

B 1 KR 31/03 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 29 (725) 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
Leitsätze

1. Arbeitgeber unterliegen auch dann der Umlagepflicht nach dem LFZG wenn sie neben wenigen Vollzeit- oder Halbtagskräften eine Vielzahl von Arbeitern beschäftigen deren regelmäßige Arbeitszeit 10 Wochen- oder 45 Monatsstunden nicht überschreitet.

2. § 14 Abs 2 S 4 LFZG ist spätestens mit Inkrafttreten des PflegeVG gegenstandslos geworden.

Auf die Revisionen der Beklagten und der Beigeladenen wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 23. Oktober 2003 aufgehoben. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 14. August 2002 wird zurückgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens und des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über die Pflicht der Klägerin, Umlagen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG) zu zahlen.

Die klagende GmbH vertreibt Anzeigenblätter. Seit Juni 1994 beschäftigte sie zwischen 800 und ca 1000 Arbeitnehmer als Zusteller mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 2,5 bis 4,5 Stunden, zudem eine Teilzeitkraft mit regelmäßig 10 bis 20 Wochenstunden bis Ende 1998 und seitdem mit 20 Wochenstunden. Zusätzlich war seit Januar 1999 ein angestellter Geschäftsführer als Vollzeitkraft tätig. Die beigeladene Krankenkasse, die für die Umlage nach dem LFZG zuständige Stelle, informierte die Klägerin, sie sei verpflichtet, am Umlageverfahren nach dem LFZG teilzunehmen (4. Dezember 1995). Die Klägerin bat, bis zur Klärung einer Anfrage die Teilnahme am Ausgleichsverfahren ruhen zu lassen (8. Februar 1996). Vergleichsverhandlungen scheiterten. Auf Grund einer Betriebsprüfung setzte die beklagte LVA ua Umlagebeträge U 1 und U 2 für den Zeitraum vom 1. Juni 1994 bis zum 31. Dezember 1999 in Höhe von insgesamt 242.813,60 DM entsprechend 124.252,03 EURO fest (Bescheid vom 13. Dezember 2000; Widerspruchsbescheid vom 20. Februar 2001).

Anders als vor dem Sozialgericht (Urteil vom 14. August 2002) hat die Klägerin vor dem Landessozialgericht (LSG) Erfolg gehabt: Das LSG hat antragsgemäß die Bescheide insoweit aufgehoben, als sie Umlagebeiträge zu den Ausgleichsverfahren nach dem LFZG festgesetzt haben. Es hat dies ua damit begründet, die Klägerin nehme nicht am Ausgleichsverfahren nach dem LFZG teil. Sie beschäftige mehr als 20 Arbeitnehmer. § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG sei verfassungskonform nach seinem Sinn und Zweck dahin auszulegen, dass teilzeitbeschäftigte Arbeiter wie die bei der Klägerin mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Stunden tätigen Zusteller für die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer anteilig zu berücksichtigen seien (Urteil vom 23. Oktober 2003).

Mit der vom LSG zugelassenen Revision tragen die Beigeladene und die Beklagte vor, § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG enthalte keine planwidrige Regelungslücke. Das belegten die Änderung des § 10 Abs 1 LFZG durch das Gesetz zur Änderung des Mutterschutzes sowie vorgelegte Korrespondenz mit dem Bundesgesundheitsministerium aus dem Jahr 1992 und das Schreiben der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände vom 6. Juni 1994 an die Mitglieder sowohl des Ausschusses Soziale Sicherung als auch des Arbeitsrechtsausschusses. Danach seien dem Gesetzgeber die Folgeprobleme der Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in die Entgeltfortzahlung für die Umlageverfahren nach dem LFZG deutlich gewesen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) halte § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG für verfassungsgemäß. Deshalb sei die Norm wortgetreu anzuwenden, sodass die Umlagebeträge rechtmäßig festgesetzt worden seien.

Die Beigeladene und die Beklagte beantragen, das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 23. Oktober 2003 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 14. August 2002 zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revisionen der Beigeladenen und der Beklagten zurückzuweisen.

Sie hält das LSG-Urteil für zutreffend. § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG könne nach seinem Sinn und Zweck, wirtschaftlich schwachen Kleinunternehmen zu helfen und Arbeitnehmer vor dem Ausfall der Lohnfortzahlung zu schützen, für die Klägerin mit ihrer großen Zahl von geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern und einem Umsatz von durchschnittlich 1,6 Millionen Euro im Jahr nicht gelten. Andernfalls werde die Zielsetzung, geringfügige Arbeitsverhältnisse zu fördern, in ihr Gegenteil verkehrt. Wie die Regelungslücke zu schließen sei, die durch die Erstreckung der Entgeltfortzahlung auf geringfügige Arbeitsverhältnisse entstanden sei, beleuchteten [§ 23 Abs 1 Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#), [§ 622 Abs 5 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) und [§ 2 Abs 3 Satz 3 Arbeitsplatzschutzgesetz \(ArbPlSchG\)](#). Das ergebe auch die verfassungskonforme Auslegung unter Berücksichtigung von [Art 12 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#) und [Art 3 Abs 1 GG](#).

II

1. Die Revisionen der Beigeladenen und der Beklagten sind zulässig. Zwar hat die Beklagte die Revisionsbegründungsfrist ([§ 164 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)) nicht beachtet. Als notwendige Streitgenossin wird die säumige Beklagte aber als vertreten angesehen durch die nicht säumige Beigeladene ([§§ 74 SGG](#); 62 Zivilprozessordnung (ZPO); BSG SozR Nr 30 zu [§ 164 SGG](#)). Beigeladene und Beklagte sind notwendige Streitgenossen iS von [§ 62 ZPO](#). Das streitige Rechtsverhältnis, die Pflicht der Klägerin, die Umlagen nach dem LFZG in Höhe von 124.252,03 Euro zu entrichten, kann der Beklagten als für die Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs 1 Satz 5](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) iVm § 17 LFZG zuständige Stelle (vgl BSG [SozR 3-2400 § 28p Nr 1](#)) und der Beigeladenen gegenüber als Inhaberin der Umlageforderung nach § 14 LFZG und als für den Beitragseinzug zuständigem Versicherungsträger nach § 17 LFZG (vgl [BSGE 73, 31](#), 34 = [SozR 3-7860 § 14 Nr 2 S 5](#)) nur einheitlich festgestellt werden.

2. Die Revisionen der Beklagten und der Beigeladenen sind auch begründet. Die Beklagte hat zu Recht die Umlagebeträge für den Zeitraum von Juni 1994 bis Dezember 1999 in unbestritten zutreffender Höhe gegenüber der Klägerin festgesetzt. Die Klägerin beschäftigt im Rechtssinne nicht mehr als 20 Arbeitnehmer. Die zwischen ca 800 und 1.000 Arbeiter, die die Klägerin im relevanten Zeitraum mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von wöchentlich 2,5 bis 4,5 Stunden beschäftigt hat, bleiben nach § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG bei der Errechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer außer Ansatz. Das folgt aus dem Regelungssystem der §§ 10 und 14 LFZG (vgl dazu 2a), dem Wortlaut des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG (vgl dazu 2b), der nach der Entwicklungsgeschichte sowie Sinn und Zweck des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG planvollen Entscheidung des Gesetzgebers (vgl dazu 2c) sowie der Gesetzessystematik (vgl dazu 2d).

a) Nach § 14 Abs 1 LFZG (idF vom 27. Juli 1969, [BGBl I 946](#)) werden die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht. § 14 Abs 2 LFZG (idF von Art 6 Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) 1985 vom 26. April 1985, [BGBl I 710](#); ab 1. Januar 1996 idF durch Art 2 Nr 11 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Arbeitsförderungs-gesetzes im Bereich des Baugewerbes vom 15. Dezember 1995, [BGBl I 1809](#)) bestimmt näher, wie die Umlagebeträge festzusetzen sind. Welche Arbeitgeber iS von § 14 Abs 1 LFZG "am Ausgleich beteiligt" sind, richtet sich nach § 10 LFZG. § 10 Abs 1 Satz 1 LFZG (idF von Art 6 Nr 2 Buchst a BeschFG 1985) bestimmt: Die Ortskrankenkassen - wie die Beigeladene - erstatten den Arbeitgebern, die in der Regel ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, 80 vH des an Arbeiter fortgezählten Arbeitsentgelts und der nach § 12 Abs 1 Nr 2 Buchst b des Berufsbildungsgesetzes an Auszubildende fortgezählten Vergütung (Nr 1), des vom Arbeitgeber nach [§ 14 Abs 1](#) des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) gezahlten Zuschusses zum Mutterschaftsgeld (Nr 2), des vom Arbeitgeber nach [§ 11 des MuSchG](#) bei Beschäftigungsverboten gezahlten Arbeitsentgelts (Nr 3), der auf die Arbeitsentgelte und Vergütungen nach den Nummern 1 und 3 entfallenden von den Arbeitgebern zu tragenden Beiträge zur Bundesanstalt für Arbeit und Arbeitgeberanteile an Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung und Rentenversicherung (Nr 4). Art 2 Nr 1 des Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzrechts (vom 20. Dezember 1996, [BGBl I 2110](#)) hat mit Wirkung vom 1. Januar 1997 folgenden Halbsatz angefügt: In den Fällen der Nummern 2 und 3 und der Nummer 4 iVm Nummer 3 werden die Aufwendungen der Arbeitgeber abweichend vom ersten Halbsatz voll erstattet. § 10 Abs 2 LFZG (idF von Art 6 BeschFG 1985, geändert durch Art 54 Nr 3 Buchst a Gesundheitsreformgesetz vom 20. Dezember 1988, [BGBl I 2477](#)) regelt in den Sätzen 2 bis 6 näher, wann ein Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Dies ist nach Satz 2 der Fall, wenn er in dem letzten Kalenderjahr, das demjenigen vorausgegangen ist, für das die Feststellung nach Satz 1 zu treffen ist, für einen Zeitraum von mindestens 8 Kalendermonaten nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt hat. Hat ein Betrieb nicht während des ganzen nach Satz 2 maßgebenden Kalenderjahres bestanden, so nimmt der Arbeitgeber am Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen teil, wenn er während des Zeitraums des Bestehens des Betriebs in der überwiegenden Zahl der Kalendermonate nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt hat (Satz 3). Wird ein Betrieb im Laufe des Kalenderjahres errichtet, für das die Feststellung nach Satz 1 getroffen ist, so nimmt der Arbeitgeber am Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen teil, wenn nach der Art des Betriebs anzunehmen ist, dass die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer während der überwiegenden Kalendermonate dieses Kalenderjahres 20 nicht überschreiten wird (Satz 4). Bei der Errechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer bleiben Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis, in dem die regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt, sowie Schwerbehinderte iS des Schwerbehindertengesetzes außer Ansatz (Satz 5). Arbeitnehmer, die wöchentlich regelmäßig nicht mehr als 20 Stunden zu leisten haben, werden mit 0,5 und diejenigen, die nicht mehr als 30 Stunden zu leisten haben, mit 0,75 angesetzt (Satz 6).

b) Zu Recht ist zwischen den Beteiligten nicht streitig, dass nach dem Wortlaut der Vorschriften die Klägerin in dem relevanten Zeitraum von Juni 1994 bis Ende 1999 zu den "am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern" zu zählen ist, weil sie Arbeitgeberin von Arbeitern ist und in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Vielzahl von 800 bis ca 1.000 Arbeitern, die nur mit einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von nicht mehr als 10 Stunden erwerbstätig gewesen sind, bleiben - legt man den klaren Wortlaut von § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG zugrunde - außer Ansatz.

c) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Regelung in § 10 Abs 2 LFZG, insbesondere in dessen Satz 5, nicht lückenhaft und ergänzungsbedürftig geworden.

aa) § 10 Abs 2 wurde durch das BeschFG 1985 um die Sätze 5 und 6 im Zusammenhang mit der Erweiterung des Ausgleichsverfahrens ergänzt. Die Regelung zielte darauf ab, die Kleinbetriebe vor unkalkulierbaren hohen Lasten zu schützen und Einstellungshemmnisse zB für junge Frauen zu beseitigen. Durch Satzungsrecht sollten auch Arbeitgeber mit bis zu 30 Arbeitnehmern einbezogen werden können.

Schwerbehinderte sollten überhaupt nicht mehr mitgezählt werden, Teilzeitbeschäftigte nur noch entsprechend ihrer Arbeitszeit (vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines BeschFG 1985, BR-Drucks 393/84, S 15). Durch die Änderungen sollten die Belastungen gleichmäßig auf eine größere Zahl von Arbeitgebern verteilt werden. Sie sollten dadurch auch einen Anreiz bieten, für krankheits- oder schwangerschaftsbedingte Ausfälle im Betrieb Aushilfskräfte einzustellen. Da bis dahin bei der Feststellung der Arbeitnehmerzahl Teilzeitbeschäftigte ebenso wie Vollzeitbeschäftigte bewertet wurden, konnte dies bewirken, dass Arbeitgeber nur deshalb vom Ausgleichsverfahren ausgeschlossen wurden, weil sie Teilzeitkräfte beschäftigten (vgl. BR-Drucks 393/94, S 19 f). Zielsetzung der Regelung war mithin, den Kreis der Arbeitgeber zu erweitern, die am Ausgleich nach dem LFZG zu beteiligen waren, und Einstellungsanreize zu geben. Dass dabei Teilzeitbeschäftigte mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Wochen- oder 45 Monatsstunden außer Ansatz blieben, lag in der Konsequenz dessen, dass § 1 Abs 3 Nr 2 LFZG (idF von § 6 Nr 1 Buchst b Strafrechtsreform-Ergänzungsgesetz vom 28. August 1975, [BGBl I 2289](#)) für solche Arbeiter den Grundsatz der Entgeltfortzahlung nach § 1 Abs 1 LFZG ausschloss.

bb) Anlass, die Regelung zu ändern, ergab sich für den Gesetzgeber, als das Bundesarbeitsgericht im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof (EuGHE 1989, 2743) entschied, dass § 1 Abs 3 Nr 2 LFZG wegen seiner mittelbar diskriminierenden Wirkung im Widerspruch zu Art 119 Abs 1 EWGV stehe und nicht anzuwenden sei ([BAGE 68, 320](#) = AP Nr 95 zu § 1 LohnFG). Dieser Rechtsprechung passte der Gesetzgeber die Rechtslage an, indem er die Regelung der §§ 1 bis 9 LFZG aufhob (Art 60 Pflegeversicherungsgesetz (PflegeVG) vom 26. Mai 1994, [BGBl I 1014](#) mit Wirkung vom 1. Juni 1994) und diese Regelungen durch die Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (Art 53 PflegeVG) ersetzte. Bei dieser Neuordnung stand der Gesetzgeber vor der Frage, ob er entsprechend der Zielsetzung des BeschFG 1985 den Kreis der in das Umlageverfahren einbezogenen Unternehmen möglichst weit ziehen oder stärker eingrenzen sollte.

cc) Der Gesetzgeber entschied, § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG nicht zu verändern und damit einen größeren Kreis von Betrieben in das Umlageverfahren einzubeziehen, als es der Fall gewesen wäre, wenn für den Kreis der Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen Beschäftigungszeit von bis zu 10 Wochen- oder bis zu 45 Monatsstunden ein zahlenmäßiger Ansatz entsprechend der Regelung in § 10 Abs 2 Satz 6 LFZG vorgesehen worden wäre. Dass dem Gesetzgeber bewusst war, mit der Beibehaltung der Regelung in § 10 Abs 2 Satz 5 und 6 LFZG den Kreis der einbezogenen Arbeitgeber zu erweitern, erhellt aus der Änderung des Einigungsvertrags (vgl. dazu (1), der Verwendung von § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG als Bezugsnorm (vgl. dazu (2), der Anpassung des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG ohne Änderung der Ausnahmetatbestände (vgl. dazu (3) sowie der Ablehnung des Gesetzgebers, § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG an andere Kleinunternehmensklauseln anzupassen (vgl. dazu (4)).

(1) Der Einigungsvertrag verwies in Anl 1 Kap VIII Sachgebiet A - Arbeitsrechtsordnung - Abschn III Nr 4. und Nr 7. Buchst c Buchst bb (idF vom 31. August 1990 iVm Zustimmungsgesetz vom 23. September 1990, [BGBl II 885](#), sowie Gesetz vom 7. Oktober 1993 [BGBl I 1668](#)) sehr differenziert auf die §§ 10 bis 19 LFZG. Art 66 PflegeVG hob diese Regelung in der Nr 4 mit Wirkung vom 1. Juni 1994 auf und ersetzte sie in der Sache durch die Regelung der §§ 10 ff LFZG. Insoweit lag eine bewusste Rechtsangleichung zu Grunde (vgl. Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP zum Entwurf eines Entgeltfortzahlungsgesetzes, [BT-Drucks 12/5263 S 9](#); konsequent übernommen in die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zum PflegeVG, [BT-Drucks 12/7323](#) Art 48, S 15).

(2) Die planmäßige Entscheidung des Gesetzgebers, es unter Berücksichtigung der Zielsetzung des BeschFG 1985 bei der Regelung des § 10 Abs 2 Satz 5 und 6 LFZG zu belassen, wird auch daraus deutlich, dass diese mit dem BeschFG 1985 als Bezugsnorm im Ausnahmetatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG) aufgenommene Regelung (vgl. zu Art 7 Nr 7 des Gesetzentwurfs [BT-Drucks 10/2102 S 31](#)) nach Aufhebung des § 128 AFG aF zum 1. Juli 1991 (Gesetz zur Änderung arbeitsförderungsrechtlicher und anderer sozialrechtlicher Vorschriften vom 21. Juni 1991, [BGBl I 1306](#)) in der Folgezeit wieder eingeführt wurde (vgl. § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 2 AFG idF des Gesetzes zur Änderung von Förderungsvoraussetzungen im Arbeitsförderungs-gesetz und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992, [BGBl I 2044](#); vgl. zum Zweck [BT-Drucks 12/3211 S 25](#) zu Abs 1 Satz 2 Nr 2 und BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 11](#) S 95). Diese Verweisung behielt der Gesetzgeber bei bis zur Aufhebung des § 128 AFG durch das Arbeitsförderungsreformgesetz vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#), Art 11 Nr 27), das aber eine Weitergeltung im Rahmen der Übergangsvorschriften in § 242x Abs 6 iVm Abs 3 AFG und [§ 431](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) vorsah (vgl. Art 11 Nr 40 AFRG und hierzu zB BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 16](#) S 147; Rofls in: Gagel, SGB III, § 147a RdNr 5). An die Stelle dieser Regelung trat mit Wirkung zum 1. April 1999 wiederum als Ausnahme zur Erstattungspflicht [§ 147a Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB III](#) (Einfügung durch das Gesetz zur Änderung der Berücksichtigung von Entlassungsentschädigungen im Arbeitsförderungsrecht (Entlassungsentschädigungs-Änderungsgesetz) vom 24. März 1999, [BGBl I 396](#)), der bewusst die Regelung des § 128 AFG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung aufgriff (vgl. [BT-Drucks 14/394 S 6](#) zu Art 1 Nr 2 bis 4), damit aber auch gezielt die Verweisung auf § 10 Abs 2 Satz 2 bis 6 LFZG.

(3) Nicht nur durch Bezugnahmen, sondern unmittelbar mittels Änderung des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG durch [Art 37](#) Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (Gesetz vom 19. Juni 2001, [BGBl I 1046](#)) verdeutlichte der Gesetzgeber, dass er an der Regelung des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG im Übrigen festhielt, wenn auch nach dem bei einer isolierten Anfechtungsklage für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchbescheids vom 20. Februar 2001 (vgl. hierzu allgemein BSG [SozR 3-5868 § 76 Nr 1](#); BSGE 81, 50 = [SozR 3-3870 § 3 Nr 7](#); BSG [SozR 3-3870 § 4 Nr 13](#); BSGE 73, 234 = [SozR 3-2500 § 95 Nr 4](#); BSG [SozR 3-1500 § 54 Nr 18](#); Senat, BSGE 68, 228, 231 = [SozR 3-2200 § 248 Nr 1](#)). Der Gesetzgeber glich insoweit den Wortlaut des LFZG an die Neuordnung an, ohne die Regelung für Kleinunternehmen zu ändern (vgl. hierzu [BT-Drucks 14/5074](#) und [14/5786](#), jeweils zu Art 32 des Gesetzentwurfs).

(4) Der Gesetzgeber nahm auch die Änderungen anderer Regelungen für Kleinunternehmen nicht zum Anlass, § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG hieran anzupassen, etwa die Modifikationen von [§ 23 Abs 1 Satz 3 KSchG](#) (idF des Art 2 Nr 2 Buchst b BeschFG 1985, geändert durch Art 1 Nr 2 Buchst b Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz (ArbR BeschFG) vom 25. September 1996, [BGBl I 1476](#) und durch Art 6 Nr 2 Buchst a1 des Gesetzes vom 19. Dezember 1998, [BGBl I 3843](#)), [§ 622 Abs 5 Satz 1 Nr 2 BGB](#) (idF des Art 1 des Gesetzes vom 7. Oktober 1993, [BGBl I 1668](#), geändert durch Art 7 ArbR BeschFG und Art 6a des Gesetzes vom 19. Dezember 1998, [BGBl I 3843](#)), § 2 Abs 3 Satz 3 ArbPISchG (idF des Art 5 Abs 1 Nr 2 BeschFG 1985, geändert durch Art 8 Nr 1 ArbR BeschFG und Art 6b des Gesetzes vom 19. Dezember 1998, [BGBl I 3843](#)), [§ 6 Abs 1 Satz 4](#) Arbeitsschutzgesetz (eingefügt durch Art 9 ArbR BeschFG, geändert durch Art 6c Gesetz vom 19. Dezember 1998, [BGBl I 3843](#)) oder von § 11 Satz 1 2. Halbsatz des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (idF des Art 2 Nr 7 des Gesetzes vom 7. August 1996, [BGBl I 1246](#), geändert durch Art 10 ArbR BeschFG und Art 6d des Gesetzes vom 19. Dezember 1998, [BGBl I 3843](#)). Dementsprechend zieht auch die Literatur nicht in Zweifel, dass § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG unmittelbar im LFZG sowie im Rahmen der Verweisung auf die Norm in ehemals § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 2 AFG und nunmehr in [§ 147a](#)

[Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB III](#) wortlautgetreu anzuwenden ist (vgl zB Berning, Die Lohnfortzahlungsversicherung, 2. Aufl 2003, S 15; Knorr/Krasney, Entgeltfortzahlung-Krankengeld/Mutterschaftsgeld, 7. Aufl 2005, LFZG § 10 S L 008 RdNr 6; Müller/Berenz, Entgeltfortzahlungsgesetz, 2. Aufl 1997, § 10 LFZG RdNr 6 mit Hinweis auf eine bewusste Beibehaltung der Regelung durch den Gesetzgeber; Schmitt, Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Aufl 2005, § 10 LFZG RdNr 32; Ruppelt in: Küttner, Personalbuch 2005, 12. Aufl 2005, Kleinbetrieb 245, RdNr 18; Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB III, Stand 2005, K § 147a RdNr 116; Vossen in: Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl 2000, 2.2 RdNr 480; Brand in: Niesel, SGB III, 3. Aufl 2005 § 147a RdNr 29; ders in: Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2004 § 14 RdNr 41; ders, ZAP 1993, 359, 367; Hess, Erstattungspflichten des Arbeitgebers beim Arbeitslosengeld, 2. Aufl 1995, RdNr 63; Reichling/Reß, § 128 AFG, 2. Aufl 1994, S 55; Rolfs in: Gagel, SGB III, Stand Mai 2005, § 147a RdNr 127; Barton in: Andresen/Barton/Kuhn/Schenke, Vorruhestand ..., 1991, 51.5.2 RdNr 65; Bauer/Diller, BB 1992, 2283, 2284).

d) Schließlich zeigt die Gesetzessystematik, dass die Zielsetzung von § 10 Abs 2 Satz 5 und 6 LFZG nicht fordert, wegen der Erweiterung des für die Entgeltfortzahlung berechtigten Personenkreises Arbeiter mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Wochen- oder 45 Monatsstunden in einem gewissen Umfang bei der Errechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer einzubeziehen. Seit Einführung der Regelung durch das BeschFG 1985 bleiben Schwerbehinderte ebenfalls bei der Errechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer außer Ansatz. Das erklärt sich aus dem Gesetzeszweck, für diesen Personenkreis einen Anstellungsanreiz zu schaffen. Nichts anderes kann aber hinsichtlich des Kreises der Teilzeitbeschäftigten gelten, soweit es der Gesetzgeber - wie dargelegt - planvoll bei der Anreizfunktion des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG auch hinsichtlich dieses Personenkreises belassen hat.

3. Die Einwendungen der Klägerin gegen diese rechtliche Würdigung führen zu keinem anderen Ergebnis. Das gilt sowohl für die Einwendungen gegen die Auslegung auf der Ebene des Gesetzes- (vgl dazu 3a) und des Verfassungsrechts (vgl dazu 3b) als auch für die Berufung auf Verjährung (vgl dazu 3c), fehlende Feststellung der Ausgleichsberechtigung (vgl dazu 3d) und die Finanzierungsart (vgl dazu 3e).

a) Weder ergibt sich aus § 14 Abs 2 Satz 4 LFZG noch aus Sinn und Zweck von § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG unter Würdigung des Schutzbedarfs der Klägerin ein anderes Auslegungsergebnis.

aa) Allerdings weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass § 14 Abs 2 Satz 4 LFZG spätestens mit der Aufhebung der §§ 1 bis 9 LFZG durch das PflegeVG gegenstandslos geworden ist. Nach dem Wortlaut von § 14 Abs 2 Satz 4 LFZG sind von Entgelten der unter § 1 Abs 3 Nr 1 und 2 LFZG fallenden Arbeiter Umlagebeträge nicht zu erheben. Sinn der Regelung war es, sicherzustellen, dass keine Umlagebeträge von Entgelten erhoben wurden, bei denen rechtlich ausgeschlossen war, dass der Arbeitgeber Lohnfortzahlung zu leisten hatte und bei denen infolgedessen auch Erstattungsansprüche des Arbeitgebers gegenüber der Krankenkasse nicht in Betracht kamen. Deshalb war die Regelung bereits in der ersten Fassung des LFZG (vom 27. Juli 1969, [BGBI I 946](#)) als § 14 Abs 2 Satz 2 enthalten. Es liegt auf der Hand, dass mit der Aufhebung der in Bezug genommenen Ausnahmen zur Lohnfortzahlungspflicht und der Erstreckung der Lohnfortzahlungsversicherung auch auf diese Leistungen der Sinn der Regelung unter Berücksichtigung von Leistung und Gegenleistung (vgl hierzu unter dem Aspekt des sozialen Ausgleichs bereits [BVerfGE 48, 227](#), 235 f; Senat, Urteil vom 10. Mai 2005, [B 1 KR 22/03 R](#), zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen) ebenfalls entfiel und schon von daher nahe lag, dieser Regelung keinen Anwendungsbereich mehr beizumessen. Art 67 PflegeVG wählte aber nicht den üblichen Weg, die obsoleete Vorschrift aufzuheben, sondern bestimmte in Abs 3: "Soweit in anderen Bestimmungen auf Vorschriften verwiesen wird oder Bezeichnungen verwendet werden, die durch dieses Gesetz aufgehoben oder geändert werden, treten an ihre Stelle die entsprechenden Vorschriften der Bezeichnungen dieses Gesetzes." Damit sollten "an sich notwendige Folgeänderungen, insbesondere hinsichtlich der weiter anwendbaren Bestimmungen des Lohnfortzahlungsgesetzes über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen", vermieden werden (vgl Begründung zu Art 12 § 3 des Entwurfs des EFZG, [BT-Drucks 12/5263, S 17](#); kritisch zu dieser Gesetzestchnik Canaris, RdA 1997, 267, 269). Die Regelungstechnik des Art 67 Abs 3 PflegeVG macht gerade noch hinreichend deutlich, dass eine nicht formell aufgehobene Norm unanwendbar wird und werden soll, wenn sie zwar nicht selbst aufgehoben worden ist, aber auf eine andere Norm verweist, die durch das PflegeVG ersatzlos gestrichen worden ist (vgl näher Senat, Urteil vom 27. September 2005 - [B 1 KR 1/04 R](#)). So aber verhält es sich - soweit hier von Interesse -, mit der Verweisung in § 14 Abs 2 Satz 4 LFZG auf die Entgelte der unter § 1 Abs 3 Nr 2 LFZG fallenden Arbeiter. Für die Auslegung des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG ist aber daraus nichts abzuleiten.

bb) Auch eine teleologische Reduktion des § 10 Abs 2 Satz 5 LFZG nebst teleologischer Extension des § 10 Abs 2 Satz 6 LFZG kann mit dem Vorbringen der Klägerin nicht begründet werden, auf Grund ihrer Unternehmensgröße und ihrer verfügbaren Mittel bedürfe sie der Lohnfortzahlungsversicherung nicht. Einem gesetzlich angeordneten Versicherungszwang kann nicht entgegengehalten werden, der Versicherungspflichtige verfüge über ausreichende eigene oder fremde Geldquellen, um Notfälle ohne Rückgriff auf Versicherungsansprüche überwinden zu können (vgl dazu bereits [BSGE 36, 16](#), 21 = SozR Nr 1 zu § 10 LFZG; Senat, [SozR 3-2400 § 28p Nr 1 S 5](#)).

b) In der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Ausgleichsverfahrens greifen die Bedenken der Klägerin weder hinsichtlich der krankheitsbedingten Aufwendungen noch hinsichtlich der Absicherung der Leistungen bei Mutterschaft durch.

aa) Die Umlage U 1 hat nach den Grundsätzen einer umlagefinanzierten Versicherung nach Maßgabe von § 14 Abs 2 Satz 1 LFZG die Kosten durch Beiträge abzudecken, die für die Entgeltfortzahlung erkrankter Arbeiter sowie für Auszubildende entstehen. Nach der Rechtsprechung des Senats bietet die Einschätzung des Gesetzgebers, dass Kleinbetriebe durch Erkrankungen ihrer gewerblichen Arbeitnehmer unverhältnismäßig stark getroffen sein können, weil sie zusätzlich zur Produktivitätseinbuße durch die Pflicht zur Lohnfortzahlung belastet werden, auch heute noch eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage für den Zusammenschluss in einer Zwangsversicherung, die den betroffenen Arbeitgebern eine Umlage abverlangt, die beispielsweise im Jahr 1998 höchstens 3,0 % der Lohnsumme betrug und die für knapp 80 % der Kleinbetriebe 2,0 % der Lohnsumme nicht überschritt (Bundesministerium für Gesundheit: Die gesetzliche Krankenversicherung in der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1998, statistischer und finanzieller Bericht, Tabelle 305/98 jeweils für Altbundesgebiet bzw Beitrittsgebiet). In der Zielsetzung geht es um die Vermeidung von Spitzenbelastungen einzelner Betriebe durch die gesetzlich erzwungene Lohnfortzahlung an Arbeiter. Es sind keine Argumente ersichtlich, die dieses Ziel als unsinnig oder willkürlich oder das gewählte Mittel als von vornherein ungeeignet erscheinen lassen (vgl Senat, SozR 3-2400 § 28p S 5 f). In ständiger Rechtsprechung ist der Senat deshalb davon ausgegangen, dass das 1970 eingeführte Ausgleichsverfahren verfassungsgemäß ist (vgl Senat, [SozR 3-2400 § 28p Nr 1 S 6](#); Senat, Urteil vom 20. April 1999 - [B 1 KR 1/97 R - NZA-RR 1999, 594](#) = [SozSich 2000, 28](#) = EEK IV/041 = SozVers 2000, 105 = USK 9950; Senat, [SozR 3-7860 § 14 Nr 3 S 12](#); Senat, [BSGE 71, 24](#) = [SozR 3-7860 § 10 Nr 3 S 16](#) im Anschluss an die Rechtsprechung des 3.

Senats, BSG [SozR 7860 § 10 Nr 1](#) und [BSGE 36, 16](#) = SozR Nr 1 zu § 10 LFZG). In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG ([BVerfGE 48, 227](#), 234 = SozR 7860 § 14 Nr 2 S 1 f; vgl auch [BVerfGE 77, 308](#), 332; [85, 226](#), 238) ist von einem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auszugehen, dessen Grenzen durch das Ausgleichsverfahren nicht überschritten sind. Dies gilt nicht nur für die Beurteilung des Ausgleichsverfahrens insgesamt insbesondere anhand des Maßstabs der Berufsfreiheit gemäß [Art 12 Abs 1 GG](#), sondern nach der aufgezeigten Rechtsprechung auch hinsichtlich einer Verletzung von [Art 3 Abs 1 GG](#) vor allem im Hinblick auf die Abgrenzung des in die Zwangsversicherung einbezogenen Personenkreises. Wie bei der Schaffung ist auch bei der Abgrenzung von Solidargemeinschaften dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen, sodass nur eine willkürliche Regelung als verfassungswidrig anzusehen ist. Da eine gleichmäßigere Verteilung der Belastung aus der Lohnfortzahlungspflicht nicht als Willkür bewertet werden kann, wenn der einbezogene Kreis von Arbeitgebern erweitert wird, hat der Senat verfassungsrechtliche Bedenken auch von dieser Seite nicht als durchgreifend angesehen (vgl BSG [SozR 3-2400 § 28p Nr 1](#) S 6 mwN).

Das Grundrecht aus [Art 3 Abs 1 GG](#) ist erst dann verletzt, wenn der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten anders als eine andere behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl BVerfG [SozR 4-3300 § 58 Nr 1](#) S 2; [BVerfGE 104, 126](#), 144 f = [SozR 3-8570 § 11 Nr 5](#), stRspr). Bei der Ordnung von Massenerscheinungen, wie sie bei der Sozialversicherung im verfassungsrechtlichen Sinne regelmäßig vorliegen, zu der auch die Lohnfortzahlungsversicherung zählt (vgl [BSGE 36, 16](#), 19 = SozR Nr 4 zu § 30 RVO; siehe auch Senat, Urteil vom 10. Mai 2005, [B 1 KR 22/03 R](#)), und wie sie auch beim Ausgleichsverfahren nach dem LFZG anzutreffen sind, sind typisierende Regelungen allgemein als notwendig anerkannt und vom BVerfG im Grundsatz ständig als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden ([BVerfGE 77, 308](#), 338; [17, 1](#), 23 mwN). Härten in Einzelfällen sind dabei unvermeidlich und müssen hingenommen werden (vgl [BVerfGE 13, 21](#), 29). Insoweit konnte der Gesetzgeber im Rahmen von § 10 Abs 2 Satz 5 und 6 LFZG bei der grundsätzlichen Einbeziehung nur von Kleinunternehmen zwischen Gruppen von Arbeitern unterscheiden, die er ganz (Vollzeitbeschäftigte), teilweise (Teilzeitbeschäftigte mit mehr als 10 Wochen- oder mehr als 45 Monatsstunden) oder gar nicht bei der Grenzziehung berücksichtigen wollte (Schwerbehinderte; Arbeiter mit nicht mehr als 10 Wochen- oder 45 Monatsstunden).

Im Rahmen des nach [Art 3 Abs 1 GG](#) geforderten Vergleichs von Lebenssachverhalten ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, welche Merkmale er als maßgebend für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung ansieht. [Art 3 Abs 1 GG](#) verbietet es ihm nur, dabei Art und Gewicht der tatsächlichen Unterschiede sachwidrig außer Acht zu lassen ([BVerfGE 87, 1](#), 36 = [SozR 3-5761 Allg Nr 1](#) S 7 mwN). Die derzeitige Form des Umlageverfahrens hat - anders als in den von der Klägerin herangezogenen Fällen etwa der Anwendbarkeit des KSchG aufgrund der Regelung in [§ 23 Abs 1 KSchG](#) - keine unterschiedlichen Rechte von Arbeitern im Arbeitsverhältnis zur Folge; infolgedessen kann offen bleiben, ob sich die Klägerin als Arbeitgeberin auf einen diesbezüglichen Gleichheitsverstoß überhaupt berufen könnte. Die angegriffene Regelung wirkt sich bei ähnlich liegenden Lebenssachverhalten insofern unterschiedlich aus, als Arbeitgeber mit bis zu 20 Arbeitnehmern iS von § 10 LFZG durch Personalausfälle wegen Krankheit anders belastet werden als Arbeitgeber mit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern im Rechtssinne. Während den Arbeitgebern mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern in diesem Sinne das Risiko, trotz des Ausfalls Arbeitsentgelt zahlen zu müssen, gegen die Entrichtung von Pflichtbeiträgen zu einer Zwangsversicherung weitgehend abgenommen wird, können sie es bei einer größeren Zahl von Arbeitnehmern nur dann auf eine größere Gemeinschaft abwälzen, wenn sie sich mit den anderen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweigs zusammenschließen (§ 19 Abs 1 LFZG). Sieht man wegen der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten von dieser zuletzt genannten Möglichkeit ab, bestehen die hier zu beurteilenden Unterschiede darin, dass sich bei Arbeitgebern mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern der wesentliche Teil der durch die Entgeltfortzahlung zu erwartenden finanziellen Belastung als Versicherungsbeitrag in einem festen Rechnungsposten niederschlägt, während die fragliche Belastung bei Arbeitgebern, die die Grenze überschreiten, in voller Höhe unberechenbar bleibt. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Unterschiede hängt nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 20. April 1999, - [B 1 KR 1/97 R](#) -) von einer ganzen Reihe von Faktoren ab, die nicht alle in dieselbe Richtung wirken. Beispielsweise kann eine große Zahl von Beschäftigten die Umverteilung der Arbeit erleichtern und die Einstellung einer Aushilfskraft vermeiden helfen, andererseits jedoch das Risiko eines kumulierten Personalausfalls erhöhen. Gleichzeitig hängt die Einschätzung von der Art des Betriebes ab: Stehen strikte Termingeschäfte im Vordergrund oder werden ausschließlich hochspezialisierte Fachkräfte eingesetzt, hat die anderweitige Absicherung der Entgeltfortzahlungspflicht einen besonders hohen Wert. Auch das Krankheitsrisiko spielt eine Rolle: In der Arbeitnehmerschaft relativ häufig auftretende kurze Krankheitszeiten sind in der voraussichtlichen Belastung für den einzelnen Betrieb statistisch eher kalkulierbar als nur sporadisch auftretende lange Ausfälle, die eine Vorsorge mit nur betrieblichen Mitteln praktisch ausschließen. Dazu kommen weitere Aspekte wie der Anteil der Lohnkosten an den Gesamtkosten, das Lohnniveau im Verhältnis zu anderen Betrieben und die Lage auf dem Arbeitsmarkt für Aushilfskräfte. Wegen dieser Vielfalt von Faktoren kann sich die Gesamtbewertung des Arbeitgeberausgleichs als Vor- oder Nachteil von Betrieb zu Betrieb und von Wirtschaftszweig zu Wirtschaftszweig stark unterscheiden (vgl Senat, Urteil vom 20. April 1999 - [B 1 KR 1/97 R](#) -). Die Art der hier gerügten Ungleichbehandlung erfordert danach aber keine besonders gewichtigen sachlichen Unterschiede, um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein. Die Zielsetzung des Gesetzgebers seit Einführung der Regelung im BeschFG 1985, den Kreis von Arbeitgebern weiter zu ziehen, der am Umlageverfahren nach dem LFZG teilnimmt, um einen Anreiz zu bieten, Aushilfskräfte für krankheitsbedingte Ausfälle im Betrieb einzustellen und die Lasten krankheitsbedingter Lohnausfälle für einen größeren Kreis von Unternehmen kalkulierbar zu machen, ist auch nach der Beibehaltung der Regelung durch das PflegeVG ein hinreichender Grund, um die Grenzziehung zwischen Betrieben, die am Umlageverfahren teilnehmen und anderen Betrieben, die dem nicht unterfallen, sachlich zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat sich bei der von ihm gewählten Typisierung im Rahmen dessen gehalten, was verfassungsrechtlich zulässig ist.

bb) Nichts anderes gilt für die Grenzziehung der in das LFZG einbezogenen Arbeitgeber hinsichtlich des Ausgleichs der Leistungen bei Mutterschaft. Insoweit ist mit Rücksicht auf Schwangerschaft und Mutterschaft ein spezieller Ausgleich für Arbeitgeberaufwendungen über die Umlage U 2 vorgesehen, nämlich für den Mutterschutzlohn, den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl § 10 Abs 1 Satz 1 Nr 2 LFZG iVm [§ 14 Abs 1 MuSchG](#)) sowie die darauf entfallenden Arbeitgeberbeiträge. Die Umlage U 2 ist in § 14 Abs 2 Satz 2 LFZG geregelt. Allerdings hat das BVerfG [§ 14 Abs 1 Satz 1 MuSchG](#) (Bekanntmachung vom 18. April 1968, [BGBl I, 315](#), idF späterer Bekanntmachungen) nach Maßgabe der Gründe seines Beschlusses vom 18. November 2003 ([BVerfGE 109, 64](#)) als mit [Art 12 Abs 1 GG](#) nicht vereinbar angesehen und dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen. Das BVerfG geht davon aus, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld grundsätzlich mit der Berufsfreiheit vereinbar ist ([BVerfGE 109, 64](#), 85 ff). Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld widerspricht aber in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung dem Schutzauftrag aus [Art 3 Abs 2 GG](#). Das gesetzlich vorgeschriebene Ausgleichs- und Umlageverfahren stellt wegen seiner Begrenzung auf Kleinunternehmen keinen hinreichenden Ausgleich dar (vgl [BVerfGE 109, 64](#), 89 ff). Anstoß nimmt das BVerfG mithin nur daran, dass das Ausgleichs- und Umlageverfahren auf Kleinunternehmen beschränkt ist. Es verweist darauf, dass § 10

LFZG es nur für Arbeitgeber mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern vorschreibt. Auch wenn die Zahl der am Umlageverfahren beteiligten Arbeitgeber durch die Nichtanrechnung bzw die Teilanrechnung von Auszubildenden, Teilzeitarbeitskräften und Schwerbehinderten ausgeweitet worden ist und viele Krankenkassen durch Satzungsrecht Unternehmen mit bis zu 30 Arbeitnehmern nach § 16 LFZG einbezogen haben, verbleibt ein erheblicher Teil der Unternehmen außerhalb des Ausgleichs- und Umlageverfahrens. Der Ausschluss dieser Unternehmen - mit Blick auf befürchteten unnötigen Verwaltungsaufwand - rechtfertigt es aber nicht, das Risiko einer faktischen Diskriminierung von Frauen in Kauf zu nehmen (vgl [BVerfGE 109, 64](#), 93 f). Deshalb hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen. Es hat nicht in Frage gestellt, dass die Ausweitung des Ausgleichs- und Umlageverfahrens auf alle Arbeitgeber mit mehr als 20 Arbeitnehmern im Rahmen des § 10 LFZG als ein verfassungsgemäßer Weg anzusehen ist (vgl [BVerfGE 109, 64](#), 95).

Danach unterliegt keinem Zweifel, dass nach der Beurteilung des BVerfG die Einbeziehung von Kleinunternehmen in das Ausgleichs- und Umlageverfahren nach dem LFZG bis zum 31. Dezember 2005 wegen des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld als verfassungsgemäß anzusehen ist. Auch der Senat hat bis in die jüngste Zeit (vgl Urteil vom 10. Mai 2005, [B 1 KR 22/03 R](#), zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen) daran festgehalten, dass die Umlage U 2 verfassungsmäßig ist. Der Senat hat die Regelung für die Auslegung der Reichweite von § 10 Abs 1 Satz 1 Nr 4 LFZG herangezogen (vgl Urteil vom 10. Mai 2005, [B 1 KR 22/03 R](#)). Das Vorbringen der Klägerin bietet keinen Anlass, die Verfassungsmäßigkeit nunmehr abweichend zu beurteilen, dies auch unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen zur Umlage U 1.

Schließlich gibt auch die eingeschränkte Übersichtlichkeit der gesetzlichen Regelung auf Grund der Aufhebung eines Teils der Normen des LFZG im Sinne eines Rumpfgesetzes (vgl Senat, Urteil vom 10. Mai 2005, [B 1 KR 22/03 R](#)) keinen Grund, an der Rechtmäßigkeit oder Verfassungsmäßigkeit der Ausgleichspflicht zu zweifeln (vgl zu diesem Gesichtspunkt Senat, [SozR 3-7860 § 14 Nr 3](#) S 11 f). Insbesondere ist der Normgehalt der verbliebenen, hier relevanten Regelungen hinreichend klar und bestimmt, um als Eingriffsermächtigung zu dienen.

c) Die von der Beklagten danach rechtmäßig festgesetzte Umlageforderung ist nicht verjährt. Die vierjährige Verjährungsfrist der gemäß §§ 17 LFZG, [23 Abs 1 SGB IV](#) spätestens ab 15. Juli 1994 laufend fällig werdenden Umlagebeträge begann nach [§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) am 1. Januar 1995. Die Bitte der Klägerin von Februar 1996, die Teilnahme am Ausgleichsverfahren bis zur Klärung der Anfrage des AOK-Bundesverbandes beim Bundesministerium ruhen zu lassen, ist nach dem Hinweis der Beklagten auf die Einbeziehung der Klägerin in das Umlageverfahren als Stundungsersuchen anzusehen. Durch das darin liegende Anerkenntnis wurde die Verjährungsfrist unterbrochen (vgl [§§ 25 Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) aF; 208 BGB aF, hierzu BSG, Urteil vom 7. Oktober 2004 - [B 11 AL 43/03 R](#) - ; BGH [NJW 1978, 1914](#); zur Anwendung alten Rechts vgl [§ 115a SGB IV](#); [Art 229](#) § 6 Abs 1 Satz 2 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), eingefügt durch Art 2 Nr 2 Buchst b des Gesetzes vom 26. November 2001, [BGBl I 3138](#) mWv 1. Januar 2002), sodass sie am 1. Januar 1997 erneut zu laufen begann. Vor ihrem Ablauf am 31. Dezember 2000 hat die Beklagte durch den Bescheid vom 13. Dezember 2000 die Verjährung erneut unterbrochen (vgl [§§ 52 Abs 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) aF; 120 Abs 5 SGB X; [Art 229](#) § 6 Abs 1 Satz 2 EGBGB). Seit 1. Januar 2002 ist die Verjährung gehemmt, da der Bescheid vom 13. Dezember 2000 - ebenso wie der Widerspruchsbescheid vom 20. Februar 2001 - wegen des Gerichtsverfahrens nicht unanfechtbar geworden ist ([§§ 52 Abs 1 SGB X](#); 120 Abs 2 SGB X; [Art 229](#) § 6 Abs 2 EGBGB).

d) Ebenso wenig ist die Umlagepflicht dadurch entfallen, dass die Beigeladene ihrer Verpflichtung nach § 10 Abs 2 Satz 1 LFZG nicht nachgekommen ist, zu Beginn des jeweiligen Kalenderjahres die Klägerin als Ausgleichsberechtigte festzustellen. Zwar hat die festgeschriebene jährliche Feststellung auch den Zweck, den Umlagepflichtigen die Inanspruchnahme von Ausgleichsleistungen zu ermöglichen, damit die erforderlichen Mittel tatsächlich, wie es in § 14 Abs 1 LFZG heißt, "von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht" werden. Konstitutive Bedeutung hat die jährliche Feststellung nach § 10 Abs 2 Satz 1 LFZG jedoch nicht (vgl Senat, SozR 3-7860 § 14 LFZG Nr 3 S 12; BSG SozR 7860 § 10 Nr 4; BSG, Urteil vom 16. Dezember 1980, [3 RK 16/80](#), USK 80266). Ein Arbeitgeber muss auch dann am Ausgleich teilnehmen können, wenn er von der jährlichen Feststellung nicht erfasst wird. Für die Umlagepflicht kann schwerlich etwas anderes gelten.

e) Auch die Finanzierungsart "Umlagefinanzierung" als solche steht der nachträglichen Feststellung nicht entgegen, dass die Klägerin der Umlagepflicht unterfällt (vgl BSG [SozR 3-7860 § 14 Nr 3](#)). Gleichfalls ist ohne Belang, in welchem Umfang die Klägerin tatsächlich LFZG-Ausgleichsleistungen in Anspruch genommen hat. Die Möglichkeit ergab sich bereits aus der gesetzlichen Regelung jedenfalls auf der Grundlage des PflegeVG. Nach dem Grundsatz der formellen Publizität bei der Verkündung von Gesetzen muss sich die Klägerin insoweit so behandeln lassen, als habe sie Kenntnis hiervon gehabt (vgl zB [BSGE 72, 80](#), 83 = [SozR 3-1300 § 27 Nr 3](#); BSG [SozR 3-7860 § 14 Nr 3](#) S 14 mwN). Ein Vertrauen des Beitragspflichtigen, ohne Inanspruchnahme von Versicherungsschutz nachträglich auch keine Beiträge mehr zahlen zu müssen, kann nur durch ein besonderes "Verwirkungsverhalten" des Versicherungsträgers begründet werden (vgl [BSGE 47, 194](#) = [SozR 2200 § 1399 Nr 11](#); BSG [SozR 3-7860 § 14 Nr 3](#) S 13), an dem es vorliegend fehlt. Vielmehr hat die Beigeladene darauf hingewiesen und nicht in Zweifel gezogen, dass die Klägerin der Umlagepflicht unterfällt.

4. Die Kostenentscheidung beruht aus Gründen des Vertrauensschutzes auf [§ 193 SGG](#) aF(vgl dazu BSG SozR 3-2500 § 166 Nr 24; BSG [SozR 4-1500 § 183 Nr 1](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2005-11-28