

Die Berechnung der Ausgleichsabgabe – (k)ein Buch mit sieben Siegeln?

Zugleich Anmerkung zu VG Stuttgart, Beschluss vom 30.7.2020 –
11 K 1730/20 (abgedruckt in diesem Heft S. 78 ff.)



Ulrike Kayser, Verwaltungsdirektorin und Referatsleiterin, und **Susanne Dinges**, Fachberaterin, beide KVJS Baden-Württemberg, Integrationsamt

Die korrekte Berechnung der Höhe der Ausgleichsabgabe bereitet in der Praxis häufig Schwierigkeiten. Dieser Beitrag soll Hilfestellung zu ihrer richtigen Ermittlung geben.

1. Zum Sachverhalt

Der Arbeitgeber betreibt ein Bauunternehmen. Ausweislich der Anzeige nach § 163 Abs. 2 SGB IX hatte er für das Jahr 2018 eine Ausgleichsabgabe in Höhe von 25.600 Euro zu zahlen. Mit Feststellungsbescheid vom 6.11.2019 stellte das Integrationsamt die nach § 160 Abs. 4 Satz 2 SGB IX rückständige Ausgleichsabgabe fest, wonach der Arbeitgeber zur Zahlung von 25.600 Euro verpflichtet sei. Dagegen legte der Arbeitgeber Widerspruch ein und beantragte zugleich die Aussetzung der Vollziehung gem. § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO. Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung wurde vom Integrationsamt am 22.1.2020 abgelehnt. Der Widerspruchsausschuss nach § 201 SGB IX wies den Widerspruch gegen den Feststellungsbescheid mit Bescheid vom 5.2.2020 zurück. Gegen den Widerspruchsbescheid erhob der Arbeitgeber am 11.3.2020 Klage bei dem Verwaltungsgericht Stuttgart. Am 30.3.2020 beantragte er, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Feststellungsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 5.2.2020 anzuordnen. Zur Begründung führte er an, der Feststellungsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids sei offensichtlich rechtswidrig. Er sei ausschließlich im Bereich des Rohbaus als Nachunternehmer und nicht als Generalunternehmer in einem Bereich tätig, in dem rein körperlich und ohne maschinelle Unterstützung gearbeitet werde; es sei ihm unmöglich, Menschen mit Schwerbehinderung zu beschäftigen.

2. Der Beschluss

Das Verwaltungsgericht lehnte durch Beschluss den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ab. Die Abwägung zwischen dem privaten Aussetzungsinteresse und dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung fiel zu Lasten des Antragstellers aus. Denn der erlassene Verwaltungsakt war nach Auffassung des Gerichts voraussichtlich formell und materiell rechtmäßig.

Dabei ging das Gericht davon aus, dass der Rechenweg, wie er nach dem für die Arbeitgeberanzeige zu verwendenden Formular der Bundesagentur für Arbeit anzustellen ist, nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Der Feststel-

lungsbescheid sei jedoch im konkreten Fall aller Voraussicht nach nicht rechtswidrig. Denn aufgrund der nicht gesetzeskonformen Berechnungsweise werde der Antragsteller begünstigt und sei insoweit nicht beschwert. Nach der Berechnungsweise des Gerichts hätte der Arbeitgeber eine höhere Ausgleichsabgabe zahlen müssen.

3. Bewertung

Der Beschluss ist nicht im Ergebnis, wohl aber in der Begründung zu beanstanden. Die Bewertung, der im Anzeigeformular vorgesehene Rechenweg zur Berechnung der Ausgleichsabgabe entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen, ist unzutreffend.

a) Zur Historie

Mit dem Sozialgesetzbuch (SGB) – Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹ wurde § 80 Abs. 6 neu eingeführt, wonach für das Verzeichnis und die Anzeige des Arbeitgebers die mit der Arbeitsgemeinschaft, in der sich die Integrationsämter zusammengeschlossen haben, abgestimmten Vordrucke der Bundesanstalt für Arbeit zu verwenden sind.

An einem Vordruck wurde bereits vor Inkrafttreten des SGB IX gearbeitet. In der Folge der von der damaligen Bundesanstalt für Arbeit geplanten Umstellung des Anzeigeverfahrens auf ein DV-Verfahren musste ein Erhebungsbogen konzipiert werden, der das Anzeigeverfahren nach §§ 11, 13 SchwbG abbildete. Der Erhebungsbogen sollte erstmals für das Anzeigeverfahren 2002 von den Arbeitgebern genutzt werden². Die Umstellung auf ein DV-Verfahren zur Anzeigerstattung fiel zeitlich zusammen mit der beabsichtigten Novellierung des Schwerbehindertengesetzes. Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG)³ wurde nach § 11 Abs. 1 Satz 2 SchwbG folgender Satz 3 eingefügt: „Die Ausgleichsabgabe wird auf der Grundlage einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote ermittelt, indem aus den monatlichen Beschäftigungsdaten der Mittelwert der Beschäftigungsquote eines Kalenderjahres gebildet wird.“

Der Anzeigevordruck war 2001 von der Bundesanstalt für Arbeit weitgehend fertiggestellt. Parallel wurde an einem Anzeigevordruck unter Berücksichtigung des zu erwartenden SGB IX gearbeitet. Sofern das SGB IX zum 1.7.2001 in Kraft treten würde, sollte der Anzeigevordruck nach altem Recht nicht mehr eingesetzt werden.

Das am 1.7.2001 in Kraft getretene Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX)⁴ übernahm den Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 3 SchwbG unverändert in § 77 Abs. 1 Satz 3 SGB IX.

Mit Schreiben vom 18.3.2002 wandte sich die damalige Bundesanstalt für Arbeit an die Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellten (BIH) mit dem Anliegen, vor dem Hintergrund der Entwicklung eines elektronischen Anzeigeverfahrens (BA-ELAN) durch die Bundesanstalt über die Berechnungsmodi für das Anzeigeverfahren eine abschließende Entscheidung herbeizuführen. Aufgetretene Zweifel an einigen Berechnungsmodi sollten alsbald ausgeräumt und bei der abschließenden Bewertung das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (BMAS) beteiligt werden.

In der Folge tauschten sich die beteiligten Behörden umfassend schriftlich und in mehreren Besprechungen anhand von Beispielen über die dem Vordruck 2001 der BA und der Fachanwendung der Integrationsämter (ELAN) hinterlegten Berechnungsmodi aus.

In einem Schreiben vom 16.7.2002 an das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung fasste die BIH die Ergebnisse zusammen: Unterschiede im Ergebnis ergäben sich nur aufgrund unterschiedlicher Betriebsgrößen und der Rundungsdifferenz. (...) Es bleibe festzuhalten, dass aufgrund der monatlichen Feststellung der Beschäftigungspflicht und der Feststellung der Höhe der Ausgleichsabgabe durch eine jahresdurchschnittliche Berechnung Differenzen bei der Beschäftigungsquote auftreten können, die bei fehlender – jedoch nach dem Gesetz geforderter und sonst auch nicht praktikabler – monatlichen Rundung nicht auftreten würden. Daher sei aus Sicht der BIH an der von der BA im Einvernehmen mit der BIH ursprünglich entwickelten und in dem laufenden Veranlagungsjahr angewandten Berechnungsmethode festzuhalten.“

Am 8.10.2002 fand eine weitere Besprechung beim Bundesministerium statt, die zu einem Einvernehmen führte. Da § 77 SGB IX hinsichtlich der jahresdurchschnittlichen Berechnung als nicht hinreichend klar angesehen wurde, sollte die Vorschrift diesbezüglich geändert werden.⁵

Mit dem Gesetz zur Änderung von Fristen und Bezeichnungen im Neunten Buch Sozialgesetzbuch und zur Änderung anderer Gesetze⁶ wurde § 77 SGB IX Abs. 1 wie folgt geändert: In Satz 1 wurde das Wort „monatlich“ gestrichen. Dadurch wurde klargestellt, dass die Ermittlung der Zahl der unbesetzten Pflichtarbeitsplätze erst am Ende des Kalenderjahrs und nicht mehr monatlich erfolgt.⁷ In Satz 3 wurde der letzte Halbsatz „indem aus den monatlichen Beschäftigtendaten der Mittelwert der Beschäftigungsquote eines Kalenderjahres gebildet wird“ gestrichen⁸. In dem Gesetzesentwurf⁹ heißt es dazu unter Ziff. 2: „Die Beschäftigungspflicht soll sich nicht mehr nach der monatlichen Situation, sondern an der jahresdurchschnittlich monatlichen Zahl der Arbeitsplätze richten.“ In der Gesetzesbegründung¹⁰ dazu heißt es: „Dadurch wird eine Angleichung an die bei der Ausgleichsabgabe bereits mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter erfolgte Umstellung erreicht.“ Diese Fassung des § 77 ist mit Art. 1 des Bundesteilhabegesetzes (BTHG)¹¹, in Kraft getreten am 1.1.2018, unverändert in § 160 SGB IX übernommen worden.

b) Folgerungen

§ 160 Abs. 1 Satz 2 SGB IX regelt, dass die Ausgleichsabgabe auf der Grundlage einer *jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote* ermittelt wird. Dies erfordert mehrere Rechenschritte.

aa) Im ersten Schritt wird die *jahresdurchschnittliche monatliche Arbeitsplatzzahl* errechnet. Dazu wird die Jahressumme der vom Arbeitgeber in der Anzeige für jeden Monat angegebenen Arbeitsplätze der Arbeitnehmer mit und ohne Behinderung nach Abzug der Auszubildenden und der Stellen nach § 156 Abs. 2, 3 SGB IX und der Stellen nach § 157 Abs. 1 Satz 2 SGB IX gebildet, also die Jahressumme der zu zählenden Arbeitsplätze (Spalte 4 des Anzeigevordrucks), und durch die Anzahl der Monate mit Unternehmenstätigkeit dividiert.

Im Fall des VG Stuttgart lautet die Rechnung: $1.609 : 12 = 134,08$; die jahresdurchschnittliche Arbeitsplatzzahl ist 134,08. Das Ergebnis wird nicht gerundet.

Die jahresdurchschnittliche monatliche Arbeitsplatzzahl ist erforderlich, um die *Anzeige- und Beschäftigungspflicht* nach § 154 Abs. 1 SGB IX festzustellen sowie für die Einordnung in die Arbeitgebergruppen des § 160 Abs. 2 SGB IX. Ist der ermittelte Wert der jahresdurchschnittlichen Arbeitsplatzzahl 20 oder mehr, besteht Beschäftigungspflicht nach § 154 Abs. 1 SGB IX, d.h. der Arbeitgeber hat auf 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte oder ihnen gleichgestellte Menschen zu beschäftigen. Liegt die jahresdurchschnittliche monatliche Arbeitsplatzzahl unter 40 bzw. unter 60, gelten für die Beschäftigungspflicht die Sonderregeln des § 160 Abs. 2 SGB IX.

Hiermit hat sich die Funktion der jahresdurchschnittlichen monatlichen Arbeitsplatzzahl erschöpft. Im Fall des VG Stuttgart liegt die Zahl der jahresdurchschnittlich monatlich Beschäftigten über 20, so dass die Sonderregeln für Kleinbetriebe keine Anwendung finden. Nach § 154 Abs. SGB IX sind fünf Prozent der Arbeitsplätze mit schwerbehinderten oder ihnen gleichgestellten Menschen zu besetzen¹². 5 Prozent *der Jahressumme* der monatlich angezeigten Arbeitsplätze ergeben die zu besetzenden Pflichtarbeitsplätze. Die Pflichtarbeitsplätze werden aus der Jahressumme der Arbeitsplätze errechnet – *nicht* aus der jahresdurchschnittlichen monatlichen Arbeitsplatzzahl¹³. Das Verwaltungsgericht errechnet die Pflichtplätze demgegenüber aus der jahresdurchschnittlichen Arbeitsplatzzahl¹⁴

Im vom VG Stuttgart entschiedenen Fall beträgt die Pflichtarbeitsplatzzahl 5 Prozent aus 1.609. Die Rechnung lautet: $1.609 \times 5 : 100 = 80,45$. Sich ergebende Bruchteile von 0,5 und mehr sind aufzurunden. Die Rundungsregel greift vorliegend nicht, sodass der Arbeitgeber im Fall des VG Stuttgart 80 Pflichtarbeitsplätze (im Anzeigevordruck: Pflichtarbeitsplätze Soll) zu besetzen hat.

bb) Im zweiten Schritt wird die *jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote* nach § 160 Abs. 1 Satz 3 SGB IX ermittelt. Hierzu muss die Jahressumme der mit schwerbehinderten oder ihnen gleichgestellten Beschäftigten besetzten Arbeitsplätze gemäß den Angaben des Arbeitgebers in der Spalte 5 des Anzeigevordrucks gebildet werden (im Vordruck Jahressumme Feld B). Die jahresdurchschnittliche Beschäftigung

wird errechnet, indem die Zahl der mit schwerbehinderten Menschen besetzten Arbeitsplätze (Jahressumme Feld B) zu der Jahressumme der bereinigten Arbeitsplatzzahl (Jahressumme Feld A) ins Verhältnis gesetzt wird. Die Rechnung lautet: Jahressumme Feld B dividiert durch Jahressumme Feld A multipliziert mit 100. Diese Berechnungsweise ist Ausfluss der oben unter 2. geschilderten Vereinbarungen zwischen den am Anzeigeverfahren beteiligten Behörden (BIH, BA und Bundesarbeitsministerium).

Im Fall des VG Stuttgart hat der Arbeitgeber keinen Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten besetzt.

Hinweis: Hätte er drei schwerbehinderte Beschäftigte im Anzeigearbeitjahr durchgehend (12 Monate) beschäftigt (z.B. Mitarbeiter mit einer befristeten Anerkennung als schwerbehinderter Mensch nach einer Krebserkrankung) sähe die Rechnung wie folgt aus: Jahressumme B (36) : Jahressumme A (1609) \times 100 = 36 : 1609 \times 100 = 2,23 jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote; dadurch reduzierte sich der Staffelbetrag von 320 auf 220 Euro (§ 160 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB IX).

cc) Im dritten Schritt ist die *Ausgleichsabgabe* zu berechnen. Abhängig von der jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote beträgt der Staffelbetrag nach § 160 Abs. 2 SGB IX 125, 220 oder 320 Euro. Der Staffelbetrag ist je unbesetztem Pflichtarbeitsplatz zu zahlen. Die zu zahlende Ausgleichsabgabe errechnet sich durch die Multiplikation der unbesetzten Pflichtarbeitsplätze mit dem jeweiligen Staffelbetrag¹⁵. Die Bezugnahme auf den Jahresdurchschnitt stellt allein eine Berechnungsmodalität hinsichtlich der Beschäftigungsquote dar, erlaubt aber keinen Rückschluss auf die Ausgleichsabgabe, vielmehr dient die jahresdurchschnittliche Berechnung der Möglichkeit des Ausgleichs zwischen den Monaten¹⁶.

Im Fall des VG Stuttgart beträgt der Staffelbetrag 320 Euro. Bei 80 unbesetzten Arbeitsplätzen sind für das Anzeigearbeitjahr $320 \times 80 = 25.600$ Euro zu zahlen. Der Feststellungsbescheid des Integrationsamts war nicht zu beanstanden, die Berechnungsweise entspricht dem Gesetz.

Hinweis: Bei drei durchgängig beschäftigten schwerbehinderten Menschen (36 besetzte Pflichtarbeitsplätze) und einem Staffelbetrag von 220 Euro betrüge die Ausgleichsabgabe im entschiedenen Fall für 44 unbesetzte Pflichtarbeitsplätze $44 \times 220 \text{ Euro} = 9.680 \text{ Euro}$. Drei durchgängig besetzte Pflichtarbeitsplätze bewirken im konkreten Fall also eine Ersparnis von 15.880 Euro.

4. Fazit

Die Höhe der Ausgleichsabgabe ist politisch immer wieder im Diskurs. Allerdings bestehen vielfach falsche Vorstellungen über die Berechnung der Ausgleichsabgabe. Die Einstellung schwerbehinderter Menschen bedeutet eine Senkung

der Zahl der unbesetzten Pflichtarbeitsplätze und eine bessere Pflichtquote; beide Effekte zusammengenommen führen, wenn ein niedrigerer Staffelbetrag erreicht wird, zu einer erheblichen Reduzierung der Ausgleichsabgabe. Die praktizierten Fachverfahren beruhen auf einer fast 20 Jahre andauernden bewährten Praxis, die zwischen den beteiligten Behörden abgestimmt wurde, die die gesetzlichen Vorgaben durch die hinterlegten mathematischen Berechnungsformeln abbilden.

Dem Arbeitgeber, der sichergehen will, dass er eine korrekte Anzeige abgibt, kann nur angeraten werden, das elektronische Anzeigeverfahren zu nutzen, das auf der Fachanwendung ELAN beruht. Diese Software kann mit einer Schnittstelle zur Personalsoftware des Arbeitgebers die Anzeigerstattung erheblich erleichtern. Sie unterstützt die Anzeigerstattung mit eingebauten Plausibilitätsprüfungen und übernimmt für die Berechnung der Ausgleichsabgabe automatisch den zu der errechneten Beschäftigungsquote passenden Staffelbetrag.

Die Software steht unter www.iw-elan.de zum Download zur Verfügung. Um Ressourcen zu schonen, versendet die Bundesagentur für Arbeit die CD-ROM mit der Software nicht mehr standardmäßig an alle beschäftigungspflichtigen Arbeitgeber. Wer keine Download-Möglichkeit hat, kann jedoch eine CD-ROM mit der Software IW-Elan beim Bestellservice der Bundesagentur für Arbeit bestellen. Unter www.iw-elan.de werden häufige Fragen (FAQ) beantwortet und der Arbeitgeber kann in einem ABC nach Stichworten suchen.

Anmerkungen

- 1 Gesetz v. 19.6.2001, BGBl. I S. 1046.
- 2 Protokoll des Arbeitsausschusses Schwerbehindertenrecht der Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Hauptfürsorgestellen vom 21./22.9.2000 in Saarbrücken, TOP 2.5.
- 3 Gesetz v. 29.9.2000, BGBl. I S. 1394; Gesetzesentwurf v. 16.5.2000, BT-Drs. 14/3372 v. 16.5.2000, S. 5.
- 4 Gesetz v. 19.6.2001, BGBl. I S. 1046, 1047.
- 5 Protokoll der Jahreshauptversammlung v. 23.–25.10.2002 in Tübingen, Top 3.2.2.
- 6 Gesetz v. 3.4.2003, BGBl. I S. 462.
- 7 Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/124 v. 2.2.2002, S. 5.
- 8 Diese Gesetzesänderung ist bei Joussen in Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, § 160, Rn. 2 unzutreffend wiedergegeben.
- 9 BT-Drs. 15/124 v. 2.12.2002.
- 10 BT-Drs., a. a. O., S. 5.
- 11 Gesetz v. 23.12.2016, BGBl. I S. 3234.
- 12 Vgl. auch Jäger-Kuhlmann in: Ernst/Baur/Jäger-Kuhlmann, SGB IX, § 77, Rn. 17.
- 13 Dies übersieht Joussen in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, § 154, Rn. 26; unklar ders. unter § 160 Rn. 6. Auch Greiner in: Neumann/Pahler/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, § 160, Rn. 19 rechnet unzutreffend. Wenn in seinem Beispiel ein Arbeitgeber eine bereinigte Jahressumme von 200 Beschäftigten ausweist, beträgt die jahresdurchschnittliche Arbeitsplatzzahl bei 12 Betriebsmonaten $200 : 12 = 16,66$. Damit besteht nach § 154 Abs. 1 SGB IX *keine* Beschäftigungspflicht! Aber auch wenn man die ausgewiesenen Zahlen als Monatszahlen ansieht und rechnet, ist die Berechnung falsch.
- 14 VG Stuttgart, a.a.O., S. 7 unter Berufung auf die in Fn. 12 genannten Kommentatoren.
- 15 Jäger-Kuhlmann in: Ernst/Baur/Jäger-Kuhlmann, § 77, Rn. 15.
- 16 OVG Münster, Beschluss v. 30.3.2012 – 12 A 2146/11, Rn. 10; deshalb ist auch die Berechnungsweise, wie sie Greiner in: Neumann/Pahler/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, § 160, Rn. 14 und Rn. 19 in ihrem Beispiel aufzeigen, nicht korrekt.

drei Wahlberechtigte (oder ein Betriebsrat) aus dem Betrieb, in welchem gewählt werden soll, von ihrem originären Einladungsrecht bereits Gebrauch gemacht haben. Rechtsdogmatisch folgt dies – die Kammer folgt hier ohne Einschränkung der Auffassung der Antragsteller – neben dem Wortlaut der maßgeblichen Wahlvorschrift aus dem Teil 3 des SGB IX immanenten Prinzip des Vorrangs der (betrieblichen) Selbstorganisation. Könnte in einem solchen Fall die GSBV zusätzlich zu einer Versammlung laden, stünde ein „Wettlauf von Initiierungshandlungen und zugleich eine Irritation der Wahlberechtigten zu befürchten, so dass eine Pluralität von Einladungen wegen der Grundsätze der obligatorischen Vertretung und Simplität auszuschließen ist“ (vgl. Sachadae in Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019 § 1 SchwbVWO, Rn. 43). Den wahlberechtigten Schwerbehinderten Beschäftigten würde damit das in § 1 Abs. Satz 2 SchwbVWO eingeräumte Recht der Selbstorganisation genommen, auf einer Wahlversammlung die Personen ihres Vertrauens als Wahlvorstand zu wählen – und dies in Kenntnis davon, dass die Beteiligten Ziff. 1 bis 3 bereits in Anwendung von § 1 Abs. Satz 2 SchwbVWO zur Versammlung zum Zwecke der Wahl eines Wahlvorstands eingeladen haben.

Die Bestellung der Betriebsratsmitglieder zum Wahlvorstand kann allein dazu dienen, die sich bei einer Wahl stellende Vertrauensfrage zu vermeiden. Dieses Vorgehen ist so offensichtlich nicht mit der Wahlordnung und dem Prinzip der Eigenständigkeit der Gruppe der Schwerbehinderten Beschäftigten vereinbar, dass es nach Auffassung der Kammer zur Nichtigkeit der Wahl führen müsste (dazu BAG, Beschl. v. 27.7.2011 – 7 ABR 61/10).

Es bedarf deshalb der deklaratorischen oder gestaltenden Feststellung, dass die Fortführung des rechtswidrig eingeleiteten zweiten Wahlverfahrens beendet werden muss.

2. Auch ein Verfügungsgrund i.S.d. § 940 ZPO liegt vor. (Wird ausgeführt.)

Anmerkungen

* Siehe hierzu auch Prof. Düwell, Einleitung der Wahl bei Nichtvorhandensein einer SBV, abgedruckt in br 2021, S. 5 ff. (Heft 1/2021).

§ Erhebung der Ausgleichsabgabe – Berechnung – jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote – Staffelbetrag*

SGB IX §§ 154 Abs. 1 Satz 1, 156 ff., 160

Für die Verpflichtung zur Zahlung von Ausgleichsabgabe ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber aus tatsächlichen Gründen in der Lage ist, Menschen mit Schwerbehinderung zu beschäftigen. Die Ausgleichsabgabe ist monatsbezogen zu berechnen.

VG Stuttgart, Beschluss vom 30.7.2020 – 11 K 1730/20

I. Sachverhalt

1. Der Antragsteller wendet sich in der Hauptsache gegen die Zahlung der Schwerbehindertenausgleichsabgabe nach dem SGB IX für das Jahr 2018.

Er betreibt als Einzelunternehmer ein Bauunternehmen im Rohbau und zeigte gegenüber der Bundesagentur für Arbeit am 26.2.2019 im Rahmen seiner Anzeigeverpflichtung für die Berechnung der Beschäftigungspflicht an, dass sein Betrieb im Jahr 2018 eine Jahressumme von 1.609 anrechenbarer Arbeitsplätze und eine jahresdurchschnittliche Arbeitsplatzzahl von 134,08 aufwies. Laut Berechnung im Anzeigeformular ergibt sich aus der Jahressumme der anrechenbaren Arbeitsplätze eine Ausgleichsabgabe i.H.v. 25.600 Euro für das Jahr 2018.

Die Ausgleichsabgabe für das Jahr 2018 wurde zusammen mit der zu diesem Zeitpunkt rückständigen Ausgleichsabgabe für das Jahr 2017 auf Antrag des Antragstellers mit Bescheid des Antragsgegners vom 22.2.2019 gestundet. Bestandteil des Stundungsbescheides war ein vom Antragsteller vorgeschlagener Ratenzahlungsplan. Den Stundungsbescheid erließ der Antragsgegner unter der auflösenden Bedingung, dass zwei Raten nicht fristgerecht oder betragsmäßig nicht vollständig bezahlt würden. In diesem Fall werde der Stundungsbescheid von Anfang an hinfällig und die ausstehende Restforderung ohne weitere Ankündigung sofort fällig.

Nachdem der Antragsteller die im Stundungsbescheid festgelegten Raten für die Ausgleichsabgabe 2018 bis November 2019 nicht bezahlte, stellte der Antragsgegner mit Bescheid vom 6.11.2019 fest, dass der Antragsteller zur Zahlung von 25.600 Euro rückständiger Ausgleichsabgabe für das Erhebungsjahr 2018 verpflichtet sei.

Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsteller am 10.12.2019 Widerspruch mit der Begründung, dass dem Feststellungsbescheid keinerlei Anlagen beigefügt worden seien, denen die Berechnung der Abgabe entnommen werden könne. Die Berechnung von 80 unbesetzten Pflichtarbeitsplätzen könne nicht nachvollzogen werden. Durch die Vollziehung entstünde für ihn eine unbillige Härte. Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass der Betrieb als Subunternehmen in der Bauwirtschaft nicht mit schwerbehinderten Arbeitnehmern arbeiten könne. Ferner wurde beantragt, den Sofortvollzug des Bescheides auszusetzen.

Mit Schreiben des Antragsgegners vom 8.1.2020 wurde der Antragsteller auf die Möglichkeit, eine Korrekturanzeige bei der Agentur für Arbeit einzureichen, hingewiesen. Der Antragsteller reichte keine Korrekturanzeige ein. Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung wurde am 22.1.2020 abgelehnt.

Der Widerspruch des Antragstellers wurde mit Bescheid des Antragsgegners vom 5.2.2020, zugestellt am 12.2.2020, zurückgewiesen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, dass der Antragsteller nicht vorgetragen habe, dass die von ihm selbst erstellte Anzeige für die Ausgleichsabgabe 2018 unrichtig sei. Aus dieser gehe aber die Berechnung der Ausgleichsabgabe hervor. Die Tatsache, dass er in seinem Betrieb in der Bauwirtschaft keine schwerbehinderten Arbeitnehmer beschäftigen könne, sei für die Erhebung der Ausgleichsabgabe unerheblich.

Am 11.3.2020 hat der Antragsteller Klage erhoben und mit Schriftsatz vom 30.3.2020 beantragt, deren aufschiebende Wirkung anzuordnen. Zur Begründung führt er die Begründung seines Widerspruches ergänzend aus: Daher sei es ihm

nicht möglich, schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Diese könnten die Arbeiten körperlich nicht leisten. Im Gegensatz zu anderen Arbeitgebern, welche aufgrund ihrer Betriebsstruktur und der angebotenen Dienstleistungen schwerbehinderte Menschen einstellen könnten, fühle er sich ungleich behandelt. Die Ausgleichsabgabe i.H.v. jährlich 25.600 Euro beeinträchtigt seine Berufsausübungsfreiheit und sein Eigentum. Er hafte als Einzelunternehmer mit seinem Privatvermögen, die Ausgleichsabgabe sei von ihm persönlich zu tragen. Die Antriebsfunktion laufe leer, da es ihm tatsächlich unmöglich sei, Menschen mit Schwerbehinderung einzustellen. Zudem – so versichere er an Eides statt – stelle die Vollziehung der Ausgleichsabgabe für ihn eine unbillige Härte dar, die Beitreibung der Forderung hätte die Insolvenz und/oder die Zerschlagung seines Betriebes zur Folge. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen.

II. Begründung (Auszug)

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung anordnen, wenn das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes überwiegt. Letzteres ist jedenfalls dann der Fall, wenn der erlassene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist. Die auf dieser Grundlage vorzunehmende Interessenabwägung fällt vorliegend zu Lasten des Antragstellers aus. Nach der im Verfahren zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung erweisen sich der angegriffene Bescheid des Antragsgegners und dessen Widerspruchsbescheid als rechtmäßig.

Der Feststellungsbescheid des Antragsgegners ist aller Voraussicht nach formell und materiell rechtmäßig. Insbesondere beruht er auf einer wirksamen Rechtsgrundlage (dazu a). Auf der Basis dieser Rechtsgrundlage ist der Antragsgegner voraussichtlich zu Recht davon ausgegangen, dass der Antragsteller zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe in der festgesetzten Höhe von 25.600 Euro verpflichtet ist, obgleich der im Formular zur Selbstanzeige dafür vorgesehene Rechenweg nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht (dazu b). Die Festsetzung dürfte im konkreten Fall auch verhältnismäßig sein (dazu c).

a) Die Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichsabgabe ist, wie sie in § 160 SGB IX ihre Ausgestaltung findet, mit höherem Rangigem Recht vereinbar. In der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zur nahezu wortgleichen Vorgängervorschrift ist geklärt, dass die Ausgleichsabgabe eine verfassungsrechtlich zulässige Sonderabgabe ist, bei der nicht die Finanzierungsfunktion im Vordergrund steht, sondern ihre Antriebs- und Ausgleichsfunktion. Die Ausgleichsabgabe genügt als Regelung der Berufsausübung (§ 12 Abs. 1 GG) nach dieser Rechtsprechung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie ist zur Zielerreichung geeignet, erforderlich, nicht überhöht und den Arbeitgebern weiterhin – auch mit den zuletzt erhöhten Staffeln um 20, 30 und 60 Euro – zumutbar. Sie ist insbesondere nicht deshalb als ungeeignet anzusehen, weil sie auch Unternehmen treffen kann, die ihrem Gegenstand und ihrer Organisa-

tion nach keine schwerbehinderten Arbeitnehmer beschäftigen oder finden können. In diesem Fall erfährt sie ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung schon allein aus der dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) entsprechenden Herstellung der Lastengleichheit und dem damit verbundenen Ausgleich der Belastungen zwischen denjenigen Arbeitgebern, die der Beschäftigungspflicht genügen und denjenigen, die diese Verpflichtung aus welchen Gründen auch immer nicht erfüllen (BVerfG, Beschl. v. 1.10.2004 – 1 BvR 2221/03 – br 2004, 202; Urt. v. 26.5.1981 – 1 BvL 56/78 – br 1981, 64; BVerfG, Beschl. v. 17.4.2003 – 5 B 7.03 – br 2003, 222; Urt. v. 13.12.2001 – 5 C 26.01 – br 2002, 133; OVG NRW, Beschl. v. 30.3.2012 – 12 A 2146/11; VG Minden, Urt. v. 29.8.2011 – 6 K 3225/10).

b) Nach § 154 Abs. 1 Satz 1 SGB IX haben private Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen i.S.v. § 156 SGB IX und den Berechnungs- und Anrechnungsvorschriften der §§ 157, 158, 159 SGB IX (was auf den Antragsteller unstreitig zutrifft) auf wenigstens 5 % der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen i.S.v. § 2 SGB IX zu beschäftigen. Solange sie die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen nicht beschäftigen, entrichten sie gemäß § 160 Abs. 1 Satz 1 SGB IX für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe. Wobei die Zahlung der Ausgleichsabgabe die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht aufhebt (§ 160 Abs. 1 Satz 2 SGB IX). Die Ausgleichsabgabe wird auf der Grundlage einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote ermittelt (§ 160 Abs. 1 Satz 3 SGB IX).

Der Arbeitgeber stellt – was der Antragsteller im Rahmen seiner Anzeige auch getan hat – dabei zunächst die jahresdurchschnittliche Arbeitsplatzzahl fest, indem er die gemäß §§ 156 ff. SGB IX anzurechnenden Arbeitsplätze nach § 154 Abs. 1 Satz 1 SGB IX der Monate Januar bis Dezember addiert und durch 12 teilt. Beim Antragsteller ergibt dies unstreitig eine jahresdurchschnittliche Arbeitsplatzzahl von 134,08.

Die Berechnung der Pflichtarbeitsplatzzahl erfolgt nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der §§ 154 Abs. 1, 157 Abs. 2, 160 Abs. 1 SGB IX auf Basis der jahresdurchschnittlich monatlichen Arbeitsplatzzahl, in dem diese mit fünf Prozent (5/100) multipliziert wird (so Jousen in: Dau/Düwell/Jousen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 154 Rn. 26, § 160 Rn. 11 [Berechnungsbeispiel] und Greiner in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Aufl. 2020, § 157 Rn. 3, 9). Dass die jahresdurchschnittliche monatliche Arbeitsplatzzahl die Basis für die Berechnung der Pflichtarbeitsplatzzahl bildet, ergibt sich daraus, dass die Ausgleichsabgabe monatlich zu erheben ist, gleichwohl diese immer für das gesamte vorhergehende Jahr zu zahlen ist (§ 160 Abs. 4 Satz 1 SGB IX; zur Monatsbezogenheit der Ausgleichsabgabe zum wortgleichen § 77 Abs. 1 SGB IX a.F., vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2004 – br 2004, 222 = a.a.O., Rn. 16; OVG NRW, Beschl. v. 30.3.2012, a.a.O., Rn. 11 sowie vorhergehend und instruktiv zur Auslegung VG Minden, Urt. v. 29.8.2011, a.a.O., Rn. 25 f. m.w.N.). Gemäß § 157 Abs. 2, 1. Halbs SGB IX sind bei der Berechnung sich ergebende Bruchteile von 0,5 und mehr aufzurunden.

Die Pflichtarbeitsplatzzahl wird dann, wenn – wie hier – die jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote nach § 160 Abs. 1 Satz 3 SGB IX unstreitig den Wert „0“ hat, mit dem in § 160 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB IX aufgeführten Staffelnbetrag von 320 Euro multipliziert, um die monatliche Ausgleichsabgabe zu berechnen. Dass die so errechnete Abgabe monatlich je unbesetztem Pflichtarbeitsplatz zu zahlen ist, sagt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich, geht davon aber offenkundig aus (vgl. Deinert in: Deinert/Welti, Stichwortkomm. Behindertenrecht, 2. Aufl. 2018 [Ausgleichsabgabe], Rn. 8 sowie die eben angeführte Rspr. zur Monatsbezogenheit der Ausgleichsabgabe).

Nach diesen Maßgaben ergibt sich somit eine vom Antragsteller grundsätzlich zu zahlende Ausgleichsabgabe i.H.v. 26.880 Euro für das Jahr 2018 (12×2.240 Euro; $1609/12 = 134,08 \times 5/100 = 6,7 : 7 \times 320$ Euro = 2.240 Euro $\times 12 = 26.880$ Euro).

Der Rechenweg, wie er nach dem zur Arbeitgeberanzeige zu verwendenden Formular der Bundesagentur für Arbeit anzustellen ist und nach welchem die Berechnung der Ausgleichsabgabe vorliegend erfolgte, entspricht hingegen nicht der gesetzlich vorgegebenen monatlichen Erhebung (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 30.3.2012, a.a.O., Rn. 11). Er führt vorliegend aufgrund der auf diese Weise fehlenden numerischen Abweichung zur Feststellung eines geringeren Betrages. Denn nach dem zur Anzeige zu verwendenden Formular wird die Ausgleichsabgabe aufs Jahr bezogen erhoben und berechnet. Im konkreten Fall wird die Jahressumme von anrechenbaren 1609 Arbeitsplätzen nicht durch 12 geteilt und daraus ($\times 5/100$) eine aufs Jahr bezogene Pflichtplatzzahl von (abgerundet) 80 errechnet, welche mit dem Staffelnbetrag i.H.v. 320 Euro multipliziert wird. Dies ergibt den von der Antragsgegnerin festgesetzten Betrag i.H.v. 25.600 Euro ($1609 \times 5/100 = 80,45 : 80 \times 320$ Euro = 25.600 Euro [$12 \times 2133,33$ Euro]). Diese Art der Berechnung vermag zwar eine weitere numerische Abweichung vermeiden. Aus mathematischer Sicht ergibt es nämlich wenig Sinn, zunächst durch 12 zu dividieren, um dann später mit 12 zu multiplizieren. Jedoch nimmt das Gesetz diese zusätzliche Abweichung gerade aufgrund der in ihm angelegten Monatsbezogenheit der Ausgleichsabgabe in Kauf.

Der nicht dem Gesetz entsprechende Rechenweg führt im Ergebnis jedoch aller Voraussicht nach nicht dazu, dass der Bescheid rechtswidrig wird. Denn zum einen ist die Festsetzung von 25.600 Euro gegenüber dem Antragsteller vor dem Hintergrund des eigentlich höher festzusetzenden Betrages nicht unrichtig (die Kammer war aufgrund der nicht gesetzeskonformen Berechnungsweise zunächst irrtümlicherweise vom Gegenteil ausgegangen) sowie bezogen auf diesen Betrag auch teilbar (vgl. nur § 160 Abs. 4 Satz 2 SGB IX). Zum anderen wird der Antragsteller durch den nicht gesetzeskonformen Rechenweg begünstigt und ist insoweit nicht beschwert.

Gemäß § 160 Abs. 4 Satz 2 SGB IX war über den rückständigen Betrag auch ein Feststellungsbescheid zu erlassen, da der Antragsteller unstreitig mit der Zahlung mehr als drei Monate im Rückstand gewesen ist bzw. die auflösende Bedingung des Stundungsbescheids ausgelöst hat.

c) Die Festsetzung ist aller Voraussicht nach auch im konkreten Fall verhältnismäßig.

Zunächst dürfte in der Erhebung der Abgabe keine unbillige Härte zu sehen sein. Denn der Antragsteller hat zwar pauschal vorgetragen, dass die Beitreibung der Forderung die „Insolvenz und/oder die Zerschlagung seines Geschäftsbetriebs“ zur Folge hätte, substantiiert hat er diese Behauptung jedoch nicht. Darüber hinaus dürfte schon deshalb keine unzumutbare Härte anzunehmen sein, da der Antragsteller auf seinen Antrag hin die Ausgleichsabgabe mit Bescheid vom 22.2.2019 im Wege der Ratenzahlungsmöglichkeit gestundet bekam. Diese Möglichkeit hat er im Hinblick auf die für das Jahr 2018 zu zahlende Ausgleichsabgabe jedoch nicht wahrgenommen.

Wie gesehen kann es vor dem Hintergrund der Ausgleichsfunktion der Abgabe nach § 160 SGB IX dahinstehen, ob es dem Antragsteller – wie von ihm vorgetragen – tatsächlich unmöglich ist, in seinem Betrieb Menschen mit Schwerbehinderung einzustellen. Mit der oben angeführten Rspr. des Bundesverfassungsgerichts ist die Erhebung der Ausgleichsabgabe auch im konkreten Fall mit höherrangigem Recht vereinbar, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Auf die Ausführungen dazu unter 2.a) wird verwiesen. Darüber hinaus dürfte in der Festsetzung der Ausgleichsabgabe kein Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierte Eigentumsfreiheit des Antragstellers liegen. Dazu führt er an, er sei Einzelunternehmer und müsse die Ausgleichsabgabe aus seinem Privatvermögen bezahlen. Art. 14 Abs. 1 GG bezweckt jedoch nicht den Schutz des Vermögens als solchem, da dieses nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht dem Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG unterstellt wird (BVerfG, Urt. v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 – Juris, Rn. 130 f.). (Rechtskräftig)

Anmerkungen

* Zur Besprechung dieser Entscheidung siehe Kayser/Dinges, Die Berechnung der Ausgleichsabgabe – (k)ein Buch mit sieben Siegeln? (abgedruckt in diesem Heft S. 68 ff.)

§ Opferentschädigungsgesetz – Gewährung von Beschädigtenrente – Schockschaden – Sekundäröpfung

OEG § 1 Abs. 1; BVG §§ 30 ff.

Auch Sekundäröpfung sind in den Schutzbereich des § 1 Abs. 1 OEG einbezogen. Voraussetzung hierfür ist – ebenso wie bei Primäröpfung – eine unmittelbare Schädigung, also ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Schädigungstatbestand und der schädigenden Einwirkung i.S. einer engen, untrennbaren Verbindung beider Tatbestandselemente.

Bei Sekundäröpfung ist an den das Primäröpfung schädigenden Vorgang anzuknüpfen. Die psychischen Auswirkungen der Gewalttat müssen beim Sekundäröpfung bei wertender Betrachtung mit der Gewalttat so eng verbunden sein, dass beide eine natürliche Einheit bilden. Maßgebliches Kriterium für das Vorliegen eines solchen engen Zusammenhangs ist die zeitliche, örtliche und personale Nähe.

(Nichtamtliche Leitsätze)

LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 17.12.2020 – L 10 VE 79/17