

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Schwerbehindertenrecht einschließlich der Ersatzansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und dem Soldaten-Gleichbehandlungsgesetz bei Diskriminierung wegen einer Behinderung

Rechtsquelle/n:

SGB IX	§ 71 Abs. 1 Satz 1, § 73 Abs. 1, § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1, § 73 Abs. 3, § 77 Abs. 1
BetrVG	§ 5 Abs. 1, § 5 Abs. 2 Nr. 3

Stichworte:

öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch; Rückzahlung der Ausgleichsabgabe; Beschäftigungspflicht; Pflichtarbeitsplatz; Berechnung der Pflichtarbeitsplätze; Arbeitsplatz; dreigliedriger Arbeitsplatzbegriff; untypischer Arbeitsplatz; Stelle; Ausnahme; Fiktion; kumulative Voraussetzungen; Beschäftigung; eine nicht in erster Linie dem Erwerb dienende Beschäftigung; Erwerbsdienlichkeit; karitative Beweggründe; objektivierte stellenbezogene Gesamtbetrachtung.

Leitsätze:

1. Eine Beschäftigung dient im Sinne von § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX nicht in erster Linie dem Erwerb der Person, wenn die gewährten Zuwendungen jedenfalls deutlich hinter dem zurückbleiben, was eine Person mit der für die Beschäftigung auf der konkreten Stelle erforderlichen Qualifikation auf einer vergleichbaren Stelle bei einer typisierenden und am Durchschnitt ausgerichteten Betrachtung üblicherweise an Einkommen erzielen kann.

2. Eine Beschäftigung ist im Sinne von § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt.1 SGB IX vorwiegend durch Beweggründe karitativer Art bestimmt, wenn auf der Stelle entsprechend ihrer objektiven Zweckbestimmung Personen beschäftigt werden, deren Tätigkeit dadurch geprägt ist, dass für körperlich, geistig oder seelisch leidende Menschen soziale Dienste geleistet werden, die auf die Heilung oder Milderung innerer oder äußerer Nöte des Hilfebedürftigen oder auf deren vorbeugende Abwehr zielen.

Urteil des 5. Senats vom 30. Juni 2016 - BVerwG 5 C 1.15

- I. VG Berlin vom 24. Februar 2014
Az: VG 37 K 209.13
- II. OVG Berlin-Brandenburg vom 19. November 2014
Az: OVG 6 B 10.14





BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 5 C 1.15
OVG 6 B 10.14

Verkündet
am 30. Juni 2016

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Vormeier,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer und Dr. Fleuß und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Harms

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 19. November 2014 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt die Rückzahlung eines Teils der von ihm für die Jahre 2010 und 2011 entrichteten schwerbehindertenrechtlichen Ausgleichsabgabe in Höhe von insgesamt 35 399,20 €
- 2 Der Kläger ist ein als gemeinnützig anerkannter eingetragener Verein. Er beschäftigt Mitarbeiter sowohl in Deutschland als auch im Ausland, um entsprechend seiner Satzung Menschen in Not, Opfern von natürlich verursachten oder von Menschen geschaffenen Katastrophen und bewaffneten Konflikten zu helfen. Zur Erreichung dieses Zwecks rekrutiert er insbesondere für Hilfseinsätze im Ausland Freiwillige, die er vorbereitet und zur Übernahme von medizinischen, logistischen und organisatorischen Aufgaben vor Ort vermittelt. Mit die-

sen schließt der Kläger im Inland befristete Anstellungsverträge und zahlt ihnen eine monatliche Aufwandsentschädigung, die bei Personen ohne Vorerfahrung seinerzeit 925 € betrug. Zudem übernimmt er die Kosten für die Reise, Unterkunft und Verpflegung vor Ort. Die Hilfseinsätze im Ausland dauern in der Regel bis zu neun Monaten.

- 3 Bei der von dem Kläger für die Jahre 2010 und 2011 der Agentur für Arbeit mitgeteilten Anzahl der Arbeitsplätze wurden diese Auslandsstellen zunächst mitgezählt. In der Folgezeit machte der Kläger geltend, die Stellen dürften nicht berücksichtigt werden, da sie nach § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX nicht als Arbeitsplätze gälten. Der Beklagte teilte diese Rechtsauffassung nicht. Das Verwaltungsgericht hat die vom Kläger nach Zurückweisung seiner Widersprüche erhobene Leistungsklage abgewiesen.

- 4 Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Beträge scheitere daran, dass die Zahl der zu berücksichtigenden Arbeitsplätze bei der Bemessung der Ausgleichsabgabe nicht fehlerhaft zu hoch gewesen sei. Die Stellen der Mitarbeiter des Klägers, die im Rahmen von im Inland geschlossenen Arbeitsverträgen im Ausland beschäftigt würden, seien grundsätzlich Arbeitsplätze im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX. Die insoweit allein in Betracht kommende Ausnahme nach § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX sei nicht erfüllt. Die Vorschrift dürfe nicht anders als im Betriebsverfassungsrecht ausgelegt werden. Dass das Schwerbehindertengesetz bzw. das Neunte Buch Sozialgesetzbuch und das Betriebsverfassungsgesetz unterschiedliche Zwecke verfolgten, ändere daran nichts. Denn der Gesetzgeber habe ungeachtet dessen für den besagten Personenkreis bewusst und gewollt in beiden Rechtsgebieten eine inhaltsgleiche Regelung geschaffen. Er habe sich in Bezug auf das Betriebsverfassungsrecht davon leiten lassen, dass bestimmte Personen wegen der Eigenart ihrer Beziehungen zum Arbeitgeber oder des besonderen Charakters ihrer Beschäftigungsverhältnisse nicht als Arbeitnehmer anzusehen seien. Er habe die hier in Rede stehende Ausnahme als Sondervorschrift bezeichnet, und zwar für die Angehörigen religiöser Orden und Personen, die überwiegend aus karitativen oder religiösen Gründen Arbeit verrichteten, zum Beispiel im Dienste kirchlicher Einrichtungen. Grund

der Herausnahme dieses Personenkreises sei, dass in diesen Fällen der für die Arbeitnehmereigenschaft kennzeichnende Erwerbszweck in den Hintergrund trete, da die Lebensversorgung durch die Gemeinschaft gesichert sei, und die Dienststellung nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrages, sondern zur Erfüllung ihrer durch den Beitritt zur Gemeinschaft begründeten Pflichten geleistet werde. Darin liege auch der tragende Grund, warum die Mitarbeiter der Deutschen-Roten-Kreuz-Schwesternschaft im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes nicht als Arbeitnehmer gälten. Die Rechtsstellung der im Ausland eingesetzten Mitarbeiter des Klägers sei damit ersichtlich nicht vergleichbar. Sie erbrächten ihre Dienstleistung im Rahmen von befristeten Arbeitsverträgen und erhielten dafür als Gegenleistung eine Aufwandsentschädigung. Diese möge zwar nicht das vorrangige Motiv ihrer Tätigkeit sein, sondern der Wunsch, Menschen in Not zu helfen. Diese Parallele zu dem vom Gesetzgeber in den Blick genommenen Personenkreis (namentlich Mönche, Schwestern, Diakonissen) reiche indes nicht aus, um deren Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen. Zwischen dem Kläger und seinen Mitarbeitern bestünden normale arbeitsvertragliche Beziehungen, die deshalb auch den normalen arbeitsvertraglichen Bestimmungen unterlägen.

- 5 Mit der vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Er rügt eine Verletzung des § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX. Zudem macht er einen Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs geltend.
- 6 Der Beklagte und der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht verteidigen das angefochtene Urteil.

II

- 7 Die Revision des Klägers ist begründet. Das angefochtene Urteil des Oberverwaltungsgerichts steht mit Bundesrecht nicht in Einklang (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Es verletzt § 73 Abs. 2 Nr. 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vom 19. Juni 2001 (BGBl I S. 1046), für den hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt

geändert durch Gesetz vom 23. April 2004 (BGBl I S. 606) - SGB IX -. Da der Senat mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht abschließend entscheiden kann, ist die Sache an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Damit bedarf es keiner Entscheidung über die vom Kläger vorgebrachte Verfahrensrüge.

- 8 Als Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung eines Teils der Ausgleichsabgabe kommt allein der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch in Betracht. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass es sich bei dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch um ein aus den Grundsätzen des Verwaltungsrechts, insbesondere der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, abgeleitetes eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts handelt, dessen Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen, soweit sie nicht spezialgesetzlich geregelt sind (vgl. etwa § 12 BBesG), grundsätzlich denen des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs entsprechen. Funktion des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ist es, eine dem materiellen Recht nicht entsprechende Vermögensverschiebung zu korrigieren (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. Mai 2008 - 5 C 25.07 - BVerwGE 131, 153 Rn. 13 m.w.N.). Zwischen den Beteiligten ist zu Recht nicht streitig, dass der Beklagte die Ausgleichsabgabe für die Jahre 2010 und 2011 durch unmittelbare Vermögensverschiebung zu Lasten des Klägers erlangt hat. Der Senat kann anhand der bisher festgestellten Tatsachen nicht abschließend beurteilen, ob die Zahlung der Ausgleichsabgabe in dem geltend gemachten Umfang nicht dem materiellen Recht (§§ 71 ff. SGB IX) entsprochen hat und damit ohne Rechtsgrund erfolgt ist.
- 9 Nach § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX haben private und öffentliche Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen im Sinne des § 73 SGB IX auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Solange sie die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen nicht beschäftigen, haben sie nach § 77 Abs. 1 SGB IX für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe zu entrichten. Die Beteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass der Kläger in den in Rede stehenden Jahren dem Grunde nach zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe ver-

pflichtet war, weil er mehr als 20 Arbeitsplätze eingerichtet hatte und nicht die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen beschäftigte. Sie streiten allein über die Höhe der geschuldeten Ausgleichsabgabe. Für diese ist unter anderem die Zahl der Arbeitsplätze im Sinne des § 73 SGB IX zu ermitteln. Zwischen den Beteiligten steht auch - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert - nicht mehr im Streit, dass es sich bei den Stellen, auf denen der Kläger in den in Rede stehenden Jahren Mitarbeiter für mehr als acht Wochen (vgl. § 73 Abs. 3 SGB IX) im Rahmen von Hilfseinsätzen im Ausland beschäftigte, um Arbeitsplätze im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX handelt. Die Beteiligten gehen zu Recht davon aus, dass als zentrale Frage des Streitfalles darüber zu entscheiden ist, ob diese Stellen unter die Ausnahme des § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX fallen und deshalb nicht als Arbeitsplätze gelten. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Regelung nicht zutreffend ausgelegt und angewandt.

- 10 Nach § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX gelten als Arbeitsplätze nicht Stellen, auf denen Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist, und Geistliche öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften beschäftigt werden. Der hier allein in Betracht kommenden ersten Alternative des Ausnahmetatbestandes kommt gegenüber dem in § 73 Abs. 1 SGB IX definierten Begriff des Arbeitsplatzes eine eigenständige Bedeutung zu (1.). Die genannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (2.). Auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils ist für die Jahre 2010 und 2011 zwar die vorwiegende Bestimmung der Beschäftigung durch Beweggründe karitativer Art zu bejahen (3.). Es sind aber weitere Tatsachenfeststellungen zur Klärung der vorausgesetzten fehlenden Erwerbsdienlichkeit der Beschäftigung erforderlich (4.).
- 11 1. Die in § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX normierte Ausnahme stellt - anders als das Oberverwaltungsgericht der Sache nach annimmt - eine eigenständige Regelung mit einem konstitutiven Regelungsgehalt dar. Ihr kommt entgegen einer auch in der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. Jousen, in: Dau/Düwell/Jousen, SGB IX, 4. Aufl. 2014, § 73 Rn. 33) gegenüber § 73 Abs. 1 SGB IX nicht nur deklaratorische Bedeutung zu. Sie erfasst nicht solche Personen, die

schon keine Arbeitsplätze im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX innehaben (so aber etwa Knittel, in: Knittel, SGB IX, 5. Aufl. 2011, § 73 Rn. 40). Vielmehr ist § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX, wenn schon kein Arbeitsplatz vorliegt, nicht mehr zu prüfen. Die Vorschrift setzt gerade voraus, dass es sich um Arbeitsplätze im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX handelt, die - wenn die weiteren Voraussetzungen des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX vorliegen - nicht als solche gelten. Sie enthält mithin eine negative Fiktion, aufgrund deren Stellen, die die Voraussetzungen des dreigliedrigen Arbeitsplatzbegriffes des § 73 Abs. 1 SGB IX (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 5 C 20.12 - Buchholz 436.62 § 77 SGB IX Nr. 1 Rn. 10) erfüllen, bei Anwendung der besonderen Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (§§ 68 ff. SGB IX) nicht als Arbeitsplätze zu behandeln sind. Demzufolge dürfen sie unter anderem bei der Berechnung der Pflichtarbeitsplätze nach § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und der daran anknüpfenden Ausgleichsabgabe nach § 77 Abs. 1 SGB IX nicht berücksichtigt werden.

- 12 Dies legt mit großem Gewicht bereits der Wortlaut des § 73 Abs. 2 SGB IX nahe, der als tatbestandliche Voraussetzung ausdrücklich das Vorliegen von "Arbeitsplätzen" verlangt und als Rechtsfolge deren Nichtberücksichtigung ("gelten nicht") anordnet.
- 13 Diese Deutung von § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX findet zudem in der systematischen Gegenüberstellung mit den weiteren Ausnahmeregelungen in Abs. 2 und 3 eine Stütze. Insbesondere die Ausnahmetatbestände des § 73 Abs. 2 Nr. 5 und 7 SGB IX haben Stellen zum Gegenstand, die typischerweise nach der Definition des § 73 Abs. 1 SGB IX Arbeitsplätze sind. Gleiches gilt für die von § 73 Abs. 3 SGB IX erfassten nur vorübergehend besetzten Stellen, wie zum Beispiel die der Saison- oder Aushilfsbeschäftigten. Insoweit bedarf es einer negativen Fiktion, um diese Arbeitsplätze aus dem Anwendungsbereich der §§ 68 ff. SGB IX herauszunehmen. Wegen der Einheitlichkeit der Rechtsauslegung eines Begriffes innerhalb derselben Vorschrift ist dem Begriff "gelten nicht" im Zusammenhang mit § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX kein abweichender Regelungsgehalt beizumessen.

- 14 Für diese Auslegung streitet überdies vor allem der Vergleich mit der bis auf den Anknüpfungspunkt ("Arbeitnehmer" statt "Arbeitsplätze") wortidentischen Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), für den hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2424) - BetrVG -. Bei dieser Vorschrift handelt es sich ebenfalls um eine gesetzliche Fiktion, die nur zur Anwendung kommt, wenn die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG zu bejahen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann namentlich die Prüfung, ob die Schwestern des Deutschen Roten Kreuzes etwa deshalb nicht als Arbeitnehmerinnen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gälten, weil sie gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG trotz der zeitgemäßen Bezahlung noch zu den Personen gehörten, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb diene, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt sei, nur dann erfolgen, wenn feststünde, dass die Schwestern an sich aufgrund eines Arbeitsverhältnisses tätig seien (vgl. BAG, Beschluss vom 3. Juni 1975 - 1 ABR 98/74 - BAGE 27, 163 <175>). Letzteres ist vom Bundesarbeitsgericht verneint worden, so dass es auf die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG nicht mehr ankam. Das Bundesarbeitsgericht geht vielmehr in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Schwestern des Deutschen Roten Kreuzes schon keine Arbeitnehmerinnen im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG sind, weil sie ihre Arbeitsleistung in der karitativen Krankenpflege aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz und damit einer vereinsrechtlichen Mitgliedschaft erbrächten. Dies gilt sowohl in den Fällen, in denen die Schwestern in einem von der Schwesternschaft selbst betriebenen Krankenhaus arbeiten als auch in den Fällen, in denen sie aufgrund eines Gestellungsvertrages in einem von einem Dritten getragenen Krankenhaus beschäftigt werden. Folgerichtig prüft das Bundesarbeitsgericht nicht, ob die Schwestern des Deutschen Roten Kreuzes unter den Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG fallen (vgl. BAG, Beschlüsse vom 20. Februar 1986 - 6 ABR 5/85 - AP Nr. 2 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz; vom 6. Juli 1995 - 5 AZB 9/93 - BAGE 80, 256 und vom 22. April 1997 - 1 ABR 74/96 - AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung). Dem Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 und 2 Nr. 3 BetrVG entsprechend entfaltet auch

§ 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX eine über § 73 Abs. 1 SGB IX hinausgehende Regelungswirkung. Die Gesetzesmaterialien unterstreichen diesen Befund. Durch die Vorschrift des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX soll der erfasste Personenkreis wie im sonstigen Arbeitsrecht behandelt werden (vgl. BT-Drs. 1/3430 S. 31).

- 15 Das - wie dargelegt von Wortlaut und Systematik gebotene - Normverständnis entspricht allein auch dem Gesetzeszweck und der Funktion des Arbeitsplatzbegriffes. Der Arbeitsplatzbegriff des § 73 Abs. 1 SGB IX dient der Begründung und Festlegung des Umfangs der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Diese soll die Integration schwerbehinderter Menschen in den Arbeitsmarkt fördern. Denn der Arbeitgeber ist - wie eingangs dargelegt - gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verpflichtet, auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Kommt er dieser Pflicht nicht oder nicht vollumfänglich nach, hat er eine Ausgleichsabgabe zu zahlen, die eine auf Verhaltenslenkung zielende Antriebs- und Sanktionsfunktion erfüllt (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Juli 1990 - 5 C 41.87 - BVerwGE 85, 248 <249 f.> m.w.N.; s.a. Urteil vom 16. Mai 2013 - 5 C 20.12 - Buchholz 436.62 § 77 SGB IX Nr. 1 Rn. 24 m.w.N). Mit der Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen soll der Arbeitgeber lediglich bezüglich solcher Arbeitsplätze nicht belastet werden, die - wie unter anderem jene in § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX genannten - als untypisch anzusehen sind. Auch die untypischen Arbeitsplätze sind demnach zwingend Arbeitsplätze im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX. Ihr Abweichen vom Normaltypus eines Arbeitsplatzes knüpft das Gesetz an weitergehende und eigenständige Erfordernisse.
- 16 Jede andere Deutung würde zudem dazu führen, dass § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX leerliefe. Wäre mit dem Oberverwaltungsgericht davon auszugehen, dass der Ausnahmetatbestand nicht erfüllt wäre, wenn die Dienste im Rahmen normaler arbeitsvertraglicher Beziehungen erbracht werden, gäbe es für § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX praktisch keinen Anwendungsfall. Werden Personen schon nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages tätig, bedarf es keines Rückgriffs auf § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX, weil bereits nach der Definition des § 73 Abs. 1 SGB IX kein Arbeitsplatz gegeben ist.

- 17 2. Ob die Voraussetzungen des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX erfüllt sind, lässt sich hier mangels hinreichender Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts nicht abschließend beurteilen. Der Ausnahmetatbestand des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX greift nur ein, wenn die Beschäftigung auf der Stelle - erstens - nicht in erster Linie dem Erwerb der Person dient und - zweitens - vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist. Die Ausnahme ist nur gegeben, wenn beide Voraussetzungen vorliegen.
- 18 Schon der Wortlaut der Vorschrift weist auf ein kumulatives Verständnis der Tatbestandsmerkmale hin. Die negativ formulierte Aussage zur Erwerbsdienstlichkeit wird mittels der Konjunktion "sondern" mit einer positiv formulierten Aussage zu den Beweggründen verbunden und dadurch näher konkretisiert. Diese Erläuterung ist notwendig, weil eine Person auch aus anderen als karitativen oder religiösen Motiven einer Beschäftigung nachgehen kann, ohne dass diese in erster Linie ihrem Erwerb dient. Mögliche Motive für die Aufnahme einer Beschäftigung können beispielsweise auch ein Weiterbildungsinteresse, ein Forschungsinteresse oder ein künstlerisches Interesse sein. Umgekehrt ist nicht jeder karitativ oder religiös motivierten Arbeit zwangsläufig immanent, dass sie nicht in erster Linie dem Erwerb dient.
- 19 Der Zweck des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX bekräftigt die durch den Wortlaut der Norm nahegelegte Auslegung. Die Ausnahmeregelung soll von der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers nur die vom Normaltypus eines Arbeitsplatzes abweichenden Stellen ausnehmen. Nicht jede Erwerbstätigkeit, die nicht in erster Linie dem Erwerb dient, weicht aber bereits als solche vom Typus eines normalen Arbeitsplatzes ab, auf dem vom Arbeitgeber keine schwerbehinderten Menschen beschäftigt werden müssen. Die erforderliche Atypik wird erst durch die hinzukommende karitative oder religiöse Prägung dieser Tätigkeit begründet.

- 20 3. Die Beschäftigung der Mitarbeiter auf den vom Kläger in den Jahren 2010 und 2011 im Rahmen von Hilfseinsätzen im Ausland besetzten Stellen war im Sinne von § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX vorwiegend durch Beweggründe karitativer Art bestimmt. Mithin bedarf es keiner Entscheidung, ob der Beschäftigung auch die alternativ geforderten religiösen Beweggründe zugrunde lagen.
- 21 Die Frage, ob die Beschäftigung auf einer Stelle im Sinne des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX vorwiegend durch Beweggründe karitativer Art bestimmt ist, ist bezogen auf die konkrete Stelle zu beantworten. Dabei ist nicht der Wille des konkreten Beschäftigten, sondern die objektiv festgelegte Funktion der Stelle maßgebend. Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn auf der Stelle entsprechend ihrer objektiven Zweckbestimmung Personen beschäftigt werden, deren Tätigkeit dadurch geprägt ist, dass für körperlich, geistig oder seelisch leidende Menschen soziale Dienste geleistet werden, die auf die Heilung oder Milderung innerer oder äußerer Nöte des Hilfebedürftigen oder auf deren vorbeugende Abwehr zielen (vgl. z.B. BAG, Beschluss vom 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - AP Nr. 87 zu § 118 BetrVG 1972 Rn. 20 m.w.N.)
- 22 In Anwendung dieses Maßstabes ist das Tatbestandsmerkmal auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts zu bejahen. Die Beschäftigung der im Rahmen von Hilfseinsätzen im Ausland eingesetzten Mitarbeiter wird in der Regel und wurde so auch in den beiden hier in Rede stehenden Jahren durch den Satzungszweck des Klägers geprägt. Diesem Zweck entsprechend wurden die betreffenden Personen im Ausland mit medizinischen, logistischen und organisatorischen Aufgaben betraut, um Menschen in Not, Opfern von Katastrophen und bewaffneten Konflikten zu helfen.
- 23 4. Weiterer Tatsachenfeststellungen bedarf es allerdings hinsichtlich der zweiten Voraussetzung des Ausnahmetatbestands, dass die Beschäftigung dieser Personen nicht in erster Linie ihrem Erwerb diene.

- 24 Insoweit geht es um die objektive Erwerbsdienlichkeit, also den funktionalen Zusammenhang zwischen Tätigkeit und Erwerb, und nicht um die Erwerbsabsicht der konkreten Person (vgl. Richardi, in: Richardi, BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 5 Rn. 177 m.w.N.). Eine Beschäftigung dient im Sinne von § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX nicht in erster Linie dem Erwerb der Person, wenn sie nicht schwerpunktmäßig darauf gerichtet ist, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Hierfür ist eine objektivierte stellenbezogene Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände vorzunehmen. Die von der Stelle unabhängigen individuellen Lebens-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des konkreten Beschäftigten haben außer Betracht zu bleiben. Es kommt auch nicht entscheidend darauf an, ob der Arbeitgeber für die Beschäftigung auf der konkreten Stelle überhaupt eine Gegenleistung in Form eines Entgelts oder einer Aufwandsentschädigung erbringt. Maßgebend ist vielmehr, ob die Erlangung der gewährten Zuwendungen bei objektiver Betrachtung nicht schwerpunktmäßig zu Erwerbszwecken bzw. zur Gewinnerzielung dient. Das ist etwa zu bejahen, wenn diese Zuwendungen jedenfalls deutlich hinter dem zurückbleiben, was eine Person mit der für die Beschäftigung auf der konkreten Stelle erforderlichen Qualifikation auf einer vergleichbaren Stelle bei einer typisierenden und am Durchschnitt ausgerichteten Betrachtung üblicherweise an Einkommen erzielen kann.
- 25 Die Feststellungen des angefochtenen Urteils ermöglichen dem Senat insoweit keine abschließende Beurteilung. Das Oberverwaltungsgericht hat - nach seiner Rechtsauffassung folgerichtig - nicht festgestellt, welche Stellen der Kläger in den Jahren 2010 und 2011 im Ausland konkret besetzt hat und welche beruflichen Qualifikationen auf diesen Stellen jeweils gefordert wurden. Es fehlen außerdem Feststellungen dazu, welche Zuwendungen der Kläger dem konkret Beschäftigten auf der jeweiligen Stelle gewährt hat. Des Weiteren hat das Oberverwaltungsgericht keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, was jemand mit der entsprechenden Qualifikation auf einer vergleichbaren Stelle üblicherweise hätte verdienen können. Dabei kann hier auch nicht außer Acht gelassen werden, was regelmäßig zur Abgeltung von Risiken sowie physischen und psychischen Erschwernissen oder anderweitigen Einbußen gezahlt wird, die mit der Ausübung der konkreten Beschäftigung verbunden sind. Die Sache ist deshalb an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen. Im Rahmen der

erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Oberverwaltungsgericht auch zu prüfen haben, ob der Kläger die von der Ausnahmeregelung des § 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGB IX möglicherweise erfassten Stellen auch im Übrigen korrekt in Abzug gebracht hat.

VRiBVerwG Vormeier
ist wegen Erkrankung verhindert
zu unterschreiben.
Stengelhofen

Stengelhofen

Dr. Störmer

Dr. Fleuß

Dr. Harms