

# info also

INFORMATIONEN

ZUM ARBEITLOSENRECHT UND SOZIALHILFERECHT

Arbeitsförderung

Grundsicherung

Sozialhilfe

Rechtsentwicklung

Rechtsschutz

## Aus dem Inhalt

### Aufsätze

Ute Winkler, **Die Berechnung des Arbeitslosengeldes nach Hartz III** 147

Stephan Rixen, **Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform im SGB II** 153

Helga Spindler, **Vertragssimulation bei Ein-Euro-Jobs – Eine Fortsetzungsgeschichte mit Dokumentation** 162

**Entscheidungen zur Arbeitsförderung:**  
Sperrzeit wegen Ablehnung eines Praktikums,  
Berechnung des Arbeitslosengeldes 165

**Entscheidungen zur Grundsicherung für Arbeit-suchende:** Rechtswidrige Eingliederungsvereinbarung, angemessene Heiz- und Stromkosten 176

# 4/2006

Jahrgang 24 · Seiten 145 – 192  
ISSN 1862-0469 · E 7250 F



Nomos

# Inhaltsverzeichnis

## AUFSÄTZE

<b>Die Berechnung des Arbeitslosengeldes nach Hartz III</b> Ute Winkler	147
<b>Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform, insbesondere im SGB II</b> Stephan Rixen	153
<b>Vertragssimulationen bei Ein-Euro-Jobs – eine Fortsetzungsgeschichte mit Dokumentation</b> Helga Spindler	162

## ENTSCHEIDUNGEN ZUR ARBEITSFÖRDERUNG (SGB III)

<b>Keine Sperrzeit bei Ablehnung eines Praktikums</b> § 144 Abs. 1 Nr. 2 SGB III Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 24.4.2006 – L 7/10 AL 174/04	165
<b>Umrechnung des Arbeitslosengeldes ab 1.1.2005</b> Art. 14 Abs. 1 GG; §§ 130 Abs. 1, 134, 339, 434j Abs. 5 und 6 SGB III Sozialgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 20.1.2006 – S 33 AL 296/05	167

## NEUE ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESSOZIALGERICHTS

### ENTSCHEIDUNGEN ZUR GRUNDSICHERUNG FÜR ARBEITSUCHENDE (SGB II)

<b>Berechtigte Verweigerung des Abschlusses einer rechtswidrigen Eingliederungsvereinbarung</b> § 15 Abs. 1, § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a SGB II Sozialgericht Hamburg, Beschluss vom 27.1.2006 – S 56 AS 10/06 ER	176
<b>Rechtswidrigkeit eines Eingliederungs-Verwaltungsakts</b> § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II Sozialgericht Berlin, Urteil vom 12.5.2006 – S 37 AS 11713/05	177
<b>Angemessenheit der Heizkosten</b> § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II; § 86b Abs. 2 SGG Sozialgericht Lüneburg, Beschluss vom 13.2.2006 – S 25 AS 53/06 ER	179
<b>Stromnachzahlungsforderung</b> §§ 22 Abs. 5 SGB II Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.6.2006 – L 25 B 459/06 ER	180
<b>Stromschuldenübernahme</b> § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II Sozialgericht Darmstadt, Beschluss vom 15.12.2005 – S 19 AS 372/05 ER	182

## FÜR SIE GELESEN – ZEITSCHRIFTEN- UND RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

Arbeitsförderung	184
Grundsicherung für Arbeitsuchende	186
Sozialhilferecht	189

## DOKUMENTATION

Zum Beitrag: Vertragssimulation bei Ein-Euro-Jobs	191
---	-----

# Die Berechnung des Arbeitslosengeldes nach Hartz III

Ute Winkler

Mit dem als Hartz III bekannten Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003<sup>1</sup> ist u.a. die Berechnung des Arbeitslosengeldanspruchs neu geregelt worden.<sup>2</sup> Ziel der Reformbestrebungen sollte sein, »die Vielfalt und Komplexität der Regelungen zum Bemessungsrecht zurückzuführen und das Verwaltungsverfahren deutlich zu vereinfachen. Verwaltungsvereinfachung ist allerdings nur zu erreichen, wenn detaillierte Einzelfallregelungen durch ein größeres Maß an Pauschalierungen ersetzt und Ausnahmeregelungen beschränkt werden.«<sup>3</sup> Durch die Vereinfachung soll der Personalbedarf verringert und so der Kostenaufwand gesenkt werden.<sup>4</sup> Die Neuordnung der Berechnungsbestimmungen zielt aber nach Angaben des Gesetzgebers nicht auf Leistungseinschränkungen für die Bezieher von Arbeitslosengeld; sie kann sich im Einzelfall sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten der Betroffenen auswirken.<sup>5</sup>

Die neuen Berechnungsvorschriften finden sich jetzt in den §§ 130 bis 134 SGB III und sind ganz überwiegend am 1. Januar 2005 in Kraft getreten; die §§ 135 bis 139 SGB III sind aufgehoben worden.

Im Folgenden sollen die Änderungen, die die Höhe des Arbeitslosengeldes beeinflussen, überblicksweise dargestellt werden.

## I. Bemessungsrahmen und Bemessungsentgelt

### 1. Der Bemessungsrahmen

Zur Ermittlung des Bemessungszeitraums hat der Gesetzgeber aus der Rechtsprechung des BSG<sup>6</sup> den Begriff des Bemessungsrahmens übernommen.<sup>7</sup> Der Bemessungsrahmen beträgt ein Jahr und endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs (§ 130 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Er wird also unter Berücksichtigung von § 26 Abs. 1 SGB X in Verbindung mit §§ 187 Abs. 2 Satz 1 und 188 Abs. 2 BGB durch Rückrechnung bestimmt. Der Bemessungsrahmen läuft kalendermäßig ab und erfasst immer ein Zeitjahr ohne Rücksicht auf die Frage, in welchem Umfang dieses mit versicherungspflichtigen Zeiten belegt ist.

**Beispiel:** Der Arbeitslose wird nach einer mehrjährigen Beschäftigung zum 31. Mai 2006 entlassen und meldet sich am 1. Juni 2006 arbeitslos. Der Bemessungsrahmen erfasst die Zeit vom 1. Juni 2005 bis zum 31. Mai 2006. Am Bemessungsrahmen ändert sich auch nichts, wenn er vom 17. März 2005 bis zum 31. Mai 2006 Krankengeld bezogen hat oder sich nach der Entlassung zum 31. Mai 2006 erst am 15. August 2006 arbeitslos meldet. Dagegen verschiebt sich der Bemessungsrahmen, wenn das letzte Versicherungsverhältnis bereits am 1. März 2006 beendet war, der Arbeitslose sich aber erst am 1. Juni 2006 arbeitslos meldet. Der Bemessungsrahmen erfasst dann die Zeit vom 2. März 2005 bis zum 1. März 2006.

### 2. Der Bemessungszeitraum

Zum Bemessungszeitraum gehören nur noch die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der beitragspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Hierbei zählen nur Zeiten einer versicherungspflichtigen Beschäftigung mit Anspruch auf Arbeitsentgelt; Zeiten ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt, z. B. während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses oder während eines unbezahlten Urlaubs, gehen nicht in den Bemessungszeitraum ein.

Fraglich ist, ob nur die Tage einer versicherungspflichtigen Beschäftigung, die im Bemessungsrahmen liegen, zum Bemessungszeitraum zählen, oder die Tage aller Arbeitsentgeltabrechnungszeiträume, die in den Bemessungsrahmen hineinragen. Da die Regelung sich auf die Rechtsprechung des BSG stützt, kann es durchaus dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, dass die Arbeitsentgelttage aller Abrechnungszeiträume, die in den Bemessungsrahmen hineinragen, den Bemessungszeitraum bilden. Das BSG hat noch zu § 112 AFG alle Entgeltabrechnungszeiträume, die ganz oder teilweise vom Bemessungsrahmen erfasst werden, dem Bemessungszeitraum zugeordnet.<sup>8</sup> Der Wortlaut der Vorschrift spricht allerdings mehr dafür, dass nur Entgeltabrechnungszeiträume, die vollständig im Bemessungsrahmen liegen, zum Bemessungszeitraum gehören.<sup>9</sup> Nur bei der Beschränkung des Bemessungszeitraums auf die vom Bemessungsrahmen vollständig erfassten Entgeltabrechnungszeiträume kann nach der Verkürzung der Rahmenfrist auf zwei Jahre vermieden werden, dass bei der Erweiterung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre nach § 130 Abs. 3 SGB III Zeiten außerhalb der Rahmenfrist zum Bemessungszeitraum gehören.

1 BGBl. I S. 2848.

2 BT-Drs. 15/1515 S. 71, 73; zu den im Jahr 2006 in Kraft getretenen Änderungen siehe info also 2006, Heft 1, S. 3 ff.

3 BT-Drs. 15/1515 S. 85.

4 BT-Drs. 15/1515 S. 2.

5 BT-Drs. 15/1515 S. 73.

6 Urteil vom 25. Januar 1996 – 7 RAr 90/94 – SozR 3-4100 § 112 Nr. 24; Urteil vom 24. Juni 1999 – B 7 AL 16/98 R – DBIR 4546a AFG/§112; Urteil vom 2. September 2004 – B 7 AL 68/03 R – SozR 4-4300 § 416a Nr. 1.

7 BT-Drs. 15/1515 S. 85.

8 BSG, Urteil vom 25. Januar 1996, a.a.O.; das SG Frankfurt/Main ist im Urteil vom 20. Januar 2006 – S 33 AL 296/05 – dieser Entscheidung auch für den neuen § 131 Abs. 1 Satz 1 SGB III gefolgt (veröffentlicht in diesem Heft S. 167).

9 So Rolfs in Gagel, SGB III, Stand: Januar 2005 (?), § 130 Rdnr. 25.

Die Sonderregelungen für Wehr- und Zivildienstleistende sowie Saisonarbeiter in § 130 Abs. 2a und 3 SGB III a.F. sind entfallen.

Wie bisher richtet sich der Bemessungszeitraum danach, ob die Arbeitsentgeltzeiträume beim Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechnet waren. Nicht erheblich ist, ob sie richtig abgerechnet sind, wie sich aus § 131 Abs. 1 Satz 2 SGB III ergibt.

**Beispiel:** Meldet sich der Arbeitslose nach der Entlassung aus einer mehrjährigen Beschäftigung zum 31. Mai 2006 am 1. Juni 2006 arbeitslos, sind Bemessungsrahmen und Bemessungszeitraum identisch (1. Juni 2005 bis 31. Mai 2006). Meldet er sich nach dem Bezug von Krankengeld vom 17. März bis 25. Mai 2006 im Anschluss an eine mehrjährige Beschäftigung am 1. Juni 2006 arbeitslos, fallen Bemessungsrahmen und Bemessungszeitraum auseinander: Der Bemessungsrahmen umfasst die Zeit vom 26. Mai 2005 bis 25. Mai 2006, der Bemessungszeitraum nur die Zeit vom 1. Juni 2005 bis zum 16. März 2006.

### 3. Sonderfälle des Bemessungszeitraums

Unberücksichtigt bleiben bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums nach § 130 Abs. 2 SGB III

- Zeiten einer Beschäftigung, neben der Übergangsgeld wegen Teilhabe am Arbeitsleben, Teilübergangsgeld oder Teilarbeitslosengeld gezahlt worden ist.
- Zeiten einer Beschäftigung im Rahmen des sozialen oder ökologischen Jahres, wenn sich die Beschäftigung unmittelbar an ein Versicherungspflichtverhältnis anschließt, also nicht im Anschluss an eine schulische oder universitäre Ausbildung.
- Zeiten der Betreuung eines Kindes bis zum dritten Lebensjahr des Kindes, wenn Erziehungsgeld bezogen oder nur wegen der Einkommensverhältnisse nicht bezogen worden ist oder wenn wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes das Arbeitsentgelt oder die Arbeitszeit vermindert war.
- Zeiten mit Teilzeitbeschäftigungen, wenn in den letzten 42 Monaten in einem zusammenhängenden Zeitraum von wenigstens sechs Monaten mit einer höheren Arbeitszeit gearbeitet worden ist. Nach Altersteilzeit gilt das nur, wenn das Beschäftigungsverhältnis wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers beendet worden ist. Im Übrigen gilt die Sonderregelung des § 10 AltTZG.<sup>10</sup>

In den genannten Fällen sind die sonstigen Beschäftigungszeiten im Bemessungsrahmen zur Ermittlung des Bemessungsentgelts heranzuziehen. Der Bemessungsrahmen wird dadurch nicht notwendigerweise verlängert.<sup>11</sup> Die Erweiterung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre sieht § 130 Abs. 3 SGB III nur für zwei Fälle vor:

- Der Bemessungszeitraum umfasst weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt. Der Mindestbemes-

sungszeitraum ist damit auf 150 Tage (fünf Monate) verkürzt worden, während er bis zum 31. Dezember 2004 39 Wochen (neun Monate) betrug.

- Wie bisher ist der Bemessungsrahmen auf zwei Jahre zu verlängern, wenn es mit Rücksicht auf das Bemessungsentgelt in den letzten beiden Jahren unbillig hart ist, vom Bemessungsentgelt im Bemessungszeitraum auszugehen. Das setzt voraus, dass der Arbeitslose die Erweiterung des Bemessungsrahmens verlangt und die zur Bemessung erforderlichen Unterlagen vorlegt. Kann die Arbeitsagentur jedoch erkennen, dass die Voraussetzungen des § 130 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB III vorliegen, wird sie ihn auf die gesetzliche Möglichkeit, höheres Arbeitslosengeld zu beziehen, und die Anforderungen an seine Mitwirkung hinweisen müssen.

Der Bemessungsrahmen darf aber in keinem Fall die Rahmenfrist des § 124 SGB III überschreiten.<sup>12</sup> Das ist im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt, ergibt sich aber aus der Rechtsprechung des BSG, auf die der Gesetzgeber sich ausdrücklich stützt,<sup>13</sup> und entspricht auch der gesetzlichen Systematik, wonach nur Versicherungspflichtzeiten in der Rahmenfrist Ansprüche auf Arbeitsentgelt begründen können. Die Rahmenfrist begrenzt auch die Versicherungszeiten, die der Berechnung des Arbeitslosengeldes zugrunde gelegt werden können, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

## II. Das Bemessungsentgelt

### 1. Grundlage des Bemessungsentgelts

Bemessungsentgelt ist nur noch das im Bemessungszeitraum in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis erzielte Arbeitsentgelt. Allerdings wird das Bemessungsentgelt nur dann dem Bemessungszeitraum und den während dieser Zeit erzielten Arbeitsentgelten entnommen, wenn der Bemessungszeitraum im (ggf. erweiterten) Bemessungsrahmen wenigstens 150 Tage einer versicherungspflichtigen Beschäftigung mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfasst.

Die Beschränkung des Bemessungszeitraums auf Zeiten versicherungspflichtiger Beschäftigungen und des Bemessungsentgelts auf das beitragspflichtige Arbeitsentgelt sind wesentliche Vereinfachungen, die grundsätzlich sachgerecht sind, weil nur dem Arbeitsentgelt Indizfunktion für das zukünftig auf dem Arbeitsmarkt erzielbare Einkommen und damit für das durch die Arbeitslosigkeit entgehende Arbeitsentgelt zukommt.<sup>14</sup>

Nach § 25 Abs. 1 SGB III zählen zu den versicherungspflichtig Beschäftigten neben den Arbeitnehmern auch die Auszubildenden, für die eine Sonderregelung nicht mehr vorgesehen ist. Nunmehr bestimmt also nach dem erfolg-

10 Siehe hierzu BSG, Urteil vom 15. Dezember 2005 – B 7a AL 30/05 R.

11 BSG, Urteil vom 2. September 2004 – B 7 AL 68/03 R – SozR 4-4300 § 416a Nr. 1.

12 BSG, Urteil vom 2. September 2004, a.a.O.

13 BT-Drs. 15/1515 S. 85.

14 BSG, Urteil vom 8. November 2001 – B 11 AL 43/01 R – DBIR 4722a AFG/112.

reichen Ende einer betrieblichen Berufsausbildung die Ausbildungsvergütung, nicht mehr das Arbeitsentgelt des Ausbildungsberufs die Höhe des Arbeitslosengeldes, während § 134 Abs. 2 Nr. 2 SGB III bis zum 31. Dezember 2004 wenigstens die Hälfte des Tarifentgelts des maßgeblichen Berufs als Bemessungsentgelt vorsah.<sup>15</sup> Der Ausbildungsvergütung kommt nach der abgeschlossenen Ausbildung jedoch keine indizielle Bedeutung für das jetzt erzielbare und durch die Arbeitslosigkeit entgehende Arbeitsentgelt zu. Sachgerechter wäre hier eine fiktive Bemessung entsprechend dem Vermittlungsberuf.

Weggefallen ist die Sonderregelung für das Bemessungsentgelt nach einer Beschäftigung bei Familienangehörigen. Die Streichung des außerordentlich konfliktträchtigen § 134 Abs. 2 Nr. 1 SGB III, der nur schwer mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar war, wirkt sich zu Gunsten der Arbeitslosen aus.

Erhalten geblieben sind die Sonderregelungen für Bezieher von Kurzarbeitergeld, Winterausfallgeld und Winterausfallgeld-Vorleistung sowie für Zeiten einer flexiblen Arbeitszeitregelung entsprechend § 7a SGB IV (§ 131 Abs. 3 SGB III). Dasselbe gilt für zeitlich leistungsgeminderte Arbeitslose, soweit nicht die Voraussetzungen des § 125 SGB III vorliegen (§ 131 Abs. 5 SGB III).

Den übrigen Sonderregelungen in § 134 Abs. 2 SGB III a.F., die der Neuordnung der Bemessungsbestimmungen zum Opfer gefallen sind, kam entweder keine größere Bedeutung zu, oder sie sind durch andere Rechtsänderungen, wie z.B. den Wegfall des Unterhaltsgeldes, ohnehin bedeutungslos geworden.

## 2. Berechnung für Kalendertage

Das Bemessungsentgelt wird nunmehr – wie das Krankengeld,<sup>16</sup> das Verletztengeld,<sup>17</sup> das Versorgungskrankengeld<sup>18</sup> und das Übergangsgeld<sup>19</sup> – in Kalendertagen berechnet, nicht mehr wie bisher in Wochen.<sup>20</sup> Das Bemessungsentgelt wird ermittelt, indem die im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelte durch die Anzahl der Tage, an denen sie erzielt worden sind, geteilt werden. § 131 Abs. 1 Satz 1 SGB III spricht von durchschnittlich auf den Tag, nicht auf

den Kalendertag entfallendem Arbeitsentgelt. Aus der gesetzlichen Systematik und dem Sinn der Regelung ergibt sich jedoch eindeutig, dass der Gesetzgeber Kalendertage meint.<sup>21</sup> So bestimmt § 134 Satz 1 SGB III, dass das Arbeitslosengeld für Kalendertage berechnet und geleistet wird. Das ist aber nur möglich, wenn das Bemessungsentgelt, aus dem das Arbeitslosengeld zu ermitteln ist, für Kalendertage errechnet wird. Auch kann die Höhe des kalendertäglichen Bemessungsentgelts nicht davon abhängig sein, ob das Arbeitsentgelt in vier, fünf oder sechs Tagen in der Woche erzielt wird.

Umfasst der Bemessungszeitraum ein ganzes Jahr mit Anspruch auf Arbeitsentgelt, geht die BA davon aus, dass das Jahreseinkommen durch 365 oder (in einem Schaltjahr) 366 Tage zu teilen ist. Dem haben bisher mehrere Sozialgerichte<sup>22</sup> zugestimmt, obwohl nach § 134 Satz 2 SGB III für das ganze Jahr nur für 360 Tage Arbeitslosengeld gezahlt wird. Da nach § 339 Satz 1 SGB III bei der Berechnung der Leistungen der Monat gleichmäßig mit 30 Tagen anzusetzen ist, erscheint eine andere Auslegung des § 131 Abs. 1 Satz 1 SGB III denkbar. § 134 SGB III verlangt zwar die Berechnung von Arbeitslosengeld für Kalendertage; daraus ergibt sich keineswegs zwingend, dass § 339 SGB III nicht anzuwenden ist. Die BA ist zunächst selbst davon ausgegangen, dass zur Ermittlung des kalendertäglichen Bemessungsentgelts das Jahreseinkommen durch 360 Tage zu teilen ist.<sup>23</sup> Für diese Auslegung könnte § 132 Abs. 2 Nr. 2 SGB III sprechen, der bei der Ermittlung des fiktiven Bemessungsentgelts den Tagesbetrag mit 1/360 der Bezugsgröße, die als Jahresbetrag errechnet wird, ansetzt. Der Gesetzgeber wollte die Berechnung des Arbeitslosengeldes der der kürzerfristigen Lohnersatzleistungen Krankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld und Versorgungskrankengeld anpassen. Diese werden ebenfalls für Kalendertage ermittelt und hierbei Monatsentgelte durch 30 und Jahresentgelte durch 360 geteilt.<sup>24</sup>

Das Bemessungsentgelt wird nicht mehr auf den nächsten durch fünf teilbaren Euro-Betrag auf- oder abgerundet, weil eine § 132 Abs. 3 SGB III a.F. entsprechende Vorschrift fehlt. Nach § 338 SGB III werden Berechnungen auf zwei Dezimalstellen durchgeführt, und hierbei wird auf- bzw. abgerundet. Die Vorschrift ist jetzt bei der Ermittlung des Bemessungsentgelts anzuwenden.

15 Das SGB III fällt damit auf den Stand des AVAVG zurück, das nach § 90 Abs. 1 Satz 2 i.d.F. der Bekanntmachung vom 3. April 1957 (BGBl. I S. 321) dem Arbeitslosengeld ebenfalls nur die Ausbildungsvergütung zugrunde legte. Das AFG vom 25. Juni 1969 sah für Lehrlinge einen Mindestbetrag von 10 DM wöchentlich als Bemessungsentgelt vor, seit dem 1. Oktober 1974 war das nach der Ausbildung erzielbare Tarifentgelt (§ 112 Abs. 5 Nr. 2 i. V. m. Abs. 7 AFG), ab 1. Januar 1978 waren 75 % des Tarifentgelts und seit 1. Januar 1984 die Hälfte des Tarifentgelts des Ausbildungsberufs für die Bemessung des Arbeitslosengeldanspruchs zu Grunde zu legen.

16 § 47 SGB V.

17 § 47 Abs. 1 SGB VII.

18 § 16a Abs. 2 BVG.

19 § 46 SGB IX.

20 Die jetzt aufgehobene Wochenregelung sah schon das AVAVG (§ 90) für die Berechnung des Arbeitslosengeldes vor.

21 A.A. offenbar Rolfs in Gagel, SGB III, Stand: Januar 2005, § 131 Rdnr. 14. Das BSG hat allerdings in Anlehnung an die Formulierung in § 134 a.F. zu § 140 SGB III ebenfalls die Ansicht vertreten, dass der Gesetzgeber mit dem Wort »Tag« nicht Kalendertage meine (Urteil vom 28. August 2005 – B 7a/7 AL 94/04 R – SozR 4-4300 § 140 Nr. 2).

22 SG Dresden, Urteil vom 23. August 2005 – S 12 AL 281/05; SG Frankfurt/Main, Urteil vom 20. Januar 2006, FN 8.

23 Vgl. SG Frankfurt/Main, Urteil vom 20. Januar 2006, FN 8.

24 Vgl. § 47 Abs. 2 Satz 3 und 6 SGB V, § 47 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB VII, § 47 Abs. 1 Satz 3 und 6 SGB IX und § 16a Abs. 2 Satz 2 BVG.

### III. Das Bemessungsentgelt in Sonderfällen

#### 1. Altbemessungsentgelt

Einem neuen Arbeitslosengeldanspruch kann das Bemessungsentgelt eines vorherigen Anspruchs zugrunde gelegt werden, wenn das günstiger ist. Bisher war nach § 133 Abs. 1 SGB III a.F. Voraussetzung, dass der Bezug des Arbeitslosengeldes weniger als drei Jahre zurücklag. Diese Frist ist jetzt in § 131 Abs. 4 SGB III n.F. auf zwei Jahre verkürzt worden (entsprechend der Verkürzung der Rahmenfrist). Wegen der Umwandlung des Unterhaltsgeldes in Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung in § 124a SGB III ist die Frage, ob die Bestandsschutzklausel auch auf das Unterhaltsgeld anzuwenden ist, entfallen.<sup>25</sup>

#### 2. Fiktives Bemessungsentgelt

Eine gänzlich neue Regelung hat der Gesetzgeber für den Fall geschaffen, dass ein Bemessungsentgelt nach den allgemeinen Bestimmungen nicht zu ermitteln ist, wenn also im Bemessungszeitraum nicht wenigstens 150 Tage einer versicherungspflichtigen Beschäftigung mit Anspruch auf Arbeitsentgelt liegen.

Bisher war nach § 133 Abs. 4 SGB III bei der fiktiven Bemessung von dem tariflichen Arbeitsentgelt der Beschäftigung auszugehen, die die Arbeitsagentur bei der Vermittlung in erster Linie zu berücksichtigen hatte. Maßgeblich waren also die berufliche Situation des einzelnen Arbeitslosen und das für die Beschäftigung, für die er in Betracht kam, zu zahlende tarifliche Arbeitsentgelt.

Auch für die fiktive Bemessung nach dem neuen § 132 SGB III ist zunächst die Beschäftigung festzustellen, auf die die BA die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat. Dann ist zu prüfen, welche Qualifikation für diese Beschäftigung erforderlich ist. Viele Tarifverträge sehen neben einer Lehre oder einer schulischen Ausbildung eine durch langjährige Berufstätigkeit erworbene Qualifikation als der formalen Ausbildung gleichwertig an. Dennoch handelt es sich hierbei um Beschäftigungen, die eine Ausbildung erforderlich machen.

Die Arbeitslosen werden nach § 132 SGB III entsprechend der für den maßgeblichen Beruf erforderlichen Ausbildung in vier Gruppen eingeteilt, und jeder der Qualifikationsgruppen wird ein Bemessungsentgelt in Höhe eines Prozentsatzes der jeweiligen Bezugsgröße<sup>26</sup> zugeordnet. Hierbei ist zugrunde zu legen für Beschäftigungen, die

1. Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern, ein Arbeitsentgelt in Höhe eines Dreihundertstels der Bezugsgröße (120 % der Bezugsgröße)<sup>27</sup>

2. einen Fachschulabschluß, den Nachweis über eine abgeschlossene Qualifikation als Meister oder einen Abschluß in einer vergleichbaren Einrichtung erfordern, ein Arbeitsentgelt in Höhe eines Dreihundertsechstels der Bezugsgröße (100 % der Bezugsgröße)<sup>28</sup>
3. eine abgeschlossene Berufsausbildung in einem Ausbildungsberuf erfordern, ein Arbeitsentgelt in Höhe eines Vierhundertfünftelstels der Bezugsgröße (80 % der Bezugsgröße)<sup>29</sup>
4. keine Berufsausbildung erfordern, ein Arbeitsentgelt in Höhe eines Sechshundertstels der Bezugsgröße (60 % der Bezugsgröße).<sup>30</sup>

Aus der Gesetzesbegründung geht nicht hervor, woraus sich die Prozentsätze der einzelnen Qualifikationsstufen ergeben. Nähere Erläuterungen hierzu lassen sich einem Schreiben des zuständigen Ministeriums entnehmen.<sup>31</sup> Hierin heißt es wörtlich:

(1) Grundlage für die Ermittlung der Arbeitsentgelte bei unterschiedlicher beruflicher Qualifikation bilden die fortgeschätzten Verdienste aus der Gehalts- und Lohnerhebung des Jahres 1995, die das statistische Bundesamt dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zur Verfügung gestellt hatte.

Wie die Auswertung dieser Statistik belegt,

- bilden Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung mit einem Anteil von 70 Prozent die mit Abstand größte Gruppe unter allen Arbeitnehmern;
- entspricht das Arbeitsentgelt dieser Personengruppe in etwa dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt aller Arbeitnehmer.

(2) Basis der vereinfachten und pauschalierenden Neuregelung der fiktiven Bemessung ist deshalb die Gruppe der Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung. Das von dieser Gruppe erzielte durchschnittliche Arbeitsentgelt bildet den Eckwert der gesetzlichen Neuregelung. Arbeitnehmern mit einer demgegenüber höheren Qualifikation ist ein relativ höheres, Arbeitnehmern mit einer geringeren Qualifikation ist ein relativ niedrigeres erzielbares Arbeitsentgelt zugeordnet.

Allerdings war bei der Überlegung, welche Arbeitsentgelte den verschiedenen Qualifikationsstufen auf dieser Grundlage zuzuordnen sind, ferner zu beachten, dass Arbeitslose, deren Arbeitslosengeld sich nach einem fiktiven Arbeitsentgelt richtet, zuletzt kein oder kein typisches Arbeitsentgelt erzielt (Gefangene, Erziehende, Wehrdienstleistende, Bezieher einer Erwerbsminderungsrente) oder ein solches Entgelt nur für kurze Zeit (<150 Tage innerhalb der letzten zwei Jahre) bezogen haben. Der Gesetzgeber geht deshalb bei dem erzielbaren Entgelt von einem geringeren als dem durchschnittlich von allen Arbeitnehmern erzielten Arbeitsentgelt

28 Das sind im Jahre 2006 81,67 €/West und 68,63 €/Ost.

29 Das sind im Jahre 2006 65,33 €/West und 55,07 €/Ost.

30 Das sind im Jahre 2006 49 €/West und 41,30 €/Ost.

31 Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 14. Dezember 2005 zum Wegfall der individuellen fiktiven Einstufung und Ersatz durch ein pauschales Entgelt im Rahmen des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (II b 2 – 20032/7 – § 132 neu), auszugsweise abgedruckt in Eicher/Schlegel, SGB III, Anlage zu § 132.

25 Das BSG hat inzwischen mit Urteil vom 1. Juni 2006 – B 7 AL 86/05 R – entschieden, dass das Unterhaltsgeld nach dem SGB III regelmäßig den Bestandsschutz nach § 133 Abs. 1 SGB III a.F. nicht sichern konnte und eine erweiternde Auslegung der Vorschrift nicht möglich ist.

26 2006: 2450 €/West und 2065 €/Ost.

27 Das sind im Jahre 2006 98 €/West und 82,60 €/Ost.

aus und orientiert sich an dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt aller Bezieher von Arbeitslosengeld.

Dem erstrebten Ziel der Verwaltungsvereinfachung entsprechend sollte ferner die notwendige Anpassung der Referenzentgelte an die Lohnentwicklung »automatisiert« werden, d.h. ohne jährlich neu zu erlassende Rechtsgrundlagen erfolgen. Wie in anderen Bereichen der Sozialversicherung wurden die Arbeitsentgelte deshalb an die Bezugsgröße nach § 18 SGB IV gekoppelt. Das durchschnittliche monatliche Arbeitsentgelt aller Bezieher von Arbeitslosengeld entspricht ca. 80 Prozent der monatlichen Bezugsgröße. Dieser Wert wurde der Qualifikationsstufe der Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung zugeordnet. Bei Umrechnung auf das Tagesprinzip ergibt sich der im Gesetz ausgewiesene Betrag von 1/450 der (jährlichen) Bezugsgröße.

(3) Anschließend wurden die Qualifikationsstufen der geringer sowie der höher Qualifizierten festgelegt. Die Entgeltabstände orientieren sich an den Spannweiten, die die Gehalts- und Lohnstrukturhebung ausweist. Differierende Entgeltabstände in Ost und West wurden dabei zugunsten einer einheitlichen Stufung vernachlässigt.

Ob die Bezugsgröße Ost oder West heranzuziehen ist, richtet sich nicht nach dem Wohnort des Arbeitslosen; entscheidend ist vielmehr, für welches Gebiet er der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht. Nur wenn der Arbeitslose ausschließlich in den östlichen Bundesländern eine Beschäftigung aufnehmen kann, ist der fiktiven Berechnung die Bezugsgröße Ost zu Grunde zu legen.<sup>32</sup>

Grundsätzlich ist die fiktive Berechnung nach den Qualifikationsanforderungen und Durchschnittseinkommen vernünftig, da die Ermittlung des tariflichen Arbeitsentgelts einer möglichen Beschäftigung nach § 133 Abs. 4 SGB III bei der Unüberschaubarkeit des Tarifvertragsnetzes und der Vielgestaltigkeit des Arbeitslebens schwierig und nicht frei von Zufällen oder gar Willkür war. Allerdings führt die Neuregelung zu einigen ungerechtfertigt erscheinenden Benachteiligungen.

- Da die Bezugsgröße in Ost und West unterschiedlich hoch ist, sind Arbeitslose in den neuen Bundesländern dann benachteiligt, wenn sie aus persönlichen Gründen auf einen Arbeitsplatz im Osten angewiesen sind, dort aber in Beschäftigungen vermittelt werden können, die in Ost und West tariflich oder tatsächlich gleich bezahlt werden.
- Arbeitslose, die in ihrem Beruf sehr erfolgreich waren und ohne formale Qualifikation aufgestiegen sind, werden als Berufsanfänger behandelt. Das kann zu unberechtigten und für die Beteiligten unverständlichen Anspruchsminderungen führen. Betroffen sind z.B. Personen, die vor der Arbeitslosigkeit Krankengeld oder eine andere Lohnersatzleistung oder Erziehungsgeld u.Ä. bezogen haben. Zwar ist auch in diesen Fällen § 131 Abs. 3 SGB III maßgebend – das höhere Bemessungsentgelt eines früheren Arbeitslosengeldes im Zwei-Jahreszeitraum ist zu berücksichtigen –, die Vorschrift

hilft aber all denen nicht, die nach der Lohnersatzleistung erstmals arbeitslos werden. Dasselbe gilt, wenn die Lohnersatzleistung – z.B. die Zeit des Erziehungsgeldbezugs – länger als 19 Monate bezogen worden ist. Das SG Berlin hat entschieden, dass im Anschluss an den Bezug von Erziehungsgeld eine Benachteiligung der Mutter bei Anwendung von § 132 SGB III durch verfassungskonforme Auslegung zu vermeiden ist.<sup>33</sup> Zumindest sollten die in § 130 Abs. 2 SGB III genannten Ausnahmetatbestände nicht zu Benachteiligungen führen, sondern zu Meistbegünstigungsregelungen umgestaltet werden.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass die fiktive Bemessung im Einzelfall für den Arbeitslosen auch günstiger sein kann als die Berücksichtigung des zuletzt erzielten Arbeitsentgelts, nämlich wenn er sehr schlecht bezahlt worden ist.

Nach einer freiwilligen Versicherung führt die fiktive Berechnung in zweierlei Hinsicht zu bedenklichen Ergebnissen:<sup>34</sup>

- Freiwillig Versicherte zahlen einheitliche Beiträge; diese betragen im Jahr 2006 während der Zeit der Pflege monatlich 15,93/13,42 € (West/Ost), für die übrigen freiwillig Versicherten 39,81/33,56 € (West/Ost) monatlich. Dennoch erhalten sie je nach der Qualifikation des Vermittlungsberufs Arbeitslosengeld in unterschiedlicher Höhe.
- Die Beiträge der freiwillig Versicherten sind gegenüber den Beiträgen der Arbeitnehmer außerordentlich niedrig; beide erhalten aber Leistungen in gleicher Höhe. Das mag für die Pflegepersonen gerechtfertigt sein, im Hinblick auf die übrigen freiwillig Versicherten fehlt es jedoch an einem sachlich einleuchtenden Grund für die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte und die Subventionierung Selbständiger durch Arbeitnehmer.

#### IV. Das Leistungsentgelt

Das Leistungsentgelt wird nicht mehr als das Bemessungsentgelt abzüglich der »bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallenden Abzüge« beschrieben, wohl weil diese Formulierung sich im Zusammenhang mit der Kirchensteuer als gefährlich erwiesen hat.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber definiert das Leistungsentgelt in § 133 Abs. 1 Satz 1 SGB III als das um pauschalierte Abzüge verminderte Bemessungsentgelt. Als Abzüge nennt § 133 Abs. 1 Satz 2 SGB III – wie bisher – einen Betrag für die Sozialversicherungsbeiträge, die bei Arbeitnehmern vom Lohn einbehalten werden, pauschaliert festgesetzt mit 21 % des Bemessungsentgelts, die allgemeine Lohnsteuer nach der für den Arbeitslosen maßgeblichen Steuerklasse und den Solidaritätszuschlag. Die Kirchen-

<sup>33</sup> SG Berlin, Urteil vom 29. Mai 2006 – Gegen die Zulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung mit dem Ergebnis, den eindeutig formulierten § 132 nicht anzuwenden, bestehen gewisse Bedenken.

<sup>34</sup> Vgl. Ulrich Wenner, SozSich 2006 S. 11.

<sup>35</sup> Vgl. BT-Drs. 15/1515 S. 86.

<sup>32</sup> Rolfs in Gagel, SGB III, Stand: Januar 2005, § 132 Rdnr. 12.

steuer wird bei der Ermittlung des Leistungsentgelts nicht mehr berücksichtigt.<sup>36</sup> Leistungsgruppen gibt es nicht mehr. Die Lohnsteuer ist nach der Lohnsteuertabelle, die sich nach dem vom Bundesministerium der Finanzen auf Grund des § 51 Abs. 4 Nr. 1a EStG bekannt gegebenen Programmablaufplan bei Berücksichtigung der Vorsorgepauschale nach § 10c Abs. 2 EStG in dem Jahr, in dem der Anspruch entstanden ist, ergibt. Steuerliche Freibeträge und Pauschalen, die nicht jedem Arbeitnehmer zustehen, sind unbeachtlich (§ 133 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Das war auch bisher so.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber hat dennoch eine Klarstellung für notwendig gehalten.

Die Pauschalierung der Sozialversicherungsbeiträge vermeidet die jährliche Neuermittlung des zu berücksichtigenden Krankenversicherungsbeitrags, der nicht gesetzlich festgesetzt ist, sondern von jeder Krankenkasse bestimmt wird. Bisher war nach § 136 Abs. 2 Nr. 3 SGB III die Hälfte des gewogenen Mittels der am 1. Juli des Vorjahres geltenden allgemeinen Beitragssätze der Krankenkassen zu berücksichtigen. Das entfällt nun. Es ergeben sich aber neue Ansätze zum Streit. Da die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung<sup>38</sup> niedriger ist als die der Renten- und Arbeitslosenversicherung<sup>39</sup> ist zweifelhaft, ob die Belastung der Arbeitnehmer mit Sozialversicherungsbeiträgen mit 21 % angemessen ermittelt ist. Es bleibt auch für viele Arbeitslose das Ärgernis, dass der günstige Beitragssatz ihrer eigenen Krankenkasse bei der Berechnung der Abzüge nicht berücksichtigt wird.

Bei der Ermittlung der Steuerlast und der Sozialversicherungsbeiträge als Rechengröße für die Höhe des Arbeitslosengeldes sind dem Gesetzgeber Pauschalierungen grundsätzlich erlaubt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist er bei der Ordnung von Massenerscheinungen befugt, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen, ohne allein wegen der damit verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen.<sup>40</sup> Das BSG hat bereits wiederholt entschieden, dass bei der Errechnung des Arbeitslosengeldes der Steuerabzug nicht individualisiert werden muss.<sup>41</sup> Dasselbe gilt für die Sozialversicherungsbeiträge. Allerdings wird sich auch hier die Pauschale nicht allzu weit von den tatsächlichen durchschnittlichen Beiträgen fortbewegen dürfen.

## V. Die Leistungstage

Das Arbeitslosengeld wird nach § 134 SGB III für Kalendertage berechnet und gezahlt. Für ganze Kalendermonate

wird Arbeitslosengeld für 30 Tage gezahlt. Mit dieser Regelung soll die Zahlung von Arbeitslosengeld dem Krankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld und Versorgungskrankengeld angepasst werden. Die Bestimmung dient der Vereinfachung, weil für alle Leistungsmonate derselbe Betrag auszuführen ist und bei Pfändungen oder Abzweigungen nicht jeder Monat neu berechnet werden muss; auch ergeben sich beim Wechsel in eine andere Leistung (z.B. Krankengeld) keine Probleme mehr, für welche Tage das Arbeitslosen-Krankengeld zu zahlen ist.<sup>42</sup>

Das für 360 Tage gezahlte Arbeitslosengeld ist für 365 oder 366 Tage bestimmt. Das ist unbedenklich, wenn das Bemessungsentgelt durch Division mit 360 Tagen ermittelt wird. Eine andere Lohnersatzleistung kann sich erst nach Ablauf des Leistungszeitraums anschließen. Durch den Ersatz der Arbeitslosenhilfe durch die Grundsicherung für Arbeitslose nach dem SGB II ist die Frage entschärft, weil Leistungen für die »fehlenden« fünf oder sechs Tage ohnehin nur in Abhängigkeit von der Höhe des Arbeitslosengeldes beansprucht werden können. Auf die Frage, für wie viele Tage die Leistung bestimmt ist, kommt es nicht an.

## VI. Übergangsregelung

Aus § 434j Abs. 5 SGB III ist zu entnehmen, dass für vor dem 1. Januar 2005 entstandene Ansprüche das Bemessungsentgelt nicht neu zu ermitteln ist. Jedoch ist die Leistung auf Tagesbeträge umzurechnen. Ob hierbei der Wochenbetrag durch sieben zu teilen ist oder das Bemessungsentgelt – gerundet oder ungerundet –, geht aus dem Gesetz nicht eindeutig hervor. Das SG Frankfurt/Main<sup>43</sup> hat sich der Meinung der BA angeschlossen, die das ungerundete Bemessungsentgelt durch sieben Tage geteilt und danach den Tagesbetrag ermittelt hat. Das SG Dresden<sup>44</sup> ist dagegen der Meinung, dass beim Übergang vom alten zum neuen Recht das Bruttoarbeitsentgelt des ganzen Jahres durch die tatsächliche Anzahl von Tagen zu teilen ist. Bei den verschiedenen Berechnungsweisen ergeben sich geringe Differenzen, weil die Rundungsbestimmung des § 338 SGB III bei jedem Rechenschritt anzuwenden ist. Das Gesetzesziel der Verwaltungsvereinfachung spricht eigentlich dafür, die Umrechnung in Tagesbeträge durch Teilung des Wochensatzes durch sieben Kalendertage zu erreichen.

36 Das wird mit der Entwicklung der Kirchenzugehörigkeit von Arbeitnehmern begründet (BT-Drs. 15/1515 S. 86).

37 BSG, Urteil vom 27. Juli 1989 – 11/7 RAr 191/87 – SozR 4100 § 111 Nr. 10; Urteil vom 27. Juni 1996 – 11 RAr 77/95 – SozR 3-4100; Urteil vom 24. Juli 1997 – 11 RAr 45/96 – SozR 3-4100 § 111 Nr. 7.

38 2006: 3.937,50 € monatlich Ost und West.

39 2006: 5.250 €/West, 4.400 €/Ost monatlich.

40 Z.B. Beschluss vom 11. Mai 2005 – 1 BvR 368/97, 1304/98, 2300/98 und 2144/00 – SozR 4-2600 § 307a Nr. 3.

41 Siehe FN 37.

42 BT-Drs. 15/1515 S. 86; SG Hamburg, Urteil vom 10. August 2001 – S 21 KR 1489/98 – info also 2002 S. 166. Bei einem Wechsel vom Krankengeld zum Arbeitslosengeld und umgekehrt innerhalb eines Kalendermonats sind Leistungen für insgesamt 30 Tage zu erbringen, so jedenfalls nach der Niederschrift über die Besprechung der Spitzenverbände der Krankenkassen zum Leistungsrecht am 23./24. Februar 2005 in Kassel-Doku-Nr. 514.123/551.21/514.43.

43 SG Frankfurt/Main, Urteil vom 20. Januar 2006, FN 8.

44 SG Dresden, Urteil vom 23. August 2005, FN 22.

# Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform, insbesondere im SGB II

Stephan Rixen\*

## I. Einleitung

In einem der ersten Überblicksaufsätze zum SGB II, der noch vor dessen Inkrafttreten am 1.1.2005 erschien, konnte man lesen: »Einige Auslegungsfragen im SGB II sind noch offen.«<sup>1</sup> Das klingt nicht gerade beunruhigend. Wer schon damals etwas mutiger in der Bewertung war, schrieb immerhin von »verschiedenen Ungereimtheiten«<sup>2</sup> im SGB II. Geradezu draufgängerisch muss es da erscheinen, wenn Ende 2005 ein Richter des Bundessozialgerichts verlauten lässt, dass SGB II gleiche einer »Pandorabüchse von Problemen«.<sup>3</sup> Das klingt nun wirklich beunruhigend. Zeus hatte zum Unheil der Menschen dem Epimetheus eine verführerische Frau, Pandora, geschickt, nachdem der Prometheus den Göttern das Feuer entwendet hatte; Zeus war also zu dieser Zeit nicht gerade guter Stimmung. Trotz der Warnungen seines Bruders Prometheus nahm Epimetheus Pandora zur Frau. Zeus aber hatte Pandora ein Gefäß mitgegeben – die Büchse der Pandora –, worin alle Übel enthalten waren. Als Pandora das Gefäß öffnete, flogen alle Übel heraus und verbreiteten sich über die gesamte Erde. Nur die Hoffnung, so sagt uns der Mythos, blieb in dem Gefäß zurück. Nimmt man den Richter des Bundessozialgerichts beim Wort – und es gibt allen Grund, das Wort eines Bundesrichters ernst zu nehmen –, dann hat der Gesetzgeber uns mit dem SGB II eine Ansammlung von Übeln geschickt, die der Hoffnung vieler arbeitssuchender Menschen einiges zumutet. Ob das auch mit dem Schlüsselbegriff der Erwerbsfähigkeit zusammenhängt, möchte ich nachfolgend versuchen zu klären.

Dabei werde ich von vornherein die spezifisch rechtlich verstandene Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 II SGB II außen vor lassen. Hierbei geht um den »Zugang zum Arbeitsmarkt«<sup>4</sup> für Ausländer, wie er nach dem Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungsrecht reguliert ist. Auch die sog. Erwerbsunfähigkeitsfiktion des § 7 IV SGB II (a.F.) klammere ich aus, wonach Menschen, die für länger als sechs Monate in einer stationären Einrichtung, etwa im geschlossenen Strafvollzug, untergebracht sind<sup>5</sup> oder Rente wegen

Alters beziehen, von vornherein nicht nach SGB II leistungsberechtigt sind. Man spricht auch hier von einer Erwerbsfähigkeitsfiktion,<sup>6</sup> weil für die betroffenen Personen unwiderleglich kraft normativer Anordnung der Ausschluss vom bzw. der Nichtzugang zum Arbeitsmarkt unterstellt wird.<sup>7</sup> Nachfolgend geht es also nur um den Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II und seine Feststellung im Verwaltungsverfahren.

## II. Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform

Die Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe ist ein zentrales Anliegen der Arbeitsmarktreform der letzten Jahre gewesen. Das als »Hartz IV« bekannte Gesetzesprojekt hat dem Grunde nach eine Sozialhilfe für *erwerbsfähige* Menschen (SGB II – Grundsicherung für Arbeitssuchende)<sup>8</sup> und eine Sozialhilfe für *nichterwerbsfähige* Menschen (SGB XII – Sozialhilfe)<sup>9</sup> geschaffen. Zwar sieht das SGB II in § 28 SGB II ein »Sozialgeld« vor, das nicht-erwerbsfähige Angehörige anstelle des Alg II erhalten, sofern sie mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben und keine Grundsicherung nach dem SGB XII erhalten.<sup>10</sup> Es handelt sich jedoch nur um eine begrenzte Ausnahme vom Erfordernis der Erwerbsfähigkeit (als einem Erkennungszeichen des SGB II), denn die Bedarfsgemeinschaft ist um mindestens einen Erwerbsfähigen zentriert, bleibt also auf die Erwerbsfähigkeit bezogen.<sup>11</sup> Auf diese Weise wird die Bedarfsgemeinschaft für das Konzept »Fördern und Fordern« in Dienst genommen,<sup>12</sup> und das heißt konkret: für die *erwerbsfähigen* Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft, etwa im Rahmen einer Eingliede-

\* Schriftliche Grundlage des Vortrags auf dem 4. Kölner Sozialrechtstag am 28. 3. 2006. Der Autor, der die Lehrbefugnis für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Sozialrecht sowie öffentliches Wirtschaftsrecht innehat, vertritt derzeit eine Professur für Öffentliches Recht an der Universität zu Köln (stephan.rixen@uni-koeln.de).

1 Hesse/Lübking, Blätter der Wohlfahrtspflege 1/2004, 7 (10).

2 Wallerath, JZ 2004, 949 (960).

3 Spellbrink, info also 2005, 195 (196).

4 BT-Drucks. 15/1516, 52; hierzu Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II, 2005, § 8 Rn. 41 ff.; s. auch Rixen, ebda., § 10 Rn. 77.

5 Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 34; aus der umfangreichen (weitgehend noch nicht veröffentlichten) (Eil-)Rspr. etwa SG Dortmund, Beschl. v. 1. 3. 2005 – S 27 AS 32/05 ER; SG Würzburg, Beschl. v. 29. 3. 2005 – S 10 AS 27/05 ER;

SG Nürnberg, Beschl. v. 9. 5. 2005 – S 20 SO 106/05 ER; SG Schleswig, Beschl. v. 25. 5. 2005 – S 3 AS 173/05 ER; SG Berlin, Urt. v. 24. 6. 2005 – S 37 AS 907/05; SG Berlin, Beschl. v. 4. 7. 2005 – S 37 AS 4325/05 ER; SG Nürnberg, Beschl. v. 7. 7. 2005 – S 8 AS 170/05 ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 2. 2. 2006 – L 14 B 1307/05 AS ER.

6 Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 33 a.E.: »gesetzliche Fiktion der Nichterwerbsfähigkeit«.

7 Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 36 f.

8 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003, BGBl. I S. 2954; s. außerdem das Kommunale Optionsgesetz vom 30. 7. 2004, BGBl. I S. 2014, das ehrlicherweise als »1. SGB-II-ÄndG« hätte firmieren müssen.

9 Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27. 12. 2003, BGBl. I S. 3022.

10 Vgl. § 7 II 1 SGB II: »Leistungen erhalten auch Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben.« Näher Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 28 Rn. 1 ff.; Spellbrink, ebda., § 5 Rn. 21 ff.; Waibel, ZfF 2005, 49 (55).

11 Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 23.

12 Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 28 Rn. 1.

rungsvereinbarung, in die Pflicht genommen.<sup>13</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass arbeitsuchende Erwerbsfähige in der Regel nur dann eine Chance auf dauerhafte Eingliederung in den Arbeitsmarkt haben, wenn ihr persönliches Umfeld sie darin positiv unterstützt und von eigenen Existenzsorgen halbwegs frei ist.

Wieso ist die Erwerbsfähigkeit ein *Schlüsselbegriff* der Arbeitsmarktreform? Der Begriff der Erwerbsfähigkeit, der im SGB II andauernd in der Formulierung »erwerbsfähiger Hilfebedürftiger« auftaucht, entscheidet wesentlich darüber, wie Eintritt bzw. Wiedereintritt in den Arbeitsmarkt organisiert werden bzw. welches Sozialleistungs- und damit Finanzierungssystem greift. Fehlt die Erwerbsfähigkeit, kommt – vom Sonderfall des Sozialgeldes abgesehen – Hilfeleistung nach dem SGB II nicht in Betracht, und es stellt sich weitergehend die Frage, ob für die hilfebedürftige Person überhaupt noch ein System sozialer Sicherung in Betracht kommt, dass die Fähigkeit, Erwerbsarbeit zu leisten, voraussetzt. Fehlende Erwerbsfähigkeit hat so aber Einfluss darauf, wie Menschen in einer Gesellschaft, in der Erwerbsarbeit die »Achse der Lebensführung«<sup>14</sup> bildet, Zugehörigkeit und soziale Anerkennung erfahren. Das machen die ersten sozialgerichtlichen Entscheidungen deutlich, in denen sich behinderte<sup>15</sup> bzw. schwer kranke<sup>16</sup> Menschen dagegen wehren, als erwerbsunfähig bewertet zu werden. Die besondere Situation behinderter bzw. schwer kranker Menschen, deren »Kampf« um soziale Anerkennung in der gegebenen Gesellschaft typischerweise besonderen Hemmnissen unterliegt, macht damit ein Grundproblem deutlich, dass auch nichtbehinderte bzw. nicht chronisch kranke Menschen trifft: dass das Empfinden, ein sinnvolles Leben zu führen, nicht unwesentlich davon abhängt, arbeiten zu können. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ganz zu Recht in jüngerer Zeit wiederholt betont, dass Arbeitslosigkeit die »Achtung und Selbstachtung«<sup>17</sup> des Arbeitsuchenden gefährde.<sup>18</sup> Das kann aber auch geschehen, wenn jemandem gegen seinen Willen<sup>19</sup> bescheinigt wird, erwerbsunfähig zu sein, denn damit wird ihm oder ihr die Chance genommen, Selbstachtung mittels Erwerbsarbeit zu erfahren.

Der Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des SGB II hat aber auch deshalb genauere Aufmerksamkeit verdient, weil die Bedeutung des SGB II tendenziell zunehmen dürfte – sofern die Lage auf dem Arbeitsmarkt so bleibt, wie sie ist. Die zunehmende Zahl prekärer Beschäftigungsverhältnisse und die damit einhergehende Erosion des Normalarbeitsverhältnisses erschweren den Zugang zur »regulären« Arbeitsförderung des SGB III.<sup>20</sup> Der Gesetzgeber des SGB III verschließt bewusst die Augen vor der Realität fragmentierter Erwerbsbiographien. Je kürzer Beschäftigungen andauern und je häufiger sich Beschäftigungszeiten mit Phasen der Erwerbslosigkeit abwechseln, desto schwieriger wird es nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, in der Rahmenfrist von nunmehr regelmäßig nur noch zwei Jahren 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden zu haben, um Arbeitslosengeld zu erhalten.<sup>21</sup> In diese vom SGB-III-Gesetzgeber bewusst geschaffene Lücke stößt das SGB II.<sup>22</sup> Bleibt es insbesondere bei der hohen Arbeitslosigkeit Jugendlicher bzw. junger Menschen, denen der Ersteintritt in den Arbeitsmarkt verwehrt bleibt – von der Aufnahme eines traditionellen »Normalarbeitsverhältnisses« ganz zu schweigen –, dann wird das SGB II in Zukunft immer mehr zum eigentlichen Arbeitsförderungsgesetz, und der Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II wird immer wichtiger.

### III. Begriff der Erwerbsfähigkeit i.S. des § 8 I SGB II

#### 1. Begriffsklärung

Was unter Erwerbsfähigkeit zu verstehen ist, thematisiert das SGB II in § 8 I. Erwerbsfähig ist danach, »wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.« In der Literatur steht außer Streit, dass diese Formulierung Folge eines redaktionellen Versehens ist,<sup>23</sup> das man spontan möglicherweise gar nicht erkennt, weil man stillschweigend das eigentlich Gemeinte versteht. Bei den Beratungen im Vermittlungsausschuss, der die geltende Fassung des § 8 I SGB II zu verantworten hat,<sup>24</sup> haben sich die Beteiligten nämlich in einer doppelten Verneinung verheddert und dabei einmal das Wörtchen »nicht« aus dem Blick verloren.<sup>25</sup> Richtigerweise muss es deshalb heißen: Erwerbsfähig ist, wer *nicht* wegen Krank-

13 Vgl. § 15 II SGB II; zur Problematik dieser Regelung Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 15 Rn. 17 ff.

14 Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 220.

15 Vgl. SG Stuttgart, Beschl. v. 29. 9. 2005 – S 21 SO 5122/05 ER –, juris, Rn. 19.

16 Vgl. LSG Hamburg, Beschl. v. 22. 3. 2005 – L 3 B 46/05 ER SO –, juris, Rn. 3.

17 BVerfGE 100, 271 (284); 103, 293 (307); s. auch die beeindruckende abweichende Meinung des Richters Kruis, BVerfGE 98, 169 (217 f.); instruktiv auch LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, 81 (87 f. [unter V. 3. b.] – »Wal-Mart«.

18 Zum grundrechtlichen Hintergrund Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 10 Rn. 20 ff.; s. auch Steiner, NZA 2005, 657 ff.

19 Natürlich gibt es auch unter Geltung des SGB II »Fälle«, in denen sich Menschen wünschen, als erwerbsunfähig qualifiziert zu werden, vgl. etwa SG Oldenburg (in Oldenburg), Beschl. v. 26. 1. 2005 – S 2 So 16/05 ER –, info also 2005, 83 (83); SG Hamburg, Beschl. v. 16. 3. 2006 – S 53 SO 84/05 ER –, juris, Rn. 4. Dahinter dürfte aber häufig nur die Absicht stehen, bestimmte vom SGB II nicht, aber im SGB XII vorgesehene Hilfen zu erhalten, was die fehlende Erwerbsfähigkeit (vgl. insb. § 21 S. 1 SGB XII) voraussetzt.

20 Das Statistische Bundesamt hat jüngst darauf hingewiesen, dass die Abnahme der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse in den Jahren 2004 und 2005 für die These einer Erosion des Normalarbeitsverhältnisses spreche, vgl. den Bericht der FAZ, Nr. 72 vom 25. 3. 2006, S. 12 zu einem Pressegespräch des Statistischen Bundesamtes über neue Fakten zur Dynamik des Arbeitsmarktes aus der ILO-Arbeitsmarktstatistik, dazu [http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2006/ilo\\_b.htm](http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2006/ilo_b.htm) (abgerufen am 27. 3. 2006).

21 Vgl. §§ 123, 124 SGB III.

22 Zur Abgrenzung von SGB II und SGB III s. auch § 22 IV SGB III.

23 Eingehend Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 26.

24 BT-Drucks. 15/2259, 2.

25 Die Vorschrift ist in der Tat »sprachlich wenig geglückt«, so Reinhard, in: Kruse/Reinhard/Winkler, SGB II, 2005, § 8 Rn. 3.

heit oder Behinderung auf *nicht* absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.<sup>26</sup> Erwerbsfähig ist demnach, wer gesundheitlich in der Lage ist, unter den Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes noch mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig sein kann, und zwar auf absehbare Zeit. Es geht mithin, wenn von Erwerbsfähigkeit im Sinne des SGB II die Rede ist, um ein bestimmtes, allein vom Gesundheitszustand abhängiges Restleistungsvermögen, das ein einem bestimmten zeitlichen Umfang (drei Stunden in absehbarer zeitlicher Perspektive) und bezogen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt dazu befähigt, Erwerbsarbeit zu leisten.

Damit stellt sich die Frage, wie die aufeinander aufbauenden Begriffsmerkmale auszulegen sind, also wie »Krankheit« und »Behinderung« begriffen werden muss, wie der Zeitraum »auf nicht absehbare Zeit« zu verstehen ist und vor allem, was es bedeutet, wenn von den »üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes« die Rede ist. Was das Verständnis der Begriffsmerkmale erschwert, ist ein Satz in den Gesetzesmaterialien. Er lautet: »Die Regelung lehnt sich an § 43 Abs. 2 Satz 2 des Sechsten Buches an.«<sup>27</sup> Wie weit reicht diese Anlehnung an die begrifflichen Unterscheidungen des Rentenversicherungsrechts zur vollen Erwerbsminderung, die in § 43 II 2 SGB VI definiert wird?

## 2. Die einzelnen Begriffsmerkmale des § 8 I SGB II

### a) Auf nicht absehbare Zeit

Das Merkmal »auf nicht absehbare Zeit« meint, dass jemand gegenwärtig oder voraussichtlich innerhalb von sechs Monaten erwerbstätig sein kann.<sup>28</sup> Das lässt sich aus dem Vergleich mit den ursprünglichen Fassungen des § 8 I SGB II rückschließen, die auf doppelte Verneinungen noch verzichtet hatten.<sup>29</sup>

Dass eine Sechs-Monats-Frist gemeint ist, bestätigt auch der Blick in § 7 IV SGB II, wonach Leistungen nach dem SGB II insbesondere diejenigen erhalten, die für länger als sechs Monate in einer stationären Einrichtung untergebracht sind.<sup>30</sup> Der Sache nach entstammt die Sechs-Monats-Frist dem Rentenversicherungsrecht, wo eine befristete Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nicht zu leisten ist, wenn die verminderte Erwerbsfähigkeit innerhalb von sechs Monaten behoben werden kann.<sup>31</sup> Dies wiederum

wird in § 43 II 2 SGB VI gleichsam hineingelesen, und § 8 I SGB II lehnt sich daran an.

D.h.: Die Erwerbsfähigkeit muss *nicht* mindestens sechs Monate bestehen.<sup>32</sup> Es geht nur für den Fall, dass jemand *gegenwärtig* nicht erwerbsfähig ist, um eine *Prognose*: Nur wer danach mehr als sechs Monate gesundheitlich außerstande ist, drei Stunden täglich Erwerbsarbeit zu leisten, ist erwerbsunfähig.<sup>33</sup> Und umgekehrt: Fehlt jemandem akut wegen Krankheit oder Behinderung die Erwerbsfähigkeit, ist aber absehbar, dass er oder sie innerhalb von sechs Monaten die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich, also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, wieder erlangen wird, dann ist er oder sie erwerbsfähig.<sup>34</sup>

Vor diesem Hintergrund sind etwa die in den Medien skandalisierten Fälle angeblicher Koma-Patienten, die für erwerbsfähig erklärt worden seien, differenziert zu betrachten: Handelt es sich um komatöse Zustände, die nur wenige Tage oder Wochen anhalten, dann steht dieses kurzzeitige Koma, das z.B. auch aus therapeutischen Gründen künstlich hergestellt werden kann, *als solches* der Erwerbsfähigkeit nicht entgegen. Selbstverständlich gibt es auch Koma-Zustände, die bei sorgfältiger Prognose länger als sechs Monate andauern werden;<sup>35</sup> Erwerbsfähigkeit ist dann – selbstverständlich – ausgeschlossen. Allerdings dürfte klar sein, dass ein Koma nach aller Erfahrung nicht der Hauptanwendungsfall von »Krankheit« und »Behinderung« sein wird, der über die Erwerbsfähigkeit entscheidet.

### b) Funktionsbeeinträchtigungen wegen Krankheit oder Behinderung

Die Begriffe »Krankheit« und »Behinderung« finden sich ebenfalls in der Vorbildnorm des § 8 I, dem § 43 II 2 SGB VI. Unter »Krankheit« wird ein regelwidriger körperlicher, geistiger oder seelischer Zustand verstanden.<sup>36</sup> Damit wird im Kern auf den Stand der medizinischen Erkenntnisse verwiesen, also die dort praktizierte Anerkennung von Zuständen als krankhaft. Verdachtsdiagnosen sind keine Krankheit: Die Krankheit muss aktuell vorhanden sein; dass sie droht, genügt nicht.<sup>37</sup> Allerdings wird zumindest in Grenzfällen deutlich, dass der Krankheitsbegriff im Kern wertungsabhängig ist, was insbesondere bei Zuständen eine Rolle spielt, hinsichtlich deren sich in der medizinischen Praxis die Anerkennung als Krankheit noch nicht durchgesetzt hat und die dann juristisch bewertet werden.<sup>38</sup> Man denke etwa an körperliche Anomalien<sup>39</sup> oder

26 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 27.

27 BT-Drucks. 15/1516, 52; s. auch den Ausschussbericht, BT-Drucks. 15/1749, 31: »enge Anlehnung an die Regelung der Erwerbsunfähigkeit in § 43 Abs. 2 SGB VI«.

28 Vgl. die Gesetzesbegr., die auf »die bestehende bzw. die voraussichtlich innerhalb von sechs Monaten vorliegende Erwerbsfähigkeit« abstellt, BT-Drucks. 15/1516, 52.

29 Vgl. die Fassung im Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/1516, 11 (mit bestätigender Begr. auf S. 52) sowie die Fassung in der Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 15/1728, 172.

30 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 28.

31 Vgl. § 101 I SGB VI; dazu Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 28; s. auch Köbl, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 3, 1999, § 21 Rn. 44.

32 Löschau/Marschner, Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, 2004, Rn. 232 a.E.

33 Brühl, LPK-SGB II, 2005, § 8 Rn. 14.

34 Löschau/Marschner (Fußn. 32), Rn. 232 a.E.

35 Hierzu aus medizinischer Sicht Nacimiento und Zieger, in: Höfling (Hrsg.), Das sog. Wachkoma, 2005, S. 29 ff., S. 49 ff. – jew. m. weit. Nachw.

36 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 20; s. auch Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 155 ff. – jew. mit. weit. Nachw.

37 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 22.

38 In diesem Sinne auch – mit Blick auf den nicht primär medizinischen, sondern auf Teilhabemöglichkeit abzielenden Behinderungsbegriff des SGB IX – Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 (202).

das Phänomen des Analphabetismus.<sup>40</sup> Die Behandlungsbedürftigkeit des Zustands ist, anders als etwa in der gesetzlichen Krankenversicherung,<sup>41</sup> für die Rentenversicherung ohne Belang. Gleiches gilt für § 8 I SGB II.<sup>42</sup>

Es geht bei all dem allerdings *nicht* um die abstrakte Ermittlung von Krankheiten, sondern um die Ermittlung konkreter aus der Krankheit resultierender Funktionsbeeinträchtigungen, die die Erwerbsfähigkeit in qualitativer Hinsicht einschränken. Es geht, genauer, um (*sozial-)medizinisch* geprägte Unterscheidungen, die im Rentenversicherungsrecht seit langem anerkannt sind. In qualitativer Hinsicht müssen danach ein positives und ein negatives Leistungsbild erkennbar werden, also die gesundheitlich bedingten Fähigkeiten zur Erwerbsarbeit, über die der oder die Betroffene noch verfügt.<sup>43</sup> Die sozialmedizinischen Auskünfte zum *positiven Leistungsbild* müssen sich beziehen

- auf die noch auszuhaltende Arbeitsschwere (körperlich leichte, leichte bis mittelschwere und schwere Arbeiten),
- auf die Arbeitshaltung (ständig, überwiegend oder zeitweise im Stehen, Gehen oder Sitzen) und
- auf die Arbeitsorganisation (Tag, Früh-/Spät- oder Nachtschicht).<sup>44</sup>

Das *negative Leistungsbild* fokussiert die Funktionsbeeinträchtigungen, also die gesundheitlich bedingten Einschränkungen der Fähigkeit, Erwerbsarbeit zu leisten. Die sozialmedizinischen Auskünfte müssen sich beziehen auf

- die geistig-psychische Belastbarkeit (z.B. Konzentrationsvermögen),
- die Sinnesorgane (z.B. Seh-, Hör- und Tastvermögen),
- den Bewegungs- und Haltungsapparat (z.B. die Gebrauchsfähigkeit der Hände) sowie
- Gefährdungs- und Belastungssituationen (z.B. Nässe oder Allergien).<sup>45</sup>

Der Behinderungsbegriff potenziert nun gleichsam den Krankheitsbegriff. Menschen sind »behindert«, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelischer Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist – so § 2 I 1 SGB IX. Die Erwähnung der Sechs-Monats-Phase ist von der Sechs-Monats-Phase, die mit dem Merkmal »auf nicht absehbare Zeit« erfasst wird, abzugrenzen. Es handelt sich nicht um eine Wiederholung, die dasselbe meint.<sup>46</sup> Die Sechs-Monats-

Phase als Teil des Behinderungsbegriffs bezeichnet einen zeitlich verfestigten, also einen besonders tiefgreifenden, einen chronifizierten Krankheitszustand, der sich unter dem Aspekt der Teilhabe an der Gesellschaft negativ auswirkt.<sup>47</sup> Eine *andere* Frage ist aber, ob jemand gerade *wegen* dieser Behinderung gegenwärtig nicht in der Lage ist bzw. nicht innerhalb von sechs Monaten drei Stunden fähig werden wird, Erwerbsarbeit zu leisten.<sup>48</sup>

Dieses Kausalitätserfordernis (»wegen«) kommt im Wortlaut des § 8 I SGB II deutlich zum Ausdruck. Mit anderen Worten: Es kommt allein und entscheidend auf die gesundheitliche Lage an, wie sie sich mithilfe der Begriffe Krankheit und Behinderung erfassen lassen. Die »Behinderung« oder die »Krankheit« – genauer: die von ihnen ausgehenden Funktionsbeeinträchtigungen – müssen somit im Sinne der sozialrechtlichen Theorie der wesentlichen Bedingung die wesentliche Ursache für den Eintritt der Erwerbsunfähigkeit sein.<sup>49</sup> Allerdings ist im Lichte der Vorgaben des SGB IX zu fragen, ob Funktionsbeeinträchtigungen behinderter Menschen kompensiert werden können, etwa durch eine Arbeitsassistenz.<sup>50</sup> Beruht das Unvermögen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, dagegen »wesentlich« auf anderen Faktoren, ist dies im Hinblick auf § 8 I SGB II irrelevant.<sup>51</sup> Unbeachtliche Ursachen sind daher z.B. mangelnde Sprachkenntnisse oder das Erreichen einer für einen bestimmten Beruf vorgesehenen Altersgrenze,<sup>52</sup> sofern nicht das 65. Lebensjahr erreicht ist, denn dann fehlt es von vornherein, nämlich nach § 7 I 1 Nr. 1 SGB II, an der Berechtigung, Leistungen nach dem SGB II zu beanspruchen.<sup>53</sup> Unbeachtlich für die Erwerbsfähigkeit sind insbesondere alle Umstände, die »nur« zur Unzumutbarkeit einer Tätigkeit gemäß § 10 SGB II führen können.<sup>54</sup>

### e) Mindestens drei Stunden

Die Formulierung »mindestens drei Stunden« bezieht sich auf die quantitativen Einschränkungen, die aus der gesundheitlichen Lage resultieren. Es geht um den zeitlichen Um-

39 Vgl. BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr. 3; Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 20.

40 Vgl. BSG, SozR 3-2200 § 1246 Nr. 62 = NZS 1999, 302 (304); BSG, SozR 4-2600 § 44 Nr. 1 = Breith. 2005, 309; s. auch Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 20.

41 Rixen (Fußn. 36), S. 155 ff. mit weit. Nachw.

42 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 21.

43 Vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 10 ff.; Brühl, in: LPK-SGB II (Fußn. 33), § 8 Rn. 6 ff.

44 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 12.

45 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 23.

46 So aber offenbar Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 23.

47 Zur Bedeutung dieser Auswirkungen, die vom Rechtsbegriff »Behinderung« erfasst werden, vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 23.

48 In diesem Sinne auch Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 (202).

49 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 24; zuseh. hierzu – unabh. vom SGB II – Erlenkämper, in: ders./Fichte, Sozialrecht, 5. Aufl. 2003, S. 61 ff.

50 § 33 VI 1 Nr. 3 SGB IX; s. hierzu und anderen Teilhabe ermöglichenden Instrumenten Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 (202); Man muss m.E. die Rechtslage so verstehen (vgl. § 7 S. 1 SGB IX), dass das SGB II den Rückgriff auf die ergänzenden besonderen Leistungen des SGB IX nicht sperren will.

51 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 24; Brühl, wohnungslos 1/2004, 1 (3): Gesundheitszustand ist das »maßgebliche Kriterium«.

52 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 21, 25.

53 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 21. – Man könnte auch insofern von einer Erwerbsunfähigkeitsfiktion sprechen, allerdings wird der Begriff bislang anderen Konstellationen vorbehalten, dazu oben im Text nach Fußn. 4.

54 Vgl. zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Unzumutbarkeitsgrund Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 10 Rn. 47 ff. – Man kann die Erwerbsfähigkeit, weil sie auf sehr grundlegender Ebene die Belastbarkeit definiert, als »verdecktes Zumutbarkeitskriterium« (Kruse, ZIAS 2003, 301, 305) bezeichnen.

fang, in dem eine Tätigkeit entsprechend dem positiven und dem negativen Leistungsbild (noch) ausgeübt werden kann.<sup>55</sup> Das SGB II verlangt hier vergleichsweise wenig, nämlich die Fähigkeit, drei Stunden täglich Erwerbsarbeit zu verrichten. Je nach qualitativer Einschränkung wird eine quantitative Einschränkung mehr oder weniger nahe liegen, allerdings müssen bestimmte qualitative Einschränkungen nicht zwingend eine bestimmte quantitative Einschränkung zur Folge haben. Ein solcher Automatismus scheidet schon deshalb aus, weil die gesundheitliche Belastbarkeit von Menschen unterschiedlich ausfällt.<sup>56</sup> Aus Sicht des Rentenversicherungsrechts bedeutet die Drei-Stunden-Grenze im Übrigen, dass rentenrechtlich teilweise erwerbsgeminderte Personen, die nur noch über ein Leistungsvermögen von drei bis sechs Stunden täglich verfügen, im Sinne des SGB II durchaus erwerbsfähig sind.<sup>57</sup>

#### d) Übliche Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes

Am meisten Probleme in der Literatur und der noch kargen Rechtsprechung der Sozialgerichte bereiten die Worte »unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes«. Zumindest dem Wortlaut lehnt sich § 8 I SGB II auch mit dieser Formulierung an § 43 II 2 SGB VI an. Wie dort geht es zunächst darum, dass Bezugsgröße des Restleistungsvermögens nicht Arbeitsplätze auf *besonderen* Arbeitsmärkten sein dürfen, wie sie insbesondere in Werkstätten für behinderte Menschen, bei Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen oder »Ein-Euro-Jobs« zur Verfügung stehen.<sup>58</sup> Es geht um den allgemeinen Arbeitsmarkt der Arbeitsverhältnisse, auf dem unselbständige Erwerbsarbeit gegen nicht bloß geringfügiges,<sup>59</sup> insbesondere nicht lohnwucherisches<sup>60</sup> Entgelt verrichtet wird.

Der Arbeitsplatz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt muss sich durch »übliche Bedingungen« auszeichnen. Es darf also Arbeitsplätze nicht nur in Einzel- oder Ausnahmefällen geben, sondern sie müssen »in nennenswertem Umfang«<sup>61</sup> existieren, wie die Durchführungshinweise der BA unter Rückgriff auf entsprechende Formulierungen zum Rentenrecht betonen. Inwieweit hierbei die rentenversicherungsrechtliche Rechtsprechung zur sog. Verschlossenheit des Arbeitsmarktes beachtet werden muss oder darf,<sup>62</sup> ist allerdings heiß umstritten:

Nach einer Auffassung in der Literatur sollen diese insbesondere auf die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes rekurrierenden Unterscheidungen des Rentenversicherungsrechts im Rahmen des SGB II schlechterdings unbeachtlich sein.<sup>63</sup> Dahinter steht zum einen die Vorstellung, dass das SGB II wegen seiner in § 1 I 4 Nr. 2 betonten Absicht, die Erwerbsfähigkeit zu erhalten, zu verbessern und wiederherzustellen, seinen Begriff der Erwerbsfähigkeit restriktiver fassen müsse als das Rentenversicherungsrecht. Zugespielt ausgedrückt: Das SGB II erschwere – so diese Auffassung – mit Blick auf die Regelungsabsicht, Erwerbspotenziale zu erschließen, bewusst den »Ausweg« in die Erwerbsunfähigkeit.<sup>64</sup> Überwiegend wird jedoch das Gegenteil angenommen, dass nämlich die rentenversicherungsrechtlichen Unterscheidungen zur Verschlossenheit des Arbeitsmarktes durchaus heranzuziehen seien. Der argumentative Weg fällt allerdings unterschiedlich aus. Zum Teil geht man davon aus, dass die identische Wortwahl von § 8 I SGB II und § 43 II 2 SGB VI als stillschweigender Verweis auf alle rentenversicherungsrechtlichen Unterscheidungen zu verstehen sei;<sup>65</sup> so lassen sich auch die Durchführungshinweise der BA verstehen.<sup>66</sup> Zum Teil wird zwar zunächst die eigenständige Begrifflichkeit des § 8 I SGB II hervorgehoben, aber dann empfohlen, sich an der rentenversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zur Verschlossenheit des Arbeitsmarktes zu orientieren.<sup>67</sup> Zugleich wird aber betont, dass diese Orientierung restriktiv gehandhabt werden müsse,<sup>68</sup> weil es der Betrachtungsweise, die nur die gesundheitliche Lage in den Blick nehme, eigentlich widerspreche, eine Verschlossenheit des Arbeitsmarktes anzunehmen, denn das SGB II wolle ja gerade diese Verschlossenheit der Arbeitsmärkte aktiv aufbrechen.<sup>69</sup> Damit ist diese Variante nicht mehr so weit entfernt von der Auffassung, die der Arbeitsmarktverschlossenheit des Rentenrechts (als § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VI interpretatorisch unterlegte Ausnahmeregelung) überhaupt keine Bedeutung zumisst.

Was tun? Ich meine, dass der Verweis auf die dezidierte Absicht des Gesetzgebers, Erwerbspotenziale zu generieren, durchaus für einen eigenständigen Erwerbsfähigkeitsbegriff im SGB II spricht. Allerdings meine ich auch, dass sich der Streit darüber *auf der Anwendungsebene* entschärfen lässt. Dazu müsste man das, was im Rahmen des § 8 I

55 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 14.

56 Vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 14.

57 Geiger, in: Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch Sozialrecht, 2. Aufl. (2005), § 15 Rn. 34.

58 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 34; Löschau/Marschner (Fußn. 32), Rn. 236 f.; Brühl/Schoch, in: LPK-SGB XII, 7. Aufl. (2005), § 41 Rn. 12.

59 BSGE 67, 1 (4) mit weit. Nachw.

60 Dazu allg. Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 10 Rn. 90 ff.

61 Durchführungshinweis 8. 3 (zu § 8 SGB II), zit. nach Brühl/Hofmann (Hrsg.), Durchführungshinweise der BA für die Anwendung des SGB II, Stand: Mai 2005.

62 BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr. 8; die Kriterien sind auch auf § 43 SGB VI in seiner geltenden Fassung anwendbar, vgl. BSG, Beschl. v. 10. 7. 2002 – B 13 RJ 101/02 B, juris, Rn. 7 = SozSich 2004, 36 (LS); BSG, Beschl. v. 27. 2. 2003 – B 13 RJ

215/02 B, juris, Rn. 12; s. auch Stichnoth/Wiechmann, DAngVers 2001, 53 (55 a.E.); Joussen, NZS 2002, 294 (297).

63 Löschau, DAngVers 2005, 20 (24); so offenbar auch Brand, Hartz IV – Mein Recht auf Arbeitslosengeld II, 2005, S. 31.

64 Allg. zu diesem Gedanken Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 7, 28, 30 a.E.; Spellbrink, ebda., § 5 Rn. 19, 23 a.E.

65 Heller/Stosberg, DAngVers 2004, 100 (106); Valgolio, in: Hauck/Noftz/Voelzke, SGB II, Stand: März 2006, § 8 Rn. 5a; Voelzke, ebda., Einführung, Rn. 220; Waltermann, Sozialrecht, 5. Aufl. (2005), Rn. 453f.; Brühl, in: LPK-SGB II (Fußn. 33), § 8 Rn. 18 ff.; Löns, in: Löns/Herold-Tews, SGB II, 2005, § 8 Rn. 2 f.; in diesem Sinne auch Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf (Hrsg.), SGB XII, 2005, § 41 Rn. 1 a.E.: »passgenaue(s) Scharnier«.

66 Vgl. die Durchführungshinweise 8. 1 und 8. 4 (zu § 8 SGB II), zit. nach Brühl/Hofmann (Fußn. 61).

67 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 2 a.E., 7, 30 ff.; so auch – allerdings nur hilfsweise – Voelzke, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Fußn. 65), Einführung 220 a.E.

68 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 30 a.E.

69 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 37.

SGB II mit »üblichen Bedingungen« gemeint ist, stärker auf die zeitliche Dimension des Restleistungsvermögens beziehen, also auf die Fähigkeit, zu mindestens täglich dreistündiger Erwerbsarbeit. Zu fragen ist zunächst, ob es generell Arbeitsplätze gibt, auf denen Menschen noch drei Stunden erwerbstätig sein können. Sodann ist zu fragen, ob solche Arbeitsplätze auch für Personen mit dem Gesundheitszustand des Betroffenen generell zur Verfügung stehen (also nicht, ob der Betroffene auch eine Chance hätte, einen solchen Arbeitsplatz in Konkurrenz mit anderen Interessenten zu erlangen). In Relation zum Gesundheitszustand kann es solche Tätigkeiten u.U. gerade *nicht* geben, und die Rechtsprechung zum Rentenversicherungsrecht kann ein Leitfadensein, um das Ausmaß der gesundheitlichen Belastbarkeit bzw. der Funktionsbeeinträchtigungen genau zu bestimmen. Geht man so vor, dann wahrt man die begriffliche Eigenständigkeit des Erwerbsfähigkeitsbegriffs des SGB II, ohne das argumentative Potential der rentenversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zu vernachlässigen.

Ich sehe sehr wohl, dass dies einstweilen, jedenfalls solange wir kaum Hauptsache-Rechtsprechung zu § 8 I SGB II haben, zu einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen führen wird, denn es bedarf einer sorgfältigen Analyse des Arbeitsmarktes, die ständig aktualisiert werden müsste, zumal (informelle) Übersichten, auf die zurückgegriffen werden könnte, bislang nicht vorliegen.<sup>70</sup> Es ist jedenfalls missverständlich, wenn es in der Literatur heißt, jede nur erdenkliche, erlaubte Tätigkeit sei auszuüben,<sup>71</sup> denn dabei kommt der Bezug zum konkreten Gesundheitszustand zu kurz.<sup>72</sup> Gleichwohl ist es nicht unplausibel, wenn es in der Literatur mit Blick auf die Absicht des SGB II, Erwerbspotenziale zu erschließen, heißt, angesichts des bloß dreistündigen Leistungsvermögens werde es letztlich wohl nur wenige erwerbsunfähige Hilfebedürftige geben<sup>73</sup> – was Erwerbsunfähigkeit in der Rechtswirklichkeit wohl zum Ausnahmefall machen wird.<sup>74</sup>

Man kann, entsprechend der rentenrechtlichen Rechtsprechung zur sog. Verweisungstätigkeit, nicht generell annehmen, dass eine grundsätzliche Pflicht bestehe, in Frage

kommende Tätigkeiten zu benennen.<sup>75</sup> Bekanntlich nimmt das Bundessozialgericht aber an, dass zumindest dann – ausnahmsweise – eine Verweisungstätigkeit benannt werden müsse, wenn eine Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen vorliege bzw. schwere spezifische Leistungsbehinderungen vorlägen.<sup>76</sup> Überträgt man das sinngemäß in den Kontext des SGB II, dann wird man eine Pflicht zur Benennung wenigstens *einer* Tätigkeit zumindest dann annehmen müssen, wenn die Erwerbsfähigkeit gerade die Drei-Stunden-Grenze erreicht bzw. nicht weit von ihr entfernt ist (z.B. bei einer nur vierstündigen Belastbarkeit). In diesen Fällen offenbar nachhaltig leistungseingeschränkter Personen dürften die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verfügbaren Tätigkeiten nicht so leicht erkennbar sein. *Nochmals*: Es ist nicht damit getan, zu behaupten, es müsse jede erdenkliche, auch gering qualifizierte, ungelernete oder leicht erlernbare Tätigkeit ausgeübt werden.<sup>77</sup> Wenn es diese Tätigkeiten tatsächlich auch für Personen gibt, die die Drei-Stunden-Grenze nur leicht überschreiten, dürfte es eigentlich keine Probleme bereiten, mindestens eine Tätigkeit zu benennen, die in Betracht kommt. Dazu ist der Leistungsträger – *allerdings nur in diesen Grenzfällen* – auch verpflichtet.

Zusammengefasst bedeutet das: Die Erwerbsfähigkeit des § 8 I SGB I übernimmt aus Gründen, die im Regelungsplan des SGB II liegen, nicht die aus dem Rentenversicherungsrecht bekannte Konstruktion zum verschlossenen Arbeitsmarkt. Denn – so das Bayerische LSG –: »Die in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 1 SGB II angesprochene ›Anlehnung‹ an § 43 SGB VI bedeutet ausschließlich, dass einzelne Tatbestandsmerkmale des § 43 SGB VI in § 8 Abs. 1 SGB II übernommen wurden.«<sup>78</sup> § 8 I SGB II hat also nur eine gesetzessprachliche Anleihe gemacht, ohne sich damit auch die von der Rechtsprechung geschaffene (und vom Gesetzgeber des SGB VI respektierte)<sup>79</sup> Lesart des § 43 II 2 SGB VI in jeder Hinsicht zu Eigen zu machen. Die Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II ist ein eigenständiger Rechtsbegriff.<sup>80</sup> Die Erwerbsfähigkeit des § 8 I SGB II zielt nur auf ein gesundheitliches *Restleistungsvermögen* zur Verrichtung von Erwerbsarbeit – Akzent auf »Rest« –, das auf dem Arbeitsmarkt aktiviert werden soll.

70 Vgl. – zum Erwerbsminderungsrentenrecht – Gagel, SozSich 1997, 339 (341).

71 So Brand (Fußn. 63), S. 38; Löschau/Marschner (Fußn. 32), Rn. 235; so auch – mit Blick auf § 43 SGB VI – Flecken, in: Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (Hrsg.), Übersicht über das Sozialrecht, 2004, S. 219 (250 [Rn. 115]); Eichenhofer, Sozialrecht, 5. Aufl. (2004), Rn. 319 (S. 175). Vorbild ist offensichtlich eine – allerdings aus dem Kontext gelöste – Formulierung in der Gesetzesbegr. zu § 43 SGB VI i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000 (BGBl. I S. 1827), BT-Drucks. 14/4230, S. 25: »jede nur denkbare Tätigkeit, die es auf dem Arbeitsmarkt gibt«.

72 Es geht um »das sich aus der Diagnose im konkreten Einzelfall ergebende Leistungsvermögen«, so Müller-Gazurek, FPR 2005, 466 (467).

73 Reinhard, in: Kruse/Reinhard/Winkler (Fußn. 25), § 8 Rn. 6 (S. 70 a.E.).

74 Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 (202 a.E.).

75 Diese Frage wird, soweit ersichtlich, kaum diskutiert; s. aber Baczko, Hartz IV und Arbeitslosengeld II – Das sind Ihre Rechte, 2004, S. 92, der eine Benennungspflicht strikt ausschließt.

76 Vgl. BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr 8; Niesel, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherung, Stand: Januar 2006, § 43 SGB VI Rn. 47; Marschang, Verminderte Erwerbsfähigkeit, 2002, S. 55 ff. – jew. mit weit. Nachw.

77 Vgl. Valgolio, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Fußn. 65), § 8 Rn. 16.

78 BayLSG, Urt. v. 26. 7. 2005 – L 6 R 684/04 –, juris, Rn. 30 a.E. = Breith. 2005, 933 (938).

79 S. die Ausführungen, insb. den expliziten Verweis auf BSGE 80, 24 (34), in der Begr. zu § 43 SGB VI i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000 (BGBl. I S. 1827), BT-Drucks. 14/4230, 25.

80 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11: »eigene Einfärbung«; »Beurteilungsmaßstäbe (...) nicht notwendigerweise kongruent«; Hammel, Zu den Auswirkungen des SGB II und des SGB XII auf die Wohnungslosenhilfe, 2005, S. 21: »eine ein Stück weit eigenständige Umschreibung des Begriffs der Erwerbsfähigkeit«; Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 (201): »der Begriff der Erwerbsfähigkeit in § 8 SGB II (wird) eine eigene, zum Teil abweichende Entwicklung nehmen«.

Das wirft natürlich die Frage auf, ob diese Sichtweise zu Problemen im Rahmen des Einigungsstellenverfahrens führen kann, wo SGB-II-Leistungsträger und Rentenversicherungsträger sich über die Erwerbsfähigkeit auseinandersetzen; ich komme darauf sogleich zurück.<sup>81</sup>

#### IV. Feststellung der Erwerbsfähigkeit

##### 1. Kein gesonderter Feststellungsbescheid über die Erwerbsfähigkeit

Über die Erwerbsfähigkeit wird im SGB II nicht isoliert und eigenständig, etwa durch Feststellungsbescheid, entschieden, sondern im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens, das mit dem Antrag auf Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II beginnt. Der Bewilligungsbescheid stellt inzidenter die gegebene Erwerbsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung namentlich für Alg II fest; der ablehnende Bescheid stellt ggf. inzidenter das Fehlen von Erwerbsfähigkeit fest.<sup>82</sup>

##### 2. Medizinische Informationen im Rahmen des Sozialverwaltungsverfahrens

Da Alg II nur auf Antrag gewährt wird,<sup>83</sup> spielt der Antrag für den Fortgang des Verfahrens eine entscheidende Rolle. In den Durchführungshinweisen der BA heißt es, grundsätzlich sei von der Erwerbsfähigkeit auszugehen.<sup>84</sup> Nur bei Zweifeln, so die Durchführungshinweise weiter, sei »in der Regel« ein Gutachten eines Arztes der Agentur für Arbeit bzw. eines Amtsarztes einzuholen,<sup>85</sup> an dessen Erstellung der Betroffene mitzuwirken verpflichtet ist.<sup>86</sup> D.h.: Die Amtsermittlungspflicht der Leistungsträger des SGB II wird erst ausgelöst, wenn es konkrete Hinweise auf die möglicherweise fehlende Erwerbsfähigkeit gibt.<sup>87</sup> Diese Zweifel kann der Betroffene zunächst so streuen, dass er in der entsprechenden Rubrik des Antragsbogens die Selbsteinschätzung abgibt, *nicht* erwerbsfähig zu sein.<sup>88</sup> Im Rahmen der allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Mitwirkungspflicht<sup>89</sup> ist der Antragsteller gehalten – und

sollte es im eigenen Interesse auch tun –, die damit gemeinten gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Antrag mitzuteilen und durch vorhandene Unterlagen zu belegen.<sup>90</sup> Hierbei wird er zweckmäßigerweise, auch damit keine wertvolle Zeit unnötig verloren geht, auf alle ihm bekannten ärztlichen Informationen hinweisen. Selbst wenn sich aus diesen Informationen keine Erwerbsunfähigkeit ergeben sollte, können sie eine Rolle bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Tätigkeit spielen.<sup>91</sup> Gewichtige Indizien für die Erwerbsunfähigkeit, auf die hingewiesen werden sollte, können z.B. eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung über eine voraussichtlich länger als sechs Monate andauernde Arbeitsunfähigkeit, eine entsprechende Prognose in einem auf Veranlassung der Krankenkasse eingeholten Gutachten des MDK, beantragte oder gewährte Leistungen wegen Pflegebedürftigkeit oder auch der vorangegangene Bezug von Leistungen nach § 125 SGB III (sog. Nahtlosigkeits-Regelung) sein.<sup>92</sup>

Allerdings sind vor allem vonseiten der Rentenversicherungsträger Zweifel daran geäußert worden, ob die Leistungsträger des SGB II über hinreichende ärztliche Expertise verfügen, Fragen der Erwerbsfähigkeit, die jedenfalls denen der vollen Erwerbsminderung sehr verwandt sind, zu beantworten.<sup>93</sup> Solche Bedenken sind nicht unplausibel, wenn man sich in Erinnerung ruft, mit welchem – auch zeitlichen – Aufwand in der rentenversicherungsrechtlichen Praxis solche Begutachtungen erfolgen,<sup>94</sup> und wenn man weiter die quantitative personelle Ausstattung des medizinischen Dienstes der BA zur Kenntnis nimmt. In qualitativer Hinsicht stellt sich zudem die Frage, ob die erforderlichen sozialmedizinischen Standards gewahrt werden, und das gilt erst recht für die amtsärztlichen Dienste der Optionskommunen. Die Rentenversicherungsträger hoffen offenbar, dass ihre Expertise schon frühzeitig im Rahmen des jeweiligen SGB-II-Verwaltungsverfahrens abgerufen wird, nicht zuletzt auch deswegen, damit das »komplizierte Einigungsstellenverfahren Theorie bleib(en)«<sup>95</sup> kann. Entsprechende Verfahrensabsprachen zwischen Rentenversicherungsträgern und BA, die es ja auch für ähnlich gelagerte Begutachtungssituation im Rahmen der sog. Nahtlosigkeitsregelung gibt,<sup>96</sup> sind offenbar schon getroffen worden.<sup>97</sup> Ob sie überall praktiziert werden, ist eine andere Frage. Im Übrigen bleibt das Problem der nicht nur rhetorischen, son-

81 Unter IV. 3. b).

82 Geiger (Fußn. 57), § 15 Rn. 41.

83 § 37 I SGB II; hierzu Link, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 37 Rn. 4: »nur auf Antrag«.

84 Durchführungshinweis 44a.2, zit. nach Brühl/Hofmann (Fußn. 61).

85 Durchführungshinweis 44a.2, zit. nach Brühl/Hofmann (Fußn. 61).

86 Vgl. § 62 I SGB I.

87 Allg. zur Wirkungsweise der Amtermittlungspflicht Rixen, in: LPK-SGB X, 2004, § 20 Rn. 2 ff., insb. Rn. 5.

88 Vgl. den Antragsbogen (unter »II. Persönliche Verhältnisse«, Rubrik »Umfang der Erwerbsfähigkeit«): »Können Sie – Ihrer Einschätzung nach – mindestens drei Stunden täglich einer Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nachgehen?«. Das Antragsformular ist abrufbar unter <http://arbeitslosengeld2.arbeitsagentur.de/index2.php> (abgerufen am 27. 3. 2006).

89 Vgl. § 21 II, 2 SGB X; außerdem – strikter – § 60 I 1 Nr. 1 SGB I.

90 Geiger (Fußn. 57), § 15 Rn. 39.

91 Geiger (Fußn. 57), § 15 Rn. 39, 49.

92 Zuf. zur sog. Nahtlosigkeitsregelung Klöcker, NZS 2005, 181 ff.; s. auch Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 23 ff.

93 Vgl. Göhde, MittLVA Rheinprovinz 2005, 42 (44); s. auch Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 4. Aufl. (2005), S. 105 (Rn. 131 a.E.), mit dem Hinweis, dass bei der Beurteilung der Erwerbsminderung die Bewertung der Einsatzfähigkeit durch den medizinischen Sachverständigen »eindeutig im Vordergrund« stehe.

94 B. Schmidt, NJ 2005, 11 (13 a.E.); Brühl, info also 2005, 104 (105).

95 Göhde, MittLVA Rheinprovinz 2005, 42 (44).

96 Vgl. die Verwaltungsvereinbarung zwischen BA und VDR zur Vermeidung von unterschiedlichen Beurteilungen der Leistungsfähigkeit eines Versicherten v. 14. 12. 2001, zit. nach: Eicher/Schlegel, SGB III, Stand: Februar 2006, Anhang zu § 125 SGB III.

97 Göhde, MittLVA Rheinprovinz 2005, 42 (44).

dem real wirksamen Qualitätssicherung bei den kommunalen amtsärztlichen Diensten namentlich der Optionskommunen. Einen überaus hilfreichen Fragenkatalog, anhand dessen die Güte medizinischer Gutachten eingeschätzt werden kann, stammt von *Hartmut Kilger*.<sup>98</sup> Der »Schrecken vor dem medizinischen Gutachterwesen«,<sup>99</sup> wie *Kilger* es vor dem Hintergrund eigener beruflicher Erfahrung ausdrückt, lässt sich mit diesem Fragenkatalog eindeutig reduzieren, und zwar für Wissenschaft, Anwaltschaft und Richterschaft gleichermaßen.

### 3. Zur Bedeutung des Einigungsstellenverfahrens

#### a) Streitigkeiten zwischen Leistungsträgern

Die Klärung der medizinischen Lage insbesondere durch ärztliche Gutachten<sup>100</sup> steht auch im Mittelpunkt des sog. Einigungsstellenverfahrens. Grundsätzlich (s. § 44a S. 1 SGB II) entscheidet die Arbeitsagentur über die Erwerbsfähigkeit. Nach § 45 I 1 SGB II entscheidet aber eine gemeinsame Einigungsstelle namentlich bei Streitigkeiten über die Erwerbsfähigkeit mit einem Träger, der bei voller Erwerbsminderung zuständig wäre. Es handelt sich um einen rein internen Abstimmungs- und Entscheidungsprozess zwischen verschiedenen Leistungsträgern, dessen Ergebnis der Antragsteller nur im Rahmen eines Bewilligungs- bzw. Ablehnungsbescheids erfährt.<sup>101</sup> Die Irrungen und Wirrungen des Einigungsstellenverfahrens sind dogmatisch stark im Streit.<sup>102</sup> Mit Blick auf das Ziel der Ausführungen, den SGB-II-eigenen Begriff der Erwerbsfähigkeit aufzuhellen, sollen aus der Fülle der Fragen zwei näher betrachtet werden. Zunächst: Muss der Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II nicht vielleicht doch wegen der Nähe zum Rentenrecht, die im Einigungsstellenverfahren anklingt, ganz so wie im Rentenrecht verstanden werden? Und ferner: Welche Bewandnis hat es mit der Bindungswirkung der Entscheidung der Einigungsstelle für die beteiligten Träger, wenn die Begriffe Erwerbsfähigkeit und volle Erwerbsminderung *nicht* identisch ausfallen?

#### b) Kongruenz von Erwerbsfähigkeit und voller Erwerbsminderung gerade wegen des Einigungsstellenverfahrens?

Zur ersten Frage: Wie dargelegt, ist der Begriff der Erwerbsfähigkeit gemäß § 8 I SGB II richtigerweise eigenständig zu verstehen. Bei seiner Handhabung kann die Rechtsprechung zur Erwerbsminderungsrente jedoch ein *Anhaltspunkt* sein – mehr aber auch nicht. Das SGB II setzt den Begriff der Erwerbsfähigkeit auch nicht in den Vorschriften über die gemeinsame Einigungsstelle mit dem der

vollen Erwerbsminderung gleich.<sup>103</sup> Es greift dort die unterschiedliche Begrifflichkeit nur auf, um die jeweils zuständigen Leistungsträger abstrakt zu bezeichnen, eben z.B. als solche, die bei voller Erwerbsminderung zuständig wären.<sup>104</sup> Dahinter steht die Einsicht, dass Erwerbsfähigkeit im SGB II und volle Erwerbsminderung im SGB VI (und daran anknüpfend im Sozialhilferecht) zwar eigenständige, aber doch verwandte Begriffe sind – wie einander weitgehend, aber nicht völlig überlappende Kreise –, deren medizinische Implikationen zudem in ähnlicher Weise festgestellt werden müssen, nämlich in aller Regel mittels sozialmedizinischer Expertise. Es bleibt aber dabei, dass das Einigungsstellenverfahren auf den Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II ausgerichtet bleibt; es geht, wie das SGB II unmissverständlich klarstellt, um eine »Streitigkeit über die Erwerbsfähigkeit«,<sup>105</sup> und die ist im Rahmen des SGB II in § 8 I legaldefiniert. Wenn man die Lage so sieht, dann wird das Einigungsstellenverfahren durchaus nicht »sinnentleert«,<sup>106</sup> sondern – im Gegenteil – es lässt sich gerade adäquat auf den Sinn des SGB II beziehen.

#### c) Grenzen der Bindungswirkung

Die in der Einigungsstellen-Verordnung behauptete Bindungswirkung der beteiligten Träger erstreckt sich richtiger Ansicht nach *nicht* auf die Rentenversicherungsträger.<sup>107</sup> Dafür spricht zum einen, dass es im Rentenversicherungsrecht an einer Vorschrift fehlt, wie sie das Sozialhilferecht kennt, nämlich § 21 S. 2 SGB XII, die die Geltung des Einigungsstellenverfahrens gesetzlich vorgibt. Zum anderen spricht gegen die Bindungswirkung der verfassungsrechtliche Grundsatz des Gesetzesvorbehalts:<sup>108</sup> Würde man die Bindungswirkung ohne formellgesetzliche Grundlage auf die Rentenversicherungsträger erstrecken, verkürzte sich das Verwaltungsverfahren der Rentenversicherungsträger, soweit die medizinischen Fakten zum rentenrechtlichen Begriff der vollen Erwerbsminderung passten; der Rentenversicherungsträger müsste nur noch die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen prüfen. Damit würde aber durch eine Verkürzung der Schutzwirkungen des Verwaltungsverfahrens in das Eigentumsgrundrecht des Versicherten eingegriffen, das auch seine Rentenanwartschaften erfasst.<sup>109</sup> Die Minimierung des verfahrensmäßigen Schutzes der Anwartschaft bedarf einer formell-gesetzlichen Legitimation, an der es fehlt, denn das SGB II selbst sieht eine für alle Sozialleistungsträger geltende Bindungswirkung gerade nicht vor. Die Regelung des § 8 I 5 Einigungsstellen-Verfahrensverordnung, wonach die Entscheidung der Einigungsstelle für die an der Entscheidung beteiligten Träger

103 Anders im SGB XII, wo das Gesetz ausdrücklich an die rentenrechtliche volle Erwerbsminderung anknüpft, vgl. § 41 I Nr. 1 SGB XII.

104 Vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 10.

105 § 45 I 1 SGB II.

106 Voelzke, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Fußn. 65), Einführung, Rn. 220 a.E.

107 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11.

108 Zum Folgenden Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11.

109 Zur verfahrensrechtlichen Seite des Art. 14 I GG bei Rentenanwartschaften BSGE 91, 1 (10) = SozR 4-2600 § 115 Nr. 1 m.w.N.; s. dazu auch Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11.

98 Kilger, in: Kilger/B. Schmidt/Bünger, Das sozialrechtliche Mandat, 2005, § 9 Rn. 28 ff.

99 Kilger (Fußn. 98), § 9 Rn. 28.

100 Vgl. § 6 Einigungsstellen-Verfahrensverordnung.

101 Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 46.

102 Vgl. insb. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 1 ff.; ders., SGB 2005, 377 ff.; Berlit, in: LPK-SGB II (Fußn. 33), § 44a Rn. 1 ff.

bindend sei, ist daher einschränkend auszulegen, so dass die Rentenversicherungsträger nicht erfasst sind.

#### 4. Begründungserfordernisse im Verwaltungsverfahren

Ein Bescheid, der die beantragten Leistungen nach dem SGB II wegen fehlender Erwerbsfähigkeit ablehnt, ist wie jeder Verwaltungsakt zu begründen. Unklar ist, inwieweit die tatsächlichen Gründe anzugeben, namentlich Begutachungskriterien-, -befunde und -bewertungen zu erläutern sind.<sup>110</sup> § 35 I 2 SGB X verlangt, dass die »wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben«, benannt werden müssen. Was darunter zu verstehen ist, hängt sehr vom Einzelfall ab, insbesondere davon, was im Einzelfall entscheidungserheblich ist.<sup>111</sup> Je mehr die Erwerbsfähigkeit im Verwaltungsverfahren streitig war, desto intensiver ist darzulegen, wieso bspw. den vorgelegten ärztlichen Unterlagen des Antragstellers nicht gefolgt wurde. Im Zweifel sollte der Leistungsträger, der Erwerbsunfähigkeit annimmt, ausführlicher argumentieren, da dies in einem immer denkbaren sozialgerichtlichen Verfahren ohnehin erforderlich sein würde. Sinnvollerweise sollte der Leistungsträger die angewandten medizinischen Standards benennen, wie sie bspw. die Deutsche Gesellschaft für Sozialmedizin und Prävention für die sozialmedizinische Leistungsbeurteilung vorgelegt hat.<sup>112</sup> Für psychosomatische bzw. psychische Erkrankungen gibt es derartige Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften, soweit ersichtlich, nicht.<sup>113</sup> Allerdings existieren Empfehlungen der Rentenversicherungsträger zur Beurteilung psychischer Störungen,<sup>114</sup> die auch für das SGB II herangezogen werden können. Nicht zuletzt, wenn es um psychische Störungen geht, sollte der Leistungsträger schon dadurch präventiv den denkbaren Vorwurf ausräumen, er nehme psychische Störungen nicht ernst. Dies gelingt am besten, wenn die entsprechenden Empfehlungen beachtet, umgesetzt und im Bescheid benannt werden.

#### 5. Keine Nachkontrolle der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II durch andere Leistungsträger

Wurde Alg II bewilligt und damit die Erwerbsfähigkeit bejaht, sind andere Stellen, deren Leistungspflicht an den tatsächlichen Bezug von Alg II anknüpft,<sup>115</sup> etwa Krankenkassen, nicht befugt, die Erwerbsfähigkeit eigenständig

zu überprüfen.<sup>116</sup> D.h. – so etwa das Landessozialgericht NRW –: Wenn Alg II bewilligt und offenkundig laufend gezahlt, also in diesem Sinne bezogen wird, dann sind die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung daran gebunden.<sup>117</sup> Auf die Rechtmäßigkeit der Bewilligung kommt es nicht an; allein der tatsächliche Bezug genügt.<sup>118</sup>

#### V. Resümee

Es besteht wohl kein Streit darüber, dass die Hartz-IV-Reform »von Anfang an (...) an zu vielen hausgemachten Unbekannten und Unwägbarkeiten gelitten«<sup>119</sup> hat und noch leidet. Der »schwierige Bereich der Abgrenzung zwischen erwerbsfähigen und erwerbsunfähigen Arbeitssuchenden«<sup>120</sup> gehört dazu. Es wäre eine große Hilfe für die Praxis, könnte sich der Gesetzgeber, der jüngst ein sog. »Optimierungsgesetz«<sup>121</sup> zum SGB II angekündigt hat, entscheiden, kleinere und größere Übel der gegenwärtigen Gesetzeslage zu beseitigen. Zum einen müsste unmissverständlich normiert werden, wie nah sich die Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II und der rentenrechtliche Begriff der vollen Erwerbsminderung stehen. Zum anderen sollte das Einigungsstellenverfahren korrigiert werden, damit vor allem über die Bindungswirkung der Rentenversicherungsträger kein Streit mehr entstehen kann.<sup>122</sup>

Vielleicht gelingt dem Gesetzgeber, wenn er sich neuerlich ans Reformieren und Optimieren, ans Nachdenken und »Nachbessern« macht, dann noch überzeugender, was Not tut: der Hoffnung arbeitsloser Menschen nicht mit rechtstechnischen Barrieren im Wege zu stehen.

110 Bejahend Brühl, info also 2004, 104 (105).

111 Vgl. zu § 39 VwVfG, der § 35 SGB X entspricht, Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. (2005), § 39 Rn. 18 ff., insb. Rn. 21.

112 Tänzer, ZfF 2005, 58 (59). – Die Leitlinien sind abrufbar unter <http://leitlinien.net> (abgerufen am 27. 3. 2006), Reg.-Nr. der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) 074/001, 074/002, 074/004.

113 Tänzer, ZfF 2005, 58 (59).

114 VDR (Hrsg.), Empfehlungen für die sozialmedizinische Beurteilung psychischer Störungen (DRV-Schriften Bd. 30), Oktober 2001; hierzu Brühl, info also 2004, 104 (104 f.).

115 Vgl. § 5 I Nr. 2a SGB V, § 3 S. 1 Nr. 3a SGB VI, § 20 I 2 Nr. 2a SGB XI.

116 SG Freiburg, Beschl. v. 9. 3. 2005 – S 11 KR 572/05 ER –, ZfF 2005, 234 (234); SG Dortmund, Beschl. v. 19. 10. 2005 – S 40 KR 206/05 ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)) m. Anm. Korthus, das Krankenhaus 2/2006, 134; LSG NRW, Beschl. v. 19. 5. 2005 – L 5 B 17/05 KR ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)); s. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 19. 4. 2005 – L 4 KR 42/05 ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)).

117 LSG NRW, Beschl. v. 19. 5. 2005 – L 5 B 17/05 KR ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)).

118 Man kann »Bezug« auch weiter verstehen und schon das Bestehen eines Anspruchs auf Alg II genügen lassen, weil andernfalls der Versicherungsschutz davon abhinge, wann der zuständige Sachbearbeiter über den Anspruch entscheidet, vgl. Kruse, in: LPK-SGB V, 2. Aufl. (2003), § 5 Rn. 17 (zu § 5 I Nr. 2 SGB V); BSG, SozR 4100 § 159 Nr. 5.

119 So der Abg. Garg im schleswig-holsteinischen Landtag, Plenarprotokoll 16/13 vom 9. 11. 2005, S. 839. – Zahlreiche Nachweise zu gesetzessprachlichen und rechtstechnischen Merkwürdigkeiten bei Kunkel, ZfF 2005, 33 f.; ders., info also 2005, 17.

120 B. Schmidt, NZS 2006, 26.

121 So die Ankündigung des Parlamentarischen Staatssekretärs im BMAS Andres, BT-Plenarprot. 16/20 vom 17. 2. 2006, S. 1499 (B) anlässlich der abschließenden Beratung des 1. SG-ÄndG.

122 Auf andere änderungsbedürftige Aspekte des § 44a SGB II hat z.B. schon vor einiger Zeit der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge hingewiesen, NDV 2005, 261 (264); NDV 2005, 264 (265).

## Vertragssimulationen bei Ein-Euro-Jobs – eine Fortsetzungsgeschichte mit Dokumentation

Helga Spindler\*

Günther Stahlmann hat sich bereits ausführlich mit der Problematik der Rechtsbeziehungen zwischen Maßnahmeträgern und Beschäftigten in Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung (§ 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II) auseinandergesetzt.<sup>1</sup> Ob diese rechtliche Grauzone analog zum Zivildienstgesetz geregelt werden sollte und damit als öffentlicher Arbeitsdienst für Arbeitslose<sup>2</sup> auch offiziell etabliert werden sollte, scheint mir sozial- und gesellschaftspolitisch zweifelhaft.<sup>3</sup> Ob sie durch ein Arbeitsgesetzbuch für öffentlich-rechtliche geordnete Beschäftigungen aufgewertet werden sollte,<sup>4</sup> erscheint mir angesichts des noch fehlenden Arbeitsgesetzbuches für »normale« Arbeitsverhältnisse auch nicht überzeugend.<sup>5</sup>

Inzwischen sind jedoch allein im Jahr 2005 630 000 Menschen in solche Beschäftigungsverhältnisse eingetreten,<sup>6</sup> was angesichts von nur noch 26 Millionen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten in Deutschland langsam einen schon merkbaren Teil der erwerbstätigen Bevölkerung ausmacht, der sich noch steigert, wenn, wie geplant, die Einsatzstellen auf 600 000 verdoppelt werden sollen oder in Zukunft flächendeckend die Arbeitsbereitschaft von Neuantragstellern geprüft werden soll. Das Einzige, was hier noch helfen kann, ist ein deutliches quantitatives Zurückfahren und eine Begrenzung auf subjektiv mehrfach belastete Zielgruppen, wie ursprünglich in der Sozialhilfe, und damit nicht auf Personen, die im Moment nur das falsche Alter oder Kinder haben.<sup>7</sup>

Das Bemühen, den rechtlosen Zustand für absehbar Millionen Menschen durch die rechtliche Konstruktion von »Beschäftigungsverhältnissen eigener Art« in den Griff zu be-

kommen, ist daher auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen verständlich, bleibt aber, wie Stahlmann mit vielen Argumenten belegt, letztlich fragwürdig.

Denn der Sinn der rechtlichen Erfassung liegt immer darin, dass Rechte und Pflichten der Beteiligten in einem rechtsstaatlichen Sinn identifizierbar, umsetzbar und kontrollierbar werden. Wenn es sachgerecht ist, kann das mit privatrechtlichen Mitteln erfolgen. Aber ein Vertragsplacebo,<sup>8</sup> das noch nicht einmal freiwillig zustande gekommen ist, nützt niemandem. Eine öffentlich-rechtliche Vertragskonstruktion,<sup>9</sup> die erlaubt, sich in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Leistungsvoraussetzungen zu begeben, Gesetzesvorschriften außer Kraft zu setzen, ist juristisches Glasperlenspiel, das weder der Umsetzung der gesetzlichen Zielvorstellung noch den Schutz der in diesem Fall doppelt unterlegenen »Vertrags«partei in Gestalt des/der Arbeitslosen gewährleisten kann.

Der Bundesrechnungshof, der noch nicht einmal auf die Einhaltung von rechtsstaatlichen Strukturen, sondern eher auf finanzielle Beherrschbarkeit von öffentlichem Mitteleinsatz ausgerichtet ist, hat inzwischen aus seiner Sicht diesen rechtsfreien Zustand bewertet:

»Bei fast einem Viertel der geprüften Maßnahmen mit Arbeitsgelegenheiten (so genannte Ein-Euro-Jobs) lagen die Förderungsvoraussetzungen nicht vor ... Bei weiteren knapp 50 % der geprüften Fälle hatten die Grundsicherungsstellen keine verlässlichen Kenntnisse über die Maßnahmeinhalte ... Die Grundsicherungsstellen überließen häufig wesentliche Teile des Fallmanagements, wie das Profiling oder die Entscheidung, ob und in welcher Arbeitsgelegenheit erwerbsfähige Hilfebedürftige eingesetzt werden sollen, den Maßnahmeträgern. Sie waren daher nicht ausreichend über Maßnahmeinhalte, Einsatzorte und von den Teilnehmern ausübende Tätigkeiten informiert.«<sup>10</sup>

Es ist aber nicht nur der Aspekt der fehlenden Kontrolle und der Arbeitsplatzsubstitution, der dieses Vertragsplacebo so problematisch macht, es ist auch die schleichende, schrittweise Entrechtung, Zersetzung von Rechtsverhältnissen. Um das für eine Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen, möchte ich ein einschlägiges Vereinbarungsmuster dokumentieren (S. 191 in diesem Heft) und besprechen:

\* Prof. Dr. Helga Spindler ist Professorin für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Arbeitsrecht an der Universität Duisburg-Essen, Fachbereich Bildungswissenschaften

1 Stahlmann G.: Das Beschäftigungsverhältnis bei 1-Euro-Jobs – Rechtsfragen und Regelungsbedarf, info also 2005 Heft 6, S. 243–250

2 Scherl H.: Workfare statt Zivildienst. Sozialer Fortschritt 2004 Heft 5, S. 109 f.

3 Spindler H.: Ein-Euro-Jobs und Arbeitsmarktreform in: Forum sozial 2005, Heft 2, S. 11f., 13 und Heft 3, S. 13f. (mit einem Nachtrag auch erschienen bei www.nachdenkseiten.de vom 28.2.2006)

4 Berlitz U.: Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe- und Sozialhilfe, info also 2003 Heft 5

5 Ausgerechnet die Bertelsmann Stiftung hat gerade zur Erstellung eines Arbeitsgesetzbuchs einen Auftrag vergeben. Angesichts ihrer zweifelhaften Vorarbeiten, Handbücher und Projekte im Vorfeld der Hartz-Reform lässt das schon Schlimmes befürchten, wenn die beteiligten Wissenschaftler nicht eine gewisse Seriosität des Projekts sicherstellen.

6 Leistungen zur Eingliederung an erwerbsfähige Hilfebedürftige. Bericht der Statistik der BA, April 2006, S. 4. (Die Statistik ist noch ohne Berücksichtigung der Arbeitsgelegenheiten der 69 kommunalen Träger erstellt.)

7 Spindler H.: Forum sozial a.a. O. Heft 3, S. 14

8 Rixen St.: Hartz IV: Welcher Ein-Euro-Job ist »zusätzlich«? NJW 2005 Heft 31, S. 2177 f., S. 2180

9 Zwanziger B.: Rechtliche Rahmenbedingungen für »Ein-Euro-Jobs«, AuR 2005 Heft 1, S. 8 f., S. 10

10 Bericht des Bundesrechnungshofs nach § 88 Abs. 2 BHO vom 19.5.2006 – VI 6/VI 2-2006-1219 –, Seite 4. Dazu auch Thoms E.-M.: Die Gratis-Konkurrenz, in: DIE ZEIT 23/2006 vom 1.6.2006, S. 26

Auch dieses Muster stammt wieder aus Köln. Vor fast 7 Jahren wurde in dieser Zeitschrift zum ersten Mal auf einen sog. »Praktikantenvertrag« hingewiesen, der – nicht Arbeitsvertrag, aber auch nicht Verwaltungsakt – in einem Kölner Modellprojekt allen Sozialhilfebezieherinnen unter 25 Jahren aufgezwungen wurde.<sup>11</sup> Diese Rechtskonstruktion, mit der die sozialrechtliche Antragsaufnahme umgangen, hoheitliche Befugnisse auf Beschäftigungsträger übertragen und die privatrechtliche Vertragsfreiheit ausgehebelt wurde, ist Vorbild für § 3 Abs. 2 und § 31 Abs. 5 SGB II geworden (womit nachträglich die Rechtswidrigkeit des Projekts zum damaligen Zeitpunkt wohl eingestanden ist). Zum Zweiten wurde der Vereinbarungstext inzwischen aber auch weiterentwickelt und gilt jetzt für Mehraufwandsbeschäftigungen und für ältere Leistungsbezieher. In der Folge wurden die behördlichen Zuweisungen zu Beschäftigungsträgern immer unbestimmter, oft wird auch nur zur Arbeitsvermittlung zugewiesen, dafür sind aber die vorgefertigten »Verbindungen«, die die Zugewiesenen dort unterzeichnen müssen, immer präziser.

Es beginnt damit, dass Dauer und Umfang der Maßnahme nicht mehr durch Verwaltungsakt wie vorher in der Sozialhilfe, nicht durch Eingliederungsvereinbarung, wie eigentlich mit der Neuregelung angekündigt, sondern nur noch durch diese Vereinbarung mit dem Maßnahmeträger getroffen werden. (§§ 1 und 5 der Vereinbarung)

Als »Arbeitszeit« ist eine Vollzeitarbeit über 38,5 Stunden an 5 Tagen im Formular bereits vorgegedruckt. (§ 5) Diese Vollzeitbeschäftigung widerspricht den bisher aus gutem Grund geltenden öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen.

Einsatzort und Tätigkeit werden nicht durch die Behörde, sondern ebenfalls erst durch den Träger konkretisiert (§ 3 Variante A). Darüber hinaus kann sich der Träger ermächtigen, den Beschäftigten an einen Betrieb des allgemeinen Arbeitsmarkts zu verleihen (§ 3 Variante B). Auch im gemeinnützigen Bereich bestehen in Köln verschachtelte Trägerkonstruktionen. Einige Träger, wozu die großen Beschäftigungskonsortien, Wohlfahrtsverbände und Sozialeinrichtungen gehören, lassen sich als zentrale Träger von der Behörde Leute zuweisen, von denen sie nur einen Teil beschäftigen. Für die anderen organisieren sie selbst nur Qualifizierungsangebote (was ihnen die Anleiterpauschale sichert) und verleihen zum Arbeitseinsatz an weitere gemeinnützige oder kommunale Einsatzstellen weiter, denen gegenüber sie auch Kontrollfunktion beanspruchen und deren Mitarbeitervertreter durch diese Konstruktion umschiffen werden. So entsteht jenseits der Regeln für Arbeitnehmerüberlassung ein unkontrollierter Leih-Beschäftigtenmarkt – im gemeinnützigen Bereich wie im ersten Arbeitsmarkt. Diese Entwicklung scheint sich nach ersten Berichten keineswegs nur auf Köln zu beschränken. (So wurde etwa in Mülheim/Ruhr offenbar ein größeres Kontingent an eine Handelskette ausgeliehen und das auch noch als Vermittlungserfolg gewertet. Aus Hamburg, Osnabrück und Karlsruhe kamen Berichte über Einsatz als Streikbrecher wäh-

rend des Streiks im öffentlichen Dienst.) Damit wird Arbeitsverleih als zusätzliches Instrument nach § 16 Abs. 3 SGB II ohne gesetzliche Grundlage etabliert.

Ein Kern der Vereinbarung ist, dass das Arbeitslosengeld II, das eigentlich zu Beginn des Monats fällig ist (§ 41 SGB II), zusammen mit der Mehraufwandsentschädigung erst einen Monat später, zu Beginn des Folgemonats, überwiesen wird und dass der Träger sich ermächtigt, diese öffentliche Sozialleistung bei unentschuldigten Fehlzeiten eigenmächtig zu kürzen (§ 6). Damit wird zusätzlich zu § 31 SGB II ein weiterer Sanktionstatbestand geschaffen und damit das Gesetz an zwei Stellen durch private Vereinbarung verändert. (Selbst die OECD, die eine starke Inpflichtnahme von Arbeitslosen befürwortet, rät bei der Einschaltung privater Dienstleister, zwar Anreize zu setzen, Arbeitsunwillige zu melden, die Unterstützungszahlung aber weiter vom Staat zu regeln, um echte Ansprüche zu schützen.)

Die sonstigen Leistungen der Träger bleiben nebulös (§ 8), selbst die Inhalte der Qualifizierung werden nicht benannt, wohl aber wird bedingungslose Mitwirkung verlangt (§ 10). Die Teilnehmer sollen unbegrenzter Datenweitergabe auf Vorrat zustimmen, während sie zur totalen Verschwiegenheit über alle Angelegenheiten und Vorgänge beim Träger verpflichtet werden (§ 11).

Warum bei der Maßnahme, bei der offenbar auch noch Europamittel einfließen, kein Vertragsangebot gemacht wird, ist als Ermessensabwägung<sup>12</sup> nicht nachvollziehbar.

Wer die Vereinbarung nicht in der vorformulierten Form unterzeichnet, dem drohen Sanktionen nach § 31 SGB II. Verhandlungen zur Abänderung einzelner Paragraphen sind nach Berichten der Betroffenen nicht möglich. Diese Praxis wird von Vertretern der Kölner Verwaltung als »Leistung aus einer Hand« bezeichnet, bei der besonders »realistisch« Arbeitsbedingungen (»Arbeit analog«) simuliert würden. Auf Fachtagungen wie dem Kölner Sozialrechtstag wird dieses Modell unwidersprochen als innovative Fortentwicklung präsentiert. Bei so wenig Kontrolle ist dann kein Wunder, dass die Träger mit den Leuten machen, was sie wollen, und dass immer wieder Einsatzstellen auftauchen, von denen keine Behörde und kein Beirat etwas ahnte.

Angesichts dieser nicht mehr entwirrbaren Verflechtungen von öffentlicher und privater Übermacht ist die Annahme, der Arbeitslose könne noch irgendetwas vereinbaren und die Verhältnisse hätten irgendeine Ähnlichkeit mit einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag, weltfremd. Da wird noch nicht einmal nur ein Vertragsverhältnis simuliert, sondern recht offen ein Gesetz geändert.

Wer diesen Wildwuchs noch irgendwie rechtlich eingrenzen will, dem bleibt – neben der quantitativen Beschränkung der Einsätze – nur die Begründung des öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisses durch eine Ein-

<sup>11</sup> Spindler H.: Hilfe zur Arbeit, Existenzsicherung und Arbeitnehmerrechte, info also 1999, S. 173 f.

<sup>12</sup> Kraher /Spindler: Rechtliche Maßstäbe für die Erbringung von Arbeitsgelegenheiten für Arbeitssuchende nach § 16 Abs. 3 SGB II, in: NDV 2005, Heft 1, S. 17f., 19

gliederungsvereinbarung, die die Mindestkriterien erfüllt, die in der Sozialhilfe der Verwaltungsakt übernommen hat, so wie es modellhaft in den Entscheidung SG Berlin<sup>13</sup> oder von den Sozialgerichten in Hamburg<sup>14</sup> für den Verfahrensablauf vorgeschlagen wird. Gerade dem Grundsatz des Förderns entspricht es, wenn der Betroffene zunächst selber bei einem Träger den wesentlichen Umfang und Inhalt seiner Beschäftigung abklärt oder auch die Möglichkeit hat, mehrere Träger kennen zu lernen. Darin liegt auch deutlich mehr Schulung für spätere Vertragsanbahnungen und eine realistischere Simulation des Arbeitsmarkts, als im erzwun-

genen Unterschreiben vorgefertigter Formulare. Danach sollte er zur Behörde zurückkommen und eine individuelle Eingliederungsvereinbarung schließen, die alle wesentlichen Bedingungen umfasst. Damit liegt, wie bei dem alternativ vorgesehenen Verwaltungsakt, sowohl die Kontrolle als auch die Verantwortung für die Maßnahme, ihren Ablauf, ihre Zusätzlichkeit bei der Behörde, wo sie nach den Vorgaben für Eingliederungsleistungen (§§ 3 Abs. 1, 16 SGB II), im Interesse der Betroffenen und der Allgemeinheit, ja selbst der Maßnahmeträger, die sinnvolle Arbeit leisten wollen, auch hingehört.

---

13 SG Berlin, Beschluss vom 18.7.2005, info also 2005 Heft 6, S. 275 f. mit anschließender Handlungsempfehlung des IAB

14 LSG Hamburg, Beschluss vom 11.7.2005, info also 2005 Heft 6, S. 272 und SG Hamburg, Beschluss vom 27.1.2006 – S 56 AS 10/06 ER, in diesem Heft S. 176.

## Entscheidungen zur Arbeitsförderung (SGB III)

### § 144 Abs. 1 Nr. 2 SGB III

#### Keine Sperrzeit bei Ablehnung eines Praktikums

Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 24.4.2006 – L 7/10 AL 174/04

Richter: Dr. Borchert, Brillmann, Steinmeyer

Beklagte: Bundesagentur für Arbeit, Regionaldirektion Hessen

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Das Angebot eines – unentgeltlichen – Praktikums kann der Arbeitslose ablehnen, ohne den Eintritt einer Sperrzeit zu riskieren.**

#### Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist eine sechswöchige Sperrzeit im Streit.

Dem 1957 geborenen Kläger, der nach dem Akteninhalt bereits seit 1998 mit Unterbrechungen im Bezug von Arbeitslosenhilfe (Alhi) stand, wurde mit Schreiben vom 9. Oktober 2001 ein Stellenangebot im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme bei der Selbsthilfe T. unterbreitet. Die Anforderungen waren beschrieben mit »Verschönerung, Erhöhung der Sicherheit und zusätzliche Serviceleistungen im Parkhausbereich und S-Bahn-Station in S.«. Zu »Lohn« und »Gehalt« hieß es: »Nach Vereinbarung«. Dem Antragsschreiben des Vereins vom 31. Oktober 2001 zufolge hatte sich der Kläger dort am 30. Oktober 2001 vorgestellt und erklärt, er könne aus finanziellen Gründen die Arbeit nicht annehmen. Hierzu gehört, erklärte der Kläger am 7. November 2001: »Zum einen ist mir der Verdienst zu gering. Des Weiteren möchte ich mich nicht in S. hinstellen und die Straße bzw. Parks reinigen. Im Übrigen handelt es sich um Schichtarbeit, die ich ebenso ablehne (für dieses Gehalt). Diese Tätigkeit kann ich aus gesundheitlichen Gründen (Bandscheibenprobleme) nicht annehmen.« Die Beklagte veranlasste daraufhin eine Untersuchung durch ihren Ärztlichen Dienst. Dabei gelangte die Arbeitsamtsärztin Dr. H. am 31. Januar 2002 zu dem Ergebnis, dass dem Kläger mittelschwere Arbeiten vollschichtig im Wechsel von Stehen, Gehen und Sitzen in der Tages- sowie Früh- und Spätschicht zumutbar seien. Die Arbeitsablehnung sei aus gesundheitlichen Gründen nicht gerechtfertigt gewesen.

Mit Bescheid vom 29. Mai 2002 stellte die Beklagte daraufhin den Eintritt einer Sperrzeit vom 31. Oktober 2001 bis zum 22. Januar 2002 fest. Dem Kläger sei eine Arbeit als Anleiter/Maßnahmeteilnehmer bei der Selbsthilfe T. vom Arbeitsamt angeboten worden, dieses Arbeitsangebot sei zumutbar gewesen, der Kläger sei ferner über die Konsequenzen für ein verschuldetes Nichtzustandekommen des

Beschäftigungsverhältnisses belehrt worden; auf den Bescheid im Einzelnen wird Bezug genommen. Der Kläger widersprach am 4. Juni 2002 mit der Begründung, es habe sich nicht um ein Arbeitsangebot gehandelt, sondern um eine Praktikanten-Vereinbarung mit einer befristeten Praktikumszeit vom 5. November 2001 bis 30. November 2001. Er legte dazu die Kopie einer entsprechenden Vereinbarung vom 29. Oktober 2001 vor. Durch fernmündliche Rücksprache am 27. September 2002 beim Verein Selbsthilfe T. brachte die Beklagte in Erfahrung, dass die Stelle mit 2.809,00 DM brutto zuzüglich Zulagen dotiert gewesen war und die Tätigkeit ab dem 1. Dezember 2001 beginnen sollte. Es sei üblich, dass der Tätigkeit ein Praktikum zur Erprobung vorangehe. Dem Kläger sei kein Praktikum angeboten worden, weil er die Stelle von vornherein abgelehnt habe. Dem ist der Kläger unter Hinweis auf den ihm ausgehändigten Praktikumsvertrag entgegengetreten. Es habe kein ordnungsgemäßes Arbeitsangebot vorgelegen, sondern nur eine fachpraktische Qualifizierung. Es sei ihm auch nicht erklärt worden, dass seine Leistung während des Praktikums weiterliefe. Tatsächlich sei als Beschäftigungsbeginn der November 2001 im Angebot angegeben gewesen, jedoch hätte der Arbeitsvertrag einen Beginn erst für den 1. Dezember 2002 vorsehen sollen.

Mit Bescheid vom 5. Dezember 2002 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Es habe sich um einen Vermittlungsvorschlag im Sinne des § 144 Abs. 1 SGB III mit dem Ziel des Eintritts in eine Beschäftigung gehandelt. Dies habe der Kläger abgelehnt. Ein wichtiger Grund für die Ablehnung sei nicht erkennbar.

Mit seiner am 31. Dezember 2002 beim Sozialgericht Frankfurt am Main (SG) erhobenen Klage verfolgte der Kläger sein Begehren weiter. Man habe ihm keine Leistungen während der Erprobung zugesagt, tatsächlich seien ihm von der Beklagten auch keine Leistungen gewährt worden. Deshalb habe er »aus finanziellen Gründen« nicht an dieser Maßnahme teilnehmen können, er habe in dieser Zeit nämlich aushilfsweise Taxi fahren müssen, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen.

Vom SG wurde der Kläger persönlich gehört und der Klage mit Urteil vom 25. Mai 2004 insoweit teilweise stattgegeben, als die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden eine über 6 Wochen hinausgehende Sperrzeit festgestellt hatte. Bei dem Stellenangebot habe es sich um ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes, hinreichend konkretisiertes Angebot gehandelt. Die Praktikanten-Vereinbarung stünde dem nicht entgegen, denn dem Gesetz lasse sich nicht entnehmen, dass eine vor Einmündung in eine FestEinstellung vorgeschaltete Maßnahme nicht als Arbeitsangebot im Sinne des § 144 Abs. 1 Nr. 2 SGB III zu werten wäre. Die Beklagte habe den Kläger nach Aktenlage auch hinreichend über die Rechtsfolgen der Ablehnung des Angebotes belehrt und der Kläger habe dennoch das Angebot nicht angenommen. Die Vermittlung in ein Arbeitsverhältnis, dem zunächst eine Praktikantenzeit vorausgehe, sei

einem Arbeitslosen auch nicht generell unzumutbar, weshalb zugunsten des Klägers kein wichtiger Grund für die Ablehnung ersichtlich sei. Jedoch sei die Sperrzeit wegen einer besonderen Härte auf 6 Wochen zu verkürzen gewesen, da zugunsten des Klägers zunächst zu berücksichtigen sei, dass ihm nach seinen Angaben unbekannt gewesen sei, dass zunächst eine Praktikanten-Vereinbarung hätte abgeschlossen werden sollen. Zugunsten des Klägers sei weiter zu berücksichtigen, dass die in der Akte befindliche Praktikanten-Vereinbarung vom 29. Oktober 2001 keine Gehaltsregelung treffe. Die Wertung des Klägers in diesem Zusammenhang, dass sein Lebensunterhalt dann nicht sichergestellt sei, sei nicht zu beanstanden gewesen. [...]

Gegen dieses ihm am 30. Juni 2004 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung des Klägers vom 27. Juli 2004, zu deren Begründung der Kläger auf sein erstinstanzliches Vorbringen verweist und ergänzend vorträgt, es sei im Rahmen der Härtefallprüfung falsch, wenn das SG in seiner Entscheidung davon ausgehe, dass der Kläger ohne Weiteres durch einen Anruf bei der Beklagten hätte erfahren können, dass sein Lebensunterhalt während des Praktikums gesichert gewesen wäre. Das Gericht übersehe insoweit, dass dem Kläger zu dieser Zeit gar keine Leistung von der Beklagten gewährt worden sei, da gegen ihn bereits eine vorläufige Sperrzeit ausgesprochen gewesen sei. Hierauf habe der Kläger die Beklagte auch mehrfach aufmerksam gemacht. Auch hierauf sei bisher nicht eingegangen worden. Ferner übersehe das Gericht, dass der Kläger eine der Beklagten bekannte Nebentätigkeit verrichtete, auf welche er mit Aufnahme des Praktikums hätte verzichten und damit seine letzte Einnahmequelle versiegen lassen müssen.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

den Bescheid der Beklagten vom 29. Mai 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Dezember 2002 unter Abänderung des Urteils des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 25. Mai 2004 in vollem Umfang aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die angefochtene Entscheidung sei zutreffend. Es werde akzeptiert, dass die Sperrzeit wegen einer besonderen Härte auf 6 Wochen zu verkürzen sei. Die Einstellung der Zahlung von Arbeitslosenhilfe habe allein der Vermeidung einer Leistungsüberzahlung dienen sollen, weil im Zusammenhang mit der Arbeitsablehnung der Eintritt einer Sperrzeit geprüft worden sei. Der Kläger hätte während des vorgeschalteten Praktikums weitere Leistungen von der Beklagten erhalten, die Ausübung einer Nebentätigkeit könne nicht als wichtiger Grund für die Ablehnung der Arbeit anerkannt werden, zumal dies die Frage aufwerfe, ob überhaupt Verfügbarkeit vorliege.

[...]

### Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig; insbesondere ist die Grenze einer Beschwerde von 500,00 € gemäß § 144 Abs. 1 Ziffer 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) überschritten, denn im fraglichen Leistungszeitraum ergibt sich ein wöchentlicher Leistungssatz von 284,20 DM.

Die Berufung ist auch begründet.

Gemäß § 144 Abs. 1 Nr. 2 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung tritt eine Sperrzeit von 12 Wochen dann ein, wenn der Arbeitslose trotz Belehrung über die Rechtsfolgen eine vom Arbeitsamt unter Benennung des Arbeitgebers und der Art der Tätigkeit angebotene Arbeit nicht angenommen oder nicht angetreten hat. Entgegen der Auffassung des SG im angefochtenen Urteil liegen diese Voraussetzungen tatsächlich nicht vor. Das dem Kläger unterbreitete Angebot enthielt nämlich keinerlei Hinweise auf den Umstand, dass es sich zunächst nur um einen Praktikumeinsatz handeln sollte. Das Arbeitsangebot muss im Hinblick auf die Rechtsfolgen aber hinreichend konkretisiert sein. Neben den im Gesetz genannten Mindestanforderungen sind insbesondere dann weitere Angaben erforderlich, wenn hinsichtlich des Arbeitsplatzes Besonderheiten oder unübliche Arbeitsbedingungen bestehen; konkrete Angaben über das Arbeitsentgelt sind ebenfalls erforderlich (so zutreffend Niesel in SGB III, Kommentar, 3. Auflage, § 144 Randziffer 54). Damit liegen die Voraussetzungen für den Eintritt einer Sperrzeit schon tatbestandlich nicht vor.

Selbst wenn man jedoch entgegen dieser Auffassung mit dem SG das Vorliegen dieser Voraussetzung des § 144 Abs. 1 Nr. 2 SGB III annehmen wollte, stünde dem Kläger jedenfalls ein wichtiger Grund für sein Verhalten zur Seite. Eine Sperrzeit soll nur dann eintreten, wenn dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung seiner Interessen mit denen der Versicherungsgemeinschaft bzw. der Allgemeinheit ein anderes Verhalten zugemutet werden kann. Letztlich ist für die Anerkennung eines wichtigen Grundes die Schutzbedürftigkeit des Arbeitslosen in seiner konkreten Situation entscheidend (vgl. Niesel, a.a.O., Randziffer 77 – m.w.N.). Insoweit ist zu beachten, dass gemäß § 121 Abs. 3 SGB III eine Beschäftigung auch bei Langzeitarbeitslosen dann nicht zumutbar ist, wenn das daraus erzielbare Nettoeinkommen unter Berücksichtigung der mit der Beschäftigung zusammenhängenden Aufwendungen niedriger ist als das Arbeitslosengeld. Das war vorliegend jedoch der Fall, da das Praktikum ohne jegliches Arbeitsentgelt abgeleistet werden und die Beklagte solange mit ihren Leistungen eintreten sollte. Dadurch wird hinreichend deutlich, dass es sich letztlich um eine Art Trainingsmaßnahme oder eine Maßnahme zur beruflichen Eingliederung im Sinne des § 144 Abs. 1 Ziffer 3 SGB III, nicht jedoch um ein Arbeitsangebot gemäß Ziffer 2 gehandelt hat. Auch das SG hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass die in der Akte befindliche Praktikantenvereinbarung vom 29. Oktober 2001 keine Gehaltsregelung traf und dass das Gericht dem Kläger deshalb nicht widerlegen könne, dass dieser davon ausging, dass eine Gehaltszahlung nicht erfolgen

würde. Auch sei die Wertung des Klägers in diesem Zusammenhang, dass nämlich sein Lebensunterhalt dann nicht sichergestellt sei, nicht zu beanstanden. Anders als das SG sieht der erkennende Senat in diesen Umständen jedoch keine besondere Härte, sondern das Vorliegen eines wichtigen Grundes als gegeben an.

Fest steht jedenfalls, dass der Kläger sich bei dem potentiellen Arbeitgeber gemeldet hat und dort erfahren musste, dass es sich nicht um die ihm konkret benannte Tätigkeit handelte. Wenn die Beklagte dem Kläger insoweit anlastet, dieser hätte sich noch am selben Nachmittag bei ihr wegen der fraglichen Fortsetzung der Leistungsgewährung erkundigen können, ändert dies am Fehlen der tatbestandlichen Voraussetzungen nichts, sondern die Beklagte konstruiert damit einen neuen, weder im Gesetz selbst noch in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) anerkannten Sperrzeitgrund genereller Vorwerfbarkeit eines vielleicht tatsächlich nicht völlig kooperativen Verhalten eines Arbeitslosen. Wenn das BSG eine Tatbestandsverwirklichung durch lediglich »vorwerfbares Verhalten« angenommen hat, betraf dies jedoch einen ganz anders gearteten Sachverhalt, in welchem nämlich der Arbeitslose nach vorheriger Kontaktaufnahme mit dem Arbeitgeber wegen Überlastung durch eine Vielzahl von Angeboten »vergaß«, sich vorzustellen (BSG v. 14.7.2004 – B 11 AL 67/03 R). Davon kann vorliegend jedoch keine Rede sein, zumal der Kläger glaubhaft darlegen konnte, am Spätnachmittag nach 16:00 Uhr keine Gelegenheit mehr zur telefonischen Rücksprache mit der Beklagten gesehen zu haben, und der Beklagten selbst Fehler beim Vermittlungsvorschlag unterlaufen sind.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision war mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Ziffern 1 und 2 SGG nicht zuzulassen.

#### **Art. 14 Abs. 1 GG; §§ 130 Abs. 1, 134, 339, 434j Abs. 5 und 6 SGB III**

#### **Umrechnung des Arbeitslosengeldes ab 1.1.2005**

Sozialgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 20.1.2006 – S 33 AL 296/05

Richter: Kallert

Beklagte: Bundesagentur für Arbeit, Agentur für Arbeit Hanau

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Für die Berechnung des Arbeitslosengeldes ist das bis zum 31.12.2004 maßgeblich gewesene wöchentliche Bemessungsentgelt für Leistungszeiten ab 1.1.2005 durch 7 zu teilen. Dies verstößt ebenso wenig gegen das Grundgesetz wie die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf bereits laufende Leistungsfälle.**

#### **Tatbestand**

Der Kläger wendet sich gegen einen Bescheid, mit dem die Beklagte im Hinblick auf die zum 1. Januar 2005 in Kraft getretenen neuen Vorschriften zur Berechnung des Arbeitslosengeldes die ihm bewilligte Leistung gekürzt hat.

Der am 8. Mai 1947 geborene Kläger war vom 4. April 1961 bis zum 30. Juni 2004 als Chemiemeister bei der Firma A. beschäftigt. Am 24. Mai 2004 meldete er sich bei der Beklagten zum 1. Juli 2004 arbeitslos. Im Zeitraum vom 1. Juli 2003 bis zum 30. Juni 2004 hatte er insgesamt 58.350,23 € verdient.

Die Beklagte bewilligte ihm antragsgemäß Arbeitslosengeld für 360 Tage ab dem 1. Juli 2004 aus einem Bemessungsentgelt von wöchentlich 1.113,55 € bzw. gerundet 1.115,- €. Daraus errechnete sie einen täglichen Leistungssatz von 59,70 €. Dieser Bescheid wurde nicht angefochten.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 2. Januar 2005, der als Änderungsbescheid bezeichnet war, teilte die Beklagte dem Kläger mit, er erhalte ab 1. Januar 2005 Leistungen in Höhe von täglich 58,82 €. Die Beklagte ging dabei von einem Bemessungsentgelt von täglich 159,08 € aus. Zur Begründung führte sie aus, das Bemessungsentgelt sei ab dem 1. Januar 2005 von einem wöchentlichen auf einen täglichen Betrag umgestellt worden. Hierzu sei nicht das bisherige (gerundete), sondern das ungerundete wöchentliche Bemessungsentgelt durch sieben geteilt worden. Dadurch könnten sich geringfügige Abweichungen gegenüber einem Siebtel des bisherigen gerundeten Wochenbetrages ergeben. [...]

Gegen diesen Bescheid wandte sich der Kläger mit seinem Widerspruch vom 22. Januar 2005. Darin rügte er insbesondere, dass sich angesichts eines von ihm im Zeitraum von Juli 2003 bis Juni 2004 verdienten Bruttogehalts von insgesamt 58.350,28 € [richtig: 58.350,23 €] bei einer Division durch 360 ein tägliches Bemessungsentgelt von 162,08 € ergebe.

Die Beklagte änderte im Widerspruchsbescheid vom 9. März 2005 die angefochtene Entscheidung insoweit ab, als die Bewilligung des Arbeitslosengeldes erst ab 6. Januar 2005 in Höhe von täglich 0,88 € aufgehoben wurde. Im Übrigen wies sie den Widerspruch als unbegründet zurück.

Zur Begründung führte sie aus, nach Überprüfung der Sach- und Rechtslage könne die Aufhebung nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen, so dass dem Kläger Leistungen bis 5. Januar 2005 in Höhe des Leistungssatzes von täglich 59,70 €, den er im Kalenderjahr 2004 erhalten habe, zuständen. Ab Zugang des angefochtenen Bescheides führe die Rechtsänderung [ab 1. Januar 2005] jedoch zwingend zur teilweisen Aufhebung der Leistungsbewilligung. Mit Wirkung vom 1. Januar 2005 sei die Bemessungsgrundlage des Arbeitslosengeldes durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 geändert worden. Bemessungsentgelt sei nach § 131 Abs. 1 SGB III nicht mehr das durchschnittlich auf die Woche, sondern das durchschnittlich auf den Tag entfallende bei-

tragspflichtige Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt habe. Die Umstellung bedinge für Ansprüche, die vor dem 1. Januar 2005 entstanden seien, keine Neuberechnung des Arbeitsentgelts, sondern das tägliche Bemessungsentgelt werde durch Teilung des bisherigen wöchentlichen Bemessungsentgelts ermittelt. Hierbei werde nicht das gerundete, sondern das ungerundete Bemessungsentgelt durch sieben geteilt. Das habe in Einzelfällen zur Folge, dass ein geringerer Leistungssatz gegenüber dem bis 31. Dezember 2004 gezahlten Betrag sich ergeben könne.

Der Kläger habe am 1. Juli 2004 einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben, nachdem er unter anderem die Anwartschaftszeit nach § 123 SGB III erfüllt habe, und zwar auf der Grundlage eines wöchentlichen Bemessungsentgelts von ungerundet 1113,55 €. Die Prüfung dieses Bemessungsentgelts ergebe keine Anhaltspunkte dafür, dass es unrichtig sein könne. Deshalb bleibe die Bemessung des Arbeitslosengeldes unverändert.

Im Falle des Klägers sei deshalb ein Entgelt in Höhe von täglich 159,08 € (1.113,55 / 7 Tage) Bemessungsgrundlage für den Anspruch auf Arbeitslosengeld im Kalenderjahr 2005.

Grundlage für die tägliche Berechnung und Leistung des Arbeitslosengeldes sei § 134 SGB III. Sei Arbeitslosengeld für einen vollen Kalendermonat zu zahlen, sei dieser dabei mit 30 Tagen anzusetzen.

Entsprechend der Eintragungen auf der Steuerkarte (Steuerklasse und ggf. Kinderfreibeträge) bestehe ein Anspruch auf Arbeitslosengeld nach dem allgemeinen Leistungssatz (Steuerklasse 3, ohne Kinder) in Höhe von täglich 58,82 € (§ 129 SGB III). Hierbei handele es sich um 60 % des Leistungsentgelts von 98,03 €, das sich aus dem um die pauschalierten Abzüge verminderten Bemessungsentgelt von 159,08 € ergebe. [...]

Der Kläger hat am 5. April 2005 Klage zum hiesigen Sozialgericht erhoben, mit der er seine Ansprüche weiter verfolgt. Er macht geltend, die Kürzung des Arbeitslosengeldanspruches durch die Beklagte sei unberechtigt, da sie von einer falschen Bemessungsgrundlage ausgegangen sei, nämlich einem Entgelt von täglich 159,08 €. Der Kläger selbst hält ein Bemessungsentgelt von 162,09 € täglich für zutreffend. Dies errechnet er aus der Teilung des von ihm verdienten Entgelts von 58.380,23 € [richtig: 58.350,23 €] durch 360 Tage.

Der Kläger stellt daher den Antrag,

den Bescheid der Beklagten vom 2. Januar 2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. März 2005 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

[...]

## Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Der angegriffene Bescheid ist rechtmäßig und kann den Kläger daher in seinen Rechten nicht verletzen. Die Absenkung des täglichen Leistungssatzes um 0,88 Euro (nur) für die Zukunft ist nicht zu beanstanden.

Das Gericht nimmt zunächst gemäß § 132 Abs. 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Bezug auf die ausführliche und zutreffende Begründung des Widerspruchsbescheides vom 9. März 2005, der das Gericht folgt.

Ergänzend ist noch auf Folgendes hinzuweisen:

1. Der Kläger hat seine Klage im Rahmen der mündlichen Verhandlung zutreffend auf eine Anfechtungsklage beschränkt. [...]

4. Auf den Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld findet ab 1. Januar 2005 das neue Recht, also die durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 2848 – das so genannte Hartz-III-Gesetz) zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung eingeführten neuen Berechnungsvorschriften, Anwendung. Dabei kann offen bleiben, ob sich auch aus den allgemeinen Regeln über das intertemporale Recht, also aus den Regeln über die Anwendung neuer Vorschriften auf bereits laufende Leistungen, ergeben würde – wofür nach Auffassung der Kammer viel spricht. Im konkreten Fall folgt die Anwendung der neuen Vorschriften bereits daraus, dass der Gesetzgeber für einzelne damit verbundene Fragen in § 434j Abs. 5 und 6 SGB III Übergangsvorschriften vorgesehen hat, die im Ergebnis die Maßgeblichkeit alten Rechts zum Inhalt haben. Im Gegenschluss ergibt sich daraus, dass im Übrigen neues Recht zu gelten hat.

Der Kläger hat auch aus verfassungsrechtlichen Gründen keinen Anspruch auf Weiteranwendung des alten Rechts, auch wenn mit der Anwendung der neuen Vorschriften Nachteile für ihn verbunden sind. Ein entsprechender Anspruch ergibt sich vor allem nicht aus dem Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 Grundgesetz – GG) und dem damit verbundenen (besonderen) Vertrauensschutz. Es besteht trotz des grundsätzlichen Eigentumsschutzes, der sich für den Anspruch auf Arbeitslosengeld aus Art. 14 GG ergibt, kein Anspruch eines Arbeitslosengeldbeziehers darauf, sein Recht stets unverändert in Anspruch nehmen zu können. Aus der dem Gesetzgeber vom Grundgesetz (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) eingeräumten Möglichkeit, den Inhalt und die Schranken des Eigentums zu bestimmen, ergibt sich, dass derjenige, der als Pflichtversicherter der gesetzlichen Sozialversicherung beiträgt, nicht von vornherein erwarten kann, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Leistungen unverändert fortbestehen bleiben (hierzu und zum Folgenden BVerfG 1. Senat, Beschluss vom 1. Juli 1981, Az: 1 BvR 874/77, BVerfGE 58, 81 ff.; und das BSG 1. Senat, Urteil vom 23. Juli 1986, Az: 1 RA 31/85, in: BSGE 60, 158/162). Dies gilt namentlich, wenn es sich – wie hier – um einen Fall der so genannten unechten Rückwirkung handelt, also zwar eine schon bestehende Anwartschaft bzw. ein bereits bestehender Anspruch verändert wird, die

(nachteilige) Regelung aber nur für die Zukunft wirkt (vgl. zu diesem Aspekt insb. Sozialgericht Berlin vom 9. Juni 2005, Az.: S 60 AL 653/05).

Die gesetzliche Sozialversicherung ist eine Solidargemeinschaft, deren Rechte und Verpflichtungen im Laufe der Zeit vielfältigen Veränderungen unterliegen können. Wer einer solchen Gemeinschaft beiträgt, erwirbt nicht nur die mit diesem System verbundenen Chancen, sondern trägt mit den anderen Versicherten auch ihre Risiken. Eine Unabänderlichkeit der bei Begründung des Sozialversicherungs- oder Sozialleistungsverhältnisses bestehenden Bedingungen widerspricht daher dem Sozialversicherungsverhältnis, das auf dem Gedanken der Solidarität und des Ausgleichs beruht. Daher kommt dem Gesetzgeber für Eingriffe in bestehende Anwartschaften und Leistungsansprüche Gestaltungsfreiheit zu, solange für den Eingriff legitimierende Gründe mit ausreichendem Gewicht vorliegen. Solche Gründe können namentlich auch bei Regelungen gegeben sein, die dazu dienen, die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung zu gewährleisten, zu verbessern oder sie veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen (vgl. BVerfG 1. Senat, Urteil vom 28. Februar 1980, Az: 1 BvL 17/77, in: BVerfGE 53, 257/293).

Die hier maßgebliche Neuregelung dient der Verwaltungsvereinfachung und damit der Verwaltungseffizienz. Sie soll die Funktionsfähigkeit der Sozialverwaltung sichern oder jedenfalls erleichtern. Diese Funktionsfähigkeit der Sozialverwaltung stellt einen verfassungsrechtlich billigen Belang dar, den der Gesetzgeber legitimerweise bei seinen Entscheidungen berücksichtigen kann.

Dieser Gesichtspunkt trägt Eingriffe in bereits laufende Leistungsansprüche nach Auffassung der Kammer jedenfalls dann, wenn sie nur für die Zukunft wirken und die finanziellen Auswirkungen sich in engen Grenzen (hier: Minderung des täglichen Leistungssatzes um weniger als 1/50) hält. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass ein entsprechendes Regelungsmodell auch in der gesetzlichen Krankenversicherung besteht (§ 47 Abs. 1 S. 7 SGB V) (vgl. zu den obigen Überlegungen insgesamt auch die Entscheidung des Sozialgerichts Dresden zum Az. S 21 AL 281/05 vom 23.8.2005).

Im Ergebnis ist die Fortgeltung des früheren Rechts auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zwingend geboten.

5. Es kann offen bleiben, ob im Rahmen des hiesigen Verfahrens die ursprüngliche Berechnung des Bemessungsentgeltes nochmals geprüft werden kann. Dafür könnte zum einen sprechen, dass bei der Beurteilung, ob der ursprüngliche Bescheid rechtswidrig geworden ist, ob also eine wesentliche Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Umstände eingetreten ist und der bewilligte Leistungssatz nunmehr zu hoch ist, alle Berechnungsfaktoren für die Entscheidung maßgeblich sind. Auch könnte dafür sprechen, dass sich die Beklagte im Widerspruchsbescheid ausdrücklich darauf berufen hat, es ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das ursprüngliche Bemessungsentgelt unrichtig

sein könnte, und damit eine inhaltliche Prüfung vorgenommen hat.

Andererseits ist das Bemessungsentgelt nach der hier einschlägigen Übergangsvorschrift des § 434j Abs. 5 SGB III ausdrücklich nur dann neu »festzusetzen«, wenn dies auf Grund eines Sachverhaltes erforderlich ist, der nach dem 31. Dezember 2004 eingetreten ist. Dies könnte (ausnahmsweise) eine gesetzliche Festschreibung der – regelmäßig nicht bindenden, da nur der Begründung zugehörigen – Berechnung des Bemessungsentgeltes im Ausgangsbescheid beinhalten.

Das kann letztlich auf sich beruhen, da die ursprüngliche Berechnung Fehler nicht erkennen lässt: Zwar hat die Beklagte der ursprünglichen Berechnung das gesamte in der Zeit vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2004 verdiente Entgelt und damit einen Bemessungszeitraum zugrunde gelegt, der um Bruchteile über die nach § 130 Abs. 1 SGB III (in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung) maßgeblichen 52 Wochen hinausging. Beschränkte man den maßgeblichen Zeitraum dagegen auf Entgeltabrechnungszeiträume, die vollständig im Bemessungszeitraum liegen (und nicht nur in diesen hineinragen), so ergäbe sich ein leicht höheres Bemessungsentgelt, da der Kläger im Juli 2003 leicht unterdurchschnittlich verdient hat.

Das Bundessozialgericht hat jedoch in seiner Entscheidung vom 25. Januar 1996 (Az: 7 RAR 90/94, BSGE 77, 244) das vergleichbare Vorgehen der Beklagten zu der Vorschrift des § 112 Abs. 2 Arbeitsförderungsgesetz, in deren Rahmen sich entsprechende Probleme ergaben, gebilligt. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des SGB III wiederum eine vergleichbar formulierte Vorschrift aufgenommen, so dass davon auszugehen ist, dass weiterhin auch die in den Bemessungszeitraum »hineinragenden« Zeiten bei der Berechnung zu berücksichtigen sind (vgl. auch Coseriu/Jakob, in: Nomos-Kommentar zum SGB III, § 130, Rn. 30).

Die ursprüngliche Berechnung des Bemessungsentgeltes mit 1.113,55 Euro wöchentlich weist daher keine Fehler auf.

6. Für die Berechnung der Leistung ab 1. Januar 2005 ist das bis dahin maßgebliche Bemessungsentgelt durch 7 zu teilen und so von einem wöchentlichen Betrag auf einen täglichen Betrag umzustellen.

Wie das bisherige wöchentliche auf das künftige tägliche Bemessungsentgelt umzurechnen ist, ist nur vordergründig eindeutig. Die von der Beklagten vorgenommene und von der Kammer ebenfalls als rechtmäßig erachtete Division des bisherigen für die Woche berechneten Bemessungsentgeltes durch 7 ist nämlich nicht die einzig denkbare Variante für die Ermittlung des Bemessungsentgeltes. Nach § 134 SGB III in der ab 1. Januar 2005 geltenden Fassung wird das Arbeitslosengeld für Kalendertage berechnet und geleistet. Ist es für einen vollen Kalendermonat zu zahlen, ist dieser mit 30 Tagen anzusetzen, so dass der Anspruchsberechtigte bei einjährigem Bezug im Ergebnis Arbeitslosengeld (nur) für 360 Tage erhält. Die Gesetzesbegründung zu § 134 SGB III (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BRatDr 557/03 vom 15.8.2003) nennt lediglich verwal-

tungspraktische Gründe für die Umstellung: Werde das Arbeitslosengeld in monatlich stets gleich bleibender Höhe gezahlt, erspare dies verwaltungsaufwendige monatlich wiederkehrende Bearbeitungsvorgänge, z.B. bei der Berücksichtigung von Abzweigungen und Pfändungen. Dass eine Leistungskürzung beabsichtigt gewesen wäre, lässt sich der Begründung nicht entnehmen.

Wohl vor diesem Hintergrund hat der Kläger im Rahmen der Klagebegründung aus dem wöchentlichen Bemessungsentgelt zunächst den Jahresbetrag ermittelt und dann diesen durch 360 geteilt. Ein entsprechendes Ergebnis erzielte man auch mit dem Internet-Berechnungsprogramm der Beklagten in einer frühen Fassung, wenn man aus dem Jahreseinkommen des Klägers den Arbeitslosengeld-Anspruch errechnen ließ. Das Programm ist, soweit der Kammer bekannt ist, allerdings mittlerweile dahingehend geändert worden, dass es bei der Ermittlung des Bemessungsentgelts nun nicht mehr mit 360, sondern mit 365 Tagen rechnet. Dem Internet-Rechner kommt aber ohnehin rechtliche Bedeutung nicht zu, insbesondere ergibt sich daraus auch unter dem Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs keine Bindung der Beklagten, so dass dieser Frage nicht weiter nachzugehen ist.

Die Kammer hält dagegen die Vorgehensweise der Beklagten, also die Teilung des Wochenbetrags durch 7, für zutreffend, so dass dem Kläger kein Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld zusteht. Denn für die Umrechnung des bisher maßgeblichen Wochenentgelts in Tage gibt es in § 339 SGB III einen gesetzlichen Maßstab: Danach wird für die Berechnung von Leistungen ein Monat mit 30 Tagen und eine Woche mit 7 Tagen berechnet. Ist demnach – wie hier – ein wöchentlicher Betrag auf einen täglichen umzurechnen, so ist der Wochenbetrag auf 7 Tage zu verteilen, wie es hier die Beklagte auch getan hat. Da die Gesetzesänderung insgesamt der Verwaltungsvereinfachung dienen sollte und alle der Umrechnung zugrunde zu legenden Bemessungsentgelte bei der Beklagten als für die Woche berechnete Beträge vorliegen, entspricht die Berechnung, wie sie die Beklagte durchgeführt hat, dem gesetzgeberischen Willen. Anderenfalls wären durchaus auch kompliziertere Neuberechnungen notwendig geworden, die angesichts der Tatsache, dass der Leistungsanspruch aller aktuellen Leistungsempfänger am 31.12.2004 umzustellen war und der damit verbundene verwaltungstechnische Aufwand vom Gesetzgeber sicher nicht gewollt war (vgl. so auch SG Aachen, Az.: S 9 AL 52/05 und S 9 AL 44/05, jeweils vom 15. September 2005).

Besonderes Gewicht erhalten diese Überlegungen vor dem Hintergrund der Übergangsvorschrift in § 434j Abs. 5 SGB III. Diesbezüglich machen nicht nur die gesetzgeberischen Motive für die Gesetzesänderung (vgl. BRatDrs 557/03, Begründung zu Nr. 249 Abs. 5 – § 434j – Seite 318), sondern auch der Wortlaut der Vorschrift selbst deutlich, dass der Umstellungsvorgang möglichst einfach gehalten werden sollte: Eine Neuberechnung – das Gesetz spricht sogar von »Festsetzung« – des Bemessungsentgelts sollte gerade nicht erfolgen, vielmehr – erkennbar – das immer mit einem wöchentlichen Betrag vorliegende Bemessungs-

entgelt (möglichst einfach) in einen Tagesbetrag umgerechnet werden.

Dem Kläger gehen hierdurch Leistungsansprüche verloren, denn sein Bemessungsentgelt wurde errechnet auf der Basis eines Jahres mit 366 Tagen, wie dies jedenfalls 2004 zutreffend war. Für die Berechnungsgrundlage der Leistungen wird demnach das Jahr durch 366 geteilt, für die Zahlung aber nur wieder mit 360 multipliziert, wodurch eine Differenz zu Lasten des Klägers entsteht. Der Kläger erhält demnach nicht das volle Äquivalent seines durch Beitragszahlungen erworbenen und deshalb eigentumsgeschützten (Art. 14 GG) Anspruchs. Die Kammer ist dennoch nicht von der Verfassungswidrigkeit des Übergangsrechtes überzeugt. Ein Anspruch auf eine unveränderte weitere Anwendung des alten Rechtes besteht, wie bereits ausgeführt, nicht, ein rückwirkender Eingriff liegt nicht vor. Die Neuregelung ist sachlich gerechtfertigt durch das mit ihr verbundene Ziel der Vereinfachung der Berechnung des Arbeitslosengeldes und den damit verbundenen deutlich verminderten Arbeits- und Kostenaufwand bei der Beklagten, der letztlich den Versicherten wieder zugute kommt (vgl. nochmals SG Aachen, Az.: S 9 AL 52/05 und S 9 AL 44/05, jeweils vom 15. September 2005). Hinzu kommt, dass sich die Verluste der Betroffenen im Allgemeinen, aber auch des Klägers im Besonderen in vergleichsweise engen Grenzen halten. Diese sind durch die mit dem Gesetz verfolgten, legitimen Ziele gedeckt.

7. Aus ähnlichen Gründen hält die Kammer auch die vom Sozialgericht Dresden (in der Entscheidung zum Verfahren S 21 AL 281/05 vom 23.8.2005) vorgeschlagene Berechnungsweise, nämlich das Bemessungsentgelt taggenau zu berechnen und dann durch die Zahl der Tage des Bemessungszeitraums, hier also 366, zu teilen, nicht für zutreffend. Auch diese Vorgehensweise würde es notwendig machen, in jedem Einzelfall zu prüfen, in wie vielen Tagen das Bemessungsentgelt erzielt worden ist – dies müssen keineswegs notwendig immer 366 sein. Diese Vorgehensweise wäre mit einem ganz erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden und ist somit zumindest mit dem Zweck des § 434j Abs. 5 SGB III nach Auffassung der Kammer nicht vereinbar.

8. Hinsichtlich der nach der Errechnung des Bemessungsentgelts vorzunehmenden Berechnungsschritte, die zur Ermittlung des täglichen Leistungssatzes notwendig sind, hat der Kläger (Rechen-)Fehler der Beklagten nicht vorgebracht, noch sind solche für die Kammer ersichtlich. Weitere Ausführungen zur Berechnung des Leistungsentgelts und des Leistungssatzes sind daher nicht angezeigt.

Auch die dabei zu berücksichtigenden, den Leistungssatz beeinflussenden Faktoren haben sich zum 1. Januar 2005 verändert. Schon in der Vergangenheit war jeweils zum Jahreswechsel eine Anpassung der Leistungssätze geboten im Hinblick darauf, dass die bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes eingestellten Abzüge vom Bruttolohn, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen (Sozialversicherungsbeiträge und Steuern einschließlich Solidaritätszuschlag), Veränderungen unterliegen. Diese Anpassungen hat der Gesetzgeber ab dem 1. Januar 2005 pauschaliert

(§ 133 SGB III). Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen sind nicht vorgetragen und für die Kammer nicht ersichtlich (s. in diesem Sinne auch nochmals Sozialgericht Aachen, Urteil vom 15. September 2005, Az.: S 9 AL 52/05, und ausführlich Sozialgericht Berlin vom 9. Juni 2005, Az.: S 60 AL 653/05).

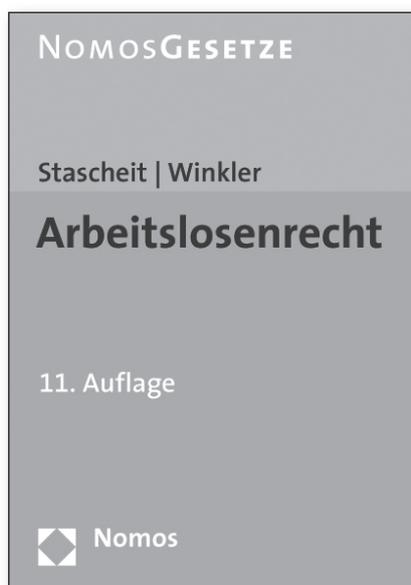
9. Im Ergebnis ist durch die gesetzliche Neuregelung eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten.

Die Beklagte hat die Aufhebung im Widerspruchsbescheid zutreffend auf die Zeit nach der Bekanntgabe des Änderungsbescheides beschränkt. Eine Abänderung der ur-

sprünglichen Bewilligungsentscheidung, eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung, ist auf der Grundlage von § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X mit Wirkung für die Zukunft zwingend und ohne Rücksicht auf bei dem Betroffenen vorhandene subjektive Voraussetzungen geboten. Die mit einer Änderung ab bereits 1. Januar 2005 verbundene Rückwirkung – wie sie noch im Ausgangsbescheid vorgesehen war – hätte dagegen nur bei Vorliegen namentlich der subjektiven Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X (i.V.m. § 330 Abs. 3 SGB III) erfolgen können, der insoweit allein in Betracht kam. Dafür war und ist nichts erkennbar.

[...]

## Die preisgünstige Textsammlung – jetzt wieder topaktuell!



### Arbeitslosenrecht

Von Prof. Dr. Ulrich Stascheit,  
FH Frankfurt/M. und PräsLSG Ute Winkler

11. Auflage 2006, 594 S., brosch., 15,- €,  
ISBN 3-8329-1767-5

Die Textsammlung ist in 11. Auflage wieder auf dem neuesten Stand. Sie enthält alle zum Thema Arbeitslosigkeit wichtigen Rechtsvorschriften, darunter auch die Verordnungen zum SGB II, zum SGB III und zum AufenthaltsgG. Ebenfalls abgedruckt sind die wichtigsten EG-Verordnungen.

Der Band ist

- preiswert
- ein unverzichtbares Arbeitsmittel für Fallmanager, persönliche Ansprechpartner und Leistungssachbearbeiter, Berater für Arbeitslose, Fachanwälte und Richter aus dem Bereich Sozialrecht
- eine aktuelle Orientierungshilfe für die Arbeitslosen selbst.



**Nomos**

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder bei: Nomos Verlagsgesellschaft | 76520 Baden-Baden | [www.nomos.de](http://www.nomos.de)

## Neue Entscheidungen des Bundessozialgerichts

### Fehlende Eigenbemühungen – Urteil vom 20. Oktober 2005 – B 7a AL 18/05

Erstmals hat das BSG über die Pflicht, Eigenbemühungen nachzuweisen, entschieden. Nach § 119 Abs. 5 SGB III in der Fassung des Arbeitsförderungsreformgesetzes hatte der Arbeitslose auf Aufforderung der BA zu einem bestimmten Zeitpunkt seine Eigenbemühungen nachzuweisen. Von Anfang an war streitig, ob § 119 Abs. 5 SGB III bestimmt genug ist, um die Aufhebung oder Versagung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld zu rechtfertigen (vgl. Stascheit in info also 1997 S. 145).

Das BSG hat zunächst ausgeführt, dass die Aufforderung der BA, Eigenbemühungen zu einem bestimmten Zeitpunkt nachzuweisen, kein Verwaltungsakt ist. Das entspricht der Rechtsprechung zum Angebot von Arbeitsplätzen und Eingliederungsmaßnahmen (BSG, Urteil vom 19. Januar 2005 – B 11a/11 AL 39/04 R). Es handle sich nur um Maßnahmen, die eine eventuell spätere unmittelbar die Bewilligung einer Leistung oder die Aufhebung einer Bewilligung betreffende Regelung erst vorbereiten sollen. Allerdings mache im konkreten Fall die beigefügte Rechtsmittelbelehrung die Aufforderung formal zu einem Verwaltungsakt.

Die Pflicht zu Eigenbemühungen ist Bestandteil des Arbeitslosigkeitsbegriffs. Wer sich nur auf die Dienste der BA verlässt und keine eigenen Aktivitäten zur Überprüfung seiner Eingliederungschancen unternimmt, hat keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, weil die Anspruchsvoraussetzung der Eigenbemühungen und damit der Verfügbarkeit nicht erfüllt ist. In diesen Fällen kann die BA ohne Konkretisierung der erforderlichen Eigenbemühungen die Leistungsbewilligung ablehnen oder die Bewilligung aufheben. Bemüht sich der Arbeitslose in irgendeiner Weise selbst um Arbeit, bleibt die Vorschrift des § 119 Abs. 1 SGB III – wegen Unbestimmtheit – nicht justiziabel, weil dem Arbeitslosen nicht bekannt ist und auch nicht bekannt sein kann, welche Eigenaktivitäten ein Dritter von ihm verlangt. Umfang und Art der erforderlichen Eigenbemühungen liegen nicht auf der Hand. Diese sind nicht nur abhängig von den Umständen des einzelnen Falles, sondern auch den subjektiven Vorstellungen des jeweiligen Arbeitsvermittlers. Trotz ihrer Weite lässt sich § 119 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5 SGB III nach Meinung des BSG hinreichend konkretisieren. Eine erste Einschränkung der Eigenbemühungen ergebe sich aus § 118 Abs. 1 Nr. 2 SGB III a.F., der Beschäftigungssuche als Suche nach einer versicherungspflichtigen, mindestens 15 Wochenstunden umfassenden Beschäftigung definiert. Seit dem 1. Januar 2002 könnten die erwarteten Eigenbemühungen in der Eingliederungsvereinbarung konkretisiert werden, ansonsten durch Hinweise der BA. An die Hinweis- und Konkretisierungspflicht der BA seien hohe Anforderungen zu stellen. Dem Arbeitslosen müsse gesagt werden, welche Eigenbemühungen im Einzelnen von ihm erwartet werden, um eine willkürliche und vom Arbeitslosen nicht voraussehbare Handhabung zu vermeiden und sicherzustellen, dass der Betroffene erken-

nen könne, was von ihm verlangt wird, um sein Verhalten danach einzurichten. Der Hinweis müsse zwar bei der Arbeitslosmeldung erfolgen, könne aber nachgeholt werden. Eine Rechtsfolgenbelehrung sei nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Typischerweise sei dem Arbeitslosen bekannt, dass er der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen müsse und dass die Verfügbarkeit Anspruchsvoraussetzung sei. Es liege deshalb für ihn auch ohne konkrete Rechtsfolgenbelehrung auf der Hand, dass bei Nichteinhaltung der »Verpflichtung« der Anspruch entfällt. Von der allgemeinen Verpflichtung, sich um Arbeit zu bemühen, müsse die Nachweispflicht nach § 119 Abs. 5 Satz 2 SGB III unterschieden werden; diese sei keine Anspruchsvoraussetzung, sondern eine Beweislastregelung. § 119 Abs. 5 Satz 2 SGB III enthalte keine Durchbrechung des Amtsermittlungsprinzips. Deshalb dürfe sich die Überprüfung nicht auf die im Aufforderungsschreiben genannten Beweismittel beschränken. Sind alle Beweise erhoben, ohne dass sich die verlangten Eigenbemühungen ermitteln ließen, geht dies zu Lasten des Arbeitslosen.

Die Konkretisierung der Eigenbemühungen muss sich am Maßstab der Zumutbarkeit messen lassen. Einem Arbeitslosen können keine unzumutbaren und (damit rechtswidrigen) Eigenbemühungen abverlangt werden. Insoweit unterliegt § 119 Abs. 5 Satz 1 SGB III einer teleologischen Reduktion. Die Aufforderung, wöchentlich zwei Bewerbungen abzusenden, hat das BSG nicht für unzumutbar gehalten. Die Verletzung der Pflicht zu Eigenbemühungen bzw. der Nachweispflicht muss der Arbeitslose verschuldet haben. Hierfür lässt das Gericht einfache Fahrlässigkeit genügen, allerdings ist von einem subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab auszugehen. Ist die Pflicht zu Eigenbemühungen schuldhaft verletzt, darf die Leistungsbewilligung, wenn die übrigen Voraussetzungen der §§ 45, 48 SGB X vorliegen, rückwirkend für die Zeit ab Zugang des Konkretisierungsschreibens aufgehoben werden.

### Förderung der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben – Urteil vom 17. November 2005 – B 11a AL 23/05 R

Die behinderte Klägerin verlangte von der BA die Förderung einer Ausbildung als Heilpraktikerin. Streitig waren die Eignung der Klägerin und die Förderfähigkeit der Ausbildung für einen Beruf, der überwiegend durch Selbständige ausgeübt wird. Das BSG beschäftigt sich hauptsächlich mit der Prüfungsfolge und beanstandet das Verfahren des LSG. Vorrangig ist danach zu prüfen, ob eine berufliche Eingliederung durch allgemeine Leistungen, wie sie auch für Nichtbehinderte in Frage kommen, möglich ist. Als Berufsausbildung kann die Ausbildung zur Heilpraktikerin nicht gefördert werden, weil es sich nicht um eine förderungsfähige Ausbildung handelt. Die Eignung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BSG nach der Prognose bei Beginn der Maßnahme zu beurteilen. Hierbei ist jedoch nicht nur die Eignung für die Ausbildung, sondern auch die

Eignung für die Ausübung des erstrebten Berufs unter Berücksichtigung der hierfür maßgeblichen Vorschriften, hier insbesondere des Heilpraktikergesetzes, zu ermitteln. Die Gerichte haben die Eignungsvoraussetzungen unabhängig von der Prognoseentscheidung im Verwaltungsverfahren vollständig und selbständig zu prüfen. Im konkreten Fall hat das BSG, das die Entscheidung des LSG aufgehoben und das Verfahren an die Berufungsinstant zurückverwiesen hat, erhebliche Zweifel an der Eignung der Klägerin zur Ausübung des Heilpraktikerberufs geäußert.

#### **Wichtiger Grund für Arbeitsaufgabe – Urteil vom 17. November 2005 – B 11a/11 AL 69/04 R**

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG kann sich ein Arbeitnehmer bei der Lösung seines Beschäftigungsverhältnisses durch Zustimmung zu einem Aufhebungsvertrag auf einen wichtigen Grund dann berufen, wenn ihm der Arbeitgeber mit einer objektiv rechtmäßigen Kündigung droht und ihm die Hinnahme der Kündigung nicht zumutbar ist. Für den Fall eines leitenden Angestellten hat das Gericht seine Rechtsprechung erweitert. Selbst wenn die drohende Kündigung sozial nicht gerechtfertigt sein sollte, drohte dem Arbeitnehmer die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9 Abs. 1, 14 Abs. 2 KSchG, weil bei leitenden Angestellten dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers immer stattzugeben ist. Wenn der Arbeitgeber im Falle der mangelnden sozialen Rechtfertigung der Kündigung vor dem Arbeitsgericht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum tatsächlichen Beendigungszeitpunkt gegen eine Abfindung hätte erzwingen können, musste der Arbeitnehmer zur Zeit des Abschlusses des Aufhebungsvertrages von der Unvermeidlichkeit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgehen. Bei der Prüfung des wichtigen Grundes im Sperrzeitrecht ist das Recht des Arbeitgebers, für den Fall der Sozialwidrigkeit der Kündigung ohne Begründung einen Antrag auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu stellen, dem das Arbeitsgericht stattgeben muss, dem Fall der objektiv rechtmäßigen Kündigung gleichzusetzen. Denn wesentlich für die Annahme, bei drohender rechtmäßiger Kündigung könne ein wichtiger Grund vorliegen, ist die Überlegung, dass sich der Betroffene gegen eine solche Kündigung nicht erfolgreich zur Wehr setzen kann. Für diesen Fall hat das BSG das Interesse des Arbeitnehmers, sich durch den Aufhebungsvertrag wenigstens die ihm angebotene Abfindung zu sichern, im Rahmen der Prüfung des wichtigen Grundes als schützenswert bezeichnet und einen wichtiger Grund bereits unter diesem Aspekt bejaht. Denn es besteht im Hinblick auf den ohnehin nicht zu vermeidenden Eintritt der Beschäftigungslosigkeit kein Interesse der Versicherungsgemeinschaft daran, den Arbeitnehmer von der Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen abzuhalten. Bei Beachtung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes sei bei drohender rechtmäßiger Arbeitgeberkündigung im Regelfall – nicht nur bei leitenden Angestellten – ein wichtiger Grund anzunehmen.

#### **Zuzug zur Eheschließung – Urteil vom 17. November 2005 – B 11a/11 AL 49/04 R**

Streitig war die Frage, ob die Klägerin, die ihr Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, um mit ihrem Kind zu ihrem zukünftigen Ehepartner zu ziehen, für die dadurch verursachte Arbeitslosigkeit einen wichtigen Grund hatte. Die Absicht der Heirat hat das BSG nicht ausreichen lassen, weil der wichtige Grund auch den Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit decken muss und die Ehe erst knapp fünf Monate später geschlossen wurde. Das Gericht hat hier dennoch – in Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Zuzugs zum Ehegatten – einen wichtigen Grund angenommen, weil der Klägerin eine Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses bis zum Termin der Eheschließung nicht zumutbar war. Der gewählte Zeitpunkt ergab sich daraus, dass die Klägerin gemeinsam mit ihrer 13-jährigen Tochter, die zum Schuljahreswechsel umgeschult werden sollte, umgezogen war und sie beabsichtigte, die Tochter gemeinsam mit ihrem jetzigen Ehemann zu betreuen und zu erziehen. Insoweit tritt nach Meinung des BSG das Interesse der Versicherungsgemeinschaft, für die Beschäftigungslosigkeit nur bei zeitgleicher Eheschließung einzutreten, aus Gründen des Kindeswohls zurück. Diese Wertung folgt aus Art. 6 Abs. 2 GG, denn dieses Grundrecht gewährleistet die Wahrnehmung der Elternverantwortung im Interesse des Kindeswohls. Das BSG hat den zeitlichen Zusammenhang zwischen der Lösung des Beschäftigungsverhältnisses und der späteren Eheschließung aus besonderen Gründen im Interesse des Kindeswohls gewahrt gesehen, weil der Schulwechsel zu Beginn des Schuljahres dem späteren Wechsel vorzuziehen sei, und die Frage, ob die beabsichtigte Herstellung und Aufrechterhaltung einer Erziehungsgemeinschaft für sich allein einen wichtigen Grund dargestellt hätte, ausdrücklich offen gelassen. Der Senat hat im Übrigen an seiner Auffassung festgehalten, dass die Anerkennung eines wichtigen Grundes von den frühzeitigen Bemühungen um einen neuen Arbeitsplatz unter Einschaltung der BA abhängig ist, und dies für den konkreten Fall bejaht.

#### **Personenbedingte Kündigung und Sperrzeit – Urteil vom 15. Dezember 2005 – B 7a AL 4605 R**

Der Eintritt einer Sperrzeit nach einer Arbeitgeberkündigung setzt zunächst ein arbeitsvertragswidriges Verhalten voraus, das in jedem Verstoß gegen geschriebene und ungeschriebene Haupt- und Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag bestehen kann. Dieses Verhalten muss kausal für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch den Arbeitgeber sein. Diese Lösung des Beschäftigungsverhältnisses muss ebenfalls ursächlich für den Eintritt der Beschäftigungslosigkeit sein. Schließlich muss die Herbeiführung der Beschäftigungslosigkeit auf Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beruhen. Der Schuldvorwurf bezieht sich hierbei nur auf die Herbeiführung der Arbeitslosigkeit, nicht auf das arbeitsvertragswidrige Verhalten selbst, so dass für den Lösungssachverhalt nicht die Rechtmäßigkeit der Kündigung maßgeblich ist, sondern nur die Frage, ob der Beitrag des Arbeitnehmers für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses wesentlich war.

Hier hatte ein Berufskraftfahrer im Zusammenhang mit seiner Beschäftigung eine Straftat im Straßenverkehr begangen. In Kenntnis der Straftat stimmte der Arbeitgeber der Umwandlung des zunächst nur befristeten Arbeitsvertrages in einen unbefristeten Vertrag zu. Erst nach Eintritt eines Fahrverbots kündigte er fristlos. Nach Meinung des Senats hat der Arbeitnehmer die Arbeitslosigkeit nicht im Sinne einer wesentlichen Bedingung herbeigeführt. Die später wegen Verlustes der Fahrerlaubnis – resultierend aus einem Fehlverhalten während des noch befristeten Arbeitsverhältnisses – eintretende Beschäftigungslosigkeit war dem Arbeitnehmer nicht mehr zuzurechnen. Wäre die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht erfolgt, wäre die Beschäftigungslosigkeit bereits vor der Kündigung eingetreten. Dann kann dem Arbeitslosen nicht der Vorwurf gemacht werden, dass das sich an das befristete Beschäftigungsverhältnis anschließende Beschäftigungsverhältnis aus Anlass eines arbeitsvertragswidrigen Verhaltens während des befristeten Beschäftigungsverhältnisses beendet wurde. Dem Arbeitnehmer darf nicht zum Nachteil gereichen, wenn er den Eintritt der Beschäftigungslosigkeit durch Vereinbarung zunächst verhindert, und dadurch erst die spätere Kündigung aus Anlass eines vor der Vereinbarung liegenden Verhaltens ermöglicht.

#### **Herstellungsanspruch und § 330 Abs. 1 SGB III – Urteil vom 31. Januar 2006 – B 11a AL 11/05 R**

§ 330 Abs. 1 SGB III schränkt § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X für den Fall ein, dass der Verwaltungsakt auf einer Rechtsnorm beruht, die nach Erlass des Verwaltungsaktes für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt wird oder in ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung anders als durch die BA ausgelegt wird. Das BSG hat § 330 Abs. 1 SGB III nicht angewandt, soweit dem Arbeitslosen ein Herstellungsanspruch zusteht, weil die BA ihn nicht über die Auswirkungen eines Steuerklassenwechsels auf seinen Arbeitslosengeldanspruch beraten und ihm auch keine Beratung angeboten hat. Die Rechtsprechung zum Steuerklassenwechsel von Ehegatten beruhe nicht auf einer von der BA abweichenden Auslegung des § 137 Abs. 4 SGB III a.F., sondern sei mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Regelungskonzept der Norm entwickelt worden. § 330 Abs. 1 SGB III könne im zu entscheidenden Fall nicht angewendet werden, weil der auf einen Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld gerichtete sozialrechtliche Herstellungsanspruch unabhängig von der Begründung der besonderen Hinweis- und Beratungspflicht durch die Rechtsprechung des BSG bestehe. Das Gericht habe über Aufhebungs- und Erstattungsansprüche entschieden, bei denen es wegen unterlassener Meldungen zu Überzahlungen gekommen sei. Hier habe der Kläger sich sofort nach dem Steuerklassenwechsel bei der BA gemeldet, so dass ein konkreter Anlass für eine Beratung über die Auswirkungen des Steuerklassenwechsels auf den Anspruch auf Arbeitslosengeld bestanden habe. Allerdings muss jeweils geprüft werden, ob der Arbeitslose dem Hinweis wahrscheinlich gefolgt wäre.

#### **Arbeitslosenhilfe und Erlöschensfrist – Urteil vom 31. Januar 2006 – B 11a AL 15/05 R**

Streitig war in dem zu entscheidenden Fall, ob der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe während eines Fachhochschulstudiums mit Bezug von Meister-BAföG erlöschen durfte. Das Meister-BAföG stand dem Unterhaltsgeld nicht gleich und war auch keine gegenüber dem Unterhaltsgeld vorrangige Leistung, so dass die Erlöschensfrist von einem Jahr sich nicht um die Zeit des Bezugs verlängerte. Das BSG hat auf seine Rechtsprechung zum Erlöschen der Arbeitslosenhilfe während des Bezugs von Leistungen der freien Förderung nach § 10 SGB III hingewiesen (Urteil vom 19. Januar 2005 – B 11a/11 AL 17/04 R) und auch die Voraussetzungen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs verneint, weil ein Nachteilsausgleich auf ein gesetzwidriges Handeln des Leistungsträgers hinauslaufen würde. Hier könne der Eintritt der Arbeitslosigkeit vor Ablauf der Erlöschensfrist nicht in gesetzeskonformer Weise fingiert werden, weil während der Bildungsmaßnahme Verfügbarkeit nicht vorgelegen habe.

#### **Rahmenfrist bei Teilarbeitslosengeld – Urteil vom 17. November 2005 – B 11a AL 1/05 R**

Streitig war hier die Begründung eines Anspruchs auf Teilarbeitslosengeld nach § 150 SGB III. Die Klägerin hatte nach dem Verlust einer Teilzeitbeschäftigung Teilarbeitslosengeld bis zur Aufnahme einer neuen Teilzeitbeschäftigung bezogen. Mit der mehr als zwei Wochen dauernden neuen Teilzeitbeschäftigung war der Anspruch auf Teilarbeitslosengeld nach § 150 Abs. 2 Nr. 5 Buchst. A SGB III erloschen. Nach ca. zwei Monaten verlor sie die erste Teilzeitbeschäftigung, neben der sie Teilarbeitslosengeld bezogen hatte. Sie beantragte wiederum Teilarbeitslosengeld. Die AA lehnte den Antrag ab, weil die Anwartschaft wegen des Vorbezugs von Teilarbeitslosengeld nicht erfüllt sei. Die Beschäftigungszeiten vor der Begründung des Anspruchs auf Teilarbeitslosengeld könnten für die Erfüllung der Anwartschaft nicht berücksichtigt werden, weil die Rahmenfrist nicht in eine frühere Rahmenfrist hineinreichen dürfe. Das BSG hat mit folgender Begründung zugunsten der Klägerin entschieden: Bei der Anwendung von § 124 Abs. 2 SGB III müssten die Besonderheiten des Teilarbeitslosengeldes berücksichtigt werden. Maßgebliche Voraussetzung eines Anspruchs auf Teilarbeitslosengeld sei vor allem der Verlust einer zusätzlich ausgeübten Beschäftigung; das Teilarbeitslosengeld solle gerade den Teil des Arbeitsentgelts ersetzen, das dem Beschäftigten wegen der Beendigung der Teilzeitbeschäftigung nicht mehr zur Verfügung steht. Es sei deshalb sachgerecht, bei der Prüfung, ob die beendete Teilbeschäftigung im Sinne der Erfüllung der Anwartschaftszeit über mindestens zwölf Monate innerhalb der Teilarbeitslosengeld-Rahmenfrist ausgeübt worden ist, die Berücksichtigung der verlorenen Teilzeitbeschäftigung nicht deshalb über § 124 Abs. 2 SGB III zeitlich zu begrenzen, weil die Klägerin schon früher nach dem Verlust einer anderen Teilbeschäftigung eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte. Auch bei dieser Auslegung werde eine Beschäftigungszeit nicht zweimal für die Begründung einer Anwartschaftszeit herangezogen. Vielmehr werde der

Gesetzeszweck, die Benachteiligung von Arbeitnehmern, die sich durch Aufnahme mehrerer versicherungspflichtiger Beschäftigungen besonders flexibel zeigen, zu beseitigen, gesichert. Andernfalls fehlte nach dem Verlust einer Teilzeitbeschäftigung der Anreiz zur Aufnahme einer neuen Teilbeschäftigung.

**Kurzarbeitergeld und erheblicher Arbeitsausfall –  
Urteile vom 15. Dezember 2006 – B 7a AL 8/05 R und  
B 7a AL 10/05 R**

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld setzt u.a. voraus, dass der Arbeitsausfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Gründen beruht. Dies hat das BSG bei einer Firma, die Rheumabandagen aus Katzenfell vertreibt, verneint. Ursächlich für den Arbeitsausfall war hier ein allgemeiner Akzeptanzverlust für das Produkt der Firma, insbesondere aus Tierschutzgründen. Ein allgemeiner soziokultureller Akzeptanzverlust eines Produkts ist nach Meinung des BSG keine wirtschaftliche Ursache bzw. kein wirtschaftlicher Grund im Sinne des § 170 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 SGB III. Zwar ist eine Abgrenzung von politischen, rechtlichen, allgemeinen, sozialen und wirtschaftlichen Ursachen im Gesamt des Produktionsprozesses im Einzelnen schwer zu treffen. Hier handelt es sich um ein »Ausder-Mode-Kommen« des Produkts. Auf Veränderungen der Verkaufbarkeit eines Produkts muss eine Betriebsleitung reagieren bzw. mit neuen Produkten antworten. Das Betriebs- und Geschäftsrisiko kann nicht auf Dauer auf die Allgemeinheit durch Gewährung von Kurzarbeitergeld verlagert werden. Jedenfalls liegt keine von außen kommende allgemeine wirtschaftliche Ursache vor im Sinne einer strukturellen oder konjunkturellen Störung der Gesamtwirtschaftslage.

Auch liegt kein unabwendbares Ereignis vor. Nach § 170 Abs. 3 Satz 1 SGB III liegt ein unabwendbares Ereignis insbesondere vor, wenn ein Arbeitsausfall auf ungewöhnlichen, dem üblichen Witterungsverlauf nicht entsprechenden Witterungsgründen beruht. Ein kontinuierlicher und sich über Jahre bzw. Jahrzehnte hinziehender Imageverlust stellt kein »Ereignis« im Sinne eines zeitlich begrenzten, außergewöhnlichen und von außen auf den Betrieb einwirkenden Geschehens dar. Vielmehr handelt es sich bei dem Akzeptanzverlust des Produkts Katzenfell um einen kontinuierlichen gesellschaftlichen Prozess, der vom Schutzzweck des § 170 Abs. 1 Nr. 1 SGB III nicht erfasst wird.

**Sonderkündigungsschutz und Entlassungsentschädigung  
– Urteil vom 9. Februar 2006 – B 7a AL 22/05 R, B 7a AL  
44/05 R und B 7a/7 AL 48/04 R**

In den Entscheidungen war streitig, ob der Anspruch der Kläger auf Zahlung von Arbeitslosengeld wegen einer Entlassungsentschädigung geruht hat. Nach dem maßgeblichen

Tarifvertrag waren Arbeitnehmer ab dem 55. Lebensjahr nach einer zehnjährigen Betriebszugehörigkeit nur noch aus wichtigem Grund kündbar; das sollte u.a. nicht bei Betriebsänderungen gelten. Die Kündigungsfrist betrug nach einer Betriebszugehörigkeit von zwanzig Jahren sieben Monate zum Ende des Kalendermonats. Zwischen der Firma und dem Betriebsrat wurden ein Interessenausgleich und ein Sozialplan vereinbart. Danach kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitnehmern, für die ein anderer Arbeitsplatz nicht gefunden werden konnte, mit einer Kündigungsfrist von sieben Monaten und zahlte die nach dem Sozialplan zustehenden Abfindungen. Die BA ging entsprechend § 143a Abs. 1 Satz 4 SGB III von einer fiktiven Kündigungsfrist von einem Jahr aus und bewilligte Arbeitslosengeld erst ab einem späteren Zeitpunkt. Das BSG hat die Entscheidung der BA vorbehaltlich weiterer Ermittlungen gebilligt und ausgeführt: § 143a Abs. 1 Satz 4 SGB III erfasse die Fälle, in denen die ordentliche Kündigung für den Arbeitgeber vertraglich grundsätzlich ausgeschlossen ist und nur für Fälle eröffnet wird, bei denen eine Abfindung gezahlt wird. Sind für den Arbeitgeber – realisierbare – alternative Möglichkeiten der ordentlichen Kündigung auch ohne Abfindung eröffnet, kommt bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist ein Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs nicht in Betracht. Erfasst werden sollten nach der Entstehungsgeschichte des § 143a Abs. 1 Satz 4 SGB III vor allem Fälle, in denen dem Arbeitgeber tarifvertraglich die ordentliche Kündigung nur noch für den Fall des Bestehens eines Sozialplans vorbehalten ist und der Sozialplan für den betroffenen Arbeitnehmer eine Abfindung vorsieht. Das BSG hat der Tatsache, dass der maßgebliche Tarifvertrag die Aufhebung des Sonderkündigungsschutzes nicht vom Vorliegen eines Sozialplans abhängig gemacht hat, keine Bedeutung beigemessen, weil nach § 111 BetrVG eine Betriebsänderung grundsätzlich einen Sozialplan erforderlich macht und der Tarifvertrag so auszulegen ist, dass Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG zur Aufhebung des Kündigungsschutzes führen sollen.

In dem Rechtsstreit B 7a/7 AL 48/04 R machte der Tarifvertrag die Aufhebung des Sonderkündigungsschutzes ausdrücklich von einem Sozialplan abhängig. Die Besonderheit lag darin, dass die Firma, der Gesamtbetriebsrat, die örtlichen Betriebsräte mehrerer Werke, die IG Metall und der Verband der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie in einer Vereinbarung die tarifvertragliche Unkündbarkeit außer Kraft setzen wollten. Da die Vertragspartner zugleich einen Sozialplan vereinbarten, hat das BSG der Aufhebung der Unkündbarkeit unabhängig von der Wirksamkeit der Vereinbarung keine Bedeutung beigemessen. Danach ist § 117 Abs. 2 Satz 4 AFG (= § 143a Abs. 1 Satz 4 SGB III) nur dann nicht anzuwenden, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit sozialer Auslauffrist trotz Unkündbarkeit hätte kündigen können. Das muss das LSG noch aufklären.

**Ute Winkler**

## Entscheidungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)

### § 15 Abs. 1, § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a SGB II Berechtigte Verweigerung des Abschlusses einer rechtswidrigen Eingliederungsvereinbarung

Sozialgericht Hamburg, Beschluss vom 27.1.2006 – S 56 AS 10/06 ER

#### Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein wichtiger Grund für die Weigerung, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, liegt immer dann vor, wenn das Vertragsangebot des Leistungsträgers auf den Abschluss einer nicht in allen Punkten rechtmäßigen Eingliederungsvereinbarung gerichtet ist.
2. Die Verpflichtung zur Teilnahme an einer Trainingsmaßnahme »auch bei Krankheit (außer bei bettlägeriger Krankheit)« ist unzumutbar und rechtswidrig.

#### Gründe:

Der auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gerichtete Antrag, mit dem sich der Antragsteller (ASt.) gegen die mit Bescheid vom 29.11.2005 verfügte Absenkung der ihm bewilligten Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) wendet, ist zulässig und auch begründet.

Gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Der Bescheid vom 29.11.2005 hat gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG i.V.m. § 39 Nr. 1 SGB II keine aufschiebende Wirkung. Voraussetzung für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht ist, dass das Interesse des Einzelnen an der aufschiebenden Wirkung gegenüber dem öffentlichen Interesse am Vollzug eines Bescheides überwiegt. Dies ist in entsprechender Anwendung des § 86a Abs. 3 S. 2 SGG dann der Fall, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Adressaten eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes bestehen dann, wenn der Erfolg des Rechtsbehelfs wahrscheinlicher ist als der Misserfolg (Meyer-Ladewig, SGG, 7. Aufl., § 86a, Rz. 27). Dies ist vorliegend der Fall, da sich der Bescheid vom 29.11.2005 nach der im Eilverfahren möglichen und gebotenen Überprüfung als voraussichtlich rechtswidrig erweist.

Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a) SGB II wird das Arbeitslosengeld II unter Wegfall des Zuschlags nach § 24 SGB II in einer ersten Stufe um 30 vom Hundert der für den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen nach § 20 SGB II maßgebenden Regelleistung abgesenkt, wenn dieser sich trotz Belehrung über die Rechtsfolgen weigert, eine ihm angebotene Eingliederungsvereinbarung abzuschließen. Dies gilt

jedoch nicht, wenn der erwerbsfähige Hilfebedürftige einen wichtigen Grund für sein Verhalten nachweist (§ 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II).

Der ASt. hat die ihm am 24.11.2005 angebotene Eingliederungsvereinbarung nicht unterschrieben. Ob dieses Verhalten als Weigerung i.S.v. § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a) SGB II zu qualifizieren ist und ob der ASt. zuvor in hinreichender Weise über die Rechtsfolgen seines Verhaltens belehrt worden ist, kann vorliegend dahinstehen, da der ASt. jedenfalls einen wichtigen Grund für sein Verhalten gehabt haben dürfte. Ein wichtiger Grund für die Weigerung, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, liegt nämlich immer dann vor, wenn das Vertragsangebot des Leistungsträgers auf den Abschluss einer rechtswidrigen Eingliederungsvereinbarung gerichtet ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn die vorgesehenen Eigenbemühungen bzw. die dem Hilfebedürftigen auferlegten Pflichten und Mitwirkungslasten unzumutbar sind (Sonnhoff in jurisPK-SGB II § 31 Rn. 99 und § 15 Rn. 78 ff.; Berlit in LPK-SGB II § 31 Rn. 23). Unzumutbar ist jedenfalls die unter Ziffer 1.b der angebotenen Eingliederungsvereinbarung aufgeführte Verpflichtung des ASt., an der Trainingsmaßnahme T.O.P. bei SBB »auch bei Krankheit (außer bei bettlägeriger Krankheit)« teilzunehmen. Die Teilnahme an einer Maßnahme kann einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen nur zugemutet werden, wenn und solange er gesundheitlich hierzu in der Lage ist. Dabei kann nicht nur Bettlägerigkeit als Hinderungsgrund anerkannt werden. Vielmehr gibt es durchaus Krankheiten, bei denen der Erkrankte zwar nicht der Bettruhe bedarf, aber dennoch arbeitsunfähig bzw. nicht in der Lage ist, an einer Maßnahme teilzunehmen. Die Verpflichtung eines Hilfebedürftigen, auch im Falle einer derartigen Erkrankung an der Trainingsmaßnahme teilnehmen zu müssen, ist daher unzumutbar. Da die angebotene Eingliederungsvereinbarung in sämtlichen Punkten rechtmäßig sein muss, um Grundlage einer Absenkung nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a) SGB II sein zu können (Berlit in LPK-SGB II § 31 Rn. 23), hatte der ASt. für die Verweigerung ihres Abschlusses jedenfalls einen wichtigen Grund. Ob die übrigen von dem ASt. beanstandeten Teile der angebotenen Eingliederungsvereinbarung ebenfalls zu ihrer Rechtswidrigkeit führen, braucht daher nicht entschieden zu werden.

Die AG. kann dem auch nicht entgegenhalten, dass die beanstandete Klausel verhandelbar gewesen wäre und gegebenenfalls hätte präzisiert werden können. Es trifft zwar zu, dass den §§ 15, 31 SGB II der gesetzgeberische Wille zugrunde liegt, dass über den Inhalt der Eingliederungsvereinbarung zwischen dem Leistungsträger und dem Hilfebedürftigen tatsächlich verhandelt wird und nicht eine einseitige Vorgabe durch den Leistungsträger erfolgt (Sonnhoff in jurisPK-SGB II § 15 Rn. 108). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Sanktionen des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a) SGB II ausschließlich an ein in allen Punkten rechtmäßiges Vertragsangebot geknüpft werden können.

Unerheblich ist schließlich auch, ob die entsprechende Klausel in der Eingliederungsvereinbarung tatsächlich der Beweggrund des ASt. gewesen ist, diese nicht zu unterschreiben, da es allein darauf ankommt, dass der wichtige Grund objektiv gegeben ist (Sonnhoff in jurisPK-SGB II § 31 Rn. 97; Berlitz in LPK-SGB II § 31 Rn. 23).

Einsender: SG Hamburg

### **§ 15 Abs. 1 S. 6 SGB II Rechtswidrigkeit eines Eingliederungs-Verwaltungsakts**

Sozialgericht Berlin, Urteil vom 12.5.2006 – S 37 AS 11713/05

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Ein Eingliederungs-Verwaltungsakt ist rechtswidrig bei starrer Festlegung einer Mindestzahl an Bewerbungen, rigider Residenzpflicht und Teilnahmeverpflichtung an lediglich abstrakt bezeichneten Arbeitsgelegenheiten und dann ganz aufzuheben.**

#### **Tatbestand:**

Zwischen den Beteiligten ist die Berechtigung zum Erlass eines Eingliederungs-Verwaltungsaktes (EV-VA) und dessen inhaltliche Ausgestaltung streitig.

Im laufenden Bezug seit Januar 2005 gewährten Alg II war dem 1957 geb. Kläger Ende Juli 2005 eine auf die Dauer eines Jahres angelegte Eingliederungsvereinbarung (EV) zur Unterschrift vorgelegt worden. Danach waren monatlich 10 Bewerbungen nachzuweisen, außerdem sollte sich der Kläger verpflichten, aktiv an Maßnahmen, die ein Dritter (XX) unterbreitet, teilzunehmen.

Weil der Kläger die vorgefertigte EV nicht akzeptierte und der Beklagte nicht bereit war, die vom Kläger vorgeschlagenen Veränderungen – u.a. hatte er die starre Festlegung einer Mindestzahl monatlicher Bewerbungen und die uneingeschränkte Teilnahmeverpflichtung an unbestimmten Maßnahmen der XX beanstandet – zu übernehmen, wurde ihm am 26.9.2005 mit EV-VA aufgegeben, mindestens 10 Bewerbungen monatlich an jedem 10. des Folgemonats nachzuweisen, sich nur nach Absprache und mit Zustimmung des persönlichen Ansprechpartners außerhalb des orts- und zeitnahen Bereichs aufzuhalten, was für maximal 21 Kalendertage im Jahr zugestanden werde. Ferner heißt es in einer als »Zielsetzung« bezeichneten Passage:

*»Um eine Eingliederung auf dem ersten Arbeitsmarkt erreichen zu können, ist der Kunde vorab auch zur Aufnahme einer Arbeit mit Mehraufwandsentschädigung verpflichtet.«*

Der gegen diesen EV-VA erhobene Widerspruch des Klägers, mit dem dieser einwandte, ein VA dürfe nicht erlassen werden, da es an einer Weigerung zum Abschluss einer EV

fehle, blieb erfolglos. Im Widerspruchsbescheid vom 16.11.2005 heißt es, die EV könne auch ohne Weigerung oder Feststellung eines Verschuldens als VA umgesetzt werden. Im übrigen müsse sich der Kläger entgegen halten lassen, durch ständig neue Änderungsvorschläge die Grundlage für einen Konsens entzogen zu haben.

Hiergegen richtet sich die am 14. Dezember 2005 beim Sozialgericht erhobene Klage, mit der der Kläger – der bislang den Verpflichtungen aus dem EV-VA regelmäßig nachgekommen ist – sein Anliegen aus dem Widerspruchsverfahren weiterverfolgt.

[...]

#### **Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist zulässig, insbesondere besteht ein Rechtsschutzbedürfnis. Denn zum einen ist noch nicht geklärt, ob die – nach Ansicht des erkennenden Gerichts abzulehnende – Auffassung des OVG Greifswald (keine Prüfung einer Einzelmaßnahme bei Bestandkraft des Heranziehungsbescheides, Beschluss vom 7.11.2002 – 1 M 152/02) Nachahmer findet, zum anderen besteht noch Unsicherheit zu der Frage, welche Auswirkungen eine unangefochtene EV auf die Rechtsposition des Betroffenen hat, wenn die Erfüllung einzelner Vereinbarungen bzw. Verpflichtungen der EV streitig wird. Es besteht somit ein rechtlich schützenswertes Interesse daran, bereits vor Erlass eines Sanktionsbescheides die Rechtmäßigkeit einer EV nach § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen.

Die Klage ist auch begründet. Zu Recht beanstandet der Kläger die starre Festlegung einer Mindestzahl an Bewerbungen; weitere Rechtsverletzungen ergeben sich aus der rigiden Residenzpflicht und der Verpflichtung zur Teilnahme an lediglich abstrakt bezeichneten Arbeitsgelegenheiten.

Der angefochtene EV-VA war ganz aufzuheben, da es bei Teilaufhebung der o.g. Verpflichtungen an den nach § 15 Abs. 1 SGB II unabdingbaren Bestimmungen fehlt. Zu einer einseitigen inhaltlichen Modifikation von Einzelbestimmungen fehlt dem Gericht die Befugnis.

Im Einzelnen:

#### **Festlegung der Bewerbungsbemühungen**

Der Kläger wehrt sich nicht pauschal gegen die festgelegte Anzahl von 10 Bewerbungen pro Monat, sondern gegen die Vorgabe einer starren Mindestanzahl von monatlichen Bewerbungen. Zu Recht fürchtet er dabei, bei Nichterfüllung dieses Mindestsolls mit einer Sanktion belegt werden zu können, die er nur bei Nachweis eines wichtigen Grundes für die Verfehlung abwenden kann. Weil es leider auch zum Umfang der Nachweispflicht noch keine gefestigte Rechtsprechung gibt, setzt die vorgegebene Mindestbewerbungszahl den Kläger unter massiven Druck. Die Kammer hält es für nicht zumutbar, einem ernsthaft um Eingliederung bemühten Arbeitsuchenden, woran hier keine Zweifel

bestehen, die Verpflichtung aufzubürden, sein Monatspensum mit aussichtslosen Blindbewerbungen zu füllen.

Eine konkret auf die individuelle Vermittlungschance abgestimmte Zahl seriöser Bewerbungsbemühungen (vgl. dazu VG Hannover, Urteil vom 18.1.1999, info also 1999, S. 80 f) lässt sich der EV schon mangels einer Vorbereitungsphase zur Ermittlung der Berufsbiographie, Arbeitsmarktchancen und Vermittlungs-Handicaps des Klägers nicht entnehmen. In einem solchen Fall ist es daher zumindest geboten, die Verpflichtung zu einer bestimmten Anzahl von Bewerbungen als Durchschnittswert vorzugeben, womit klargestellt ist, dass bei Nachweis von 8 oder 9 Bewerbungen keine Pflichtverletzung vorliegt bzw. den Kläger keine Verpflichtung zum Nachweis eines wichtigen Grundes für die Unterschreitung des Durchschnittswerts trifft. Nichts spricht derzeit dafür, dass der Kläger eine flexiblere Festlegung seiner Bewerbungsbemühungen ausnutzen wird. Es gibt auch keinen erkennbaren Grund, seine Arbeitsbereitschaft auf den Prüfstand zu stellen.

### Residenzpflicht

Nach der Formulierung im EV-VA ist der Kläger verpflichtet worden, sich überhaupt nur außerhalb des zeit- und orts-nahen Bereichs zu begeben, wenn der persönliche Ansprechpartner zugestimmt hat. Jede Befreiung von der Anwesenheitspflicht ist demnach von der persönlichen Entscheidung des Ansprechpartners abhängig. Die Möglichkeit der erlaubten Ortsabwesenheit ist auf 21 Kalendertage im Jahr begrenzt worden.

Damit geht die vom Kläger verlangte Beschränkung der Bewegungsmöglichkeit weit über § 119 Abs. 5 Nr. 2 SGB III i.V.m § 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Erreichbarkeitsverordnung (EAO) hinaus. Nach den genannten Bestimmungen hängt die Verfügbarkeit von Arbeitslosen mit Anspruch auf Arbeitslosengeld nach dem SGB III davon ab, dass sie Vorschlägen der BA zur Eingliederung in Arbeit zeit- und orts-nah nachkommen können. Sie müssen deshalb an allen Werktagen persönlich an ihrem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt erreichbar sein. Entfernen dürfen sie sich von ihrem Wohnort für mehr als 24 Stunden also nur an Feiertagen und mit Zustimmung der AA. Es genügt, wenn der Arbeitslose statt am Samstag oder einem Tag vor dem gesetzlichen Feiertag am Sonntag oder dem Feiertag eingehende Post zur Kenntnis nehmen kann (§ 1 Abs. 1 Satz 3 EAO). § 3 Abs. 1 und 2 Nr. 1 und 3 EAO erlaubt außerdem die Abwesenheit für drei Wochen wegen Urlaubs, wegen einer ehrenamtlichen Tätigkeit oder wegen einer Kur.

Die dagegen dem Kläger auferlegte Beschränkung des Grundrechts auf Freizügigkeit nach Art. 11 GG auf einen so engen Raum und in so großer Abhängigkeit von der Zustimmung des persönlichen Ansprechpartners kennt die Rechtsordnung sonst nur für Asylbewerber (§ 56 ff. des Asylverfahrensgesetzes). Insbesondere ist zu beanstanden, dass der Kläger ohne genauere Bezeichnung, was unter dem zeit- und orts-nahen Bereich in der EV zu verstehen ist, im Unklaren darüber bleibt, wie weit er sich wegbewegen darf

und ob der Sonntagsausflug zu einer Kürzung des Alg II führen könnte (weil z.B. bestimmte Hilfsjobs oft an den Wochenenden angeboten werden). Ferner erstreckt sich die erlaubte Ortsabwesenheit nach der Formulierung auf 21 Kalendertage, also einschließlich Sonn- und Feiertage und weicht insofern von § 3 Abs. 1 EAO zu Ungunsten des Alg-II-Beziehers ab.

Der Einwand, mit solchen semantischen Spitzfindigkeiten könne man die unter Erfolgsdruck stehenden Fallmanager nicht belasten, geht fehl, wenn im Einzelfall ein verständiger Arbeitsuchender, wie der Kläger, in der Verhandlungsphase zum Abschluss der EV ein berechtigtes Anliegen – Abänderung in die § 3 Abs. 1 EAO entsprechende Formulierung – vorbringt.

### Verpflichtung zu Arbeitsgelegenheiten

Die dem Kläger »vorab« aufgegebenen Verpflichtung, zur Erreichung der Eingliederung auch an Arbeitsgelegenheiten teilnehmen zu müssen, ist in dieser vagen Ausprägung rechtswidrig. Der Kläger muss damit rechnen, bei ausbleibendem Erfolg seiner Bemühungen auf dem ersten Arbeitsmarkt einer Maßnahme nach § 16 Abs. 3 SGB II zugewiesen zu werden, ohne dass dem eine Prognoseprüfung zu den Gründen des Scheiterns der Bewerbungsbemühungen vorausgeht, um die belastbare Feststellung zu treffen, dass der erste Arbeitsmarkt aus Gründen, die in der Person des Klägers liegen (abstruse Berufs- oder Gehaltsansprüche, Realitätsverlust, Trunksucht, Verwahrlosung etc.) nicht nur vorübergehend verschlossen ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger aus anderen als arbeitsmarktlichen Risiken (Lebensalter, kaufmännische Berufsausbildung) immer noch arbeitslos ist, sind jedoch nach Aktenlage und Eindruck im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht ersichtlich. Dass Arbeitsgelegenheiten von vielen arbeitsmarkt-nahen Hilfebedürftigen zur Aufbesserung des Alg II ausgeübt werden, nimmt diesem Instrument nicht den Charakter einer Eingliederungsmaßnahme für »aussichtslose Fälle«, wozu der Kläger ersichtlich nicht gehört.

Allein aus der Dauer der Arbeitslosigkeit kann die in § 2 Abs. 1 S. 2 SGB II geforderte Feststellung, dass der Hilfebedürftige auf dem ersten Arbeitsmarkt in absehbarer Zeit nicht erwerbstätig sein kann, nicht abgeleitet werden, zumal selbst ein solcher Zusammenhang in der dem Kläger quasi vorsorglich aufgegebenen Verpflichtung fehlt.

Wenn der Beklagte daraus – gegen den Wortlaut der EV – ableitet, dass es sich nur um eine allgemeine Zielvorgabe ohne konkrete Verpflichtung handelt, ist unverständlich, warum er im Termin nicht bereit war, die Formulierung zu ändern oder ganz fallen zu lassen.

Dies bestärkt den Einwand des Klägers, formularmäßig dem Standardrepertoire an – billigen – Eingliederungsmaßnahmen unterworfen zu werden, womit Sinn und Zweck der EV eine **individuelle** Eingliederungsstrategie zu entwickeln, offenbar verfehlt wird.

Überdies ergibt sich aus einem Beratungsvermerk vom 26.9.2005, dass »Angebote für MAE's zugeschickt« werden. Aus welchen Gründen im Fall des Klägers eine Arbeitsgelegenheit zur Arbeitsmarktintegration für erforderlich gehalten wird, lässt sich der Akte nicht entnehmen, noch sind sonst Anhaltspunkte für das Erfordernis einer solchen Vorbereitung ersichtlich.

Der Klage musste daher im vollen Umfang stattgegeben werden.

### **§ 22 Abs. 1 S. 1 SGB II; § 86b Abs. 2 SGG Angemessenheit der Heizkosten**

Sozialgericht Lüneburg, Beschluss vom 13.2.2006 – S 25 AS 53/06 ER

#### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Für die Angemessenheit der Heizkosten ist ein Betrag von unter 1 € pro Quadratmeter angesichts der deutlich gestiegenen Preise für Heizöl und Gas nicht mehr realistisch.**

#### **Aus den Gründen:**

Der Antragsteller begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung höhere Leistungen für seine Heizungskosten.

Der Antragsteller ist Bezieher von Arbeitslosengeld II. Mit Bescheid vom 14. Juni 2005 wurden ihm Kosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von 308,20 € für den Zeitraum vom 1. Juni 2005 bis 31. Dezember 2005 bewilligt. [...]

Mit Bescheid vom 21. Dezember 2005 wurden dem Antragsteller vom Antragsgegner Kosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von monatlich 279,41 € bewilligt. Der Bescheid enthielt folgenden Hinweis:

*»Ich mache Sie darauf aufmerksam, dass sich die Angemessenheit Ihrer Heizkosten auf Grund einer neuen Berechnungsgrundlage ab dem 1.1.2006 auf 30,96 € verringert hat.«*

[...]

Sowohl Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind gemäß § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) i.V.m. § 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG glaubhaft zu machen.

Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Der Antragsgegner hat bei den Kosten der Heizung unzutreffend nicht auf die tatsächlichen Kosten, sondern auf angeblich angemessene Kosten abgestellt. Dies lässt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht rechtfertigen.

[...]

Der Antragsteller hat Anspruch auf Übernahme von Kosten für Heizung in Höhe von monatlich 60,00 €, bereinigt um den Warmwasseranteil in Höhe von 10,80 € (= 18 %), mithin in Höhe von 49,20 €. Diese Kosten sind nämlich nach Ansicht des Gerichts entgegen den Berechnungen des Antragsgegners als angemessen anzusehen.

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II sind Leistungen für Unterkunft und Heizung in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen zu erbringen, soweit diese angemessen sind. Sind die tatsächlichen Aufwendungen unangemessen, sind sie durch einen Wohnungswechsel, durch Vermieten oder auf andere Weise zu senken. In der Regel sollen die »unangemessenen Kosten« längstens für sechs Monate übernommen werden.

Die Höhe der laufenden Kosten für Heizung ergeben sich – wie hier – entweder aus dem Mietvertrag oder aber aus den Vorauszahlungsfestsetzungen der Energie- bzw. Fernwärmeversorgungsunternehmen. Für diese monatlich bestimmten Heizungskosten spricht zunächst eine Vermutung der Angemessenheit, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte für ein unwirtschaftliches und damit unangemessenes Heizverhalten vorliegen, zumal die Höhe der Heizkosten von zahlreichen Faktoren abhängt, wie zum Beispiel Lage und Bauzustand der Wohnung, Geschosshöhe, Wärmeisolierung, Heizungsanlage und meteorologischen Daten; auch mag für einen bestimmten Personenkreis ein erhöhter Heizbedarf bestehen (Alter, Kinder, Behinderung). Daraus ergibt sich, dass der Wärmebedarf von verschiedenen Faktoren abhängig ist und allein die Überschreitung von Durchschnittswerten die Unangemessenheit der Heizkosten nicht ohne weiteres begründen kann (vgl. dazu Berlitz in Lehr- und Praxis-Kommentar zum SGB II, 2005, § 22 Rdnr. 50 f.; Lang in Eicher/Spellbrink, Kommentar zum SGB II, 2005, § 22 Rdnr. 46; Ehrenkamp in Mergler/Zink, Kommentar zum SGB II, lose Blattsammlung, Stand Oktober 2004, § 22 Rdnr. 16 ff.; so auch Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 15. Dezember 2005 – L 8 AS 427/05 ER –). Soweit – wie hier – quadratmeterbezogene Richtwerte zugrunde gelegt werden, kann damit die Angemessenheit der Heizkosten nicht hinreichend bestimmt und beschrieben werden. Soweit der Antragsgegner als zu berücksichtigende Heizkosten einen Betrag von 0,66 € pro Quadratmeter angenommen hat, dürfte dies – unabhängig davon, ob die Berechnungsweise als solche überhaupt den tatsächlichen Verhältnissen entspricht – als zu niedrig anzusehen sein. Mag es sein, dass in die vorgenommene Berechnung des Antragsgegners die oben aufgeführten Maßstäbe (zumindest im Ansatz) eingeflossen sind, jedoch stellen die dort angenommenen Werte nur abstrakt auf Wohnungen in dieser Größe, mit diesem Baujahr und diesem Heizgerät ab, ohne konkret auf die Wohnung des Antragstellers einzugehen. Insofern erschließt sich dem Gericht insbesondere auch nicht – wie vom Antragsgegner vorgetragen – inwieweit beispielsweise die tatsächliche Lage und der Bauzustand sowie die Geschosshöhe der Wohnung des Antragstellers überhaupt Eingang in die vorgelegte Berechnung gefunden haben. Dem Antragsgegner ist zwar zuzugeben, dass er zur Bewältigung der Massenverfahren auf derartige Richtwerte zurückgreifen muss, jedoch – darauf hat das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen in einem Beschluss vom 9. Januar 2006 (Az.: L 7 AS 163/05

ER) auch hingewiesen – müssen für die Annahme der Unangemessenheit der im Mietvertrag vereinbarten Vorauszahlungen für die Heizungskosten konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die auf ein unwirtschaftliches Heizverhalten des Bedürftigen hinweisen. Der Antragsgegner hat indes keine konkreten Anhaltspunkte für ein unwirtschaftliches und damit unangemessenes Heizverhalten vorgetragen; auch sind solche Umstände nicht ersichtlich, so dass eine Vermutung besteht, dass die Festsetzungen der Vorauszahlungen an den Vermieter auch angemessen sind.

Darüber hinaus weist das Gericht noch auf Folgendes hin: Es ist gerichtsbekannt, dass die Kosten für Heizöl und Gasheizung in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen sind. Der vom Antragsgegner angenommene Wert von 0,66 € pro qm Wohnfläche dürfte deshalb auf keinen Fall mehr ausreichend sein, worauf der Antragsteller auch zutreffend hinweist. Der weitere Anstieg der Heizölenergiepreise in den letzten Monaten auf derzeit ca. 0,60 € pro Liter und die folgende Erhöhung der Gasheizungskosten wird vielmehr zu einer weiteren Erhöhung der Heizkosten beim Antragsteller führen. Unter diesen Umständen hält das Gericht Heizkosten für unter 1,- € pro Quadratmeter für nicht realistisch. Da die Wohnung des Antragstellers eine angemessene Größe von 47 qm aufweist, ist bei der Berechnung der Heizkosten auch diese (angemessene) Größe zu Grunde zu legen. Legt man nun den bisherigen Heizkostenbetrag in Höhe von 49,20 € (60,- € Heizungskosten – 10,80 € Warmwasseranteil) zugrunde und dividiert diesen Betrag durch die Wohnfläche in Höhe von 47 Quadratmeter, ergibt sich ein Quadratmeterpreis in Höhe von 1,05 €, was nach Auffassung des Gerichts – insbesondere unter Berücksichtigung der gebotenen summarischen Prüfung im Eilverfahren – nicht von vornherein unangemessen hoch erscheint. Damit ergibt sich ein monatlicher Auszahlungsanspruch auf Heizkosten in Höhe von 60,00 €, bereinigt um den Warmwasseranteil in Höhe von 10,80 €, mithin in Höhe des aus dem Tenor ersichtlichen Betrages.

Soweit der Antragsteller einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat, besteht zugleich ein Anordnungsgrund. Da der Antragsteller nur Leistungen zum Lebensunterhalt bezieht, die sich an dem Existenzminimum orientieren, ist ihm bei der hier streitigen Größenordnung und der Dauer des Verfahrens nicht zuzumuten, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten.

### §§ 22 Abs. 5 SGB II Stromnachzahlungsforderung

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.6.2006 – L 25 B 459/06 AS ER

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Stromschulden stellen eine den Verlust der Unterkunft vergleichbare Notlage dar, die auch dann unter § 22 Abs. 5 SGB II in der Fassung des Änderungsgesetzes**

**fallen, wenn sie vor dessen Inkrafttreten vom 1.4.2006 entstanden sind.**

#### Aus den Gründen:

Die allein stehende Antragstellerin (Ast.) bezieht seit Januar 2005 Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Sie bewohnt eine ca. 40 m<sup>2</sup> große Ein-Zimmer-Wohnung, welche mit Nachtspeicherheizungen ausgestattet ist, ihr Bad beheizt sie mittels eines Konvektors. Mit Bescheiden vom 9. Februar und 28. Oktober 2005 erkannte der Antragsgegner (Agg.) für die Zeit vom 1. Januar 2005 bis 30. Juni 2006 monatliche Leistungen von 660,66 € zu. Dabei legte er neben der Regelleistung von 345,00 € als Kosten der Unterkunft 315,66 € zugrunde, worin ein Teilbetrag von 34,48 € für Heizkosten enthalten war. Die Ast. beantragte bei dem Agg. die Übernahme von aufgelaufenen Stromkosten sowie einer Nachzahlung von 320,46 € aus dem Zeitraum 18. Oktober 2004 bis 28. Oktober 2005 und legte zum Nachweis eine Turnusrechnung der Bewag vom 6. Oktober 2005 vor, in der die alle zwei Monate zu entrichtenden Abschlagszahlungen auf 172,00 € festgesetzt worden waren und der Rechnungsbetrag am 24. November 2005 fällig gestellt wurde. Der Agg. lehnte den Antrag am 25. Januar 2006 ab, da die Ast. über genügend eigene Mittel zur Begleichung der Stromschulden verfüge.

[...]

Am 16. Mai 2005 brachte die Ast. beim Sozialgericht Berlin einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an, mit welchem sie lediglich noch beantragte, den Nachzahlungsbetrag von 320,34 € als Darlehen zu übernehmen, und vortrug, dass der Stromversorger nach einer weiteren Mahnung vom 18. April 2006 nun angekündigt habe, bei Nichtausgleich der Forderung innerhalb von 14 Tagen die Stromversorgung einzustellen.

Mit Beschluss vom 26. Mai 2006 hat das Sozialgericht Berlin den Agg. verpflichtet, die Stromnachforderung in Höhe von 378,77 € als Darlehen zu übernehmen und ausgeführt, dass das dem Agg nach § 22 Abs. 5 SGB II gewährte Ermessen bei der Entscheidung über eine Schuldübernahme auf die Darlehensvergabe verengt sei, da die schon angekündigte Stromsperre eine der Obdachlosigkeit vergleichbare Notlage sei.

[...]

Die zulässige Beschwerde ist im tenorierten Umfang begründet, im Übrigen unbegründet.

[...]

Rechtsgrundlage für die von der Ast. begehrte Übernahme der Stromschulden auf Darlehensgrundlage ist – wovon auch die Beteiligten ausgehen – § 22 Abs. 5 SGB II in der ab dem 1. April 2006 geltenden Fassung. Hiernach kommt die Übernahme von Schulden in Betracht, sofern Leistungen für Unterkunft und Heizung erbracht werden und so-

weit dies zur Sicherung der Unterkunft oder zur Behebung einer vergleichbaren Notlage gerechtfertigt ist. Wenn dies auch dem Wortlaut des § 22 Abs. 5 SGB II nicht direkt zu entnehmen ist, fällt hierunter auch die Übernahme von Schulden für die Inanspruchnahme von Energie, wie sich unter Heranziehung der gesetzgeberischen Grundlagen ergibt (vgl. Bundestags-Drucksache, 16/688 vom 15.2.2006, S. 14). Das Gericht geht – zumindest im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – auch davon aus, dass unter § 22 Abs. 5 n.F. SGB II auch diejenigen Schulden fallen, die vor Inkrafttreten der geänderten Vorschrift per 1. April 2006 entstanden sind, denn sonst würde sich die Vorschrift erst mit Zeitverzug rechtstatsächlich auswirken können, nämlich dann, wenn nach dem 1. April 2006 Schulden angefallen sind. Auch ergibt sich aus den gesetzgeberischen Motiven das Bestreben, mit der Regelung unmittelbar im SGB II eine Grundlage für die Übernahme von Miet-/Energieschulden zu schaffen und hierfür nicht mehr auf das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) zu verweisen, um die Leistungen aus einer Hand zu gewähren und Doppelzuständigkeiten zu vermeiden. Auch im Hinblick auf diese Motive erscheint es sachgerecht, unter § 22 Abs. 5 n.F. SGB II auch diejenigen Schulden fallen zu lassen, die bei Inkrafttreten der geänderten Vorschrift per 1. April 2006 bereits entstanden waren.

Für die Frage, wann eine mit dem Verlust der Unterkunft vergleichbare Notlage eintritt, kann demgegenüber auf die Rechtsprechung zur Sozialhilfe zurückgegriffen werden (vgl. die wortgleiche Regelung des § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Hiernach gehört die regelmäßige Versorgung eines Haushalts mit Energie nach den Lebensverhältnissen in Deutschland zum sozialhilferechtlich anerkannten Mindeststandard. Die Unterbrechung der Stromversorgung stellt eine dem Verlust der Unterkunft vergleichbare Notlage dar (OVG Münster FEVS 35, 24; OVG Niedersachsen FEVS 34, 335; OVG Berlin FEVS 34, 163; vgl. Streichsbier, in: Grube/Wahrendorf SGB XII-Kommentar, 2005, § 34 Rn 6, siehe auch SG Hamburg, Beschluss vom 23. Juni 2005, Az. S 55 SO 30 1/05 ER).

[...]

Das Gericht geht – jedenfalls im einstweiligen Verfahren – mangels entgegenstehender tatsächlicher Umstände auch davon aus, dass angesichts der drohenden Stromsperre jede andere Entscheidung als die Bewilligung ermessenfehlerhaft (vgl. die Formulierung in § 22 Abs. 5 S. 1 n.F. SGB II: »... können auch Schulen übernommen werden, soweit ...«) wäre. Bei der Abwägung war auch zu berücksichtigen, dass sich die Ast. nach ihrem – nicht direkt widerlegten – Vortrag bemüht hat, bei dem Stromversorger eine Ratenzahlung auszuhandeln, dass aber die angebotenen monatlichen Raten von 20,00 € von diesem nicht akzeptiert wurden.

Auch hat sich die Annahme des Agg., dass der Stromversorger Ratenzahlungsvereinbarungen mit Laufzeiten von bis zu zwei Jahren akzeptiere, als unrichtig erwiesen (vgl. Schreiben der Fa. Vattenfall Europe vom 18. Mai 2006); zudem wird eine Bearbeitungsgebühr von 50 € hierfür erhoben. Für die Ast. spricht auch, dass sie sich offenbar

bemüht, den Ursachen des recht hohen Stromverbrauches auf den Grund zu gehen und daher eine Überprüfung des Zählers beantragt hat. Da die Ursache dieser Höhe bisher nicht bekannt ist, kann ihr dies – jedenfalls im einstweiligen Verfahren – nicht angelastet werden. Ebenfalls für eine Einengung des Ermessens spricht, dass sich die Ast. bereit erklären wird – wie ihr Prozessbevollmächtigter auf entsprechende Nachfrage des Gerichts erklärt hat –, dass der Agg. die Abschlagszahlungen und auch die fälligen Zahlungen direkt an den Stromversorger überweisen kann, so dass in Zukunft mit einer Wiederholung des Auflaufens von Zahlungsrückständen (Schulden) nicht zu rechnen ist. In diesem Zusammenhang weist das Gericht daraufhin, dass ein erneutes Entstehen von Stromschulden durchaus zu einer anderen Ermessensentscheidung führen könnte.

Eine den Agg. weniger belastende Entscheidung ist derzeit nicht ersichtlich. Die Ast. auf die Möglichkeit zu verweisen, ihre Wäsche in einer Münzwäscherei zu waschen und ihre Mahlzeiten in Imbissbetrieben und ähnlichen Einrichtungen einzunehmen, würde mit größerem Kostenaufwand verbunden sein. Auch die Möglichkeit des Kaufs eines Gaskochers mit Gasflasche, um damit in der Wohnung zu kochen, hält das Gericht für nicht geeignet, da es Gefahren bergen kann und auch nicht ersichtlich ist, dass der Vermieter seine Zustimmung dazu erteilt hat.

Eine andere Möglichkeit, die aktuelle Notlage in Form der für den 26. Juni 2006 – nach zweimaliger Verlängerung dieser Frist auf Intervention des Antragsgegners und des Gerichts – nunmehr endgültig angedrohten Stromsperre in der erforderlichen Kürze der Zeit zu beheben, ist nicht ersichtlich. Es besteht daher aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null ein im gerichtlichen Eilverfahren durchsetzbarer Anspruch.

Aus den dargelegten Gründen liegt auch ein Anordnungsgrund vor.

Soweit das Gericht den als Darlehen zu übernehmenden Betrag auf 185,00 € begrenzt hat, liegt der Grund hierfür darin, dass ein Mitarbeiter des Stromversorgers auf telefonische Anfrage des Gerichts vom 21. Juni 2006 angegeben hat, dass eine Unterbrechung der Stromversorgung frühestens bei einem Rückstand von 100,00 € vorgenommen wird. Es erscheint daher bei der Abwägung geboten, den Agg. lediglich zur Übernahme des für die Vermeidung der Stromsperre unbedingt Erforderlichen zu belasten. Da sich der aktuelle Rückstand der Ast. nach telefonischer Auskunft vom 21. Juni 2006 auf 284,00 € beläuft, ist lediglich eine Darlehensübernahme in Höhe des Betrages von 185,00 € unbedingt geboten.

#### **Anmerkung der Redaktion:**

In der Rechtsprechung setzt sich die Auffassung durch, dass für Stromnachzahlungsforderungen eine Übernahme in Betracht kommt, wobei die Rechtsgrundlage noch nicht abschließend geklärt ist: § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II (so SG Darmstadt im folgenden Beschluss) oder § 34 Abs. 1 SGB XII (so SG Oldenburg, Beschluss vom 20.12.2005 –

S 2 SO 271/05 ER – SAR 2006, 41) bzw. nach dem Änderungsgesetz § 23 Abs. 5 SGB II (so LSG Berlin-Brandenburg im obigen Beschluss; differenzierend LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.8.2005 – L 7 AS 182/05 – ZfSH/SGB 2006, 98 und Beschluss vom 14.9.2005 – L 8 As 125/05ER – ZfSH/SGB 2006, 153).

### § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II Stromschuldenübernahme

Sozialgericht Darmstadt, Beschluss vom 15.12.2005 – S 19 AS 372/05 ER

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Die Übernahme von Stromschulden, die aufgrund nicht geleisteter Vorauszahlungen entstanden sind, stellt jedenfalls dann einen unabwiesbaren Bedarf dar, wenn die Wärmeversorgung einer Wohnung wie bei Etagenheizungen von der Versorgung mit Strom abhängig ist.**

#### Aus den Gründen:

Der Antragsteller begehrt mit seinem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem zweiten Sozialgesetzbuch (SGB II) durch Übernahme von noch offenen Stromschulden.

Der Antragsteller bezieht seit Anfang 2005 Leistungen nach dem SGB II von der Antragsgegnerin, zuletzt monatlich 706,50 Euro, bestehend aus den Regelleistungen und den Kosten der Unterkunft.

Der Antragsteller beantragte am 9.11.2005 schriftlich unter anderem die Übernahme der offenen Stromkosten, die aufgrund vom ihm nicht gezahlter Vorausleistungen entstanden waren. Der Antragsteller machte dabei deutlich, dass er seit 30.9.2005 aufgrund von Sperrungen weder über Gas noch über Strom in seiner Wohnung verfügte. In der Folgezeit übernahm die Antragsgegnerin die Rückstände hinsichtlich der Gaslieferungen, nicht jedoch die offenen Forderungen hinsichtlich der Stromkosten. Insoweit wurde der Antragsteller vielmehr mündlich auf die Möglichkeit eines Antrages beim zuständigen Sozialamt verwiesen.

[...]

Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist zulässig, insbesondere nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft.

Dem Antragsteller steht insoweit sowohl ein Anordnungsanspruch wie auch ein Anordnungsgrund nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG i.V.m. § 920 ZPO zur Seite.

Dabei ergibt sich der Anordnungsgrund vorliegend schon aus der Eilbedürftigkeit der Entscheidung des Gerichts

unter Berücksichtigung der aktuell gegebenen Jahreszeit und dem Umstand, dass der Antragsteller nicht in der Lage ist, die von ihm bewohnte Wohnung ohne die hier beantragte Entscheidung des Gerichts zu heizen und mit Warmwasser zu versorgen, wie die weiteren Ausführungen noch zeigen.

Dies rechtfertigt über Art. 19 Abs. 4 GG auch die mit der vorliegenden Entscheidung verbundene Vorwegnahme der Hauptsache.

Der Antragsteller hat einen (Anordnungs-)Anspruch auf Gewährung eines Darlehens nach § 23 Abs. 1 Sozialgesetzbuch, 2. Buch (SGB II) im erforderlichen Umfang glaubhaft gemacht (§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO).

Nach § 23 Abs. 1 SGB II erbringt die Agentur für Arbeit, wenn im Einzelfall ein von den Regelleistungen umfasster und nach den Umständen unabwiesbarer Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhaltes weder durch das Vermögen nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 noch auf andere Weise gedeckt werden kann, bei entsprechendem Nachweis den Bedarf als Sachleistung oder als Geldleistung und gewährt dem Hilfebedürftigen ein entsprechendes Darlehen.

Vorliegend liegt ein gegenwärtiger und unabwiesbarer Bedarf vor.

Strom gehört nach einhelliger Auffassung zu dem unabwiesbaren Bedarf des sozialwürdigen Lebens. Bei Strom handelt es sich um Regelleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB II gehören Bedarfe des täglichen Lebens zu den Regelleistungen nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch, womit auch das Beziehen von Strom hierzu zu zählen ist. Die Vorauszahlungen für Energieleistungen sind Bestandteil der Regelleistungen nach § 12 SGB II.

Dieser Bedarf besteht im vorliegenden Einzelfall (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II) auch unabwiesbar.

Dabei kann der Auffassung der Antragsgegnerin, bei Stromschulden, die dadurch entstanden sind, dass Vorauszahlungen an den Energieversorger nicht gezahlt wurden, handele es sich nicht um einen von § 23 Abs. 1 SGB II umfassten Bedarf in Form eines Mehrbedarfs, nicht gefolgt werden. Insoweit verkennt das Gericht nicht, dass grundsätzlich die Kosten der Stromversorgung mit den Regelleistungen nach § 20 SGB II abgedeckt sind und ein Hilfebezieher gerade darauf verwiesen werden kann und muss. Auch kann nach der Auffassung des Gerichts hier offen bleiben, ob Stromschulden, die auf dem oben genannten Weg entstanden sind, grundsätzlich einen unabwiesbaren (Mehr-)Bedarf im Sinne des § 23 Abs. 1 SGB II darstellen können.

Ein unabwiesbarer Mehrbedarf besteht nach der Überzeugung des Gerichts nämlich jedenfalls dann, wenn die beim Hilfebedürftigen aufgelaufenen Verbindlichkeiten, die aus der Nichtzahlung der Vorausleistungen an den Energielieferanten resultieren, dazu geführt haben, dass diesem die

Stromzufuhr gesperrt wurde und dies für den Hilfebezieher weitergehende Folgen hat, die diesem ein sozialwürdiges Leben in seiner Wohnung unmöglich machen.

So liegt der Fall hier. Der Antragsteller hat gegenüber dem Gericht unwidersprochen und glaubhaft versichert, dass seine Wohnung über eine Etagenheizung verfügt, die – und das ist insoweit gerichtsbekannt – für ihren Betrieb auf die Versorgung mit Strom angewiesen ist. Damit führt die Sperrung der Stromzufuhr nicht nur dazu, dass der Antragsteller in seiner Wohnung auf alle zu einem sozialwürdigen Leben gehörenden Annehmlichkeiten verzichten muss, für die man auf Strom angewiesen ist. Vielmehr ist die Wohnung des Antragstellers darüber hinaus auch nicht heizbar und dürfte auch nicht mehr über eine Versorgung mit Warmwasser verfügen, da dieses üblicherweise bei Wohnungen mit Etagenheizung ebenfalls von der in der Wohnung vorhandenen Heizung erzeugt wird. Im Ergebnis führt die – unstreitig vom Antragsteller herbeigeführte – Einstellung der Stromlieferungen dazu, dass die Wohnung des Antragstellers zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts faktisch unbewohnbar ist.

Da nicht ersichtlich ist, dass der Antragsteller die Möglichkeit hat, eine andere Unterkunft zu bewohnen, wird aufgrund dieser Umstände die in der Vergangenheit entstandene Verbindlichkeit des Antragstellers gegenüber dem Stromversorger zum aktuellen und unabweisbaren Bedarf, da nur durch die Zahlung der Stromrückstände aktuell ein sozialwürdiges Wohnen für den Antragsteller wieder gewährleistet werden kann.

Das Gericht lässt es ausdrücklich dahinstehen, ob eine solche Fallkonstellation auch dann angenommen werden kann, wenn die Wärmeversorgung einer Wohnung unabhängig von der Stromversorgung einer Wohnung gewährleistet ist.

Dieser beim Antragsteller im Sinne des § 23 Abs. 1 SGB II gegebene unabweisbare Bedarf kann vorliegend nach der Überzeugung des Gerichts auch weder durch Vermögen noch auf andere Weise gedeckt werden, was sich hinsichtlich des Einsatzes eigenen Einkommens und Vermögens zur Überzeugung des Gerichts aus dem Umstand der uneingeschränkten Leistungsbewilligung an den Antragsteller seit dem 1.1.2005 ergibt. Der Antragsteller hat aber auch nach der Überzeugung des Gerichts im hier vorliegenden Fall keinen Anspruch gegenüber dem örtlichen Träger im Sinne des SGB XII. Da die Voraussetzungen des § 23 Abs.1 SGB II vorliegend gegeben sind, kommt die Bewilligung von Leistungen nach der einzig in Betracht kommenden Norm des § 34 SGB XII wegen der Nachrangigkeit dieser Leistungen (§ 2 SGB XII) nicht in Betracht. Dem steht auch die Regelung des § 5 Abs. 1 SGB II nicht entgegen, da diese Regelung nicht bezweckt, den Nachranggrundsatz des § 2 SGB XII auszuschließen.

Die Antragsgegnerin war hier zur Gewährung einer Geldleistung zu verpflichten, weil die Antragsgegnerin selbst zur Stromleistung nicht in der Lage ist.

Der Antragsgegnerin war jedoch die Möglichkeit einer Direktzahlung an den Stromversorger des Antragstellers einzuräumen, da sich der Antragsteller mit dieser Vorgehensweise einverstanden erklärt hat (vgl. Bl 32/32R der Behördenakte) und dies dem Gericht als angemessen erscheint, um eine weitere missbräuchliche Verwendung der jetzt angeordneten Leistungen zum Lebensunterhalt auszuschließen.

Mitgeteilt von Diplom-Sozialpädagoge Holger Hördt,  
Caritasverband Darmstadt

# Sicher im neuen Recht



## Sozialgesetzbuch VI

Gesetzliche Rentenversicherung

Lehr- und Praxiskommentar

Herausgegeben von Prof. Helmut Reinhardt, FH Ludwigsburg

2006, 1.161 S., geb., 89,- €, ISBN 3-8329-1355-6

Die Gesetzliche Rentenversicherung ist aufgrund der zahlreichen Reformen kaum noch zu durchschauen. Der neue Kommentar zum SGB VI bereitet die Materie übersichtlich auf, behandelt alle wichtigen Rechtsbereiche wie u.a. versicherter Personenkreis, Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung, Rentenberechnung, Versorgungsausgleich, berücksichtigt das RV-Nachhaltigkeitsgesetz sowie das Organisationsreformgesetz und ist somit ideal auf die Ansprüche der Praxis zugeschnitten.



## Nomos

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder bei: Nomos Verlagsgesellschaft | 76520 Baden-Baden | [www.nomos.de](http://www.nomos.de)

## Für Sie gelesen

# Zeitschriften- und Rechtsprechungsübersicht

Zum **Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht** existiert ein für die Interessenten schwer zugänglicher und zersplitterter Markt von Veröffentlichungen. In der Rubrik »Für Sie gelesen« wird fortlaufend über wichtige Gerichtsentscheidungen und Abhandlungen zum Arbeitslosenrecht und zum Sozialhilferecht berichtet.

Das Abkürzungsverzeichnis für die Zeitschriften findet sich ab Heft 1/2003 im Jahresregister.

## Arbeitsförderung (SGB III)

### Rechtsprechung

- **Kürzung des Arbeitslosengeldes wegen verspäteter Arbeitsuchmeldung**

Das Urteil des BSG vom 25. Mai 2005 – B 11 a/11 AL 81/04 R, über das in Heft 3/2006 unter »**Neue Entscheidung des BSG**« berichtet worden ist, ist jetzt im vollen Wortlaut in NZS 2006, Heft 4, S. 219 – 223 abgedruckt.

- **Wirkung der Arbeitslosmeldung**

Das Urteil des BSG vom 25. Mai 2005 – B 11a/11 AL 61/04 R, über das in Heft 3/2004 unter »**Neue Entscheidungen des BSG**« berichtet worden ist, ist jetzt im vollen Wortlaut in NZS 2006, Heft 4, S. 259 – 265 abgedruckt.

- **Einmalleistungen und Arbeitslosenhilfe**

Wie zu erwarten, hat das BVerfG die Entscheidung des Gesetzgebers, einmalig gezahltes Arbeitsentgelt bei der Bemessung der Arbeitslosenhilfe nicht zu berücksichtigen, gebilligt. Der Schutzbereich des Eigentums sei schon deshalb nicht verletzt, weil nicht durch staatliche Maßnahmen in ein vermögenswertes Recht eingegriffen worden sei. Beitragspflichtige Einmalleistungen seien zu keiner Zeit bei der Bemessung der Arbeitslosenhilfe berücksichtigt worden. Aber auch eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor. Die unterschiedliche Behandlung der Bezieher von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe sei sachlich gerechtfertigt gewesen, weil zwischen beiden Leistungen grundlegende Unterschiede bestünden. Die Arbeitslosenhilfe sei keine Beitragsleistung, sondern eine Steuerleistung, sie sei bedürftigkeitsabhängig und

grundsätzlich unbefristet gezahlt worden. Es habe sich um eine nachrangige Sozialleistung gehandelt, die unabhängig vom letzten Arbeitseinkommen entfallen sei, wenn keine Bedürftigkeit bestanden habe. Da die Arbeitslosenhilfe keine auf Beiträge gestützte Sozialleistung gewesen sei, hätten trotz der Anlehnung an die Berechnung des Arbeitslosengeldes nicht alle Beiträge gleichermaßen berücksichtigt werden müssen. Der Gesetzgeber habe bei der Bemessung der steuerfinanzierten Arbeitslosenhilfe einen weiten Gestaltungsspielraum gehabt. Die gesetzliche Regelung könne damit begründet werden, dass die Einbeziehung von Einmalleistungen in die Bemessung der Arbeitslosenhilfe als eine grundsätzlich unbefristet zu zahlende Leistung Personen, die in wirtschaftlich guten Zeiten arbeitslos geworden seien und Einmalzahlungen erhalten hatten, auf Dauer gegenüber Personen, die in wirtschaftlich schlechten Zeiten arbeitslos geworden seien und niedrige Einmalleistungen erhalten hatten, bevorzugt hätte.

**Bundesverfassungsgericht**, Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 26. September 2005 – 1 BvR 17773/03 – NZS 2006, Heft 5, S. 247 – 248

- **Mutterschutz und Anwartschaftszeit**

Das SGB III sah in seiner ursprünglichen Fassung keine Anwartschaftsbegründung durch Mutterschutzzeiten und den Bezug von Mutterschaftsgeld vor. Mit Wirkung vom 1. Januar 2003 ist der Bezug von Mutterschaftsgeld als Versicherungspflichtzeit anerkannt (§ 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB III). Das BSG hielt den zwischen 1998 und 2002 bestehenden Rechtszustand für verfassungswidrig und legte deshalb mit Beschluss vom 20. Juni 2001 – B 11 AL 20/01 R – den Fall dem BVerfG zur Prüfung vor. Das BVerfG hat jetzt entschieden, es sei mit Art. 6 Abs. 4 GG unvereinbar, dass Zeiten, in denen Frauen wegen der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote ihre versicherungspflichtige Beschäftigung unterbrechen, bei der Berechnung der Anwartschaftszeit nicht berücksichtigt wurden. Untersage der Gesetzgeber in der Mutterschutzfrist eine versicherungspflichtige Beschäftigung, so müsse er die hieraus sich ergebenden sozialrechtlichen Nachteile soweit wie möglich ausgleichen; dazu gehöre auch der sozialversicherungsrechtliche Schutz im Fall der Arbeitslosigkeit. Der mit dem Beschäftigungsverbot angestrebte Schutz bleibe unvollständig, wenn er nicht von Maßnahmen begleitet werde, die die sich daraus ergebende Benachteiligung der Mutter, die während der Schutzfrist an der Erfüllung der Anwartschaftszeit gehindert sei, so weit wie möglich ausgleichen. Die zwischen 1998 und 2002 bestehende Rechtslage habe auch im Widerspruch zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von Personen gestanden, die wegen Krankheit ebenfalls unfreiwillig ihre Beschäftigung unterbrochen und Krankengeld erhalten haben. An der Verfassungswidrigkeit ändere sich

nichts durch die Möglichkeit, bis zur Geburt auf den Mutterschutz zu verzichten. Frauen sollten nicht durch wirtschaftliche Gründe veranlasst werden, auf den Mutterschutz zu verzichten. Auch die Verlängerung der Rahmenfrist in § 124 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB III a.F. durch Zeiten der Kindererziehung habe die Benachteiligung nicht ausgeglichen. Wegen der Änderung der Rechtslage seit dem Jahr 2003 kommt der Entscheidung nur noch geringe Bedeutung zu.

**Bundesverfassungsgericht**, Beschluss vom 28. März 2006 – 1 BvL 10/01 – DB 2006, Heft 17, S. 948 – 959

● **Zeitpunkt für die Beurteilung von Prozesskostenhilfe bei verzögerter Sachbearbeitung durch das Gericht (§ 73a SGG; § 114 ZPO)**

1. Verzögert das Gericht grundlos die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, darf eine zwischenzeitlich zum Nachteil des Antragstellers eingetretene Änderung der Sach- oder Rechtslage aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht berücksichtigt werden. In einem solchen Fall ist deshalb der Zeitpunkt der Entscheidungsreife des Antrags maßgebend.

2. Eine hinreichende Erfolgsaussicht liegt vor, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände zumindest die Möglichkeit besteht, dass der Kläger mit seinem Begehren durchdringt, im Falle streitiger Tatsachen, wenn die behaupteten anspruchsbegründenden Tatsachen nachweisbar erscheinen. Dies ist im sozialgerichtlichen Verfahren anzunehmen, wenn eine Beweisaufnahme von Amts wegen durchgeführt werden muss.

3. Im sozialgerichtlichen Verfahren kann aber, trotz Durchführung von Ermittlungen, Prozesskostenhilfe zu verneinen sein. Dies gilt insbesondere für die Vernehmung von Ärzten als sachverständige Zeugen, wenn diese Sachaufklärung durch pauschalen klägerischen Vortrag veranlasst ist, wonach die Verwaltung nicht alle Gesundheitsstörungen berücksichtigt habe, also – ggf. auf anderen medizinischen Sachgebieten – weitere Gesundheitsstörungen vorlägen, nicht richtig untersucht worden sei, falsche Befunde erhoben worden seien, die Beurteilung der Beklagten falsch sei, die Gesundheitsstörungen sich verschlimmert hätten oder weitere Gesundheitsstörungen hinzugetreten seien. In diesen Fällen kann das Gericht eine Erfolgsprognose erst stellen, wenn dieser klägerische Vortrag durch entsprechende medizinische Unterlagen gestützt wird.

**LSG Baden-Württemberg**, Beschluss vom 1.12.2005 – L 10 R 4283/05 PKH-B Breith. 2006, Heft 3, S. 253 – 257.

● **Anwendung von Überbrückungsgeld auf eine Karenzentschädigung**

Der einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegende Arbeitnehmer muss sich das von der Arbeitsagentur

gemäß § 57 SGB III gezahlte Überbrückungsgeld auf die ihm vom Arbeitgeber jeweils zu zahlenden Karenzentschädigungen anrechnen lassen.

**Bundesarbeitsgericht**, Urteil vom 16.11.2005 – 10 AZR 152/05  
EzA § 74c HGB Nr. 35

## Aufsätze

● **Sperrzeit bei Kündigung nach § 1a KSchG**

**Hennig-Alexander Seel** beschäftigt sich mit der Frage, ob die Kündigung mit der Zusage einer Abfindung nach § 1a KSchG zu einer Sperrzeit nach § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III führt, und kommt zu dem Ergebnis, dass die Nutzung einer vom Gesetzgeber geschaffenen Möglichkeit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mit einer Sperrzeit sanktioniert werden darf. Dagegen liegt in einer Kündigung mit dem Angebot einer Abfindung, deren Höhe nicht der Regelung des § 1a KSchG entspricht, das Angebot zum Abschluss eines Abwicklungsvertrages, das der Arbeitnehmer annehmen kann, was durch bloßes Verstreichenlassen der Frist für die Kündigungsschutzklage regelmäßig nicht geschieht. Warum der Verfasser in diesen Fällen offenbar dennoch die Beteiligung des Arbeitnehmers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und den Eintritt einer Sperrzeit annehmen will, geht aus dem Aufsatz nicht klar hervor. Ohne Abwicklungsvertrag soll der Arbeitnehmer die Abfindung nicht als vertragliche Leistung, sondern als Schadensersatz beanspruchen können.

NZS 2006, Heft 4, S. 184 – 189

● **Das Fünfte SGB-III-Änderungsgesetz**

Einen kurzen Überblick über den Inhalt des Fünften SGB-III-Änderungsgesetzes gibt **Stefan Hoehl**.

NZS 2006, Heft 4, S. 189 – 191

● **Durchsetzung sozialer Rechtspositionen und die schlanke Sozialgerichtsbarkeit**

Mit der Arbeit der Sozialgerichtsbarkeit und den derzeit diskutierten Vorschlägen zur Änderung des sozialgerichtlichen Verfahrens beschäftigt sich **Hermann Plagemann** aus anwaltlicher Sicht. Für die Dauer der Verfahren macht er nicht in erster Linie die Sozialrichter verantwortlich, sondern die Zunahme der Verfahren und die Personalsituation an den Gerichten. Zur Vermehrung der Klagen tragen nicht nur »streitsüchtige« und/oder rechtsschutzversicherte Bürger bei, sondern auch die Verwaltungspraxis der Sozialleistungsträger und gesetzliche Regelungen. Eine Untätigkeitsbeschwerde werde vielfach zu verzögernden und sinnwidrigen Zwischenverfahren führen. Der Verfasser wendet sich

gegen alle Verkürzungen des Sozialrechtsschutzes wie die Schaffung von Präklusionsklauseln, die Streichung von § 109 SGG, die Einführung der Zulassungsberufung, und äußert auch Zweifel an einer Verkürzung der Richterbank beim LSG und der Abschaffung der ehrenamtlichen Richter. Zugleich setzt er sich für eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens und die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle durch die Sozialgerichte ein. Die Einführung von Gerichtskosten hält Plagemann für gerechtfertigt, wenn sie zur Verbesserung der sozialgerichtlichen Laufzeiten verwandt werden. Insgesamt leiste die Sozialgerichtsbarkeit einen unverzichtbaren Beitrag zur Legitimation des Sozialstaats. Jeder Sozialrichter trage zum Diskurs über notwendige Innovationen und Veränderungen bei. Die so geförderte Verständigung über den Standort im Sozialsystem einschließlich der Selbstverantwortung und Selbstbestimmung sei ureigene Aufgabe der Sozialgerichtsbarkeit.

NZA 2006, Heft 4, S. 169 – 175

- **Sperrzeit bei einvernehmlicher Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses (§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt 1 SGB III)**

**Wolfgang Spellbrink** versucht die Wogen zu glätten, die das BSG-Urteil vom 18.12.2003 zur Sperrzeit beim sog. Abwicklungsvertrag hervorgerufen hat. Zur Beruhigung könne eine ordentliche Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 SGB III beitragen.

»Prüft man im Einzelnen die Tatbestandsvoraussetzungen, ... so zeigt sich, dass die Entscheidung des BSG vom 18.12.2003 nicht zu dem befürchteten Ende der konsensualen Auflösung von Beschäftigungsverhältnissen führen wird. Dies folgt insbesondere aus späteren Rechtsentwicklungen, auf die das BSG am 18.12.2003 noch nicht zu reagieren hatte. Zum einen hat der Gesetzgeber der Hartz-Gesetze das Äquivalenzverhältnis zwischen Beitrag und Leistung in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung so weit entwertet, dass der Eintritt zusätzlicher, das Eigentumsgrundrecht des Arbeitslosengeld-Empfängers entwertender Sanktionen wie der Sperrzeit aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur mit Zurückhaltung festgestellt werden sollte. Zum anderen hat der Gesetzgeber mit § 1a KSchG selbst ein Modell der einvernehmlichen Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen eingeführt, das er ausdrücklich sperrzeitrechtlich privilegieren wollte. Beiden Rechtsentwicklungen ist im Rahmen der Prüfung, ob der Beschäftigte einen wichtigen Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses hatte, Rechnung zu tragen. Hierbei sollten insbesondere auch (arbeitsgerichtliche) Vergleiche privilegiert werden. Nach der nunmehr gefestigten Rechtsprechung des BSG ist der Arbeitnehmer sperrzeitrechtlich nicht verpflichtet, gegen eine Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben, selbst wenn die Kündigung (offensichtlich) rechtswidrig ist. Dementsprechend sollte auch keine Sperrzeit eintreten, wenn der Arbeitnehmer nach Klageerhebung einen Vergleich schließt oder die Klage zurücknimmt.«

Es bleibt abzuwarten, ob diese Einschätzung eines BSG-Richters die grassierende Sperrzeitflut eindämmen kann.

BB 2006, Heft 23, S. 1274 – 1277

## Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)

### Rechtsprechung

- **Ermittlungsumfang bei Feststellung eheähnlicher Gemeinschaft**

Zum Umfang der Ermittlungen bei der Feststellung einer Bedarfsgemeinschaft bzw. einer eheähnlichen Gemeinschaft

**LSG Hessen**, Beschluss vom 29.6.2005 – L 7 AS 1/05 ER Breith 2005, Heft 1, S. 56 – 63

- **Leistungsausschluss nach SGB II bei voraussichtlich längerem Aufenthalt in einer stationären Einrichtung (§ 7 Abs. 4 SGB II; § 43 Abs. 1 SGB I)**

§ 7 Abs. 4 SGB II schließt Leistungen nach dem SGB II bereits dann aus, wenn nach einer Prognose zu Beginn des Aufenthalts in einer stationären Einrichtung erwartet wird, dass der Aufenthalt aller Voraussicht nach länger als sechs Monate dauern wird. Wird zunächst ein Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts beim Leistungsträger des SGB II gestellt, ist dieser gem. § 43 Abs. 1 SGB I vorleistungspflichtig. Er kann gegen den letztlich zuständigen Leistungsträger Erstattungsansprüche geltend machen.

**LSG Niedersachsen-Bremen**, Beschluss vom 31.10.2005 – L 7 AS 254/05 ER NDV-RD 2006, Heft 1, S. 8 – 10

- **Keine Vorab-Entscheidung über Partnereinkommen (§§ 9 Abs. 2 S. 1 SGB II, 90 Abs. 2 BVerfGG)**

Die Voraussetzungen für eine Vorab-Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht zur Frage, ob die Anrechnung des Einkommens des eheähnlichen – im Gegensatz zum lebenspartnerschaftsähnlichen – Lebensgefährten eines Hilfebedürftigen im Rahmen des SGB II gegen Artikel 3 GG verstößt, liegen gegenwärtig nicht vor.

**BVerfG**, Beschluss vom 28.9.2005 – 1 BvR 1789/05 – NJW 2006, Heft 13, S. 895

● **Grenzen der bundesweiten Arbeitssuchepflicht (Art. 3, 20 Abs. 3 GG, § 10 SGB II)**

Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem in Art. 20 Abs. 3 GG allgemein niedergelegten Rechtsstaatsprinzip gebietet eine weitergehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Demnach dürfen von einem Unterhaltspflichtigen nur von ihm subjektiv zumutbare Anstrengungen, eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, verlangt werden, hinsichtlich der objektiv zumindest eine reale Beschäftigungschance nicht ausgeschlossen sein darf. Auch wenn § 10 SGB II von einem Erwerbslosen grundsätzlich eine Arbeitssuche im gesamten Bundesgebiet verlangt, ist zu prüfen, ob sie unter Berücksichtigung seiner persönlichen Bindungen, insbesondere seines Umgangsrechts mit seinen Kindern, sowie der Kosten der Ausübung dieses Umgangsrechts und der Umzugskosten, zumutbar ist.

**BVerfG**, Beschluss vom 29.12.2005 – 1 BvR 2076/03 FamRZ 2006, Heft 7, S. 469 – 470

● **Kein Pfändungsschutz bezüglich einmaligem Bedarf (§§ 850d ZPO, 20 SGB II)**

Nach der Neufassung des § 20 SGB II ist dem Schuldner keine Pauschale für einmaligen Bedarf mehr zuzubilligen, sondern er hat die Voraussetzungen für unabweisbaren Sonderbedarf konkret darzulegen.

**LG Münster**, Beschluss vom 12.10.2005 – 5T 560/05 FamRZ 2006, Heft 7, S. 497 – 498

● **Energiekostenrückstände (§ 23 SGB II)**

Ein unabweisbarer Bedarf im Sinne des § 23 Abs. 1 SGB II liegt vor, wenn die Abdeckung des fraglichen Bedarfs keinen Aufschub duldet und eine erhebliche Beeinträchtigung der Bedarfe vorliegt, die nicht aufgefangen werden kann. Hierunter fallen auch Kosten für Haushaltsenergie, soweit diese nicht durch die Regelleistungen abgedeckt sind.

**LSG Niedersachsen-Bremen**, Beschluss vom 24.9.2005 – L 8 As 125/05 ER ZFSH/SGB 2006, Heft 3, S. 153 – 155

● **Kosten für die Reparatur der Heizung (§§ 22 Abs. 1, 23 Abs. 1, Abs. 3 SGB II; § 34 Abs. 1 SGB XII)**

Die Kosten der Unterkunft gem. § 22 Abs. 1 SGB II umfassen bei einer Eigentumswohnung nur die periodisch anfallenden Instandhaltungskosten. Diese werden durch den Austausch einer Heizungsanlage, die auch zu einer Wertsteigerung des Gebäudes führt, überschritten.

Eine Darlehensgewährung nach § 23 Abs. 1 SGB II kommt nur für von der Regelleistung umfasste Bedarfe, einmalige Leistungen nach § 23 Abs. 3 SGB II nur für die dort ausdrücklich genannten Bedarfe in Betracht.

Für einen Leistungsanspruch nach § 34 Abs. 1 SGB XII ist nicht erforderlich, dass bereits Schulden entstanden sind.

**LSG Thüringen**, Beschluss vom 16.11.2005 – L 2 B 68/05 ER

NDV-RD 2006, Heft 1, S. 10 – 12

● **Ehegattenunterhalt und Alg II (§§ 1361 Abs. 1 S. 1 BGB, 31, 32 SGB I, 29, 33 SGB II)**

1. Vom Unterhaltsberechtigten bezogenes Alg II ist bei der Berechnung von Ehegattenunterhalt regelmäßig nicht zu berücksichtigen. Als Zuschuss zum Alg II gezahltes Einstiegsgeld stellt dagegen unterhaltsrechtliches Einkommen dar.

2. Eine Abtretung des Unterhaltsanspruchs an den Leistungsträger, eine diesem gegenüber abgegebene Verpflichtung zur Auskehrung des eingeklagten Unterhalts oder eine ähnliche Verpflichtung, die auf eine bürgerlich-rechtlich begründete Zahlungspflicht des Unterhaltsberechtigten im Umfang empfangener Leistungen nach SGB II gerichtet ist, ist unwirksam (§§ 31, 32 SGB II).

**OLG Celle**, Urteil vom 15.3.2006 – 15UF54/05 NJW 2006, Heft 19, S. 1356 – 1358

## Aufsätze

● **Alleinerziehende im SGB II**

Die Alleinerziehenden waren im BSHG der Haushaltstyp mit der höchsten Sozialhilfequote und haben auch die höchste Armutsquote (36 % gegenüber 13 % gemessen an allen Haushalten). Der **Deutsche Verein** hat Handlungsempfehlungen zur Förderung Alleinerziehender im Rahmen des SGB II erarbeitet. Diese beziehen sich u.a. auf die Bereiche: Rahmenbedingungen im Job-Center, spezifischer Beratungsbedarf, Durchsetzung vorrangiger Ansprüche, Förderung familienfreundlicher (Teilzeit-)Qualifizierungs- und Beschäftigungsmöglichkeiten sowie Ausbau und Flexibilisierung der Betreuungsmöglichkeiten.

NDV 2006, Heft 4, S. 157 – 161

● **Leistungen zur Deckung atypischer Bedarfe**

**Karen Peters** stellt ausgewählte Rechtsprechung zu Problem der Deckung atypischer Bedarfe zwischen SGB II und SGB XII dar. Behandelt werden Fragen der Kostenübernahme für eine Haushaltshilfe, zur Wahrnehmung des Um-

gangsrechts eines krankheitsbedingten »Mehrbedarfs« und einer hohen Heizkostennachforderung.

NDV 2006, Heft 6, S. 295 – 299

### ● **Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 4 SGB II**

Die Ausschlussregelung in § 7 Abs. 4 SGB II führt in der Praxis zu zahlreichen Auslegungs- und Abgrenzungsproblemen: u.a. Begriff der stationären Einrichtung, Dauer der Unterbringung, Übernahme der Unterkunftskosten während der Unterbringung. Ausgewählte Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex referiert **Karen Peters**.

NDV 2006, Heft 5, S. 222 – 226

### ● **Sozialrechtliche Fragen der öffentlich geförderten Beschäftigung**

Der Autor, **Peter Mrozynski**, stellt die Beschäftigungsformen vor, die nicht lediglich durch ein arbeitsrechtliches Austauschverhältnis geprägt sind. Die Regelungen im SGB II hierzu werden im Einzelnen erörtert, wobei der Schwerpunkt auf den Bildungsmaßnahmen und den einzelnen Maßnahmen der Beschäftigungsförderung liegt. Es werden rechtliche Zweifel an einzelnen Regelungen dargestellt und einige wenige Änderungsvorschläge gemacht.

ZFSH/SGB 2006, Heft 4, S. 195 – 205

### ● **Eingliederungsleistungen (§ 16 SGB II)**

**Martina Musati** und andere **Mitarbeiterinnen der Bundesagentur für Arbeit** ziehen eine erste Bilanz der durch die Job-Center erbrachten Eingliederungsleistungen nach dem SGB II. Zahlen der MaßnahmeteilnehmerInnen und Ausgaben für die einzelnen Förderungsinstrumente werden dargestellt. Positiv hervorgehoben werden insbesondere die erfolgreichen Bemühungen, die Zahl der jungen Erwachsenen, die von arbeitsmarktorientierten Eingliederungsleistungen profitieren, zu steigern.

NDV 2006, Heft 5, S. 217 – 221

### ● **Ein-Euro-Jobs**

Der Caritas-Referatsleiter **Eugen Baldas** setzt sich mit den Argumenten und Erfahrungen auseinander, inwieweit die gemeinnützigen zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten die Qualität und Möglichkeiten ehrenamtlicher/freiwilliger Tätigkeit gefährden können. Neben win-win-Effekten sowohl für die Arbeitssuchenden wie auch für die Job-Anbieter (Wohlfahrtsverbände etc.) können mit der Tendenz zur Monetarisierung auch Verdrängung bzw. Rückzug von Ehrenamtlichen verbunden sein.

NDV 2006, Heft 3, S. 124 – 128

### ● **»Fantasie«volle Eingliederungsmaßnahme in Optionskommune**

Einen differenzierten Einblick in die Verwaltungspraxis der Optionskommune Würzburg gibt eine Kontroverse, die **Anne Ames** (»Unbezahlt und unbefristet«) mit ihrer Recherche über die Zuweisung von Arbeitslosen zur Kolping Dienstleistungs gGmbH ausgelöst hat. Sie hatte dabei festgestellt, dass Teilnehmer ohne Eingliederungsvereinbarung und individuelle Prüfung diesem Betrieb in großem Umfang zugewiesen werden und dort ohne Rücksicht auf z. T. beachtliche Vorqualifikationen wahlweise an unzureichenden Bildungsangeboten teilnehmen oder in verschiedenen Arbeitsbereichen eingesetzt werden, in denen Produkte hergestellt oder Dienstleistungen angeboten werden, die gegen Entgelt im Landkreis verwertet werden. Das Spezielle an der Maßnahme: Schriftliche Festlegungen oder Beschreibungen über die Einsatzfelder und Qualifizierungsziele fehlen; der Umfang des Einsatzes wird nirgendwo festgehalten, die Maßnahmen sind nicht befristet, Mehraufwandsentschädigungen nicht vereinbart.

Schriftliche Anfragen der Teilnehmer nach dem Sinn, Zweck und Gesamtkosten der Maßnahme wurden nicht beantwortet.

**Markus Hipskind** als Vertreter des Landkreises und **Michael John** aus dem von ihm beauftragten Evaluierungsinstitut sehen hier eine verzerrende Darstellung (»Schlecht recherchiertes Zerrbild der Optionsumsetzung gezeichnet«) eines für den Landkreis überaus erfolgreichen Projektes, bei dem zwar in der beschriebenen Zeit keine Eingliederungsvereinbarungen geschlossen worden seien, das aber gerade deshalb so erfolgreich sei, weil es schon ab Beginn 2005 so umfangreich genutzt worden sei. Zwischen den Zeilen wird überdies erklärt, dass der Landkreis hier ein schon zu Sozialhilfezeiten eingeführtes verdecktes Workfare-Modell weiterführt, das sich bemüht, möglichst jeden Antragsteller sofort einem Beschäftigungsträger zuweisen. Die Maßnahme sei auch bewusst nicht als Mehraufwandsbeschäftigung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II konzipiert, weil es dort Fristen und zu wenig »Chancen« gäbe, sondern sei eine Maßnahme der Eingliederung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 SGB II. Diese sei nach der Kommentierung von Niewald im Münder'schen Kommentar »eine Generalklausel für weitere Leistungen zur Eingliederung ... Innovativen Ansätzen, neuen Erprobungen und damit der Fantasie sind grundsätzlich keine Grenzen gesetzt«, und davon habe der Landkreis im Jahr 2005 eben bei 1085 Personen Gebrauch gemacht, die er bei der Kolping gGmbH angemeldet habe.

Sozial extra 2006, Heft 2, S. 34 – 36, Heft 5, S. 33 – 35, Heft 6, S. 44

### ● **Sozialleistungsregress**

Neuere Entwicklungen des Sozialleistungsregresses (§§ 33 SGB II, 94 SGB XII) bei der Unterhaltspflicht erwachsener Kinder und beim Behindertentestament diskutieren gründlich **Christa Eberl-Borges** und **Michael Schüttlöffel**, wobei sie auf eine Beantwortung der grundsätzlichen Wer-

tungsfrage drängen, wer letztlich die Kosten für die Versorgung Hilfebedürftiger tragen soll: der Staat oder die Familie?

FamRZ 2006, Heft 9, S. 589 – 598

● **Auslegung des § 33 Abs. 2 Satz 2 SGB II**

Hilfe bei Auslegung der bei wortlautgenauer Anwendung unsinnigen Regelung des § 33 SGB II gibt **Karl Stolzenberg**.

SGb 2006, Heft 3, S. 140 – 144

## Sozialhilferecht (SGB XII)

### Rechtsprechung

● **Übernahme von Stromschulden (§ 34 SGB XII)**

Zur darlehensweisen Übernahme von Rückständen bei den Stromkosten:

**SG Aachen**, Beschluss vom 14.7.2005 – S 20 SO 72/05 ER Breith. 2006, Heft 2, S. 138 – 139

**Bay. LSG**, Beschluss vom 7.12.2005 – L 11 B 530/05 SO ER Breith. 2006, Heft 2, S. 136 – 138

● **Unterhaltszahlungen als Einkommen nach dem GSiG (§ 2 GSiG; entspr. §§ 41, 43 SGB XII)**

Zum Einkommen des Grundsicherungsberechtigten gehören tatsächlich an ihn erbrachte (freiwillige) Unterhaltszahlungen auch dann, wenn das Einkommen des »Unterhaltsverpflichteten« die Einkommensgrenze von 100 000 Euro unterschreitet.

**VGH Baden-Württemberg**, Beschluss vom 19.10.2005 – 12 S 1558/05 NDV-RD 2006, Heft 1, S. 21 – 22

● **Rechtsweg für Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung in »Altfällen« (§ 17 Abs. 2 GVB; § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG)**

In Angelegenheiten der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit für die ab 1.1.2005 anhängig werdenden Rechtsstreit-

tigkeiten auch dann zuständig, wenn noch das bis zum 31.12.2004 geltende Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung anwendbar ist.

**BSG**, Beschluss vom 13.10.2005 – B 9b SF 4/05 R VBIBW 2006, Heft 4, S. 141 f.

● **Lebensversicherungseinsatz als Härte (§§ 90 Abs. 3 SGB XII, 115 Abs. 2 ZPO)**

Der Einsatz einer 2029 ablaufenden Kapital-Lebensversicherung, die für eine angemessene Alterssicherung erforderlich ist, kann bei der Prozesskostenhilfe nicht verlangt werden, wenn sich aus dem Erwerbseinkommen keine genügende gesetzliche Rente aufbauen lässt.

**OLG Frankfurt a.M.**, Beschluss vom 27.7.2005 – SWF 141/05 – FamRZ 2006, Heft 2, S. 135 – 136

● **Örtliche Zuständigkeit bei Übertritt von stationärer Einrichtung in ambulantes betreutes Wohnen (§ 98 Abs. 5 SGB XII)**

Die Regelung des § 98 Abs. 5 SGB XII erfasst auch Konstellationen, in denen vor Beginn des betreuten Wohnens keine Sozialhilfeleistungen bezogen worden sind. Erfolgt ein nahtloser Übertritt von stationären Einrichtungen in ambulant betreute Wohnmöglichkeiten, ist für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der gewöhnliche Aufenthalt des Leistungsberechtigten vor Eintritt in die erste Einrichtung maßgebend.

**SG Speyer**, Beschluss vom 2.2.2005 – S 16 ER 10/05 SO ZfF 2006, Heft 3, S. 64 – 65

### Aufsätze

● **Internetkosten als notwendiger Lebensunterhalt**

In einem lesenswerten Aufsatz über »Internet für und gegen alle?« weist der ehemalige Präsident des Bundesarbeitsgerichts **Otto Rudolf Kissel** en passant darauf hin, dass die Internetbenutzung zum notwendigen Lebensunterhalt (§ 27 SGB XII) zu rechnen und demgemäß möglicherweise eine Sozialhilfeleistung dafür erforderlich ist.

NJW 2006, Heft 12, S. 801 – 806 (802)

● **Anrechnung von Eingliederungshilfe-Leistungen auf die Grundsicherung nach GSiG und SGB XII**

Bei der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem GSiG bzw. den §§ 41 ff. SGB XII haben bei

Personen, die in Werkstätten für Behinderte tätig waren, verschiedentlich Grundsicherungsträger den Barwert eines dort kostenfrei zur Verfügung gestellten Mittagessens als häusliche Ersparnis leistungsmindernd angerechnet. In ihrem engagierten, argumentationsreichen Beitrag begründet **Anna F. Schulte-Loh**, dass weder eine abweichende Regelsatzabsenkung wegen häuslicher Ersparnis/atypischer Bedarfslage noch eine Anrechnung als Einkommen rechtmäßig ist.

ZfF 2006, Heft 4, S. 80 – 84

● **Zur Information und Beratung der Rentenversicherungsträger bei der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung**

Die Rentenversicherungsträger sind nach § 109a SGB VI gehalten, Personen, bei denen Leistungen der Grundsicherung im Alter oder bei voller Erwerbsminderung in Betracht kommen, über die Leistungsvoraussetzungen zu informieren, sie zu beraten und ihnen Antragsvordrucke auszuhändigen; sie haben weiterhin über die dauernde Erwerbsminderung zu entscheiden und mit den Grundsicherungsträgern zusammenzuarbeiten. Reichweite und Konsequenzen lotet ausführlich **Dietrich Schoch** aus, der den Focus u. a. auf die Feststellung der Erwerbsminderung legt.

ZfF 2006, Heft 3, S. 49 – 56

● **Kostenfreiheit des Sozialleistungsträgers bei streitigen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten nach der ZPO**

In seinem kurzen Beitrag zeigt **Torsten Gühlstorf** die Konsequenzen aus dem Beschluss des BGH vom 10.11.2005 (– IX ZR 189/02 [FamRZ 2006, 411]) auf, nach dem die (persönliche) Kostenfreiheit der Sozialhilfeträger auch für streitige Verfahren vor den ordentlichen Gerichten gilt, in denen das Verfahren so der Aufgabenwahrnehmung dieser Träger dient, dass ein enger, sachlicher Zusammenhang mit ihrer gesetzlichen Tätigkeit besteht (z. B. bei der Verfolgung übergeleiteter Unterhaltsansprüche).

ZfF 2006, Heft 3, S. 57 – 58

## Sonstige Sozialleistungsbereiche

### Rechtsprechung

● **Unterhaltsvorschussleistungen (§§ 1, 2 UVG)**

Die Tilgung von Verbindlichkeiten für ein Familieneigenheim, in dem die unterhaltsvorschussberechtigten Kinder

mietzinsfrei wohnen, durch den barunterhaltsverpflichteten Elternteil ist keine »Unterhaltszahlung« i.S.d. § 2 Abs. 3 UVG, die anteilig auf die Unterhaltsleistung angerechnet werden darf.

**BVerwG**, Urteil vom 24.2.2005 – 5 C 17.04 – DÖV 2006, Heft 1, S. 77 – 78

● **UVG-Leistungen bei Lebenspartnerschaft (§ 1 UVG; §§ 1 ff. LPartG)**

Kinder, die bei einem Elternteil leben, der eine Lebenspartnerschaft führt, haben keinen Anspruch auf Unterhaltsleistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz.

**BVerwG**, Urteil vom 2.6.2005 – BVerwG 5 C 24.04 DVBl. 2006, Heft 5, S. 305 – 307 = BayVBl. 2006, Heft 6, S. 190 – 191

● **Rechtsmissbräuchliche Beeinflussung der Aufenthaltsdauer als Hindernis für Sozialhilfebezug nach längerer Aufenthaltsdauer (§ 2 Abs. 1 AsylbLG [F. 2004])**

1. Zur Auslegung des § 2 Abs. 1 AsylbLG bzgl. der Frage, ob ein Verhalten eines Ausländers als rechtsmissbräuchliche Beeinflussung der Dauer des Aufenthalts zu werten ist, ist Art. 16 EGRL 9/2003 heranzuziehen, weil § 2 AsylbLG nach dem offenkundigen Willen des Gesetzgebers diese Regelung umsetzen sollte; dies gilt auch dann, wenn das Asylverfahren bereits abgeschlossen ist.

2. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinn des § 2 Abs. 1 AsylbLG ist immer dann anzunehmen, wenn das Verhalten erkennbar der Verfahrensverzögerung und somit der Aufenthaltsverlängerung dient, wobei es im Hinblick auf den Zweck der Regelung, missbräuchliche Asylantragstellungen einzuschränken, auf die generelle Eignung des zu beanstandenden Verhaltens zur missbräuchlichen Beeinflussung des Aufenthalts ankommt.

**LSG Niedersachsen-Bremen**, Urteil vom 20.12.2005 – L 7 AY 51/05 InfAuslR 2006, Heft 4, S. 205 – 207

● **Kindergeldabzweigung an volljähriges Kind (§ 74 Abs. 1 S. 1 EStG)**

Die Familienkasse ist berechtigt, das Kindergeld an das volljährige Kind selbst auszuzahlen, wenn die kindergeldberechtigten Eltern tatsächlich keinen Unterhalt leisten. Das Angebot der Mutter des auswärts wohnenden Kinds, Naturalunterhalt durch Kost und Logis zu erbringen, ersetzt nicht die zivilrechtlich geschuldete tatsächliche Leistung von Unterhalt gegenüber dem Kind.

**BFH**, Beschluss vom 22.12.2005 – III S. 26/05 FamRZ 2006, Heft 9, S. 622 – 623

## Aufsätze

### ● Soziale Rechte von Kinder und Jugendlichen

Einen knappen Überblick über den sozialrechtlichen Schutz und die Förderung von Kindern und Jugendlichen (SGB VII; SGB II, BAföG) gibt **Rolf Gutmann**; er legt den Akzent auf den Zugang von Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit.

InfAuslR 2006, Heft 3, S. 142 – 147

### ● Unterhaltsvorschuss im System der sozialen Sicherung

Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz treffen bei vielen Empfängern mit anderen, bedürftigkeitsgeprüften und bedarfsorientierten Leistungen zusammen. Der hierdurch entstehende Verwaltungsaufwand, die unterschiedlichen Leistungsvoraussetzungen und Regelungen zum

Rückgriff gegenüber Unterhaltsschuldern führen zu zahlreichen Problemen. **Heinz Stephan** bejaht die selbstgestellte Frage »Der Unterhaltsvorschuss – ein überflüssiges Gesetz« und plädiert dafür, die gesamten Leistungsansprüche zu überdenken und zu prüfen, ob sie in einer einzigen Leistungsart gebündelt werden können.

ZfF 2006, Heft 1, S. 6 – 9

### ● Rechtsdienstleistungsgesetz

Über einen Referentenentwurf eines Rechtsdienstleistungsgesetzes, mit dem das Recht der Rechtsberatung neu geregelt und soziale Rechtsberatung erleichtert werden soll, informiert der zuständige Referent im BMJ, **Oliver Sabel**.

NDV 2005, Heft 6, S. 191 – 194

**Uwe Berlit, Albrecht Brühl,  
Udo Geiger, Helga Spindler, Ulrich Stascheit,  
Horst Steinmeyer, Hans-Ulrich Weth, Ute Winkler**

## Dokumentation

**Zu: Helga Spindler, Vertragssimulation bei Ein-Euro-Jobs** (in diesem Heft S. 162)

**Achtung:** das folgende Vereinbarungsformular dient als Grundlage für die rechtliche Beurteilung dieser Gestaltungsmöglichkeiten und wird von der Redaktion nicht zur praktischen Anwendung empfohlen.

### Vereinbarung zur Arbeitsgelegenheit im Rahmen des Projekts »Wege in Arbeit analog«

Zwischen  
und

Herr/Frau  
wohnhaft in

(im Folgenden »Träger«) (im Folgenden »Teilnehmer/in«)  
wird die folgende Vereinbarung geschlossen.

#### § 1 Beginn und Dauer der Arbeitsgelegenheit

Der/die Teilnehmer/in wird ab dem ... 2005 bis zum ... 2005 in einer Arbeitsgelegenheit im Rahmen des Projekts »Wege in Arbeit analog« gemäß § 16 Abs. 3 SGB II beschäftigt. Die Maßnahme wird durch den Europäischen Sozialfonds (ESF) und durch die Arbeitsgemeinschaft Köln gefördert.

#### § 2 Zielsetzung der Maßnahme

Ziel der Beschäftigung ist der Ausstieg aus dem Bezug des Arbeitslosengeldes II (ALG II) und die Wiedereingliederung in das Berufsleben.

Der/die Teilnehmer/in verpflichtet sich zu einer aktiven Mitarbeit bei der Erarbeitung, kontinuierlichen Fortschreibung und Umsetzung der vereinbarten Schritte seines/ihrer Integrationsplans. Er/Sie wirkt bei der Festlegung des persönlichen Integrationsziels sowie bei der Vereinbarung von Teilzielen und bei der Verwirklichung der einzelnen Umsetzungsschritte aktiv mit.

#### § 3 Einsatzort und Tätigkeit

Der/die Teilnehmer/in wird in einer Arbeitsgelegenheit im Rahmen des Projekts »Wege in Arbeit analog« eingesetzt. Im Falle des Einsatzes beim Träger gelten die im Folgenden mit **A)** gekennzeichneten Bestimmungen, im Falle des Einsatzes in einem betrieblichen Praktikum gelten die mit **B)** gekennzeichneten Bestimmungen.

*Einsatzorte:*

**A)** beim Träger im Arbeits- und Qualifizierungsbereich: ...

**B)** in einem Praktikum in Betrieben des allgemeinen Arbeitsmarktes: ...

Ein Wechsel in andere Abteilungen beim Träger ist im Rahmen des Projekts »Wege in Arbeit analog« möglich.

#### § 4 Sozialversicherung / Haftung (Lohnsteuerkarte, Sozialversicherungsausweis)

Die Übertragung der Arbeitsgelegenheit begründet keine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit beim Träger. Dennoch ist der/die Teilnehmer/in verpflichtet, bei Beginn der

Arbeitsgelegenheit Lohnsteuerkarte und Sozialversicherungsausweis im Hinblick auf seine/Ihre Arbeitsvermittlung einzureichen.

Für die Haftung der Teilnehmerin/des Teilnehmers gilt § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II. Für Schäden in Ausführung der ihr/ihm übertragenen Tätigkeit haftet die Teilnehmerin/der Teilnehmer deshalb wie eine Arbeitnehmerin/ein Arbeitnehmer. Gem. § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II finden Vorschriften über den Arbeitsschutz für den/die Teilnehmer/in entsprechende Anwendung.

### § 5 Arbeitszeit

**A)** Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beim Träger beträgt 38,5 Stunden (5-Tage-Woche) und richtet sich nach betrieblichen Belangen.

**B)** Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit/Zeiten des betrieblichen Praktikums beträgt \_\_\_\_ Stunden und richtet sich nach den Arbeitszeiten des Praktikumsbetriebes.

Montag bis Donnerstag	von _____ bis _____	Uhr
Freitag	von _____ bis _____	Uhr
Samstag	von _____ bis _____	Uhr
Sonntag	von _____ bis _____	Uhr

Der Qualifizierungstag beim Träger findet \_\_\_\_\_ (Wochentag) von \_\_\_\_\_ bis \_\_\_\_\_ Uhr in \_\_\_\_\_ statt.

### § 6 Finanzielle Leistungen

**A)** Für die Beschäftigung und Qualifizierung beim Träger erhält der/die Teilnehmer/in finanzielle Leistungen in Höhe von 545,40 € pro Monat bei voll geleisteter Stundenzahl. Die Leistung ergibt sich aus der Höhe des bewilligten ALG II und einer Mehraufwandsentschädigung in Höhe von 1,20 €/Std. (bei 167 Std. pro Monat). Bei unentschuldigten Fehlzeiten wird die finanzielle Gesamtleistung anteilig gekürzt.

**B)** Für die Zeit eines betrieblichen Praktikums erhält der/die Teilnehmer/in finanzielle Leistungen in Höhe von 595,50 € pro Monat bei voll geleisteter Stundenzahl. Die Leistung ergibt sich aus der Höhe des bewilligten ALG II und einer Mehraufwandsentschädigung in Höhe von 1,50 € pro Stunde (bei 167 Std. pro Monat). Bei unentschuldigten Fehlzeiten wird die finanzielle Gesamtleistung anteilig gekürzt.

**Der/die Teilnehmer/in ist damit einverstanden, dass die finanzielle Leistung am Beginn des Folgemonats entweder auf das von ihm/ihr angegebene Konto überwiesen oder – falls kein Konto vorhanden – per Barscheck ausbezahlt wird.**

**In Ausnahmefällen besteht die Möglichkeit, Abschlagszahlungen zu erhalten.**

### § 7 Urlaubsanspruch

Der Teilnehmerin/dem Teilnehmer stehen für jeden vollen Beschäftigungsmonat 20/12 Urlaubstage zu (10 Urlaubstage pro Halbjahr). Die Gewährung von Urlaub richtet sich nach betrieblichen Belangen. Für den gewährten Urlaub wird kein Mehraufwand gezahlt.

### § 8 Leistungen des Trägers

Der Träger verpflichtet sich zur Unterstützung bei der Erarbeitung und Formulierung der Integrationsziele und steht dem/der Teilnehmer/in bei der Umsetzung der vereinbarten Teilschritte gemäß dem Prinzip »Hilfe zur Selbsthilfe« fachkundig zur Seite.

### § 9 Krankheit/Arbeitsverhinderung

Jede Arbeitsverhinderung ist unverzüglich der Einsatzstelle und dem Träger zu melden (Benachrichtigungspflicht). Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Erkrankung ist ab dem ersten krankheitsbedingten Fehltag eine ärztliche Bescheinigung spätestens am dritten Kalendertag beim Träger vorzulegen. Die Mehraufwandsentschädigung wird im Falle von Krankheit und entschuldigter Arbeitsverhinderung nicht gezahlt.

### § 10 Qualifizierung

Die Teilnehmerin/der Teilnehmer verpflichtet sich zur Teilnahme an den allgemein bildenden und berufsspezifischen Qualifizierungen zur Verbesserung seiner/ihrer beruflichen Eingliederungschancen.

### § 11 Datenweitergabe/Verschwiegenheit

Die Teilnehmerin/der Teilnehmer stimmt einer Weitergabe der für eine Vermittlung in Arbeit erforderlichen persönlichen Daten, auch an Dritte (z.B. Praktikumsstellen, JobBörsen, potenzielle Arbeitgeber), in Zusammenhang der Vermittlungsbemühungen zu.

Der/die Teilnehmer/in ist verpflichtet, über alle ihm/ihr bekannten Angelegenheiten, Vorgänge, Verträge und Geschäftsbeziehungen innerhalb und außerhalb des Trägers auch nach seinem/ihrer Ausscheiden aus der Arbeitsgelegenheit Verschwiegenheit zu bewahren.

### § 12 Betriebsordnung

Der/die Beschäftigte verpflichtet sich zur Einhaltung der ausgehändigten Betriebsordnung. Die Betriebsordnung ist Bestandteil dieser Vereinbarung.

### § 13 Beendigung der Beschäftigung

Bei Erreichen der Zielsetzung der Integrationsplanung kann die Beschäftigung in der Arbeitsgelegenheit vorzeitig beendet werden. Bei Verstößen gegen diese Vereinbarung oder gegen die Betriebsordnung sowie bei fehlender Mitwirkung wird der Träger mit Ermahnungen, Abmahnungen bis hin zur Beendigung der Arbeitsgelegenheit reagieren.

### § 14 Zeugnis

Gem. § 61 Abs. 2 SGB II trifft der Träger am Ende der Maßnahme eine Beurteilung über die Leistungen und das Verhalten der Teilnehmerin/des Teilnehmers. Aufgrund dieser Beurteilung erhält die Teilnehmerin/der Teilnehmer am Ende der Maßnahme vom Träger ein Zeugnis.

Köln, den .....

Mitarbeiter/in Träger

Teilnehmer/in