

Leitsatz:

Von einer Transfergesellschaft zum Zwecke der Qualifizierung und Vermittlung übernommene Arbeitnehmer, die Transferkurzarbeitergeld beziehen, sind dort auf einem Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX beschäftigt und bei der Berechnung der Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX mit zu berücksichtigen.

12 BV 10.2058
AN 14 K 08.335

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

,

vertreten durch die Geschäftsführer,

,

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****
,

,

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

Schwerbehindertenrechts;

hier: Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 20. Mai 2010,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 12. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Adolph,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Emmert,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayer

ohne mündliche Verhandlung am **2. Mai 2012**
folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 20. Mai 2010 wird abgeändert und die Klage abgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen. Gerichtskosten werden nicht erhoben.
- III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1 1. Die Beteiligten streiten im Berufungsverfahren um eine vom Beklagten gegenüber der Klägerin festgesetzte Ausgleichsabgabe nach Schwerbehindertenrecht für das Jahr 2006 in Höhe von 31.200,00 Euro.
- 2 Die Klägerin ist Tochtergesellschaft einer bundesweit operierenden Beschäftigungs- und Oualifizierungsgesellschaft, deren einzelne Gesellschaften in betriebsorganisatorisch selbständigen Einheiten Arbeitnehmer, die Transferkurzarbeitergeld gemäß § 216b Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) beziehen, aufnehmen. Nach An-

gaben der Klägerin werden dabei vor dem Hintergrund von mit Insolvenzen, Werk-schließungen und sonstigen Massenentlassungen verbundenen strukturellen Ver-änderungen dreiseitige Verträge (Aufhebungsvertrag mit dem abgebenden Unter-nehmen, Begründung eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit der Muttergesell-schaft der Klägerin) abgeschlossen. Die Arbeitnehmer werden in internen und exter-nen Qualifizierungsmaßnahmen betreut, um sie in neue Arbeitsverhältnisse zu ver-mitteln.

- 3 Mit Feststellungsbescheid vom 4. Juli 2007 setzte das Zentrum Familie und Soziales Region Mittelfranken – Integrationsamt – gegenüber der Klägerin für das Jahr 2006 eine Ausgleichsabgabe gemäß § 77 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) in Höhe von 31.200,00 Euro fest.
- 4 Der hiergegen von der Klägerin eingelegte Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 6. Februar 2008 des Widerspruchsausschusses des Zentrums Bayern Familie und Soziales – Integrationsamt – zurückgewiesen.
- 5 2. Auf die dagegen von der Klägerin am 28. Februar 2008 erhobene Klage hob das Verwaltungsgericht Ansbach mit Urteil vom 20. Mai 2010 den Feststellungsbescheid vom 4. Juli 2007 und den Widerspruchsbescheid vom 6. Februar 2008 auf.
- 6 Das Integrationsamt habe die Klägerin zu Unrecht zu einer Ausgleichsabgabe für unbesetzte Pflichtplätze gemäß § 77 Abs. 1 Satz 1, § 80 Abs. 2 und 3 SGB IX herangezogen. Zwar habe die Klägerin aufgrund der abgeschlossenen „dreiseitigen Verträge“ die formal-rechtliche Stellung eines Arbeitgebers, es fehle jedoch bei den in die Transfergesellschaft übernommenen Arbeitnehmern an einer „Beschäftigung“ und deshalb einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX. Ein „Arbeitsplatz“ im Sinne dieser Vorschrift liege nicht vor. Ein solcher sei nach dem eindeutigen Wortlaut von § 73 Abs. 3 Halbsatz 2 SGB IX gegeben, wenn Beschäftigte dort mehr als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt würden. Dazu korrespondiere die Regelung in § 75 Abs. 2 SGB IX. Deshalb sei insoweit auch ein ausdrücklich geregelter Ausnahmetatbestand in § 73 Abs. 2 SGB IX entbehrlich. Es komme beim Begriff des Arbeitsplatzes im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX nicht nur auf eine räumlich-gegenständliche, sondern auch auf eine rechtliche Betrachtungsweise an. Arbeitsplatz sei der einem Arbeitnehmer in einem Betrieb zugewiesene Tätigkeitsbereich und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten. Auch die § 73 Abs. 2, § 73 Abs. 3 Halbsatz 1 SGB IX stellten auf das Beschäftigungsverhältnis ab, ebenso

das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich von Leiharbeitsverhältnissen (vgl. BVerwG vom 13.12.2001 BVerwGE 115, 312). Zwar setze eine Beschäftigung im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX nicht zwingend eine Arbeitsleistung voraus. Die Fallkonstellationen der Entscheidungen des Bayerischen Landessozialgerichts (vgl. BayLSG vom 21.1.2010 Az. L 9 AL 489/05 <juris> zur Altersteilzeit in der Freistellungsphase; vgl. nunmehr § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB IX) und des Bundessozialgerichts (vgl. BSG vom 18.9.1973 BSGE 36, 161 zur Freistellung von der Arbeitsleistung, vom 25.9.1981 BSGE 52, 152 zum Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und vom 25.10.1990 Az. 12 RK 40/89 <juris> zur entgeltlichen Freistellung bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses) seien aber mit der vorliegenden Betreuung in der Transfergesellschaft nicht vergleichbar. Der Arbeitnehmer verbleibe nicht auf der Gehaltsliste des bisherigen Arbeitgebers. Dieser leiste lediglich Sozialabgaben und eine Verwaltungskostenpauschale, aber kein Arbeitsentgelt. Die Transfergesellschaft sei auch kein „klassischer“ Arbeitgeber mit „Gewinnerzielungsabsicht“. Vielmehr solle durch die Übernahme der Arbeitnehmer deren sofortige Arbeitslosigkeit für einen befristeten, maximal zwölf Monate dauernden Zeitraum - mit der Möglichkeit der Qualifizierung und Vermittlung einer neuen Stelle - vermieden werden. Den Arbeitnehmern werde in der Transfergesellschaft kein konkreter Tätigkeitsbereich mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten zugewiesen. Fremdbestimmte Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber würden nicht erbracht (Hinweis auf Arbeitnehmerbegriff: BVerwG vom 8.3.1999 NZA 1999, 826). Es liege ein Betreuungsverhältnis vor; die Beschäftigungsmöglichkeit sei nicht nur vorübergehend entfallen (vgl. § 216b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2; § 216a Abs. 1 Satz 3 SGB III). Es gehe nicht um den Erhalt des Arbeitsplatzes wie bei der gewöhnlichen Kurzarbeit - Regelung (§§ 169 bis 182 SGB III), vielmehr gehe der bisherige Arbeitsplatz ersatzlos verloren. Am ehesten sei die Situation mit der „Kurzarbeit-Null“-Regelung in den neuen Bundesländern vergleichbar. Die Berücksichtigung der in eine Transfergesellschaft gewechselten Arbeitnehmer als Arbeitsplatz unterlaufe die Antriebsfunktion und damit den Schutzzweck des Neunten Buches Sozialgesetzbuch.

- 7 2. Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung wendet sich der Beklagte gegen das vorgenannte Urteil.
- 8 Der Begriff des Arbeitsplatzes in § 73 Abs 1 SGB IX sei durch den räumlich-gegenständlichen Bereich bestimmt, der zugunsten einer rechtlichen Betrachtungsweise erweitert werde. Maßgeblich sei die Zahl der auf den vorhandenen Stellen beschäf-

tigten Arbeitnehmer. Beschäftigung sei jede Art von Tätigkeit, die in Abhängigkeit von einer anderen Person erfolge. Die Arbeitnehmer der Klägerin könnten nicht den - abschließenden - Ausnahmeregelungen des § 73 Abs. 2 Nrn. 4 und 7 SGB IX zugeordnet werden. Der Arbeitsausfall beziehe sich nur auf den abgebenden Arbeitgeber. Bei der Klägerin liege ein Arbeitsplatz mit gegenüber vorher gewandelter Beschäftigung vor. Unter Beschäftigung sei jede Art von abhängiger Tätigkeit zu verstehen. Eine Ausnahme nach § 73 Abs. 3 SGB IX (18 Wochenstunden) liege nicht vor, weil vom Arbeitnehmer weitere Leistungen gefordert würden, wie etwa selbständiges Lernen sowie Vorbereitung und Wiederholung des in der Qualifizierungsmaßnahme gelehrteten Stoffes. Es sei auf den im Sozialrecht geltenden Begriff des Beschäftigungsverhältnisses des § 7 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) zurückzugreifen, nach dessen Absatz 3 ein Beschäftigungsverhältnis auch ohne tatsächliche Arbeitsleistung fortbestehen könne, wenn der Arbeitsvertrag rechtlich weiterbestehe. Die Vorschrift stelle auch klar, dass während der Freistellungszeit das Beschäftigungsverhältnis auch ohne Fortsetzungswillen der Beteiligten aufrechterhalten bleibe. Gleiches habe das Bundessozialgericht zur Freistellungsphase bei Altersteilzeit hinsichtlich der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. BSG vom 25.8.2004 Az. B 12 KR 22/02 R <juris>) bzw. der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung (vgl. BSG vom 24.9.2008 Az. B 12 KR 22/07 R) entschieden, wenn bei Fortbestand der rechtlichen Beziehungen aufgrund gesetzlicher Anordnung oder vertraglicher Abrede der Arbeitnehmer von der Leistungspflicht befreit werde. Das folge auch aus den Regelungen in § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1a SGB IV. Das gelte auch dann, wenn eine Wiederaufnahme der Arbeit nicht vorgesehen sei (vgl. BSG vom 25.9.1981 a.a.O. und vom 25.10.1990 a.a.O.). Auch § 7 Abs. 2 SGB IV, der die betriebliche Berufsbildung betreffe, spreche für dieses Ergebnis. Entsprechendes sei für die gesetzliche Unfallversicherung entschieden worden (vgl. LSG Baden-Württemberg vom 13.11.2003 Az. L 7 U 777/03 <juris>). Auf eine Gewinnerzielungsabsicht komme es nicht an. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zum Kurzarbeitergeld seien nicht überzeugend. Zwar wandle sich das Beschäftigungsverhältnis durch den Vertrag, es falle aber nicht weg. Auch sei die Zahlung von Kurzarbeitergeld eher ein Indiz für eine Beschäftigung. Mit dem „Kurzarbeitergeld-Null“ sei der Fall nicht vergleichbar, weil dort keine entsprechende Antriebs- und Ausgleichsfunktion wie bei der Ausgleichsabgabe bestanden habe. Eine Ausgleichsfunktion halte die Klägerin selbst für gegeben. Hinsichtlich des Gesamtprozesses liege auch die Antriebsfunktion vor, denn die Übernahme von Schwerbehinderten sowie die Gestaltung und Vorhaltung geeigneter Arbeitsplätze könne ohne weiteres gesteuert werden. Ein sich durch die Ausgleichsabgabe ergebender

Finanzierungsbedarf könne nicht das rechtliche Ergebnis bestimmen.

9 Hilfsweise wäre die Ausgleichsabgabe jedenfalls hinsichtlich der Mitarbeiter des „Stabs“ der Klägerin, die in der Verwaltung beschäftigt seien bzw. die internen Qualifikationsmaßnahmen durchführten, in Höhe von 14.300,00 Euro zu entrichten und das angegriffene Urteil entsprechend abzuändern (Hilfsantrag).

10 Der Beklagte beantragt,

11 das Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 20. Mai 2005 aufzuheben und die Klage abzuweisen;

12 hilfsweise Nr. 1 des Urteils wie folgt zu ändern:

13 „Der Feststellungsbescheid des Zentrums Familie und Soziales Region Mittelfranken - Integrationsamt - vom 4. Juli 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Zentrums Familie und Soziales - Integrationsamt - vom 6. Februar 2008 wird insoweit aufgehoben, als dort eine Ausgleichsabgabe von mehr als 14.300 Euro festgesetzt wurde. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

14 Die Klägerin beantragt,

15 die Berufung zurückzuweisen.

16 Der Beklagte gehe unzutreffend davon aus, dass der Beschäftigungszweck nicht weggefallen sei. Das widerspreche § 216b Abs. 2 und 3 SGB III. Es werde dort ein dauerhafter Arbeitsausfall vorausgesetzt. Das bisherige Arbeitsverhältnis werde aufgelöst und ein neues begründet, in dem keine Arbeitsleistung erbracht werde, sondern „Kurzarbeit-Null“ herrsche. Das ursprüngliche Arbeitsverhältnis sei nur noch hinsichtlich der Höhe des Transferkurzarbeitergeldes relevant. Deshalb entstehe bei der Klägerin nie ein Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX. Der Arbeitnehmer habe dort kraft Gesetzes keinen ihm zugewiesenen Tätigkeitsbereich; rechtlich bestehe ein Arbeitsverhältnis, aber ohne tatsächliche Beschäftigung. Mit der Altersteilzeit sei das nicht vergleichbar, weil bei dieser die Arbeitszeit lediglich unterschiedlich verteilt und in der Arbeitsphase auch tatsächlich gearbeitet werde. Beim Transferarbeitsverhältnis fehle es an einer verteilbaren (durchschnittlichen) Arbeitsleistung.

Auch sei die Verknüpfung „Arbeit gegen Entgelt“ wie bei der „Kurzarbeit-Null“ aufgehoben. Deshalb gingen auch die weiteren Ausführungen des Beklagten betreffend Erholungsurlaub, Krankheit, bezahltem Bildungsurlaub und zur Freistellung fehl. Jedenfalls komme hinsichtlich der Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen die Ausnahmevorschrift des § 73 Abs. 3 SGB IX zum Tragen, weil diese „unstreitig“ im Durchschnitt weniger als 18 Stunden wöchentlich umfassten; insoweit seien Zeiten der Eigenvorbereitung des Arbeitnehmers hinsichtlich der Qualifizierung nicht zu berücksichtigen. Es liege aber schon keine Beschäftigung im Sinne von § 73 SGB IX vor, weil keine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Durchführung und Teilnahme bestehe. Verfassungsrechtlich sei anzumerken, dass die Ausgleichsfunktion auch bei Heranziehung einer Transfergesellschaft erfüllt werden könne, allerdings könne diese mangels tatsächlicher Beschäftigung keine Förderleistungen für Schwerbehinderte in Anspruch nehmen. Die Antriebsfunktion sei nicht zu erfüllen, weil die Einstellungen bei der Transfergesellschaft nicht gesteuert würden. Durch ihre Heranziehung zur Ausgleichsabgabe könne die Ausgleichsfunktion zwar erfüllt werden. Das sei aber nur einseitig, weil sie keine Förderungsleistungen für Schwerbehinderte in Anspruch nehme. Zudem würde eine Erhebung der Ausgleichsabgabe bei Transfergesellschaften die Vereinbarung von Sozialplänen aufgrund des „erheblichen zusätzlichen Finanzierungsbedarfs“ erschweren. Auf die Vereinbarungen im früheren Betrieb habe die Klägerin keinen Einfluss und könne insoweit nichts steuern. Sie übernehme die Arbeitnehmer wie vom Unternehmen und Betriebsrat vorgeschlagen, ohne einzelne Arbeitnehmer ablehnen zu können. Auch halte die Klägerin keine Arbeitsplätze vor, weil sie keine Arbeitsaufgaben zu vergeben habe. Sie halte „allerhöchstens Verwaltungskapazitäten“ wie etwa die Lohnbuchhaltung vor.

- 17 Die Beteiligten haben auf mündliche Verhandlung verzichtet. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten in beiden Rechtszügen sowie die vorgelegten Behördenakten Bezug genommen

Entscheidungsgründe:

- 18 1. Die vom Verwaltungsgericht zugelassene und auch sonst zulässige Berufung, über die mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden werden konnte (§ 101 Abs. 2 VwGO), ist im Hauptantrag begründet.
- 19 Zwischen den Beteiligten besteht Streit allein hinsichtlich der Frage, ob zwischen der

Klägerin, der Tochtergesellschaft einer bundesweit tätigen Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, und den von ihr übernommenen Arbeitnehmern ein Beschäftigungsverhältnis besteht und deshalb ein Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX vorliegt.

- 20 Das Verwaltungsgericht hat den Feststellungsbescheid des Zentrums Familie und Soziales Region Mittelfranken - Integrationsamt - vom 4. Juli 2007 und den Widerspruchsbescheid des Zentrums Familie und Soziales - Integrationsamt - vom 6. Februar 2008 zu Unrecht aufgehoben. Diese Bescheide sind nicht rechtswidrig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Beklagte hat zu Recht gegenüber der Klägerin für das Jahr 2006 eine Ausgleichsabgabe im Sinne von § 77 SGB IX in rechnerisch unbestrittener Höhe von 31.200,00 Euro festgesetzt.
- 21 1.1 Private und öffentliche Arbeitgeber (Arbeitgeber) mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen im Sinn des § 73 SGB IX haben gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Nach § 73 Abs. 1 SGB IX sind Arbeitsplätze im Sinn des Teils 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch (§§ 68 bis 160 SGB IX) vorbehaltlich der Ausnahmen der Absätze 2 und 3 alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer, Beamte, Richter sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden. Nach dieser Begriffsbestimmung kommt es für die Frage, wie viele Arbeitsplätze einem Arbeitgeber anzurechnen sind, nicht (allein) auf die Zahl der Arbeitsplätze im räumlich-gegenständlichen Sinn an oder konkret gesprochen: Es ist nicht (allein) maßgebend, wie viele Schreibtische ein Arbeitgeber als Arbeitsplatz eingerichtet hat (vgl. BayVGh vom 26.11.2008 BayVBI 2009, 667).
- 22 § 73 Abs. 1 SGB IX spricht ebenso wie die im Wesentlichen identischen Vorgängerbestimmungen (§ 7 Abs. 1 Schwerbehindertengesetz - SchwbG - i.d.F. vom 26.8.1986 und § 6 Abs. 1 SchwbG i.d.F. vom 8.10.1979) ausdrücklich von Stellen, auf denen Arbeitnehmer *beschäftigt* werden. Die damit verbundene Bezugnahme auf das Beschäftigungsverhältnis erweitert den räumlich-gegenständlichen Bezug, der mit den Begriffen „...platz“ und „Stelle“ angedeutet sein mag, zugunsten einer rechtlichen Betrachtungsweise. Arbeitsplatz ist so gesehen der einem Arbeitnehmer in einem Betrieb zugewiesene Tätigkeitsbereich mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten (vgl. nur BVerwG vom 21.10.1987 NZA 1988, 431 und vom 8.3.1999 NZA 1999, 826; BayVGh vom 26.11.2008 a.a.O.). Ausschlaggebend für die

Zahl der Arbeitsplätze ist mithin im Grundsatz die Zahl der auf den vorhandenen Stellen beschäftigten Arbeitnehmer (vgl. Trenk-Hinterberger in Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, 3. Aufl. 2010, § 73 RdNr. 5; Schneider in Hauck/Noftz, SGB IX, Stand: April 2011, § 73 RdNr. 4; Cramer, SchwbG, 5. Aufl. 1998, § 7 RdNr. 4; Neubert/Becke, SchwbG, 2. Aufl. 1986, § 7 RdNr. 2; a.A.: Düwell in Dau/Düwell/Haines, SGB IX, 2. Auflage 2009, § 73 RdNrn. 6 ff.: „alle Stellen, auf denen beschäftigt wird“). Der Begriff Arbeitsplatz ist demnach als Rechengröße zu verstehen und mit den einzelnen Beschäftigungsverhältnissen gleichzusetzen (vgl. Trenk-Hinterberger, a.a.O., § 73 RdNr. 4). Maßgeblich ist das Maß der Eingliederung in die Arbeitsorganisation und der Umfang des Weisungsrechts des Arbeitgebers (vgl. BayVGH vom 27.7.2011 Az. 12 BV 11.465; vgl. auch Trenk-Hinterberger, a.a.O., § 73 RdNr. 5; Schneider, a.a.O., § 73 RdNr. 4; Düwell, a.a.O., § 73 RdNr. 6 m.w.N.).

- 23 1.2 Der Beklagte ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass zwischen der Klägerin und den von ihr von anderen Arbeitgebern übernommenen und auch ihren sonstigen Arbeitnehmern ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne besteht.
- 24 Auszugehen ist dabei vom Zweck der Regelungen, den schutzbedürftigen Personen einen Arbeitsplatz zu beschaffen und zu erhalten, und der damit einhergehenden Pflicht der Arbeitgeber, schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Mit Hilfe des Gesetzes soll der schwerbehinderte Mensch als Arbeitnehmer nach Möglichkeit dauerhaft in das Erwerbsleben eingegliedert werden (vgl. BVerwG vom 21.10.1987 NZA 1988, 431/432). Bei der Beschäftigungspflicht und der Erhebung der Ausgleichsabgabe im Schwerbehindertenrecht steht nicht die Finanzierungsfunktion im Vordergrund, sondern ihre Antriebs- und Ausgleichsfunktion (vgl. BVerfG vom 26.5.1981 BVerfGE 57, 139, vom 1.10.2004 NJW 2005, 737 und vom 10.11.2004 NVwZ 2005, 321).
- 25 Hinsichtlich der von der Klägerin in der Verwaltung und in Qualifizierungsmaßnahmen eingesetzten Arbeitnehmer kann ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX nicht erfolgreich bestritten werden. Nach eigenen Angaben beschäftigte die Klägerin im Jahr 2006 in diesem Bereich 112 Mitarbeiter, von denen einer schwerbehindert war.
- 26 Ein Beschäftigungsverhältnis scheidet aber auch hinsichtlich der übernommenen Arbeitnehmer nicht, wie die Klägerin und das Verwaltungsgericht meinen, schon deshalb aus, weil es bei der Klägerin an einem zugewiesenen Tätigkeitsbereich ohne

tatsächliche Beschäftigung fehle. Der Begriff der „Beschäftigung“ wird in § 73 SGB IX nicht näher definiert. Zurückzugreifen ist deshalb auf die allgemeine Regelung in § 7 SGB IV, weil dort übergreifend für das gesamte Sozialrecht eine gesetzliche Definition des Begriffs erfolgt (vgl. ebenso BayLSG vom 21.1.2010 Az. L 9 AL 489/05). Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist „Beschäftigung“ die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

- 27 Von der Klägerin wird nicht bestritten, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen ihr und den übernommenen Arbeitnehmern in diesem Sinne besteht. Sie trägt vor, das frühere Arbeitsverhältnis ende und es werde (mit ihr) ein neues begründet. Darüber hinaus gesteht die Klägerin weiter zu, dass das frühere Arbeitsverhältnis allerdings noch für die Höhe des Transferkurzarbeitergeldes (§ 216b SGB III) relevant sei. Sie hat aber auch vor dem Verwaltungsgericht vorgetragen, dass im Einzelfall aus dem „Bereich des früheren Unternehmens“ Aufzahlungen auf das pauschalierte Netto erfolgten. Unabhängig vom Fortwirken des früheren Arbeitsverhältnisses sind die übernommenen Arbeitnehmer hier dem Bereich der Klägerin zuzuordnen, wie das etwa von der Rechtsprechung für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung hinsichtlich des Verleiherbetriebes angenommen wird (vgl. dazu BVerwG vom 13.12.2001 BVerwGE 115, 312; BSG vom 6.5.1994 BSGE 74, 176; BayVGH vom 13.3.2001 Az. 12 B 98.1813 <juris>).
- 28 Dass die übernommenen Arbeitnehmer im Bereich der Klägerin nicht eine „tatsächliche Beschäftigung“ im üblichen arbeitsrechtlichen Verständnis von Arbeitsleistung gegen Entgelt erbringen, steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht von vorne herein entgegen, weil der Begriff Arbeitsplatz nicht funktional zu verstehen ist. (so ausdrücklich Düwell, a.a.O., § 73 RdNr. 22). Auch sind nach § 7 Abs. 2 SGB IV betriebliche Bildungsmaßnahmen dem Begriff der Beschäftigung gleichgesetzt (vgl. LSG Baden-Württemberg vom 13.11.2003 Az. L 7 U 777/03 <juris>; offengelassen: BSG vom 10.3.1994 BSGE 74, 96 und vom 14.9.2010 a.a.O.). Berufliche Bildung in diesem Sinne umfasst die Bereiche Ausbildung, Fortbildung - also Qualifikation - und Umschulung (vgl. BayLSG vom 17.12.2009 Az. L 14 R 679/08 <juris>). Das Unternehmen der Klägerin verfolgt unstreitig das Ziel, die übernommenen Arbeitnehmer zu qualifizieren. Das folgt aus dem Sinn und Zweck der zwischen der Klägerin und den von ihr übernommenen Arbeitnehmern vertraglich vereinbarten Arbeitsverhältnisse. Diese Qualifikation ist als hinreichendes Substitut (vgl. BSG vom 24.9.2008 a.a.O.) für die Arbeitsleistung im üblichen Sinne zu verstehen.

- 29 Ein (versicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis kann nach der Rechtsprechung auch ohne Arbeitsleistung bestehen, wenn - wie hier - ein rechtsgültiger Arbeitsvertrag vorliegt, auf Grund dessen dem dienstbereiten Arbeitnehmer ein Entgelt geschuldet wird (vgl. BSG vom 18.9.1973 BSGE 36, 161). Beispiele in der Rechtsprechung sind etwa der Verzicht auf die Arbeitsleistung bis zum Wirksamwerden einer Kündigung (vgl. BSG vom 24.9.2008 NZA-RR 2009, 272, m.w.N.; vom 25.10.1990 Az. 12 RK 40/89 <juris> und vom 18.9.1973 a.a.O.) und auch der Zeitraum zwischen der tatsächlichen Beendigung der Arbeitsleistung und dem in einem Kündigungsschutzprozess festgestellten Ende des Arbeitsverhältnisses (vgl. BSG vom 25.9.1981 BSGE 52, 152). Derartige Sachverhalte gewährleisten nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. BSG vom 24.9.2008 a.a.O.) in einem für die Annahme einer Beschäftigung ausreichendem Maß gleichermaßen eine gemeinsame Bestätigung des vertraglichen Bandes wie insbesondere ein hinreichendes Substitut für die Arbeitspflicht, ohne dass es auf die Wiederaufnahme der tatsächlichen Arbeitsleistung entscheidend ankommt.
- 30 Ein solches Beschäftigungsverhältnis kann auch in Teilzeit erfolgen. Funktion und Zweck der Ausgleichsabgabe rechtfertigen es etwa ohne Weiteres, auch solche Stellen bei der Ermittlung der Pflichtquote für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (§ 71 Abs. 1 SGB IX) voll zu berücksichtigen, auf denen etwa ein Arbeitnehmer in Teilzeitarbeit beschäftigt ist. Das Gesetz schließt insoweit mit der Regelung des § 73 Abs. 3 SGB IX eine geringfügige Beschäftigung und damit unter anderem kurzzeitige Beschäftigungen mit weniger als 18 Wochenstunden von der Anrechnung als Arbeitsplatz aus (siehe dazu unten). Mit Blick auf das Interesse, möglichst viele schwerbehinderte Arbeitnehmer auf einen (Pflicht-)Arbeitsplatz zu vermitteln, bedarf es keiner weitergehenden Differenzierung (vgl. BVerwG vom 24.2.1994 NJW-RR 1994, 1252; BayVGH vom 26.11.2008 a.a.O.).
- 31 Umfasst sind nach der Rechtsprechung auch Arbeitsverhältnisse, bei denen die Beschäftigten in Kurzarbeit stehen (vgl. OVG Thüringen vom 6.7.1995 ThürVBI 1996, 11; OVG Brandenburg vom 27.5.1998 Az. 4 A 133/97 <juris>), weil originärer Zweck die Erhaltung des Arbeitsplatzes sei und es auf die ständige Besetzung des Arbeitsplatzes nicht ankomme (zustimmend: Trenk-Hinterberger, a.a.O., § 73 RdNr. 10; Düwell, a.a.O., § 73 RdNr. 22; Knittel, SGB IX, Stand: April 2011, § 73 RdNr. 17). Nach § 24 Abs. 3 SGB III besteht grundsätzlich ein Versicherungspflichtverhältnis für Beschäftigte während eines Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld fort (vgl. dazu BSG vom 14.9.2010 a.a.O.).

- 32 Dem steht nicht entgegen, dass die von der Klägerin übernommenen Arbeitnehmer Transferkurzarbeitergeld im Sinne von § 216b SGB III beziehen. Bei der Klägerin ist jedenfalls eine Ausgleichsfunktion im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG vom 26.5.1981 a.a.O.) gegeben, was sie letztlich nicht bestreitet.
- 33 Das Transferkurzarbeitergeld ist nicht - wie die Klägerin und das Verwaltungsgericht meinen - ohne weiteres mit der (früheren) „Kurzarbeit Null“-Regelung in den neuen Bundesländern, bei der die Arbeitszeit im Rahmen der Kurzarbeit auf „Null“ festgesetzt war, vergleichbar. Das Bundessozialgericht hat die Frage offengelassen, ob bei „Kurzarbeit Null“ ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt. (vgl. BSG vom 14.9.2010 NZA-RR 201, 319 und vom 10.3.1994 BSGE 74, 96). Es hat Sinn und Zweck der „Kurzarbeit-Null“ in den neuen Bundesländern darin gesehen, soziale Härten in Betrieben zu überbrücken, die keine Aufträge mehr hatten, aber noch nicht geschlossen waren bzw. noch nicht wieder produzieren konnten, obwohl vorab klar war, dass die Verringerung des Arbeitsbedarfs eines Unternehmens (in der Regel) nicht nur temporär sein würde. Je weniger dort tatsächlich gearbeitet worden sei, umso mehr habe diese Sonderform der Kurzarbeit in ihrer Erwartung eher Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, Fortbildung und Umschulung oder Arbeitslosigkeit entsprechen. Die Funktion sei keine arbeitsmarktpolitische gewesen, vielmehr habe die „Kurzarbeit Null“ vorrangig der statistischen Verringerung der Arbeitslosenzahlen und sozialpolitischen Abfederung gedient (vgl. BSG vom 14.9.2010 a.a.O.). Es sei darum gegangen, für die Arbeitgeber Anreize zu schaffen, die Arbeitslosigkeit sehr vieler Arbeitnehmer durch Verlängerung der Arbeitsverhältnisse hinauszuschieben, um Zeit zu gewinnen, noch in Kurzarbeit befindliche Arbeitnehmer zu fördern und weiter zu qualifizieren. Die *bisherigen* Arbeitgeber übernahmen dabei durch die formelle Aufrechterhaltung der Arbeitsverhältnisse quasi eine staatliche Aufgabe für die noch nicht funktionierenden Arbeitsämter (vgl. OVG Brandenburg vom 27.5.1998 Az. 4 A 133/97).
- 34 Allein vor diesem besonderen Hintergrund hat das Oberverwaltungsgericht Brandenburg (a.a.O.) bei der „Kurzarbeit Null“ in den neuen Bundesländern weder eine Antriebs- noch eine Ausgleichsfunktion im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG vom 26.5.1981 a.a.O., vom 1.10.2004 a.a.O. und vom 10.11.2004 a.a.O.) als gegeben angesehen.

- 35 Die Tätigkeit der mit Gewinnerzielungsabsicht von der Klägerin betriebenen Transfergesellschaft als *neuer* Arbeitgeber ist damit schon vom Ansatz her nicht vergleichbar. Die Klägerin führt u.a. Qualifizierungsmaßnahmen durch bzw. betreut diese. Die übernommenen Arbeitnehmer sind bei ihr zum Zweck der Fortbildung eingestellt, die deren „Beschäftigung“ bei der Klägerin darstellt. Demgegenüber wurde bei der „Kurzarbeit Null“ das bisherige Arbeitsverhältnis formell aufrechterhalten.
- 36 Ob hier eine Antriebsfunktion gegeben ist, kann offenbleiben. Diese besteht grundsätzlich darin, Arbeitgeber unter anderem dazu anzuhalten, durch eigene Bemühungen wenigstens für einige Gruppen schwerbehinderter Menschen Arbeitsplätze bereit zu stellen und gezielt nach solchen Arbeitnehmern zu suchen. Grundsätzlich ist aber jedes Unternehmen unabhängig von seiner Größe, seiner Struktur oder seinem Gegenstand in der Lage, schwerbehinderte Menschen einzustellen (so BVerfG vom 10.11.2004 a.a.O.). Insoweit überzeugt die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die Antriebsfunktion werde bei Transfergesellschaften „unterlaufen“, schon vom Ansatz her nicht. Selbst wenn man aber mit der Klägerin davon ausgehen wollte, bei ihr bestehe die Antriebsfunktion deshalb nicht, weil sie die Einstellungen bei ihr nicht steuere, besagt das aber jedenfalls nichts über das Bestehen einer Ausgleichsfunktion.
- 37 Diese rechtfertigt es aber, die Abgabepflicht für alle Unternehmen festzusetzen (so BVerfG vom 26.5.1981 a.a.O.). Auch bei einem Unternehmen, das etwa nach seinem Gegenstand und seiner Organisation Schwerbehinderte nicht beschäftigen bzw. nicht finden kann, betrifft das lediglich die Antriebs-, nicht aber die Ausgleichsfunktion (vgl. BVerfG vom 1.10.2004 a.a.O.). Die Klägerin gesteht selbst zu, dass durch ihre Heranziehung zur Ausgleichsabgabe die Ausgleichsfunktion erfüllt werden kann. Sie meint aber, das sei nur einseitig, weil sie keine Förderungsleistungen für Schwerbehinderte in Anspruch nehme. Das macht die Erhebung Ausgleichsabgabe bei ihr aber nicht ungeeignet, ihren Zweck zu erreichen. Im Gegensatz zu den Unternehmen in den neuen Bundesländern, bei denen „Kurzarbeit Null“ lief und eine quasi staatliche Aufgabe übernommen wurde, bietet die Klägerin hier die Übernahme dieser Aufgabe im Rahmen ihres Unternehmens als Geschäftszweig mit Gewinnerzielungsabsicht an. Damit entfällt aber der entscheidende Gesichtspunkt hinsichtlich der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) mit den Unternehmen in den früheren Bundesländern. Die Klägerin kann und muss deshalb so behandelt werden, wie Unternehmen, die Schwerbehinderte nicht beschäftigen oder aber nicht finden können. Einer weiteren Differenzierung bedarf es nicht, weil dem Gesetzgeber bei der Bewältigung von Massenvorgängen, um die es sich bei der Ermittlung und Einziehung der Ausgleichsab-

gabe nach Teil 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch handelt, Typisierungen und Generalisierungen gestattet sind (vgl. BVerwG vom 24.2.1994 NJW-RR 1994, 1252; BayVGH vom 26.11.2008 a.a.O.).

- 38 Im Übrigen wird der Begriff des Arbeitsplatzes lediglich durch die nach ihrem Wortlaut abschließenden Bestimmungen des § 73 Abs. 2 und 3 SGB IX eingeschränkt.
- 39 Es stehen hier keine Stellen im Sinne von § 73 Abs. 2 SGB IX im Raum. Insbesondere nehmen die von der Klägerin übernommenen Arbeitnehmer nicht an Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen im Sinne des Dritten Buches Sozialgesetzbuch teil (§ 73 Abs. 2 Nr. 4 SGB IX), weil keine Förderung der Beschäftigung durch Zuschüsse für von der Agentur für Arbeit zugewiesene Arbeitnehmer im Sinne von § 260 Abs. 1 Nr. 4 Drittes Buch Sozialgesetzbuch in der bis 31. März 2012 gültigen Fassung des Gesetzes vom 23. Dezember 2003 (BGBl I S. 2848 - SGB III Fassung 2003) erfolgt (vgl. dazu Schneider, a.a.O., § 73 RdNr. 6; Düwell, a.a.O., § 73 RdNr. 37) und bei der Klägerin auch keine zusätzlichen und im öffentlichen Interesse liegenden Arbeiten durchgeführt werden (§ 260 Abs. 1 Nr. 2 SGB III Fassung 2003).
- 40 Nach dem Absatz 3 des § 73 SGB IX gelten Stellen nicht als Arbeitsplätze, auf denen Beschäftigte nach der Natur der Arbeit oder nach den zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen nur auf die Dauer von höchstens acht Wochen oder Stellen auf denen Beschäftigte weniger als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt sind. Die erste Alternative scheidet hier ersichtlich aus. Die zweite Alternative ist aber ebenfalls nicht gegeben. Die Klägerin meint, die Arbeitnehmer seien „unstreitig“ hinsichtlich der Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen im Durchschnitt weniger als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt. Der Beklagte hat das aber bestritten und auf Zeiten des Selbststudiums der Arbeitnehmer hingewiesen. Dem muss nicht weiter nachgegangen werden, weil es seitens der Klägerin an jeglichen nachvollziehbaren Angaben und Nachweisen hinsichtlich des Zeitaufwandes ihrer übernommenen Arbeitnehmer, aber auch ihrer sonstigen Arbeitnehmer (Verwaltung etc.) fehlt.
- 41 Billigkeitserwägungen, die darüber hinaus eine analoge Anwendung von § 73 Abs. 3 SGB IX rechtfertigen könnten (vgl. zur analogen Anwendung von § 7 Abs. 3 SchwbG i.d.F. vom 26.8.1986: OVG Brandenburg vom 27.5.1998, a.a.O.), sind hier schon deshalb nicht erforderlich, weil die Klägerin in Gewinnerzielungsabsicht tätig ist.
- 42 1.3 Besteht - wie dargelegt - ein Beschäftigungsverhältnis zwischen der Klägerin und

den von ihr übernommenen Arbeitnehmern, liegt hier ein Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX vor, der die Heranziehung zur Ausgleichsabgabe rechtfertigt. Unstreitig ist das bei den von der Klägerin beschäftigten 112 „festen“ Arbeitnehmern, die in der Verwaltung und Qualifizierung von der Klägerin eingesetzt werden, der Fall.

- 43 Einwendungen gegen die vom Beklagten errechnete Höhe der Ausgleichsabgabe hat die Klägerin ansonsten nicht erhoben.
- 44 Die Klägerin ist durch die festgesetzte Ausgleichsabgabe für das 2006 nicht in ihren Rechten verletzt. Die Berufung des Beklagten ist daher in vollem Umfang begründet. Auf den gestellten Hilfsantrag kommt es nicht mehr an.
- 45 2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Das Verfahren ist nach § 188 Satz 2 VwGO gerichtskostenfrei (vgl. BayVGH vom 27.7.2011 Az. 12 BV 11.465).
- 46 3. Die Revision ist gemäß § 132 Abs. 2 VwGO zuzulassen, weil eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage, ob auch hinsichtlich der von Transfergesellschaften übernommenen Arbeitnehmer ein Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX vorliegt, bisher nicht existiert.

Rechtsmittelbelehrung

- 47 Nach § 139 VwGO kann die Revision innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) schriftlich eingelegt werden. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig (Postfachanschrift: Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig), einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

- 48 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Adolph

Emmert

Dr. Mayer