

Leitsätze:

1. Auch die von Beschäftigungsgesellschaften übernommenen Mitarbeiter verfügen über einen Arbeitsplatz. Darunter wird im Ausgleichsabgabenrecht eine Stelle verstanden, auf der ein Arbeitnehmer beschäftigt wird. Die von der Transfergesellschaft übernommenen Mitarbeiter bleiben, auch wenn sie Kurzarbeitergeld erhalten, Arbeitnehmer. Dass sie bei der Beschäftigungsgesellschaft keinen Arbeitsplatz im räumlich-gegenständlichen Sinne besitzen, ist unschädlich. Sie bekleiden eine Stelle mit einem ihnen vorgegebenen Aufgaben- und Tätigkeitsbereich. Gegenüber der Beschäftigungsgesellschaft sind sie verpflichtet, an Qualifikationsmaßnahmen teilzunehmen und Vermittlungsangebote sorgfältig zu prüfen. Darin liegt auch die für den Arbeitsplatzbegriff erforderliche tatsächliche Beschäftigung.
2. Bei unzureichender Beschäftigung von Schwerbehinderten in diesen Gesellschaften entsteht auch die Pflicht zur Zahlung einer Schwerbehindertenausgleichsabgabe.

Hinweis:

Die Streitigkeit betrifft die bundesweit bedeutsame Frage, inwieweit Beschäftigungsgesellschaften zur Schwerbehindertenausgleichsabgabe herangezogen werden können. Zahlreiche Integrationsämter im Bundesgebiet waren an der höchstrichterlichen Klärung der Frage anhand dieses bayerischen Falles interessiert.

Die Klägerin war eine sog. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft. Sie übernimmt von Unternehmen, die Werke oder Betriebe schließen müssen, meist auf Grund eines Sozialplans das von Entlassung bedrohte Personal (hier: vormaliges AEG Werk in Nürnberg). Ihre Aufgabe ist es, die Arbeitnehmer in neue Arbeitsverhältnisse zu vermitteln und für eine andere berufliche Tätigkeit zu qualifizieren. Dazu werden in der Regel die Arbeitsverhältnisse mit dem früheren Arbeitgeber aufgehoben und neue auf Vermittlung und Qualifizierung gerichtete, auf maximal zwölf Monate befristete Arbeitsverträge mit der Beschäftigungsgesellschaft geschlossen. Die auf diese Weise „transferierten“ Arbeitnehmer erhalten Transferkurzarbeitergeld. Die Kosten der Beschäftigungsgesellschaft (Transfergesellschaft) und

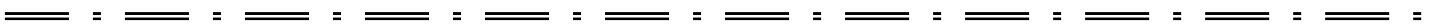
alle übrigen Leistungen (insbesondere die Sozialversicherungsbeiträge) sind vom alten Arbeitgeber zu tragen.

Das BVerwG hat entschieden, dass auch diese Gesellschaften Schwerbehinderte beschäftigen müssen. Tun sie dies nicht, fällt als Kompensation sog. Schwerbehindertenausgleichsabgabe an. Diese Abgabe müssen Betriebe erbringen, die nicht die vorgeschriebene Zahl von schwerbehinderten Arbeitnehmern einstellen. Betriebe ab 20 Arbeitnehmern müssen in der Regel auf fünf Prozent ihrer „Arbeitsplätze“ Schwerbehinderte beschäftigen. Die Klägerin erreichte die vorgeschriebene Quote nicht.

Das BVerwG sah vorliegend alle Elemente des Arbeitsplatzbegriffs als erfüllt und verurteilte die Klägerin zur Zahlung der Abgabe. Eine tatsächliche Beschäftigung der Kurzarbeiter liege vor. Dass sich die Klägerin das übernommene Personal nicht aussuchen kann, ändert hieran nichts. Die Ausgleichsabgabe habe unter anderem die Funktion, die mit der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen verbundenen finanziellen Lasten zwischen den Arbeitgebern, die der Beschäftigungspflicht nachkommen, und solchen, die dies nicht tun, auszugleichen.

Zu der Entscheidung liegt eine Pressemitteilung vor:

<http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2013&nr=29>





BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 5 C 20.12
VGH 12 BV 10.2058

Verkündet
am 16. Mai 2013
Werner
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Vormeier,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer, Dr. Häußler
und Dr. Fleuß

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 2. Mai 2012
wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.
Gerichtskosten werden nicht erhoben.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten um die Frage, ob Beschäftigungsgesellschaften eine schwerbehindertenrechtliche Ausgleichsabgabe entrichten müssen.

- 2 Die Klägerin ist eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft. Sie übernimmt von Unternehmen, die Werke oder Betriebe schließen müssen, meist aufgrund eines Sozialplans das von Entlassung bedrohte Personal. Ihre Aufgabe ist es, die Arbeitnehmer in neue Arbeitsverhältnisse zu vermitteln und für eine andere berufliche Tätigkeit zu qualifizieren. Dazu werden in „dreiseitigen Verträgen“ die Arbeitsverhältnisse mit dem früheren Arbeitgeber aufgehoben und neue, auf maximal 12 Monate befristete Arbeitsverträge mit der Klägerin geschlossen. Die auf diese Weise „transferierten“ Arbeitnehmer erhalten Transferkurzarbeitergeld. Die Kosten der Beschäftigungsgesellschaft (Transfergesellschaft) und alle übrigen Leistungen (insbesondere die Sozialversicherungsbeiträge) werden vom früheren Arbeitgeber übernommen.

- 3 Im Jahr 2006 übernahm die Klägerin aufgrund solcher „dreiseitiger Verträge“ einen großen Teil der Belegschaft des stillgelegten N. Werks der A. GmbH. Mit Feststellungsbescheid vom 4. Juli 2007 wurde die Klägerin für das Jahr 2006 zu einer schwerbehindertenrechtlichen Ausgleichsabgabe in Höhe von 31 200 € herangezogen. Dies wurde damit begründet, dass die Klägerin nach den Berechnungen des Integrationsamts der Beklagten im Jahr 2006 durchschnittlich 267 Personen beschäftigte. Im Jahresdurchschnitt war nur 1,24 % des Personals schwerbehindert, so dass die gesetzlich vorgeschriebene Quote von 5 % nicht erreicht wurde. Der gegen die Ausgleichsabgabe gerichtete Widerspruch wurde mit Bescheid vom 6. Februar 2008 zurückgewiesen.

- 4 Das Verwaltungsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat der Verwaltungsgerichtshof das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Klägerin habe im Jahr 2006 nicht die erforderliche Zahl schwerbehinderter Arbeitnehmer beschäftigt. Bei der Berechnung der Ausgleichsabgabe seien auch die Stellen der Transferkurzarbeiter zu berücksichtigen. Eine anzurechnende Stelle liege nicht nur dann vor, wenn ein Arbeitsplatz im räumlich-gegenständlichen Sinne bereitgestellt werde. Vielmehr genüge es, wenn dem Arbeitnehmer in einem Betrieb ein bestimmter Tätigkeitsbereich zugewiesen werde. Hinsichtlich des Verwaltungs- und Schulungspersonals der Klägerin könne dies nicht erfolgreich bestritten werden. Hinsichtlich der übernommenen Transferkurzarbeiter finde zwar keine Beschäftigung im üblichen

Sinne statt. Die vertraglich vereinbarte Qualifizierung dieser Arbeitnehmer erfülle jedoch ebenfalls den sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriff. Für das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses sei im Übrigen die Erbringung einer Arbeitsleistung nicht zwingend erforderlich. Etwas Anderes gelte auch nicht bei Bezug von Transferkurzarbeitergeld. Insbesondere sei die Transferkurzarbeit nicht den einigungsbedingten „Kurzarbeit-Null-Fällen“ vergleichbar. Die Ausnahmegesellschaft für geringfügig beschäftigte Teilzeitkräfte greife nicht ein. Die Transferkurzarbeiter würden nicht weniger als 18 Wochenstunden beschäftigt.

- 5 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin im Kern eine Verkennung des ausgleichsabgabenrechtlichen Arbeitsplatzbegriffs. Dieser setze eine tatsächliche Beschäftigung voraus. Daran fehle es aber gerade, weil Transferkurzarbeitergeld begrifflich einen dauerhaften und unvermeidlichen Arbeitsausfall erfordere. Das Arbeitsverhältnis beschränke sich daher auf Meldepflichten und ähnliche Nebenpflichten. Eine Arbeitsleistung im eigentlichen Sinne werde nicht erbracht. Zwar könne ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach der Rechtsprechung auch bei kurzfristigem Entfallen der Arbeitsleistung bestehen (z.B. Freistellungsphase in der Altersteilzeit, Urlaub, Krankheit etc.). Diese Fälle seien aber mit der Transferkurzarbeit nicht zu vergleichen, bei der generell keine Arbeitspflicht bestehe. Die durchgeführten Qualifizierungsmaßnahmen könnten ebenfalls nicht als Beschäftigung im Betrieb angesehen werden, da keine arbeitsrechtliche oder auch nur sozialrechtliche Verpflichtung zur Teilnahme bestehe und auch kein Anspruch auf Durchführung gegeben sei. Auch könne der Zweck der Ausgleichsabgabe, den Arbeitgeber zur Beschäftigung von Schwerbehinderten anzuhalten, bei Transfergesellschaften nicht erreicht werden. Die Transfergesellschaft habe keinen Einfluss auf die zu übernehmende Belegschaft. Es sei sinnwidrig, allein auf die Ausgleichsfunktion der Abgabe abzustellen. Ferner müssten die Grundsätze der einigungsbedingten „Kurzarbeit-Null-Rechtsprechung“ Anwendung finden. Historisch betrachtet seien die Transfergesellschaften auf die im Rahmen der Wiedervereinigung entwickelten Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften zurückzuführen. Jedenfalls müsse die Ausnahmegesellschaft für geringfügig Beschäftigte verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass bei Transfergesellschaften Beschäftigte we-

niger als 18 Stunden arbeiteten. Das Fehlen einer Arbeitspflicht und das bloße Vorhandensein von Nebenpflichten müsse wie eine Teilzeitbeschäftigung gewertet werden.

- 6 Der Beklagte und der Vertreter des Bundesinteresses verteidigen das angegriffene Berufungsurteil.

II

- 7 Die Revision der Klägerin ist als unbegründet zurückzuweisen, weil das angegriffene Urteil nicht gegen Bundesrecht verstößt (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Recht entschieden, dass die Klägerin zur Entrichtung der festgesetzten schwerbehindertenrechtlichen Ausgleichsabgabe nach § 77 Abs. 1, 2 und Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 73 Abs. 1 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch in der für das Erhebungsjahr 2006 maßgeblichen Fassung vom 19. Juni 2001 (BGBl I S. 1046), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. April 2004 (BGBl I S. 606) - im Folgenden: SGB IX -, verpflichtet ist.
- 8 1. Private und öffentliche Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen haben gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX auf wenigstens 5 % der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Solange sie die vorgeschriebene Zahl Schwerbehinderter nicht beschäftigen, haben sie nach § 77 Abs. 1 SGB IX für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe zu entrichten. Zwischen den Beteiligten ist zu Recht unstreitig, dass die Klägerin als Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft im Jahr 2006 im Jahresdurchschnitt mehr als 20 Personen pro Monat angestellt hatte, dass bei Anrechnung des übernommenen Personals 120 Pflichtplätze unbesetzt geblieben sind und dass dafür rechnerisch eine Ausgleichsabgabe von 31 200 € anzusetzen ist.
- 9 2. Der Verwaltungsgerichtshof ist ebenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass bei Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften auch die Stellen der übernommenen Transferkurzarbeiter in die Berechnung der Ausgleichsab-

gabe nach § 77 Abs. 1 SGB IX einfließen. Zum einen haben die Transferkurzarbeiter Arbeitsplätze im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX (a) und zum anderen ist die Anrechnung ihrer Stellen bei der Erhebung der Ausgleichsabgabe nicht wegen geringfügiger Beschäftigung analog § 73 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX ausgeschlossen (b). Die Berücksichtigung der Transferkurzarbeiter bei der Erhebung der Ausgleichsabgabe ist auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig (c).

- 10 a) Unter den Begriff des Arbeitsplatzes fallen nach der Definition des § 73 Abs. 1 SGB IX alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Beamte und Beamtinnen, Richter und Richterinnen sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden. Diese Begriffsbestimmung ist erkennbar durch drei Elemente geprägt. Es bedarf - erstens - eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses (Arbeitnehmer-, Beamten- oder Richtereigenschaft), der Arbeitgeber oder Dienstherr muss - zweitens - „Stellen“ eingerichtet haben und auf diesen muss - drittens - Personal „beschäftigt“ werden (dreigliedriger Arbeitsplatzbegriff).
- 11 aa) Die von der Klägerin übernommenen Transferkurzarbeiter stehen zu dieser in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis und sind deshalb Arbeitnehmer (vgl. BAG, Beschluss vom 23. August 2001 - 5 AZB 11/01 - BAGE 99, 1 <3 f.> und Urteil vom 30. März 2004 - 1 AZR 85/03 - AP § 112 BetrVG 1972 Nr. 170; BSG, Urteile vom 10. Mai 2012 - B 1 KR 26/11 R - juris Rn. 15 und vom 4. Juli 2012 - B 11 AL 9/11 R - juris Rn. 17; BFH, Urteil vom 20. Juli 2010 - IX R 23/09 - BFHE 230, 373 Rn. 16; Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, §§ 112, 112a BetrVG 210 Rn. 37c).
- 12 Für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX ist auf die im Arbeitsrecht entwickelten Maßstäbe abzustellen (vgl. Urteile vom 8. März 1999 - BVerwG 5 C 5.98 - Buchholz 436.61 § 7 SchwbG Nr. 4 S. 2 und vom 26. September 2002 - BVerwG 5 C 53.01 - Buchholz 436.61 § 7 SchwbG Nr. 5 S. 7). Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund Vertrages in persönlicher Abhängigkeit Dienste erbringt (vgl. Urteile vom 16. Dezember 1959 - BVerwG 5 C 138.57 - BVerwGE 10, 70 <71> = Buchholz 436.6 § 2 SchwBeschG Nr. 1 S. 2, vom

8. März 1999 a.a.O. S. 2 und vom 26. September 2002 a.a.O. S. 7). Für den Arbeitnehmerbegriff ist es dabei wesentlich, dass der Arbeitnehmer weisungsabhängig und in die Organisation des Arbeitgebers eingegliedert ist (BAG, Urteil vom 6. Mai 1998 - 5 AZR 612/97 - NJW 1998, 3796 <3797>).

- 13 Nach diesen Grundsätzen stehen die von der Klägerin übernommenen Transferkurzarbeiter in einem Arbeitsverhältnis. Bei dem „dreiseitigen Vertrag“ zwischen dem früheren Arbeitgeber, der Transfergesellschaft und dem Arbeitnehmer handelt es sich nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung um einen Aufhebungs- und Arbeitsvertrag, mit dem der Arbeitsvertrag mit dem früheren Arbeitgeber aufgelöst und ein neuer Arbeitsvertrag mit der Transfergesellschaft begründet wird. Dieser „dreiseitige Vertrag“ stellt grundsätzlich keine Umgehung von § 613a BGB dar und kann daher rechtswirksam geschlossen werden (BAG, Urteile vom 11. Dezember 1997 - 8 AZR 654/95 - NZA 1999, 262 <263> und vom 23. November 2006 - 8 AZR 349/06 - NZA 2007, 866 <868>). Den den Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO bindenden tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs ist zu entnehmen, dass die Transferkurzarbeiter in den Schulungs-, Vermittlungs- und Personalbetreuungsbetrieb der Klägerin eingegliedert sind. Dies entspricht auch dem zwischen ihnen und der früheren Arbeitgeberin abgeschlossenen „dreiseitigen Vertrag“, wie er als Muster im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgelegt wurde.
- 14 Die Transferkurzarbeiter sind gegenüber der Klägerin auch zur Erbringung einer Leistung verpflichtet. Nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs sind sie zum Zweck der Fortbildung bzw. Qualifikation eingestellt. Sie sind nach § 3 Abs. 7 Satz 1 des „dreiseitigen Vertrages“ verpflichtet, u.a. an Qualifizierungsmaßnahmen teilzunehmen. Die Teilnahme an solchen Maßnahmen ist - so die Feststellung der Vorinstanz - an die Stelle der zuvor dem früheren Arbeitgeber geschuldeten Leistung getreten. Es handelt sich also um eine Arbeitsleistung, die nunmehr gegenüber der Klägerin zu erbringen ist. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen von den Tätigkeiten unterscheidet, wie sie ein Arbeitnehmer üblicherweise seinem Arbeitgeber schuldet. Die Arbeitnehmereigenschaft setzt nicht zwingend voraus, dass der Einzelne Arbeiten verrichtet, die Teil einer

Wertschöpfungskette sind. Dass auch andere Leistungen - wie hier die Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen - Gegenstand einer Verpflichtung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sein können, folgt aus der Vertragsautonomie. Nicht entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang, in welchem Umfang die Klägerin die Transferkurzarbeiter auffordert, an Qualifizierungsmaßnahmen teilzunehmen. Für die hier allein maßgebliche Verpflichtung zur Dienstleistung kommt es darauf nicht an.

- 15 Die Transferkurzarbeiter unterliegen auch dem Direktionsrecht der Klägerin. Dies ergibt sich schon daraus, dass sie - wie aufgezeigt - verpflichtet sind, auf Verlangen der Klägerin an Qualifizierungsmaßnahmen teilzunehmen.

- 16 bb) Die Transferkurzarbeiter werden auch auf „Stellen“ im Sinne des § 73 Abs. 1 SGB IX beschäftigt. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass die Arbeitnehmer über einen Arbeitsplatz im räumlich-technischen Sinne verfügen (Urteile vom 13. Dezember 2001 - BVerwG 5 C 22.01 - juris Rn. 18 und - BVerwG 5 C 26.01 - BVerwGE 115, 312 <316> = Buchholz 436.61 § 11 SchwbG Nr. 1 S. 4). Vielmehr ist die „Stelle“ im übertragenen betriebsorganisatorisch-arbeitsrechtlichen Sinne als die Gesamtheit des dem Arbeitnehmer im Betrieb zugewiesenen Tätigkeitsbereichs mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten zu verstehen (Urteile vom 21. Oktober 1987 - BVerwG 5 C 42.84 - Buchholz 436.61 § 6 SchwbG Nr. 1 S. 2 und vom 8. März 1999 a.a.O. S. 2). Die „Stelle“ hat allerdings für das Entstehen der Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX und für die Erhebung der Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX primär die Funktion einer Bezugs- und Rechengröße (BSG, Urteil vom 6. Mai 1994 - 7 RAR 68/93 - BSGE 74, 176 <183>). Es ist daher nicht entscheidend, ob eine betriebswirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Anforderungen genügende Stellenbeschreibung vorliegt. Nicht entscheidend ist auch, ob der dem Arbeitnehmer zugewiesene Tätigkeitsbereich mittelbar oder unmittelbar dem Zweck des Unternehmens dient und damit Teil der betrieblichen Wertschöpfungskette ist. Denn nach § 73 Abs. 1 SGB IX sind auch Stellen von „zur beruflichen Bildung Eingestellten“ Arbeitsplätze, so dass für eine allein am Betriebszweck orientierte Betrachtungsweise kein Raum ist. Dementsprechend verfügen auch die bei der Klägerin angestellten Transferkurzarbeiter schon deshalb über einen ihnen

zugewiesenen Tätigkeitsbereich, weil sie verpflichtet sind, an den Qualifizierungsmaßnahmen der Klägerin teilzunehmen.

- 17 cc) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist auch davon auszugehen, dass die Transferkurzarbeiter auf ihren Stellen im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX „beschäftigt werden“. Für die Auslegung dieses Beschäftigungserfordernisses ist allerdings nicht - wie der Verwaltungsgerichtshof meint - auf § 7 Viertes Buch Sozialgesetzbuch in der für den Erhebungszeitraum maßgeblichen Bekanntmachung vom 23. Januar 2006 (BGBl I S. 86), zuletzt geändert durch Art. 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2006 (BGBl I S. 1706 - im Folgenden: SGB IV) zurückzugreifen. Die darin enthaltene Definition des Beschäftigungsbegriffs gilt unmittelbar nur für den sozialversicherungsrechtlichen Bereich der Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Ob sie auch auf andere Bereiche des Sozialrechts übertragen werden kann, ist durch Auslegung zu ermitteln. Für den Bereich der schwerbehindertenrechtlichen Beschäftigungs- und Ausgleichsabgabepflicht kommt es jedoch nicht darauf an, ob ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt oder nicht. Wie § 73 Abs. 1 SGB IX zeigt, lösen auch nichtsozialversicherungsrechtliche Anstellungsverhältnisse von Beamten und Richtern die Pflichten der §§ 71, 77 SGB IX aus. Außerdem entspricht der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV weitgehend der Definition des Arbeitsverhältnisses. Die Anwendung des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsbegriffs hätte bei privaten Arbeitnehmern zur Folge, dass die schon beim Arbeitnehmerbegriff untersuchten Punkte bei der Frage der Beschäftigung nochmals geprüft würden. Bei Beamten und Richtern käme es zu Friktionen, weil systemfremde Gesichtspunkte zu untersuchen wären.
- 18 Wortlaut, Systematik und Zweck des § 73 Abs. 1 SGB IX legen es nahe, das „Beschäftigt-Werden“ als Einschränkung des weiten Begriffs der anzurechnenden Stelle zu verstehen. Eine nur in unternehmerischen Stellenplänen oder staatlichen Haushaltsplänen ausgewiesene „leere Planstelle“ genügt nicht, wenn nach dem Wortlaut des § 73 Abs. 1 SGB IX gefordert wird, dass auf den Stellen Arbeitnehmer, Beamte oder Richter beschäftigt werden. In diese Richtung weist bereits der Begriff „beschäftigt“, dem ein tatsächliches Element in-

newohnt. Es muss auch tatsächlich in gewissem Umfang einer Beschäftigung nachgegangen, d.h. Arbeits- und Entgeltleistung erbracht werden. Das Beschäftigungserfordernis verlangt - wie aus dem systematischen Bezug zur Regelung des § 73 Abs. 3 SGB IX hervorgeht - dass die Stelle gleichsam „besetzt“ ist. In dieser Regelung wird ein mehrmonatiges Besetztsein der Stelle mit einem längeren „Beschäftigt-Werden“ gleichgesetzt. Auch der Zweck der §§ 71, 77 SGB IX, Schwerbehinderte in das Erwerbsleben einzugliedern und ihre Teilhabemöglichkeiten zu verbessern, spricht dafür, nur auf die besetzten Stellen, d.h. die tatsächlich zur Verfügung stehenden Beschäftigungsmöglichkeiten eines Betriebes, abzustellen.

- 19 Gemessen daran werden die Transferkurzarbeiter auf bei der Klägerin eingerichteten Stellen „beschäftigt“. Dies ergibt sich schon daraus, dass sie - wie dargelegt - verpflichtet sind, an Qualifizierungsmaßnahmen tatsächlich teilzunehmen. Auch im vorliegenden Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, in welchem Umfang die Klägerin eine solche Aufforderung ausspricht. Das Beschäftigungserfordernis ist hier schon dann erfüllt, wenn der Transferkurzarbeiter seine Teilnahme an etwa angebotenen Qualifizierungsmaßnahmen anbietet. Wird dieses Angebot von der Klägerin nicht angenommen, liegt gleichwohl eine Beschäftigung im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX vor.
- 20 b) Die Stellen der bei der Klägerin angestellten Transferkurzarbeiter können auch nicht nach § 73 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX unberücksichtigt bleiben, weil die Transferkurzarbeiter weniger als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt worden sind. Der Verwaltungsgerichtshof hat im angegriffenen Urteil im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass diese Voraussetzungen nicht gegeben sind. Im Rahmen des nach § 73 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX ist ebenso wie bei § 73 Abs. 3 Alt. 1 SGB IX für die Frage, ob eine geringfügige Beschäftigung vorliegt, grundsätzlich von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit auszugehen. Die von der Klägerin übernommenen Transferkurzarbeiter waren aber ursprünglich an ihrem alten Arbeitsplatz mehr als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt. Ihre Bezahlung während der Transferzeit (Kurzarbeitergeld) orientierte sich unstreitig am früheren Gehalt für die Vollzeitbeschäftigung (§ 178 i.V.m. § 216b Abs. 10 SGB III). Schließlich war auch in den neuen Transferarbeitsverhältnissen - ausweislich

des vorgelegten Mustervertrages - keine geringere Arbeitszeit vereinbart, so dass nicht von einer vertraglich vereinbarten geringfügigen Beschäftigung im Sinne von § 73 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX auszugehen ist.

- 21 Im Ergebnis zu Recht hat der Verwaltungsgerichtshof auch eine analoge Anwendung des § 73 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX abgelehnt. Es fehlt bereits an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke. Das Gesetz nimmt nur geringfügige Beschäftigungen mit weniger als 18 Stunden Wochenpensum von der Anrechnung aus, um die wünschenswerte Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf Teilzeitarbeitsplätzen (vgl. § 81 Abs. 5 Satz 1 SGB IX) zu fördern (Großmann, in: GK-SGB IX, Stand 2013, § 73 Rn. 160). Hingegen sieht es für die ebenfalls angestrebte Beschäftigung von Schwerbehinderten auf Vollzeitstellen keine Anrechnungsfreiheit vor. Dies schließt die Annahme einer Regelungslücke bei grundsätzlich vollzeitbeschäftigten Personen in Qualifikationsmaßnahmen aus.
- 22 Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz zwingt nicht zu einer analogen Anwendung des § 73 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX. Wird jemand arbeitsvertraglich mit mehr als 18 Stunden wöchentlich beschäftigt und dauert die vom Arbeitgeber organisierte Berufsbildungsmaßnahme (ohne oder mit individueller häuslicher Nacharbeit) tatsächlich weniger als 18 Stunden pro Woche, dann nimmt der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer angebotenen Dienste nicht an und befindet sich im Annahmeverzug (§ 293 BGB). Dies berechtigt ihn nicht zu einer Entgeltkürzung und ändert auch schwerbehindertenrechtlich nichts an der grundsätzlich bestehenden Betriebsgröße (vgl. Großmann, a.a.O. § 73 Rn. 31). Auch erscheint es im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht geboten, Transferunternehmen, die ihre Arbeitnehmer tatsächlich weniger als 18 Stunden wöchentlich qualifizieren, abgabenrechtlich gegenüber Transferunternehmen besser zu stellen, die ihre Arbeitnehmer in vollem Umfang beschäftigen.
- 23 c) Gegen die Anrechnung der Stellen von Transferkurzarbeitern als Arbeitsplätze im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Bundesverfassungsgericht hat die Pflicht zur Beschäftigung Schwerbehinderter und deren Sanktionierung durch Ausgleichsabgaben

als verhältnismäßige Berufsausübungsregelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG angesehen (Urteil vom 26. Mai 1981 - 1 BvL 56/78 u.a. - BVerfGE 57, 139 <158 ff.>). Die Ausgleichsabgabe ist eine zulässige nichtsteuerliche Sonderabgabe, die die Arbeitgeber anhalten soll, schwerbehinderte Menschen einzustellen (Antriebsfunktion). Ferner soll sie die Belastungen zwischen denjenigen Arbeitgebern, die dieser Verpflichtung genügen, und denjenigen, die diese Verpflichtung - aus welchen Gründen auch immer - nicht erfüllen, ausgleichen (Ausgleichsfunktion). Demgegenüber tritt die Funktion der Ausgleichsabgabe, zweckgebundene Maßnahmen für Schwerbehinderte - insbesondere Behinderterwerkstätten - zu finanzieren (Finanzierungsfunktion), zurück (BVerfG a.a.O. S. 166 ff.).

- 24 In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass sich die Erhebung der Ausgleichsabgabe in allen Fällen, in denen die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen - wie hier - zwar nicht ausgeschlossen, aber nur eingeschränkt möglich ist und mit der Erhebung der Ausgleichsabgabe ein Antriebs- effekt nicht oder kaum einhergeht, allein aus der Erfüllung der Ausgleichsfunktion rechtfertigt (BVerfG, Urteil vom 26. Mai 1981 - 1 BvL 56/78 u.a. - BVerfGE 57, 139 <167> und Beschluss vom 1. Oktober 2004 - 1 BvR 2221/03 - BVerfGK 4, 78 <81>; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2001 - BVerwG 5 C 26.01 - BVerwGE 115, 312 <318 f.> und Beschluss vom 17. April 2003 - BVerwG 5 B 7.03 - Buchholz 436.61 § 5 SchwbG Nr. 2 S. 4). Dass der Gesetzgeber im Recht der Ausgleichsabgabe von der Schaffung von Sonderregelungen zugunsten von Unternehmen, die ihrem Gegenstand oder ihrer Organisation nach keine schwerbehinderten Arbeitnehmer beschäftigen können, bewusst abgesehen hat (BTDrucks 15/2318 S. 15 und BTDrucks 15/2357 S. 7 und 25), ist Ausdruck seiner Befugnis, unterschiedliche Sachverhalte typisierend und pauschalierend gleich zu regeln.

- 25 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Gerichtskostenfreiheit folgt aus § 188 Satz 2 Halbs. 1 VwGO.

Vormeier

Stengelhofen

Dr. Störmer

Dr. Häußler

Dr. Fleuß

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Schwerbehindertenrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BGB	§ 293, § 613a
GG	Art. 12 Abs. 1 GG
SGB III (2006)	§ 216b
SGB IV (2006)	§ 7
SGB IX (2006)	§ 71 Abs. 1 Satz 1, § 73 Abs. 1 und Abs. 3, § 77 Abs. 1

Stichworte:

Arbeitsplatzbegriff, schwerbehindertenrechtlicher -; Arbeitsverhältnis; Ausgleichsabgabe, schwerbehindertenrechtliche -; Beschäftigungsbegriff, sozialversicherungsrechtlicher -; Beschäftigungsbegriff, schwerbehindertenrechtlicher -; Beschäftigungspflicht, schwerbehindertenrechtliche -; Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft; Beschäftigungsverhältnis, geringfügiges -; Kurzarbeit; Sonderabgabe, schwerbehindertenrechtliche -; Transfergesellschaft; Transferkurzarbeit.

Leitsatz:

Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften unterliegen hinsichtlich der von ihnen übernommenen Transferkurzarbeiter der Pflicht des § 77 Abs. 1 SGB IX, eine schwerbehindertenrechtliche Ausgleichsabgabe zu entrichten.

Urteil des 5. Senats vom 16. Mai 2013 - BVerwG 5 C 20.12

I. VG Ansbach vom 20.05.2010 - Az.: VG AN 14 K 08.335 -
II. VGH München vom 02.05.2012 - Az.: VGH 12 BV 10.2058 -