

Rechtliche Rahmenbedingungen für "Ein-Euro-Jobs"

Die Tacheles Online-Redaktion bedankt sich bei Dr. Bertram Zwanziger, Richter am Bundesarbeitsgericht und bei der Redaktion von [Arbeit und Recht](#), wo der Aufsatz in Heft 1/2005 erschienen ist, für die Veröffentlichungserlaubnis.

Tacheles Online-Redaktion
[Harald Thomé](#)

Dr. Bertram Zwanziger

I. Einleitung¹

Die Grundsicherung für Arbeitssuchende, die nach Ablauf des im SGB III geregelten Arbeitslosengeldes einsetzt, findet sich im SGB II, dessen wesentliche Bestimmungen am 1. 1. 2005 in Kraft traten.² Neben Geldleistungen sieht das Gesetz auch "Leistungen zur Eingliederung in Arbeit" vor (§§ 14 ff.). Eine Form dieser Leistungen sind Arbeitsgelegenheiten für zusätzliche im öffentlichen Interesse liegende Arbeiten gegen Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II, öffentlich als "Ein-Euro-Jobs" bezeichnet. Das ist etwas irreführend, weil neben der Mehraufwandsentschädigung das Arbeitslosengeld II weiter gezahlt wird (§ 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II). Neben diesen Arbeitsgelegenheiten ist es auch möglich, Arbeitsverhältnisse in Betrieben oder Arbeitsgelegenheiten für im öffentlichen Interesse liegende zusätzliche Arbeiten in einem Arbeitsverhältnis zu schaffen³. Dieser Beitrag betrifft allein Arbeitsgelegenheiten für zusätzliche im öffentlichen Interesse liegende Arbeiten gegen Mehraufwandsentschädigung, der Einfachheit halber nachfolgend als "Arbeitsgelegenheiten" bezeichnet.

Bei der rechtlichen Ausgestaltung der Arbeitsgelegenheiten hat sich der Gesetzgeber an der früheren Regelung in § 19 Abs. 2 BSHG orientiert⁴, die - neben der Möglichkeit öffentlich geförderter Arbeitsverträge - schon Arbeitsgelegenheiten bei Weiterleistung von Hilfe zum Lebensunterhalt und Erstattung der Mehraufwendungen vorsah⁵. Auf die Rspr. zu dieser Bestimmung kann deshalb zurückgegriffen werden, soweit sich aus der gesetzlichen Neuregelung nicht anderes ergibt.

II. Rechtsverhältnisse der beteiligten Rechtsträger

1. Grundsätzliche Vorgaben

Für die rechtliche Bewertung von Arbeitsgelegenheiten ist das Verhältnis zwischen 3 Rechtsträgern entscheidend: Zunächst geht es um das Verhältnis zwischen Leistungsempfänger und Verwaltung als Leistungsträger. Das kann die Agentur für Arbeit, die zwischen ihr und kommunalen Trägern gebildete Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II oder ein kommunaler Träger, der von einer Option nach § 6a SGB II Gebrauch gemacht und die Aufgaben nach dem SGB II selbst übernommen hat, sein. Der Leistungsträger schafft im Regelfall die Arbeitsgelegenheiten nicht selbst. Er soll dies vielmehr Dritten, insbes. Trägern der freien Wohlfahrtspflege überlassen (§ 17 Abs. 1 SGB II). Das BSHG enthielt in §§ 93 ff. vergleichbare Regelungen. Es stellt sich einmal die Frage des Rechtsverhältnisses zwischen dem Leistungsträger und diesem Dritten, aber auch zwischen dem Dritten und dem Leistungsempfänger.

2. Verhältnis Leistungsberechtigter/Leistungsträger

a) Recht und Pflicht zur Übernahme von Arbeitsgelegenheiten

aa) Allgemeine Vorgaben

Arbeitsgelegenheiten "sollen" geschaffen werden (§ 16 Abs. 3 Satz 1 SGB II). Nach allgemeinem verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch haben die Anspruchsberechtigten deshalb einen Anspruch darauf, soweit kein atypischer Fall vorliegt, der eine andere Entscheidung rechtfertigt⁶. Finanzmangel ist kein solcher Grund.

Leistungen zur Eingliederung in Arbeit, zu denen auch die Übernahme von Arbeitsgelegenheiten gehört, sollen zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungsberechtigten, also dem Arbeitssuchenden, in einer Eingliederungsvereinbarung geregelt werden. Diese soll für 6 Monate geschlossen und danach durch eine neue unter Berücksichtigung der gemachten Erfahrungen ergänzt werden (§ 15 Abs. 1 SGB II). D. h. aber nicht, dass die Übernahme von Arbeitsgelegenheiten freiwillig ist: Kommt keine Vereinbarung zustande, so sollen entsprechende Regelungen durch Verwaltungsakt (VA) getroffen werden (§ 15 Abs. 1 Satz 6 SGB II). Damit bleibt weiter die Möglichkeit bestehen, die Übernahme von Arbeitsgelegenheiten durch Heranziehungsbescheid verpflichtend zu regeln⁷. Eine derartige Heranziehung kommt nur in Frage, wenn die Arbeit tatsächlich zusätzlich (§ 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II) und für den Leistungsempfänger zumutbar ist (§ 10 Abs.3 i. V.m. Abs. 1 und 2 SGB II)⁸.

bb) Zusätzliche Arbeit

Was "zusätzliche" Arbeit ist, definiert das Gesetz nur indirekt. Es verweist in § 16 Abs. 3 Satz 1 SGB II auf die Möglichkeit der Förderung von im öffentlichen Interesse liegenden zusätzlichen Arbeiten nach Abs. 1 und nur dann, wenn diese Arbeiten so nicht gefördert werden, auf die Möglichkeit von Arbeitsgelegenheiten. Abs. 1 verweist u. a. auf den 5. Abschnitt des 6. Kapitels des SGB III. Dort findet sich in § 261 eine Definition dessen, was zusätzlich ist und was dem Wohl der Allgemeinheit dient. Zusätzlich sind danach - von Einschränkungen bei durch Rechtsvorschrift gebotenen oder üblicherweise durch Körperschaften des öffentlichen Rechtes durchgeführten Tätigkeiten abgesehen - Aufgaben, die sonst nicht, nicht in diesem Umfang oder nicht zu diesem Zeitpunkt verrichtet würden (Abs. 2 Satz 1). Eine gleiche Definition galt bereits nach § 19 Abs. 2 BSHG. Dieses Kriterium wurde in der verwaltungsgerichtlichen Rspr. zu dieser Vorschrift aufgeweicht. Es sollte ausreichen können, dass die maßgebliche Tätigkeit jedenfalls prinzipiell geeignet ist, auch zusätzlich verrichtet werden zu können⁹. Das ist abzulehnen, da damit einer Verdrängung von Tätigkeiten auf dem ersten Arbeitsmarkt durch Arbeitsgelegenheiten geradezu Tür und Tor geöffnet werden würde. Das widerspricht der in § 1 Abs. 1 SGB II festgelegten Orientierung auf den ersten Arbeitsmarkt. Es muss deshalb konkret verlangt werden, dass die in Betracht kommende Tätigkeit sonst nicht oder später stattgefunden hätte.

cc) Unzumutbarkeit/Vollschichtigkeit

(1) Unzumutbarkeit

Grundsätzlich ist - von im einzelnen geregelten Ausnahmen abgesehen - jede Arbeit zumutbar (§ 10 Abs. 1 Eingangssatz i. V. m. Abs. 3 SGB II). Das gilt nicht, soweit ihrer Ausübung ein wichtiger Grund entgegen steht (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II). Dazu wird auch gehören, dass die angebotene Mehraufwandsentschädigung nicht angemessen (§ 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II) ist.

(2) Vollschichtigkeit

Für § 19 Abs. 2 BSHG hatte das BVerwG angenommen, eine vollschichtige Arbeit dürfe nicht verlangt werden, weil dies dem Zweck einer "Hilfe zur Arbeit", wie es im BSHG hieß, widerspreche. Dabei wurde darauf abgestellt, dass nur eine Mehraufwandsentschädigung gezahlt wird¹⁰. Damit wird darauf abgestellt, dass eine nicht vergütete Arbeit nur begrenzt zumutbar ist. Dieser Gesichtspunkt gilt weiter:

Die volle Inanspruchnahme des Leistungsberechtigten ohne eine über die damit verbundenen finanziellen Belastungen hinausgehende Vergütung für die Arbeitsleistung entspricht nicht dem Zweck der Eingliederung in Arbeit. Sie ist in dieser Variante - ebenso wie die frühere "Hilfe zur Arbeit", der sie im Hinblick auf § 19 Abs. 2 BSHG in der Mehraufwandsvariante nachgebildet ist - lediglich Hilfsmittel zur durch das SGB II bezweckten Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 10 SGB II, wonach grundsätzlich jede Arbeit zumutbar ist (Abs. 1 Eingangssatz), auch wenn sie im Vergleich zu einer früheren Tätigkeit ungünstigere Arbeitsbedingungen vorsieht (Abs. 2 Nr. 4 SGB II). Die Arbeit in Arbeitsgelegenheiten führt nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen, sondern zu praktisch nicht vorhandenen Arbeitsbedingungen, soweit es die Vergütung angeht. Für die Ablehnung einer vollschichtigen Arbeit hat der Anspruchsberechtigte deshalb einen wichtigen Grund (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II).

dd) Ermessen des Leistungsträgers

Der Leistungsträger hat ein Wahlrecht, ob er den Anspruchsberechtigten zu einer Arbeitsgelegenheit oder zu einer arbeitsvertraglichen Beschäftigung heranzieht¹¹. Diese Entscheidung ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen¹².

ee) Sanktionen

Weigert sich der erwerbsfähige Hilfsbedürftige, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, eine zumutbare Arbeitsgelegenheit wahrzunehmen oder bricht er sie ab bzw. gibt Anlass zum Abbruch, ohne dass er dafür einen wichtigen Grund nachweist, so muss er mit empfindlichen Kürzungen seines Arbeitslosengeldes II rechnen. Voraussetzung ist eine vorherige Belehrung über die Rechtsfolgen (§ 31 Abs. 1 SGB II).

b) Verfahren

Soweit keine Eingliederungsvereinbarung getroffen wird, ergeht ein Heranziehungsbescheid. Dieser muss so bestimmt (§ 33 Abs. 1 SGB X) sein, dass die zu verrichtende Arbeit nach Art und zeitlichem Umfang sowie ihrer zeitlichen Verteilung genau bestimmt ist; es reicht nicht, dass die Einrichtung, in der die Arbeit zu verrichten ist, und die Höhe der Mehraufwandsvergütung angegeben werden¹³. Zudem ist zu begründen, warum der Anspruchsberechtigte zu einer Arbeitsgelegenheit und nicht zu einer - ebenfalls möglichen - geförderten Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis herangezogen wird¹⁴.

In der Rspr. war früher streitig, ob sich der herangezogene Anspruchsberechtigte gegen den Bescheid durch einen Widerspruch wehren konnte mit der Folge einer aufschiebenden Wirkung, bis zu deren Beseitigung durch Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit oder Bestandskraft des Bescheides keine Sanktionen durch Kürzung von Barleistungen möglich waren¹⁵. Dieser Streit ist jetzt so entschieden, dass Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben (§ 39 Nr. 1 SGB II).

c) Höherrangiges Recht

Nach der Rspr. der Verwaltungsgerichte ist die Möglichkeit der Heranziehung - auch unter Berücksichtigung der Sanktionsmöglichkeiten - sowohl mit Art. 12 GG als auch mit dem Verbot der Zwangsarbeit, wie es im ILO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit festgelegt ist, vereinbar. Dabei wird insbes. darauf

abgestellt, dass es sich in Sache um ein Hilfsangebot an den Anspruchsberechtigten handele, der dadurch aus der Isolierung vom Arbeitsmarkt herausgeholt werden solle¹⁶.

3. Verhältnis Leistungsträger/Dritter

Das Verhältnis zwischen Leistungsträgern und Dritten soll durch Vereinbarung - ggf. mit deren Verband - geregelt werden. Dabei sind Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen, die Vergütung - Pauschalen und Beiträge für einzelne Leistungsbereiche - und die Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen zu vereinbaren (§ 17 Abs. 2 SGB II). Das wirft die Frage nach der Rechtsstellung der Dritten auf, die auch für deren Verhältnis zu den Anspruchsberechtigten wichtig ist:

Eine Rechtsstellung als beliehene Unternehmer, die sie zu einer Stelle öffentlicher Verwaltung und damit einer Behörde im sozialrechtlichen Sinn machen würde (§ 1 Abs. 2 SGB X)¹⁷, liegt nicht vor. Die Dritten erfüllen eigene Aufgaben¹⁸. Auch eine Stellung als Verwaltungshelfer kommt nicht in Betracht. Dafür müsste ihre Stellung durch Weisungsrechte so an eine Behörde geknüpft sein, dass der Behörde ihre Tätigkeit als eigene zuzurechnen ist¹⁹. Eine derart enge Beziehung zur Verwaltung besteht hier nicht; die nach § 17 Abs. 2 SGB II zu treffenden Vereinbarungen sehen eine solche Einflussnahme nicht vor. Auch praktisch ist es unmöglich, die mit der Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses verbundenen Fragen so durch den Leistungsträger zu regeln, dass die maßgeblichen Konkretisierungen in dessen tatsächlicher Verantwortung liegen können. Es bleibt eine eigenständige Rechtsstellung im Rahmen der Durchführung öffentlicher Aufgaben.²⁰

4. Verhältnis Anspruchsberechtigter/Dritter

a) Allgemeine Vorgaben

aa) Pflicht zur vertraglichen Regelung

§ 15 Abs. 1 SGB II sieht nicht vor, dass die Eingliederungsvereinbarung auch die Rechte und Pflichten des Dritten regelt. Nach Satz 1 der Vorschrift sind die für die Eingliederung erforderlichen Leistungen zu vereinbaren. Dazu gehört nach Satz 2 Nr. 1 auch, welche Leistungen der Erwerbsfähige zur Eingliederung in Arbeit erhält. Das sind bei der Bereitstellung von Arbeitsgelegenheiten die Pflicht des Leistungsträgers, für eine derartige Arbeitsgelegenheit zu sorgen und die Pflicht des Anspruchsberechtigten, diese Tätigkeit aufzunehmen. Das betrifft nur die Verpflichtungen des Leistungsträgers und des Erwerbsfähigen. Die Rechtsposition des Dritten ist dadurch nicht berührt.

Die Vereinbarung zwischen Leistungsträgern und Dritten nach § 17 Abs. 2 SGB II enthält nach dem gesetzlichen Regelungsprogramm keine Vorschriften über das Verhältnis des Dritten zum Anspruchsberechtigten. Da der Dritte keine Stelle öffentlicher Verwaltung ist, gibt es auch keine Möglichkeit, dass er das Rechtsverhältnis durch VA regelt. Es verbleibt damit nur eine Regelung durch Vertrag. Eine Übertragung von Befugnissen auf den Dritten, der nach der gesetzlichen Konzeption in Erfüllung seiner eigenen Zwecke und damit selbständig tätig wird, die ihn nicht zugleich einbindet und damit rechtlich in die Pflicht nimmt, wäre auch nicht mit den Rechten des Anspruchsberechtigten vereinbar. Nach der gesetzlichen Konzeption soll er ja durch die Eingliederungsvereinbarung an der Gestaltung seiner rechtlichen Situation mitwirken. Wird diese durch einen Dritten gestaltet, kann dies nur durch den Abschluss einer Vereinbarung auch mit dem Dritten erfolgen.

Soweit eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt, kann der Anspruchsberechtigte zwar auch durch Heranziehungsbescheid verpflichtet werden (§ 15 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Die Verpflichtung kann aber nicht weiter gehen als das, worauf sich der Anspruchsberechtigte in der Eingliederungsvereinbarung hätte verpflichten müssen. Dazu gehört nur eine vertragliche Vereinbarung mit dem Dritten. Es kann daher im

Heranziehungsbescheid allenfalls ein quasivertragliches Verhältnis zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Dritten begründet werden. Der Dritte kann sich dieser Rechtslage nicht entziehen: Wer sich in die Leistungserbringung nach dem SGB II einbinden lässt, handelt widersprüchlich und verstößt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn er sich gegenüber dem Berechtigten den daraus folgenden Rechtspositionen entzieht. Dass es sich dabei um öffentlichrechtliche Vorgaben handelt, ist unerheblich. Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt auch im öffentlichen Recht.²¹

bb) Rechtscharakter des Vertrages

Über Rechtscharakter und einzelne Bestimmungen dieses vertraglichen Verhältnisses finden sich Regelungen in § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB

II. Danach entsteht durch die Arbeitsgelegenheiten kein Arbeitsverhältnis, es gelten das BUrlG, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Grenzen der Haftung im Arbeitsverhältnis. Schließlich wird eine angemessene Mehraufwandsentschädigung vorausgesetzt. Weitere Regelungen trifft das Gesetz nicht. Insbes. findet sich keine positive Regelung über die Einordnung des Rechtsverhältnisses und die weiteren arbeitsrechtlich auftretenden Fragen. Damit bleibt nur der Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze. Diese führen dazu, von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen.

Die Durchführung der Arbeitspflicht dient der Erfüllung von Rechten und Pflichten, die der Anspruchsberechtigte gegenüber dem Leistungsträger nach § 15 SGB II hat und die durch Eingliederungsvereinbarung oder VA schon konkretisiert sind. Eine Vereinbarung von Privaten - Anspruchsberechtigter und privater Dritter - über öffentlich-rechtliche Verpflichtungen ist ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag²². Das entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers, der insofern - in Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen, die auch als Leistungen zur Eingliederung in Arbeit zustande kommen - von einem Sozialrechtsverhältnis spricht²³. Auch unter der Geltung des BSHG wurde angenommen, dass sich das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich gestaltet²⁴.

Fraglich könnte sein, ob auf diesen Vertrag die §§ 53 ff. SGB X anzuwenden sind. Zweifel entstehen deshalb, weil das SGB X nur für Behörden gilt (§ 1 Abs. 2 SGB X), wozu die Dritten nicht gehören, da sie keine beliebigen Unternehmer sind²⁵. Man wird hinsichtlich des SGB aber davon ausgehen müssen, dass die Regelungen anzuwenden sind, wenn der öffentlich-rechtliche Vertragsschluss dort ausdrücklich vorgesehen ist²⁶. Dem ist der Fall gleichzustellen, dass er - wie hier - in diesem Gesetz angelegt ist.

Das hat Bedeutung, weil dann § 56 SGB X über die Schriftform anzuwenden ist²⁷. Soweit sich der Dritte weigert, schriftliche Dienstverträge oder überhaupt Dienstverträge abzuschließen, kann er sich wegen der erwähnten Einbindung in die gesetzlichen Pflichten auf den Mangel der Schriftform aber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht berufen.

Ferner gilt § 61 SGB X. Danach sind neben den besonderen Regeln über den öffentlich-rechtlichen Vertrag zunächst die Bestimmungen des SGB und ergänzend des BGB entsprechend heranzuziehen. Bei dieser ergänzenden Heranziehung sind die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu beachten²⁸, aber es kann grundsätzlich auf die zivilrechtliche Vertragstypologie zurückgegriffen werden²⁹. Da nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II die Annahme eines Arbeitsverhältnisses ausdrücklich ausgeschlossen ist, wird man auf das Recht des freien Dienstvertrages zurückgreifen können und müssen, soweit sich für die Lösung der in Betracht kommenden Fragen keine Anhaltspunkte im SGB ergeben. Es besteht also zwischen Anspruchsberechtigtem und Dritten ein öffentlich-rechtlicher freier Dienstvertrag.

b) Einzelheiten

aa) Begründung und Wirksamkeit des Dienstverhältnisses

Für die Begründung des Vertragsverhältnisses gelten die allgemeinen Regeln des BGB (§§ 145 ff.). Gleiches gilt für die Anfechtbarkeit dieses

Vertrages (§§ 119 ff. BGB). Regeln über faktische Vertragsverhältnisse³⁰ dürften nicht anwendbar sein, wohl dagegen das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) in Form eines öffentlich-rechtlichen Bereicherungsanspruches. Dabei kann der Wert einer Arbeitsleistung nicht auf die Mehraufwandsvergütung beschränkt werden.

Stellt sich heraus, dass der Heranziehungsbescheid rechtswidrig war und wird er aufgehoben, so entsteht kein privatrechtliches Rechtsverhältnis.³¹ Das gilt auch im Verhältnis zum Dritten, weil ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis wegen Mängeln bei dem als zugrundeliegend angenommenen Sachverhalt sich nicht in ein privatrechtliches wandelt. Es wurde in den Fällen, in denen die Arbeit beim Träger der Sozialhilfe geleistet wurde, bei Unwirksamkeit der Heranziehung ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch für möglich gehalten³². Da die Aufhebung des Bescheides den zwischen dem Dritten und dem Anspruchsberechtigten abgeschlossenen Vertrag nicht berührt, kann dies die Fälle einer Beschäftigung beim Dritten nicht betreffen. Hier kommen vielmehr die Regeln der Geschäftsgrundlage in Betracht.

Sie sind in § 59 SGB X niedergelegt. Danach kann eine Vertragspartei Anpassung des Vertrages verlangen oder ihn kündigen, wenn sich die Geschäftsgrundlage ändert und ihr ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Für den Anspruchsberechtigten kann dies im Einzelfall zu einem rückwirkenden und laufenden Anspruch auf angemessene Vergütung seiner Arbeitsleistung entsprechend den Grundsätzen des § 612 BGB führen. Das kann dem Dritten ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar machen, mit der Folge, dass er ihn - für die Zukunft - kündigen kann.

bb) Hauptpflichten

Die Hauptpflichten richten sich nach § 611 BGB: Der Anspruchsberechtigte hat die Arbeitsleistung zu erbringen, der Dritte die Mehraufwandsvergütung zu zahlen: Die Arbeitspflicht besteht wegen der inhaltlichen Verknüpfung mit der von dem Leistungsträger zu regelnden Eingliederung in Arbeit nur im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung oder des Heranziehungsbescheides nach § 15 SGB II. Soweit danach weitere Konkretisierungen erforderlich sind - insbes. hinsichtlich der Lage, des Ortes und des genauen Inhaltes der Arbeitsleistung - obliegen sie dem Träger als Dienstberechtigten. Die Konkretisierung ist gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen vorzunehmen.³³

Die Mehraufwandsentschädigung ist Arbeitsvergütung. Sie soll den Mehraufwand abdecken, den der Arbeitende gegenüber einem nicht arbeitenden Arbeitslosen hat. Es geht nicht um Spesen, die der Dienstberechtigte als Aufwand zu zahlen hat, sondern um Ausgaben, die an sich dem privaten Bereich des Dienstverpflichteten zu-zurechnen sind, z. B. Fahrtkosten zur Arbeit³⁴. Sie werden üblicherweise aus dem Entgelt für die Dienste - beim AN aus dem Arbeitsentgelt - bestritten. Die Fälligkeit der Entschädigung richtet sich nach § 614 BGB.

cc) Weitere Arbeitsbedingungen

(1) Vergütung ohne Arbeitsleistung

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich die entsprechende Anwendung des BUrlG angeordnet. Daher ist die dort vorgesehene Freistellung vom Dritten zu gewähren. Die Mehraufwandsvergütung ist Arbeitsentgelt i. S. v. § 11

BUrlG und deshalb auch während des Urlaubs zu zahlen. Zwar sind - auch pauschalierte - Aufwandsentschädigungen kein Arbeitsentgelt i. S. dieser Vorschrift. Das gilt aber nur, soweit sie Leistungen abgelten sollen, die der AG - hier also der Dienstberechtigte - nach Einzelberechnung zu vergüten hätte, wenn die Pauschale nicht vereinbart wäre³⁵. Das gilt nicht für die Mehraufwandspauschale. Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, kann auch ein Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs bestehen.

Nach § 616 BGB hat der zur Dienstleistung Verpflichtete Anspruch auf Weiterleistung der Vergütung, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit aus einem in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. Der Gesetzgeber hat die Regeln über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nicht für anwendbar erklärt. Anders als im Arbeitsverhältnis³⁶ fehlt es damit an einer Spezialregelung, so dass die allgemeine Vorschrift auch im Krankheitsfall anzuwenden ist. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen kann dabei auf § 25 SGB II (zur Melde- und Nachweispflicht: § 56 SGB II) zurückgegriffen werden: Die Mehraufwandsentschädigung ist solange fortzuzahlen, wie der Anspruchsberechtigte nach dieser Bestimmung weiterhin Anspruch auf Arbeitslosengeld II hat, also für 6 Wochen. Außerdem sind die Regeln über den Annahmeverzug (§ 615 Sätze 1 und 2 BGB) anwendbar.

(2) Arbeitsschutz

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sind die Vorschriften über den Arbeitsschutz anwendbar. Das betrifft das gesamte öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht einschließlich des Arbeitszeitgesetzes und der Unfallverhütungsvorschriften. Soweit Arbeitsschutzkleidung erforderlich ist, hat diese der Dritte zu bezahlen³⁷. Auch § 618 BGB ist anwendbar, der dem Dienstverpflichteten einen Anspruch auf Schutzmaßnahmen einräumt. Der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz stellt den Mindestschutz dar³⁸. Wird der erforderliche Schutz nicht gewährleistet, hat der Dienstverpflichtete u. U. ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, § 17 Abs. 2 ArbSchG.³⁹

(3) Haftung im Arbeitsverhältnis

Nach § 16 Abs. 3 Satz 2, 3. Halbsatz SGB II haften die Teilnehmer an Arbeitsgelegenheiten nur wie AN. Damit gelten die Grundsätze der Beschränkung der Haftung im Arbeitsverhältnis⁴⁰. Auch die für Personenschäden geltenden §§ 104 ff. SGB VII sind anwendbar. Das ist konsequent, da die Anspruchsberechtigten in das System der Berufsgenossenschaften einbezogen sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 14 SGB VII).

Der gesetzgeberischen Grundentscheidung entspricht es, bei der Anwendung der Grundsätze des § 670 BGB auch die für das Arbeitsverhältnis entwickelten Regeln über die Freistellung von Eigenschäden des zur Dienstleistung Verpflichteten durch den AG - z. B. arbeitsbedingte Schäden am eigenen PKW oder Haftungsansprüche Dritter, die sich gegen den Beschäftigten richten - anzuwenden.⁴¹

(4) Allgemeine Vertragsbedingungen

Die Frage, ob die Regeln des AGB-Rechtes auch auf öffentlich-rechtliche Verträge zu übertragen sind, war bereits unter der Geltung des AGB-Gesetzes schwierig zu beantworten⁴² und ist auch jetzt nicht ohne Weiteres zu klären⁴³. Die Schwierigkeiten ergeben sich jedoch aus den öffentlich-rechtlichen Besonderheiten der Vertragsgestaltung durch Behörden. Geht es - wie hier - um Verträge zwischen Privaten, mögen sie auch öffentlich-rechtlich sein, so ist AGB-Recht anwendbar. Eine Abbedingung der für das Vertragsverhältnis geltenden rechtlichen Regeln - insbes. des grundsätzlich abdingbaren § 616 BGB⁴⁴ - kommt deshalb im Regelfall nicht in Betracht (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Die Vereinbarkeit von Vertragsstrafen zu Lasten des Anspruchsberechtigten ist ausgeschlossen (§ 309 Nr. 6 BGB). Die Besonderheiten des Arbeitsrechtes (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) kommen nicht zur Anwendung, da

die Anspruchsberechtigten aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung keine AN sind. Allerdings können sozial-rechtliche Besonderheiten eingreifen. Sie sprechen hier für ein Verbot der Vertragsstrafe, da für den Abbruch der Maßnahme bereits sozialrechtliche Sanktionen vorgesehen sind (§ 31 Abs. 1 SGB II). Anders als möglicherweise der AG⁴⁵ ist der Träger deshalb nicht auf Vertragsstrafen angewiesen.

(5) Gleichbehandlung

Das Arbeitsverhältnis ist durch verschiedene allgemeine Rechtsgrundsätze geprägt, die nicht ohne Weiteres auf den hier entstehenden öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag zu übertragen sind. Der Grundsatz der Gleichbehandlung⁴⁶ gilt zwischen den Teilnehmern an Arbeitsgelegenheiten und beim Dritten beschäftigten AN schon deshalb nicht, weil die Anspruchsberechtigten nach der gesetzlichen Systematik keine AN sind. Zwischen den Anspruchsberechtigten nach dem SGB II ist er deshalb anzuwenden, weil die Teilnahmemöglichkeit eine staatliche Leistung und Leistungsanforderung entspr. dem Grundsatz des Forderns und Förderns ist (§§ 2, 14 SGB II). Damit ist Art. 3 GG ohne weiteres anwendbar.

Das gilt sowohl hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG), als auch hinsichtlich der besonderen Gleichheitssätze (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG). Die Gleichstellung von Männern und Frauen ist zudem durchgängiges Prinzip des SGB II (§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB II); geschlechtsspezifischen Nachteilen ist entgegenzuwirken (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 SGB II). Damit ist auch die mittelbare, faktische Diskriminierung nicht vereinbar, wie sich zudem aus Art. 3 Abs. 2 GG ergibt⁴⁷. Etwas anderes gilt möglicherweise für die sonstigen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverbote⁴⁸. Jedoch sind Leistungen darauf auszurichten, dass behindertenspezifische Nachteile überwunden werden (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 SGB II), was auch einer nur mittelbaren Benachteiligung behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) entgegensteht.

Benachteiligten zur Dienstleistung Verpflichteten sind die besseren Arbeitsbedingungen zu gewähren, da es keine Möglichkeit gibt, die besseren Arbeitsbedingungen, die ja vertraglich festgelegt sind, zu verschlechtern. Soweit eine Diskriminierung wegen eines Merkmales nach Art. 3 Abs. 2 und 3 GG erfolgt, ist darin eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu sehen, die nach §§ 823, 847 analog BGB zivilrechtliche Schadensersatzansprüche auslösen kann⁴⁹.

Eine Gleichbehandlung mit AN ist aufgrund der sozialrechtlichen Vorgaben des SGB II insoweit geboten, als es um die unmittelbare betriebliche Behandlung geht. Die Schaffung von Arbeitsgelegenheiten dient der "Eingliederung in Arbeit" (Überschrift zu Kapitel 3, Abschnitt 1 SGB II), also in den üblichen Arbeitsprozess. Von unmittelbaren betrieblichen Leistungen, die vergleichbaren AN gewährt werden - Nutzung betrieblicher Einrichtungen, z. B. Kantine -, dürfen die Teilnehmer an Arbeitsgelegenheiten deshalb nicht ausgeschlossen werden, auch nicht über diskriminierende Preise.

(6) Maßregelungsverbot

Nach § 612a BGB darf der AG den AN nicht benachteiligen, weil der seine Rechte geltend macht. Die Bestimmung gilt nur im Arbeitsverhältnis. Allerdings ist die Benachteiligung wegen der Geltendmachung von Rechten im Arbeitsverhältnis ohnehin sittenwidrig nach § 138 BGB⁵⁰. Unter Berücksichtigung der Abhängigkeit eines Vertragspartners vom anderen⁵¹ ist dies auch auf andere Vertragsverhältnisse zu übertragen. Im Hinblick auf die Bedeutung, die die Möglichkeit der Eingliederung in Arbeit für den Anspruchsberechtigten hat, gilt dies auch für die hier in Rede stehenden öffentlich-rechtlichen Dienstverträge.

dd) Beendigung des Vertrages

(1) Allgemeine Vorgaben

Hier ist davon auszugehen, dass aufgrund des öffentlich-rechtlichen Zweckes - Leistungserbringung nach dem SGB II (§ 17 Abs. 1 SGB II) - eine vollständige Einbindung in die öffentlich-rechtlichen Vorgaben eintritt, die der Anwendung des BGB entgegensteht. Die Dauer des Vertrages richtet sich deshalb nach der Eingliederungsvereinbarung oder dem Heranziehungsbescheid nach § 15 SGB II. Daher ist regelmäßig von einer Befristung des Vertrages auf 6 Monate auszugehen (§ 15 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Eine dort nicht vorgesehene Beendigung des Vertrages - unabhängig vom Rechtsgrund - kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Soweit eine vorzeitige Beendigung möglich ist, erfolgt sie - dem Vertragscharakter entsprechend - durch Kündigung.

(2) Abbruch durch den Dritten

Allerdings sieht § 31 Abs. 1 Nr. 2 SGB II Sanktionen der Verwaltung vor, wenn der Anspruchsberechtigte "Anlass für den Abbruch" der Arbeitsgelegenheit gegeben hat, wobei diese Sanktionen eine Belehrung über die Rechtsfolgen voraussetzen. Man wird aus der Regelung das Recht des Dritten entnehmen können, die Maßnahme ohne Einhaltung einer Frist abubrechen, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete dazu Anlass gibt. Anlass heißt berechtigten Anlass. Eine willkürliche Beendigungsmöglichkeit durch den Dritten scheidet schon aufgrund des Art. 12 GG aus, da die Arbeitsgelegenheit der beruflichen Eingliederung dient und damit durch dieses Grundrecht geschützt ist⁵².

Die Arbeitsgelegenheiten haben auf eine Erwerbsfähigkeit hinzuwirken (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 SGB II). Bei dem Dienstvertrag geht es nicht nur um eine Tätigkeit des Anspruchsberechtigten gegen Zahlung der Mehraufwandsentschädigung, sondern auch um ein sozialintegratives Rechtsverhältnis. Vom Dritten ist deshalb - im Rahmen von dessen Vorgaben in der Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II und im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung oder des VA nach § 15 Abs. 1 SGB II - eine Einwirkung auf den Verpflichteten zu erwarten, bevor er die Beschäftigung abbricht und das Vertragsverhältnis kündigt. Das wird i. d. R. eine Abmahnung voraussetzen.

(3) Abbruch durch den Anspruchsberechtigten

Der Anspruchsberechtigte kann - der auf Unabhängigkeit von Hilfsmaßnahmen gerichteten Zielsetzung des Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB II) entsprechend - jederzeit den Vertrag kündigen, wenn er eine Stelle auf dem ersten Arbeitsmarkt antritt. Gleiches gilt, wenn er aus dem Arbeitsleben ausscheiden will. Schließlich kann er den Vertrag kündigen, wenn er einen wichtigen Grund dafür hat. Das folgt aus § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 SGB II, wonach keine Sanktion in Betracht kommt, wenn der Anspruchsberechtigte für den Abbruch einen wichtigen Grund hat. § 626 Abs. 2 BGB - Ausspruch der Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen - ist dann anwendbar.

(4) Verlängerung bei Weiterarbeit

Arbeitet der Anspruchsberechtigte mit Wissen des Dienstberechtigten weiter, obwohl das Vertragsverhältnis beendet ist, so verlängert sich das Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit (§ 625 BGB). Ist diese Verlängerung nicht nach § 15 SGB II durch eine Eingliederungsvereinbarung oder einen Heranziehungsbescheid unterlegt, sind - ebenso wie bei rückwirkender Aufhebung des Bescheides - die in § 59 SGB X niedergelegten Regeln über die Geschäftsgrundlage anwendbar.

(5) Zeugnis

Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat einen Anspruch auf ein Zeugnis nach den in § 630 Sätze 1 bis 3 BGB niedergelegten Regeln.

5. Verhältnis von Ansprüchen gegen den Dritten zu solchen gegen die Verwaltung

Soweit der Leistungsträger Arbeitsmöglichkeiten schafft, hat er auch die Verpflichtung, die Mehraufwendungen zu zahlen⁵³. Dadurch, dass ein Dritter eingeschaltet wird, ändert sich insoweit nichts. Es steht weiter eine öffentliche Leistung im Raum, die nur durch den Dritten abgewickelt wird. § 17 Abs. 2 SGB II spricht davon, "die Leistung" werde von dem Dritten erbracht. Der Leistungsträger ist deshalb - insbes. im Insolvenzfall - weiter subsidiär für die sich aus der Wahrnehmung der Arbeitspflichten ergebenden Verpflichtungen verantwortlich, soweit sie aus der Eingliederungsvereinbarung oder dem VA nach § 15 SGB II folgen.

III. Kollektivrechtliche Fragen

1. Tarifvertrag/Arbeitskampf

a) Anwendung des TVG

Da die Teilnehmer an Arbeitsgelegenheiten kraft gesetzlicher Vorschrift keine AN sind und § 1 Abs. 1 TVG lediglich Rechtsnormen mit Wirkung für Arbeitsverhältnisse vorsieht, können nach dieser Regelung keine TV abgeschlossen werden. Das TVG ist jedoch nach seinem § 12a anwendbar:

Die Bestimmung setzt nach ihrem Abs. 1 Nr. 1 zunächst eine persönliche Leistung u. a. aufgrund von Dienstverträgen voraus. Das liegt hier vor. Unerheblich ist, dass es sich um einen öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag handelt. Die Person muss weiter wirtschaftlich abhängig sein, was erfüllt ist, wenn die Voraussetzungen entweder des dort enthaltenen Buchstabens a) oder des Buchstabens b) vorliegen⁵⁴. Dafür reicht es aus, wenn die arbeitnehmerähnliche Person überwiegend für eine Person tätig ist (Buchstabe a). Das wird regelmäßig der Fall sein. Schließlich ist Voraussetzung, dass die Person einem AN vergleichbar sozial schutzbedürftig ist. Das hängt davon ab, ob nach der Verkehrsanschauung das Maß der Abhängigkeit einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste nach ihrer soziologischen Typik mit denen eines AN vergleichbar sind⁵⁵. Auch das ist hier unproblematisch. Eine Auslegung des TVG, die die Teilnehmer an Arbeitsgelegenheiten von vornherein von der verfassungsrechtlich nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie, die für jedermann und alle Berufe gilt, ausnimmt, wäre mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar⁵⁶.

b) Grenzen tariflicher Regelungen

Bei der Festlegung des tariflichen Regelungsspielraumes ist aber die gesetzliche Vorgabe des § 16 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbs. SGB II zu beachten. Danach wird neben dem Arbeitslosengeld II eine angemessene Entschädigung für Mehraufwendungen gezahlt. Diese Zweckrichtung begrenzt mögliche Leistungen auch nach oben⁵⁷. Den Tarifvertragsparteien obliegt daher nur die Ausfüllung des Begriffes der Angemessenheit. Dabei kommt ihnen aber ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu⁵⁸. Unter Berücksichtigung dieser Möglichkeit ist die gesetzliche Einschränkung der Tarifautonomie auch mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar. Das System der Arbeitsgelegenheiten dient der Integration Arbeitsloser in den Arbeitsmarkt und damit einer sozialstaatlichen Zielsetzung (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), für die zudem öffentliche Mittel zur Verfügung gestellt werden⁵⁹.

Unberührt bleibt die Möglichkeit, durch TV eine Einstellungspflicht des Dritten in der Weise zu regeln, dass er die Anspruchsberechtigten unter gewissen Voraussetzungen als AN einstellen muss. Darin läge eine Einstellungsnorm nach § 1 Abs. 1 TVG. Öffentlich-rechtliche Bedenken dagegen bestehen nicht, vielmehr würde ein solcher TV dem Eingliederungsziel des § 1 Abs. 1 Satz 1 SGB II entsprechen.

c) Arbeitskampf

Der so mögliche TV darf grundsätzlich auch durch Arbeitskampf erkämpft werden, solange die Hauptforderungen im Arbeitskampf das Maß des gesetzlich Zulässigen nicht überschreiten⁶⁰. Geht es allerdings um ein grundsätzlich zulässiges Ziel des Arbeitskampfes - hier also um Forderungen nach Mehraufwandsvergütung, also regelmäßige Zahlungen - so ist es nicht Aufgabe der Arbeitsgerichte, eine Bewertung der Forderung vorzunehmen; das bleibt dem Verhandlungsprozess vorbehalten⁶¹. Die Rechtswidrigkeit muss einer Forderung geradezu auf die Stirn geschrieben sein, damit der Arbeitskampf rechtswidrig wird⁶². Da der Anspruchsberechtigte nicht die Arbeitsaufnahme unzulässig verweigert, kann an die Teilnahme am Arbeitskampf keine Kürzung des Arbeitslosengeldes II geknüpft werden. Hinsichtlich der Mehraufwandsentschädigung gelten Arbeitskampfgrundsätze.

2. Betriebsverfassung

a) Grundlagen

Da nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung die Beschäftigung in Arbeitsgelegenheiten kein Arbeitsverhältnis begründet, unterfallen die Teilnehmer von Arbeitsgelegenheiten nicht dem BetrVG; die Voraussetzungen von dessen § 5 sind nicht erfüllt⁶³. Etwas anderes gilt hinsichtlich des § 99 BetrVG. Danach hat der BR unter bestimmten Voraussetzungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei Einstellungen. Das betrifft die Eingliederung aller Personen in den Betrieb, hinsichtlich derer der AG das Weisungsrecht ausübt, unabhängig davon, ob diese AN sind oder nicht und davon, ob sie durch VA zugewiesen wurden⁶⁴. Da dem Dritten ein Weisungsrecht zukommt, besteht auch das Mitbestimmungsrecht. Damit stehen dem BR ggf. die gesetzlich vorgesehenen Zustimmungsverweigerungsgründe zur Seite.

b) Zustimmungsverweigerung

aa) Denkbare Gründe

In Betracht kommt eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wegen Verstoßes gegen ein Gesetz, wenn die Voraussetzungen des SGB II nicht vorliegen, also die Tätigkeit nicht zumutbar⁶⁵ oder nicht zusätzlich ist. Dabei geht es nicht etwa nur um die Kontrolle der Arbeitsbedingungen. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund besteht immer dann, wenn die Art der Beschäftigung gesetzwidrig ist und dadurch kollektive Interessen der Belegschaft beeinträchtigt werden. Letzteres ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Möglichkeit der Verdrängung bereits beschäftigter AN besteht⁶⁶. So liegt der Fall hier jedenfalls dann, wenn es um die zusätzliche Beschäftigung geht. Im letzten Falle können - wenn bestehende Arbeitsverhältnisse durch Teilnehmer an Arbeitsgelegenheiten ersetzt werden sollen - auch die Voraussetzungen der Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 vorliegen: Benachteiligung der im Betrieb beschäftigten AN.

bb) Einschränkung der Zustimmungsverweigerungsgründe durch VA

(1) Allgemeine Grundsätze

Die Rechte des BR können in den Fällen eingeschränkt sein, in denen der Anspruchsberechtigte durch Heranziehungsbekleid zur Teilnahme an der Arbeitsgelegenheit verpflichtet wurde. Der Bescheid der Verwaltung - nicht jedoch eine Eingliederungsvereinbarung - kann im Hinblick auf den Zustimmungsverweigerungsgrund "Verstoß gegen ein Gesetz" vorgreiflich sein. VA entfalten "Tatbestandswirkung": der VA und die durch ihn für einen bestimmten Rechtsbereich getroffene Regelung sind hinzunehmen. Verbindlich ist insoweit nur der "Tenor", also die Entscheidung selber, nicht verbindlich sind die

darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen, also die der Entscheidung zugrundeliegenden Vorfragen⁶⁷. Auf die Bestandskraft kommt es nicht an⁶⁸. Ebenso wenig ist entscheidend, ob die gebundene Person die Möglichkeit hat, den Bescheid anzufechten⁶⁹. Die Tatbestandswirkung erstreckt sich nicht auf solche Fragen, die von der Verwaltung aus rechtlichen Gründen gar nicht entschieden werden müssen⁷⁰. Schließlich entfällt die Bindung bei nichtigen Verwaltungsakten⁷¹, also solchen, die unter einem schwerwiegenden und offensichtlichen Fehler leiden (§ 39 Abs. 1 SGB X).

(2) Einschränkung bei § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG

Erlässt der Leistungsträger einen Heranziehungsbescheid, so regelt er damit, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, die Arbeit beim Dritten zu leisten. Zwar ist die Beurteilung, ob eine zumutbare und zusätzliche Arbeit vorliegt, bloß tatsächliche und rechtliche Vorfrage. Trotzdem kann eine Arbeit, die jemand bei einem Dritten zu leisten verpflichtet ist, nicht gegen ein Gesetz verstoßen, jedenfalls gegen keins, das die Behörde ihrer Prüfung zugrunde zu legen hat (hier: SGB II). Aus der behördlichen Regelung der Arbeitspflicht folgt damit zugleich, dass der entsprechende Zustimmungsverweigerungsgrund nicht vorliegt. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Erlass eines Heranziehungsbescheides nur subsidiär ist. Er soll nur erfolgen, wenn eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt (§ 15 Abs. 1 Satz 6 SGB II). Erlässt der Leistungsträger ständig Bescheide, so wird offensichtlich, dass nur noch die Kontrollmöglichkeiten des BR ausgehebelt werden sollen. Das macht den VA nichtig und damit unverbindlich. Der Zustimmungsverweigerungsgrund bleibt auch dann unberührt, wenn die geplante Beschäftigung nicht durch den Heranziehungsbescheid gedeckt ist.

(3) Einschränkung bei § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG

Hier gibt es keine Beschränkung der Zustimmungsverweigerungsmöglichkeit. Der Leistungsträger entscheidet über die Arbeitspflicht des Anspruchsberechtigten, nicht über die Interessen bereits beschäftigter AN. Die im Zusammenhang mit der Arbeitspflicht dazu getroffenen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen betreffen nur Vorfragen und sind daher weder für den BR noch im Zustimmungsersetzungsverfahren für das Arbeitsgericht bindend.

IV. Prozessuale Fragen

Für öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende, das im SGB II geregelt ist, sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zuständig. Durch das 7. SGG-Änderungsgesetz wurde Nr. 4a in § 51 Abs. 1 SGG eingefügt⁷². Soweit sich ein Anspruchsberechtigter durch Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Heranziehungsbescheid wehrt, kann er im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes die Herstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfes oder Rechtsmittels anstreben (§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG).

Macht ein zur Dienstleistung Verpflichteter Ansprüche auf Schmerzensgeld unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes geltend, so liegt ein zivilrechtlicher Anspruch vor. Dafür sind die Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 d) ArbGG zuständig, da die Dienstverpflichteten arbeitnehmerähnliche Personen i. S. d. § 12a TVG und damit auch nach § 5 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. ArbGG sind⁷³. Sie unterfallen damit dem besonderen Arbeitnehmerbegriff des ArbGG.

Für Beschlussverfahren aufgrund einer Verweigerung der Zustimmung des BR zur Einstellung eines Anspruchsberechtigten gelten keine Besonderheiten. Zuständig sind die Gerichte für Arbeitssachen (§ 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG).

¹⁾Für Hinweise danke ich RiBVerwG Prof. Dr. Uwe Berlit, RinArbG Dr. Oda Hinrichs, Berlin, und Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Martin-Luther-Universität Halle/Wittenberg; die inhaltliche Verantwortung liegt allein beim Autor.

- [2\)](#) 4. Gesetz über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24. 3. 2003, BGBl. I, S. 2954 ff., Art. 61.
- [3\)](#) BT-Drs. 15/1749 S. 32.
- [4\)](#) BT-Drs. 15/1516 S. 58; BT-Drs. 15/1749 S. 32.
- [5\)](#) Das BSHG ist im Wesentlichen mit Wirkung ab 1. 1. 2005 aufgehoben worden durch Gesetz v. 27. 12. 2003, BGBl. I, S. 3022 ff.; das Sozialhilferecht ist als 12. Buch in das SGB eingegliedert worden.
- [6\)](#) Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. Rn. 44.
- [7\)](#) Dazu BVerwG v. 13. 10. 1983 – 5 C 66/82, BVerwGE 68, 97 ff.
- [8\)](#) BVerwG a. a. O.
- [9\)](#) OVG Münster v. 27. 5. 1991 – 24 A 899/89; HessVGH v. 26. 11. 2002 – 10 TG 2371/02, NVwZ-RR 2003, 572.
- [10\)](#) BVerwG v. 13. 10. 1983 – 5 C 67/82, BVerwGE 68, 91 ff.
- [11\)](#) BVerwG v. 10. 12. 1992 – 5 B 118/92.
- [12\)](#) OVG Münster v. 27. 5. 1991, Fn. 9.
- [13\)](#) BVerwG v. 13. 10. 83, Fn. 7, und v. 4. 6. 1992 – 5 C 35/88, NVwZ 1993, 371 f.
- [14\)](#) OVG Münster, Fn. 9.
- [15\)](#) Bejahend z. B. VGH Baden-Württemberg v. 23. 9. 1994 – 6 S 2373/94; verneinend z. B. OVG Saarland v. 14. 12. 1995 – 8 W 53/95.
- [16\)](#) Vgl. BVerwG 23. 2. 1979 – 5 B 114/78; OVG Münster v. 19. 7. 1995 – 8 A 46/92.
- [17\)](#) Hauck/Haines, § 1 SGB X, Rn. 20.
- [18\)](#) BT-Drs. 8/2034, S. 30.
- [19\)](#) Vgl. BGH 15. 6. 1967 – III ZR 23/65, BGHZ 48, 98 ff.
- [20\)](#) Zu einer derartigen Möglichkeit BVerwG 6. 3. 1990 – 7 B 120.89, DVBl. 1990, 712 f.
- [21\)](#) Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 242 BGB Rn. 17 m. Nachw.; zum Verbot widersprüchlichen Verhaltens: BAG v. 18. 11. 2003 – 9 AZR 173/03.
- [22\)](#) BSG v. 27. 11. 1991 – 4 RA 80/90, BSGE 70, 37 ff.; BVerwG v. 12. 6. 1992 – 7 C 3/91, NJW 1992, 2906 f.; der Fall BVerwG v. 6. 3. 1990, Fn. 20, lag insoweit anders, da es nicht um die Regelung eines auch zu einer Behörde bestehenden

Rechtsverhältnisses ging.

[23](#)) BT-Drs. 15/1749 S. 32.

[24](#)) BAG v. 14. 12. 1988 – 5 AZR 759/87, für einen Fall, in dem der Sozialhilfeberechtigte beim Träger der Sozialhilfe arbeitete.

[25](#)) Ablehnend für die entsprechenden Regelungen des VwVfG: BVerwG v. 12. 6. 1992, Fn. 22, 2906 f.

[26](#)) So BSG v. 27. 11. 1991, Fn. 22.

[27](#)) Zweifelnd hinsichtlich analoger Anwendung bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Privaten: BVerwG v. 12. 6. 1992, Fn. 22.

[28](#)) Hauck/Haines, § 61 SGB X, Rn. 9.

[29](#)) Bonk in Stelkens/Bonk/Sachs, 6. Aufl., § 54 VwVfG, Rn. 110.

[30](#)) Vgl. Becker in Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 31, Rn. 40.

[31](#)) BAG v. 14. 1. 1987 – 5 AZR 166/85, NVwZ 1988, 966 f.; BVerwG v. 22. 12. 1988 – 5 B 93/88, NVwZ-RR 1989, 416.

[32](#)) BVerwG v. 20. 11. 1997 – 5 C 1/96, BVerwGE 105, 370 ff.

[33](#)) Ebenso für Arbeitsverhältnisse, bevor die umfassende Regelung des Weisungsrechtes in § 106 GewO in Kraft trat, die st. Rspr. des BAG: z. B. v. 7. 12. 2000 – 6 AZR 444/99, AuR 2001, 355.

[34](#)) Vgl. BVerwG v. 21. 7. 1987 – 5 ER 221/87

[35](#)) BAG v. 28. 1. 1982 – 6 AZR 911/78, AP LohnFG § 2 Nr. 11.

[36](#)) Dazu BAG v. 18. 12. 1959 – GS 8/58, AP BGB § 616 Nr. 22.

[37](#)) BAG v. 21. 8. 1985 – 7 AZR 199/83, AP BGB § 618 Nr. 19; zum Abwälzungsverbot hinsichtlich der Kosten des Arbeitsschutzes § 3 Abs. 3 ArbSchG.

[38](#)) BAG v. 17. 2. 1998 – 9 AZR 84/97, AP BGB § 618 Nr. 26 = AuR 1998, 121, 459.

[39](#)) Vgl. BAG v. 19. 2. 1997 – 5 AZR 982/94, AP BGB § 618 Nr. 24 = AuR 1997, 120, 289.

[40](#)) Einzelheiten bei Lakies in Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 81 Rn. 25 ff.

[41](#)) Vgl. BAG v. 17. 7. 1997 – 8 AZR 480/95, AP BGB § 611 Gefährdungshaftung des AG Nr. 14 = AuR 1998, 80.

[42](#)) Für die Anwendung der Generalklausel auf der Basis allgemeiner Rechtsgrundsätze BVerwG v. 6. 3. 86 – 2 C 41.85, BVerwGE 74, 78 ff.

[43](#)) Vgl. Kopp/Ramsauer, 8. Aufl., § 62 VwVfG, Rn. 6a, 7a ff.

[44](#)) ErfK-Dörner, 5. Aufl., § 616 Rn. 19.

[45](#)) BAG v. 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03, AP BGB § 309 Nr. 3 = AuR 2004, 148, 316.

[46](#)) Dazu Zwanziger in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 6. Aufl., Art. 3 Rn. 46 ff.

[47](#)) BVerfG v. 16. 11. 1993 – 1 BvR 258/86, AuR 1994, 110.

[48](#)) Eher gegen ein Verbot mittelbarer Diskriminierung spricht BVerfG v. 17. 5. 1983 – 2 BvR 731/80, BVerfGE 64, 135 ff. ; für ein solches Verbot ErfK-Dieterich, 5. Aufl., Art. 3 GG Rn. 70.

[49](#)) Vgl. BAG v. 14. 3. 1989 – 8 AZR 351/86, AP BGB § 611a Nr. 6.

[50](#)) BAG v. 23. 11. 1961 – 2 AZR 301/61, BAGE 12, 60 ff.

[51](#)) Zu diesem Gesichtspunkt BGH v. 26. 2. 1970 – KZR 17/68, AP BGB § 138 Nr. 28.

[52](#)) Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Beendigungsschutz: BVerfG v. 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87, AuR 1998, 207 ff. mit Anm. Buschmann.

[53](#)) BVerwG v. 21. 7. 1987, Fn. 34.

[54](#)) Kempfen/Zachert, 3. Aufl., § 12a TVG Rn. 13 m. Nachw.; Reinecke in Däubler, § 12a TVG Rn. 45.

[55](#)) BAG v. 2. 10. 1990 – 4 AZR 106/90, AP TVG § 12a Nr. 1.

[56](#)) Zum Schutz der Tarifautonomie: BVerfG v. 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93, AP GG Art. 9 Nr. 88 = AuR 1999, 349.

[57](#)) BVerwG v. 13. 10. 1983 – 5 C 67/82, BVerwGE 68, 91 ff.

[58](#)) Vgl. dazu BAG v. 18. 11. 2003 – 9 AZR 122/03, AP SGB IX § 81 Nr. 4 = AuR 2004, 238.

[59](#)) Vgl. zu den sozialrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten in die Tarifautonomie auch BVerfG v. 27. 4. 1999, Fn. 56.

[60](#)) BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 162 = AuR 2004, 149 mit Anm. Blanke.

[61](#)) LAG Niedersachsen v. 2. 6. 2004, AuR 2004, 471, mit Anm. Hensche.

[62](#)) LAG Schleswig-Holstein v. 27. 3. 2003 – 5 Sa 137/03, AuR 2004, 152, mit Anm. Hensche, 443.

[63](#)) Zur Mitbestimmung des Personalrates bei der Beschäftigung dieses Personenkreises im öffentlichen Dienst vgl. BVerwG v. 26. 1. 2000 – 6 P 2/99, BVerwGE 110, 287 ff.

[64](#)) BAG v. 19. 6. 2001 – 1 ABR 25/00, AuR 2001, 271, 517.

[65](#)) Ob unter diesem Gesichtspunkt auch der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG vorliegt, kann zweifelhaft sein, weil dieser ausdrücklich eine Benachteiligung des betroffenen AN verlangt. Die Teilnehmer an Arbeitsgelegenheiten sind aber gerade keine AN.

[66](#)) Vgl. BAG v. 28. 9. 1988 – 1 ABR 85/87, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 60 für die Überschreitung der früher geltenden Höchstbeschäftigungsdauer nach dem AÜG.

[67](#)) BVerwG v. 28. 11. 1986 – 8 C 122 – 125/84, NVwZ 1987, 496 ff.; BSG v. 28. 11. 1985 – 4a RJ 29/85; BGH v. 19. 6. 1998 – V ZR 43/97, NJW 1998, 474.

[68](#)) BGH v. 19. 6. 1998, Fn. 67.

[69](#)) BVerfG v. 9. 1. 1991 – 1 BvR 207/87, BVerfGE 83, 182 ff.

[70](#)) BVerwG v. 8. 3. 1985 – 8 C 88/82, NJW 1985, 1913.

[71](#)) BGH v. 19. 12. 1978 – VI ZR 43/77, BGHZ 73, 114.

[72](#)) Gesetz v. 9. 12. 2004, BGBl. I, S. 3302 ff.

[73](#)) BAG v. 17. 10. 1990 – 5 AZR 639/89, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 9.

Tacheles Online Redaktion
[Harald Thomé](#)



10. Juni 2005