgeber begründete die Änderung damit, die bisherige Regelung habe das Entstehen von Beschäftigungsverhältnissen außerhalb des Sozialversicherungsschutzes gefördert und eröffne die Möglichkeit des Mißbrauchs, indem zusätzlich zu einer begrenzten Zahl von Vollzeit- und sozialversicherungspflichtigen Teilzeitbeschäftigten eine unbegrenzte Anzahl geringfügig Beschäftigter eingestellt werden könne, ohne dass kündigungsschutzrechtlich der Charakter als Kleinbetrieb verloren gehe. Es solle daher nunmehr unabhängig von der Verteilung der Arbeitszeit - als Vollarbeitszeit oder Teilarbeitszeit - auf das Gesamtarbeitsvolumen des Betriebes abgestellt und die jetzige wettbewerbsverzerrende Ungleichbehandlung der Betriebe beseitigt werden ([BT-Drucksache 13/4612](#), 10). Der Entwurf sah schon die Übernahme dieser Neuregelung der Berücksichtigung der Teilzeitbeschäftigten beim Schwellenwert in [§ 622 BGB](#) und [§ 2 Abs. 3 ArbPlSchG](#) vor (s.a.a.O. Nr. 6). Im Gesetzgebungsverfahren wurde dann über den Entwurf hinaus (s. insoweit a.a.O. Nr. 7) die anteilige Berücksichtigung der Teilzeitbeschäftigten auch für die Kleinbetriebsklauseln im ArbSchG und im Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit übernommen (vgl. [BT-Drucksache 13/5107](#), 16, 37). Durch das Gesetz zur Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 ([BGBl. I, 3843](#)) wurde in allen genannten Gesetzen die Anrechnungsquote lediglich dahingehend geändert, dass Teilzeitbeschäftigte mit mindestens 0,5 angerechnet werden; unverändert ist aber das Gesamtarbeitsvolumen maßgeblich für die Bestimmung des Charakters als "Kleinbetrieb".

d) Die Annahme einer bewusst unterbliebenen Gesetzesänderung und die wörtliche Anwendung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG wäre angesichts der Erweiterung der Lohnfortzahlung mit der Einräumung eines Anspruchs für alle Beschäftigten ohne Rücksicht auf den Umfang ihrer Arbeitszeit verfassungsrechtlich bedenklich.

Das Umlageverfahren soll Arbeitgeber vor den Risiken der ihnen mit der Entgeltfortzahlung auferlegten sozialen Verpflichtungen schützen. Da in Kleinbetrieben das mit der Lohnfortzahlung verbundene Arbeitgeberberrisiko besonders hoch ist, weil hier die Krankheitshäufigkeit der Beschäftigten wegen ihrer geringen Zahl von den statistischen Wahrscheinlichkeitswerten erheblich abweichen kann, so dass die Lohnfortzahlung den Arbeitgeber je nach dem zufälligen Krankenstand der Arbeitnehmer unverhältnismäßig härter treffen kann und mit abnehmender Beschäftigtenzahl für ihn als Faktor seiner Kostenrechnung unkalkulierbar ist (vgl. [BSGE 36, 16](#), 20; s.a. [BSG SozR 7860 § 10 Nr. 3](#); Nr. 4), hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des LFZG das Ausgleichsverfahren auf den Kreis der Kleinbetriebe beschränkt (vgl. zur

Entstehungsgeschichte auch Schmitt, Entgeltfortzahlungsgesetz, 4. Aufl., Einleitung §§ 10 ff. Lohnfortzahlungsgesetz Rdn. 1). Dieser gesetzgeberische Zweck rechtfertigt zum einen den mit dem zwangsweisen Zusammenschluss der Arbeitgeber und der Erhebung von Umlagebeiträgen verbundenen Eingriff in deren allgemeine Handlungsfreiheit ([Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz \(GG\)](#), vgl. [BVerfGE 48, 228, 234](#)), zum anderen ist grundsätzlich im Hinblick auf den Gleichheitssatz des [Art. 3 Abs. 1 GG](#) die unterschiedliche Behandlung der Arbeitgeber unter dem Gesichtspunkt der Betriebsgröße sachgemäß (so [BSGE 36, 16, 20](#)). Auch wenn dem Gesetzgeber grundsätzlich bei der Schaffung und genauen Abgrenzung von Solidargemeinschaften ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen sein mag (vgl. [BVerfGE 44, 70, 90](#); [75, 108, 157](#)), ist zu beachten, dass der Gesetzgeber das Ausgleichsverfahren allein wegen der im Vergleich zu personalstarken Unternehmen größeren Abhängigkeit des Kleinbetriebs vom Arbeitseinsatz der einzelnen Arbeitnehmer vorgesehen und den Zusammenschluss solcher Arbeitnehmer angeordnet hat, ohne sonstige Faktoren wie etwa Unterschiede im Krankenstand oder das unterschiedliche Lohnfortzahlungsrisiko in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen und Unternehmensstrukturen zu berücksichtigen. Somit muss sich die Sachgerechtigkeit der Kriterien für die Bestimmung des Kreises der teilnahmepflichtigen Arbeitgeber an dieser Entscheidung für die Abgrenzung der Solidargemeinschaft messen lassen.

Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass bei 800 bis 1000 Arbeitnehmern für sie das Lohnfortzahlungsrisiko keinesfalls unkalkulierbar ist und eine Abhängigkeit vom Einsatz der einzelnen Arbeitskraft nicht gegeben ist. § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG führt jedoch dazu, dass auch ein solcher Arbeitgeber, dessen Betriebsstruktur die Beschäftigung zahlreicher zeitlich geringfügig Beschäftigter erlaubt, der aber mit dem typischen Kleinbetrieb nichts gemein hat, am Ausgleichsverfahren teilnehmen müsste. Dabei handelt es sich bei der Mitarbeiterstruktur der Klägerin nicht um einen einzelnen, aus dem Rahmen fallenden Sonderfall. Innerhalb der Verlagsgruppe gibt es noch ein weiteres vergleichbar strukturiertes Unternehmen und - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert worden ist - gibt es bundesweit zahlreiche weitere ähnliche Vertriebsunternehmen (die nach Darstellung der Klägerin zum überwiegenden Teil nicht zum Ausgleichsverfahren herangezogen werden). Ferner dürfte auch in Betrieben der Gebäudereinigung die Beschäftigung von Personen mit geringer Arbeitszeit verbreitet sein (wie der Sachverhalt in dem vom Bundesverfassungsgericht ([BVerfGE 97, 186](#)) entschiedenen Fall zeigt).

Der Gesetzgeber muss zwar notwendigerweise generalisierende Regelungen treffen und darf daher Rechtsfolgen an ein typisches Erscheinungsbild des Regelungsgegenstands anknüpfen. Er darf auch im Interesse der Verständlichkeit und Praktikabilität der Normen von Differenzierungen absehen, die diesem Ziel entgegenstehen ([BVerfGE 11, 245, 254](#); [71, 146, 157](#)). Wie das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die bis zum 30.09.1996 gleichlautende Regelung des [§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG](#) entschieden hat, hatte der Gesetzgeber jedoch insoweit seine Typisierungsbefugnis überschritten: Ein Sachgesichtspunkt, der es rechtfertigen könnte, bei Betrieben, die überwiegend Teilzeitkräfte beschäftigten, auf eine am Arbeitsvolumen orientierte Größenbestimmung gänzlich zu verzichten, sei nicht erkennbar. Die Berücksichtigung der Teilzeitkräfte bei der Festlegung der maßgeblichen Betriebsgröße sei ohne Weiteres möglich, ohne dass auf eine zahlenmäßige Beschränkung verzichtet werden müsste. Auch Gründe der Vereinfachung oder Praktikabilität ließen sich insoweit nicht ins Feld führen, weil die Bestimmung des Geltungsbereichs des Gesetzes an Hand einer bestimmten Beschäftigtenzahl und des Umfangs ihrer Tätigkeit weder den Betrieben noch den Gerichten besondere Schwierigkeiten bereite ([BVerfGE 97, 186, 194 f.](#)). Diese Erwägungen treffen auch für § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG zu. Auch hier ist ein sachlicher Grund dafür, die zeitlich geringfügig Beschäftigten nicht entsprechend ihrem Arbeitsvolumen in die Berechnung der Betriebsgröße einzubeziehen, nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber - wie oben dargelegt - auch in vergleichbaren Kleinbetriebsklauseln auf das Gesamtarbeitsvolumen im Betrieb abstellt, also davon ausgeht, dass der Geltungsbereich der entsprechenden Gesetze auch bei einer solchen Regelung bestimmt werden kann.

3. Zur Vermeidung eines verfassungswidrigen Ergebnisses ist § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG somit einschränkend auszulegen. Zwar scheint der Wortlaut der Norm eindeutig und einer einschränkenden Auslegung entgegenzustehen. Der Wortlaut einer Vorschrift bietet jedoch für die Auslegung keine unübersteigbare Hürde, denn das Ziel der Auslegung ist die Feststellung des Inhalts einer Norm, wie sie sich aus Wortlaut und Sinnzusammenhang ergibt, in die sie hineingestellt ist. Insoweit ist der Inhalt einer Gesetzesbestimmung unter Berücksichtigung ihrer Einordnung in die gesamte Rechtsordnung zu erforschen, ohne dass die Auslegung durch den formalen Wortlaut des Gesetzes begrenzt ist (vgl. [BVerfGE 35, 263, 278 f.](#); [97, 186, 196](#)). Der Gesetzgeber hat hier offenbar nicht bedacht, dass das Ausgleichsverfahren seit der Aufhebung (bzw. Unanwendbarkeit) des § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG a.F. nicht mehr schlüssig ist und die Nichtberücksichtigung der zeitlich geringfügig Beschäftigten bei der Berechnung des Schwellenwertes ihre Berechtigung verloren hat. Sinn und Zweck des Ausgleichsverfahrens werden verfehlt, wenn die Pflicht zur Umlage auch auf Arbeitgeber erstreckt wird, die des Schutzes vor unkalkulierbaren Belastungen aufgrund der tatsächlichen Betriebsgröße nicht bedürfen. Vor allem zeigt die gesetzübergreifende Betrachtung der Kleinbetriebsregelung in anderen Gesetzen und insbesondere die Begründung für die im arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz vorgenommenen Änderungen (s.o. II 2c bb), dass der Gesetzgeber sich für das Abstellen auf das Gesamtarbeitsvolumen im Betrieb und die anteilige Berücksichtigung aller Teilzeitbeschäftigten entscheiden wollte. Es ist daher davon auszugehen, dass er auch im Rahmen des § 10 Abs. 2 LFZG eine entsprechende Regelung gewählt hätte, wenn er das Problem erkannt hätte. Wie dargelegt, gibt es jedenfalls keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bewusst eine - verfassungsrechtlich bedenkliche - abweichende Regelung gewollt hat. Daher ist § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG im Wege einer teleologischen Reduktion einschränkend dahingehend auszulegen, dass Teilzeitbeschäftigte, die nicht mehr als 10 Stunden pro Woche arbeiten, anteilmäßig berücksichtigt werden. Ob dabei für die Zeit bis 31.12.1998 diese Gruppe entsprechend der in allen anderen Kleinbetriebsklauseln geltenden Quote mit 0,25 oder bei einer wöchentlichen Arbeitszeit bis zu 20 Stunden mit 0,5 berücksichtigt werden, kann für den vorliegenden Fall offen bleiben, da die Klägerin nach beiden Varianten der Auslegung des § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG weit mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt hat.

Somit zählte die Klägerin nicht zu dem Kreis der an den Ausgleichsverfahren nach dem LFZG teilnehmenden Arbeitgeber. Der angefochtene Bescheid ist somit insoweit rechtswidrig und aufzuheben, da die Klägerin keine Umlagebeiträge nach § 14 Abs. 1 LFZG zu entrichten hat.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) in der bis 01.01.2002 geltenden Fassung. Auch wenn die Beigeladene keinen Antrag gestellt und im Berufungsverfahren sich unverständlich desinteressiert gezeigt und eine inhaltliche Stellungnahme zur Problematik verweigert hat, hat der Senat es für sachgerecht gehalten, ihr gesamtschuldnerisch mit der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen: Die Beklagte hat letztlich im Interesse der Beigeladenen gehandelt und die Beigeladene hat auch eingeräumt, dass inhaltlich der Vortrag der Beklagten dem entspricht, was sie selbst vorgetragen haben würde.

Der Senat hat dem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher die Revision zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).
Rechtskraft
Aus

Login
NRW
Saved
2006-08-19