

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Subordination und Koordination

– Ausdruck eines alten verwaltungsrechtlichen Diskurses –

Minou Banafsche Seite 121

Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf – neuere Entwicklungen

Jürgen Treber Seite 140

Rezensionsaufsätze

Steffen Blessing, Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen unter
Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Sudabeh Kamanabrou Seite 153

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 157

Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Subordination und Koordination – Ausdruck eines alten verwaltungsrechtlichen Diskurses –

Jun.-Prof. Dr. Minou Banafsche, Universität Kassel

Die (Wieder-)Eingliederung in das Arbeitsleben ist das zentrale Ziel sowohl der Arbeitsförderung nach dem SGB III als auch der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II. Leistungen zur beruflichen Eingliederung sind solche der aktiven Arbeitsförderung. Sie haben stets Vorrang vor den sogenannten »passiven Leistungen«, mithin den Entgeltersatzleistungen nach § 3 Abs. 4 iVm. §§ 136 ff. SGB III und den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach §§ 19 ff. SGB II. Im SGB III ist der Vorrang der aktiven Arbeitsförderung ausdrücklich in § 5 verankert, im Rechtskreis des SGB II ergibt er sich aus dem Leistungsgrundsatz des § 3 Abs. 3 Hs. 1, wonach Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nur erbracht werden dürfen, »soweit die Hilfebedürftigkeit nicht anderweitig beseitigt werden kann«¹. Der Grundsatz des Nachrangs von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, der dem Nachrang der Sozialhilfe entspricht (vgl. § 2 SGB XII)², enthält implizit eine Priorisierung der Eingliederungsleistungen, die darauf gerichtet sind, die Leistungsberechtigten zur Selbsthilfe zu befähigen und somit unabhängig von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu machen (vgl. die Aufgaben und Ziele der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB II).

Die Auswahl der Eingliederungsleistungen im konkreten Einzelfall erfolgt dabei, im Sinne einer Erzielung und Absicherung von Eingliederungserfolgen³, nicht als Oktroi der Leistungsverwaltung, vielmehr sind immer die Fähigkeiten der zu fördernden Personen (vgl. § 7 S. 2 Nr. 1 SGB III) beziehungsweise ist ihre Eignung (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II) zu berücksichtigen, deren Bestandteil unter anderem die beruflichen Neigungen sind (vgl. auch § 35 Abs. 2 S. 2 SGB III und § 16 Abs. 1 S. 1 SGB II)⁴.

Ein wichtiges Instrument zur Operationalisierung einer an den Fähigkeiten und Neigungen der Leistungsberechtigten orientierten arbeitsmarktlichen Eingliederung ist die Eingliederungsvereinbarung.⁵ Im SGB III ist diese – den genannten Maßgaben entsprechend im unmittelbaren

normativen Zusammenhang mit der Potenzialanalyse – in § 37 geregelt, im SGB II in § 15. Viel wurde schon über die Eingliederungsvereinbarung geschrieben und gestritten. Der jüngst nun auch innerhalb des Bundessozialgerichts (BSG) durch den 14. Senat eröffnete Dissens darüber, ob es sich – wie vom 4. Senat vertreten – bei der Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II um eine »allenfalls [...] unverbindliche Handlungsanweisung« an den Grundsicherungsträger handelt, eine einvernehmliche Vereinbarungslösung mit dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten anzustreben oder einseitig einen Verwaltungsakt iSd. § 31 S. 1 SGB X zu erlassen,⁶ oder aber – gemäß der Auffassung des 14. Senats – um ein Instrument der vorrangig konsensualen Lösungsfindung,⁷ belegt indes, dass nach wie vor Klärungsbedarf besteht.

Dabei geht es aber keineswegs nur um die dogmatische Einordnung eines sozialleistungsrechtlichen Instruments. Der aktuelle Diskurs am BSG ist vielmehr Ausdruck eines unterschiedlichen Verständnisses von öffentlicher Verwaltung und der das Verwaltungsrecht prägenden Bürger-Staat-Beziehung,⁸ deren Pole die Subordination auf der

1 Vgl. die Begründung zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drs. 15/1516, S. 51; statt vieler auch *Waltermann*, Sozialrecht, 10. Aufl., Heidelberg 2012, Rn. 453d; *Igl/Welti*, Sozialrecht, 8. Aufl., Neuwied 2007, § 49 Rn. 3.

2 Beispielhaft *Münder*, in: *Münder* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II – Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGB II), 5. Aufl., Baden-Baden 2013, § 3 Rn. 26.

3 Dazu *Münder*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 3 Rn. 6.

4 Für das SGB III vgl. etwa *Schmidt-De Caluwe*, in: *Mutschler/Schmidt De Caluwe/Coseriu* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, 5. Aufl., Baden-Baden 2013, § 7 Rn. 32; für das SGB II BT-Drs. 15/1516, S. 51.

5 Vgl. auch *Kretschmer*, DÖV 2006, 893, der von dem »zentralen Steuerungsinstrument zur Grundsicherung für Arbeitsuchende« spricht; die Eingliederungsvereinbarung als »Kerninstrument aktiv kooperativer Eingliederungsbemühungen« bezeichnend *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 1; siehe auch *Lang*, NZS 2006, 176 f.

6 So BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 191, Rn. 24.

7 So BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – Rn. 18, 19 (nach juris).

8 Zum Sozialrecht als Verwaltungsrecht *Gitter/Schmitt*, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2001, S. 25 f.

einen und die Koordination auf der anderen Seite bilden. Die Eingliederungsvereinbarung versucht nun, beide Seiten zu verbinden und wird so zum Schauplatz eines alten verwaltungsrechtlichen Diskurses, der insbesondere in der Frage nach ihrer Rechtsnatur und dem (Rang-)Verhältnis von konsensuellem und hoheitlichem Handeln aufscheint. Eine diesen Fragestellungen vorangestellte Synopse der für das SGB III und SGB II jeweils einschlägigen Rechtsgrundlage verdeutlicht bestehende Unterschiede und Gemeinsamkeiten, die es zu berücksichtigen gilt.

I. Die Eingliederungsvereinbarung als leistungsrechtliches Instrument – eine Synopse

Sowohl in der Arbeitsförderung als auch in der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist die Eingliederungsvereinbarung Bestandteil des Leistungsrechts.

Im SGB III steht sie im ersten Abschnitt »Beratung und Vermittlung« des dritten Kapitels, in dem die Leistungen der aktiven Arbeitsförderung geregelt sind, konkret in dem zweiten Unterabschnitt zur Vermittlung. Sie war zuerst durch Art. 1 Nr. 13 Buchstabe b des Gesetzes zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) vom 10.12.2001⁹, gem. Art. 10 Abs. 1 in Kraft getreten am 1.1.2002, als § 35 Abs. 4 in das SGB III eingefügt und anschließend durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008¹⁰, gem. Art. 8 Abs. 1 in Kraft getreten am 1.1.2009, in § 37 Abs. 2 und 3 SGB III überführt worden.

Im SGB II, eingeführt durch Art. 1 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003¹¹, gem. Art. 61 Abs. 1 in Kraft getreten am 1.1.2005, ist die Eingliederungsvereinbarung Teil des Abschnitts über die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit im Rahmen des mit »Leistungen« überschriebenen Kapitels 3.

1. Beteiligte

An der Eingliederungsvereinbarung Beteiligte ist auf Seiten des Leistungsträgers im Bereich der Arbeitsförderung die Agentur für Arbeit (vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 SGB III). Im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende soll die Agentur für Arbeit gem. § 15 Abs. 1 S. 1 SGB II im Einvernehmen mit

dem kommunalen Träger agieren. Mangels dem kommunalen Träger im Rahmen des § 15 SGB II zur eigenständigen Wahrnehmung übertragener Aufgaben handelt es sich bei dem Einvernehmen grundsätzlich nur um eine Form der verwaltungsinternen Mitwirkung, nicht um einen Verwaltungsakt iSd. § 31 S. 1 SGB X,¹² es sei denn, es geht um kommunale Eingliederungsleistungen nach § 16a SGB II, für die gem. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II die kommunalen Träger verantwortlich sind¹³. Dessen unbeschadet besteht nach der Neufassung des § 44b SGB II durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 3.8.2010¹⁴ für das in § 15 Abs. 1 S. 1 SGB II geregelte Einvernehmen kein Anwendungsbereich mehr, weil die Aufgaben der Träger nach dem SGB II ohnehin entweder durch gemeinsame Einrichtungen, die zur einheitlichen Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende auf dem Gebiet jedes kommunalen Trägers nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II gebildet werden (vgl. § 44b Abs. 1 S. 1 und 2 SGB II)¹⁵, oder durch die nach Maßgabe des § 6a SGB II zugelassenen kommunalen Träger, die sogenannten Optionskommunen, wahrgenommen werden.¹⁶ Keine praktische Bedeutung mehr hat deshalb auch der Streit um das Einvernehmen als notwendige Wirksamkeitsvoraussetzung der Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II.¹⁷

Beteiligte auf Seiten der Leistungsberechtigten sind im SGB III gem. § 37 Abs. 2 S. 1 Ausbildungsuchende iSd. § 15 S. 1 SGB III oder Arbeitsuchende iSd. § 15 S. 2 und 3 SGB III, im SGB II gem. § 15 Abs. 1 S. 1 erwerbsfähige Leistungsberechtigte iSd. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II.

9 BGBl. 2001 I, S. 3443.

10 BGBl. 2008 I, S. 2917.

11 BGBl. 2003 I, S. 2954.

12 Zu dem Einvernehmen als Zustimmungshandlung eines anderen Verwaltungsträgers *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 9 Rn. 28; aus der Rechtsprechung BVerwG, 19.1.1967 – VI C 73.64 – BVerwGE 26, 31, 39.

13 Vgl. auch *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 11.

14 BGBl. 2010 I, S. 1112.

15 Dazu die Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende, BT-Drs. 17/1555, S. 23, wonach eine getrennte Aufgabenwahrnehmung künftig nicht mehr möglich ist.

16 Siehe *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II, 3. Aufl., München 2013, § 15 Rn. 32; *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 11.

17 *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 32; von einer »weitgehend akademische[n] Streitfrage« spricht *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II, 2. Aufl., München 2008, § 15 Rn. 16; anders noch für die alte Rechtslage unter Rückgriff auf § 57 Abs. 2 SGB X *Fuchsloch*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1, München, Stand: Juni 2013, § 15 SGB II Rn. 38 ff., Stand der Einzelkommentierung: Juni 2006.

2. Inhalt

Den Inhalt der Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III regelt § 37 Abs. 2 S. 1. Danach werden das Eingliederungsziel (Nr. 1), die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit (Nr. 2), die Eigenbemühungen des Ausbildungs- oder Arbeitsuchenden nach Art und Umfang sowie die Form ihres Nachweises (Nr. 3) und die vorgesehenen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung (Nr. 4) für einen zu bestimmenden Zeitraum festgelegt. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Inhalte in § 37 Abs. 2 S. 1 SGB III abschließend regeln wollte. Zwar ist dies nicht zwingend, weil die Norm nicht explizit besagt, dass »nur« die genannten Punkte in einer Eingliederungsvereinbarung festgelegt werden,¹⁸ allerdings hat der Gesetzgeber in der Parallelvorschrift des § 15 Abs. 1 S. 2 SGB II durch das Wort »insbesondere« klargelegt, dass der Katalog hier nicht abschließend ist. Der Umstand, dass § 37 SGB III durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008 hinsichtlich der Inhalte der Eingliederungsvereinbarung nach dem Vorbild des § 15 SGB II konkreter gefasst wurde,¹⁹ spricht für ein Handeln des SGB III-Gesetzgebers im Bewusstsein der Formulierung des § 15 Abs. 1 S. 2 SGB II, so dass die in § 37 Abs. 2 S. 1 SGB III nicht erfolgte Exemplifizierung der Inhalte eine abschließende Erfassung nahelegt.

Die Eigenbemühungen als »eine der wesentlichen Voraussetzungen, um Arbeits- und Ausbildungslosigkeit erfolgreich zu vermeiden bzw. zu beenden«²⁰, werden in § 138 Abs. 1 Nr. 2 SGB III als das Bemühen, »die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden«, legaldefiniert. Im Rahmen der Eigenbemühungen gilt es gem. § 138 Abs. 4 S. 1 SGB III, »alle Möglichkeiten zur beruflichen Eingliederung zu nutzen.« Dazu gehören nach § 138 Abs. 4 S. 2 SGB III neben der Wahrnehmung der Verpflichtungen aus der Eingliederungsvereinbarung (Nr. 1) »insbesondere« die Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte (Nr. 2) und die Inanspruchnahme der Selbstinformationseinrichtungen der Agentur für Arbeit (Nr. 3), welche diese bei der Vermittlung ebenso einzusetzen hat wie auch bei der Beratung und Berufsorientierung (§ 40 Abs. 2 iVm. § 35 Abs. 3 SGB III). Was die Agentur für Arbeit im Rahmen der Eigenbemühungen von einem Leistungsberechtigten erwarten darf, »hängt ab von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von den persönlichen (z. B. familiären, gesundheitlichen) Verhältnissen [...], seinen Arbeitsfähigkeiten

und der [konkreten] Arbeitsmarktlage in dem Bereich, der dem [Betroffenen] zugänglich ist.«²¹

Eigenbemühungen des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten und Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind gleichsam Bestandteil des Inhalts der Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II (vgl. § 15 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2). Nicht genannt wird hier, anders als in § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB III, die Festlegung des Eingliederungsziels. Die fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit (BA) zu § 15 SGB II in der Fassung vom 20.8.2012²² schreiben dies aber vor. Danach sind »im Rahmen der Vereinbarung einer konkreten Maßnahme [...] die damit verfolgten Ziele (Eingliederung, Überwindung bestimmter Vermittlungshemmnisse, soziale Integration etc.) der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person zu erläutern und zu dokumentieren.«²³ Gleiches gilt für die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit, die in der Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II ebenfalls »genau zu beschreiben« sind.²⁴

Überschießend zum SGB III soll die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II bestimmen, »welche Leistungen Dritter, insbesondere Träger anderer Sozialleistungen, erwerbsfähige Leistungsberechtigte zu beantragen haben« (§ 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II). Dies ist Ausdruck des Nachrangs der Grundsicherung für Arbeitsuchende.²⁵ Ausweislich der Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende

18 Zu dem methodischen Instrument des Gegenschlusses etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 6. Aufl., München 2011, Rn. 899 f.; *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, S. 64 f.

19 Siehe die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 16/10810, S. 29 f.

20 BT-Drs. 16/10810, S. 29.

21 So zu den Eigenbemühungen nach dem BSHG BVerwG, 17.5.1995 – 5 C 20.93 – BVerwGE 98, 203, 207; zu der Notwendigkeit der Einbeziehung aller Aspekte des Einzelfalls im SGB III *Gutzler*, in: *Mutschler/Schmidt De-Caluwe/Coseriu* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III (Fn. 4), § 138 Rn. 65 ff.; *Brand*, in: *Brand* (Hrsg.), SGB III, 6. Aufl., München 2012, § 138 Rn. 53; für das SGB II mwN. aus Rechtsprechung und Schrifttum *Berlit*, in: LPK-SGB II Fn. 2, § 15 Rn. 25 ff.; *Kador*, in: *Eicher* (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 41 ff.; *Müller*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band, Berlin, Stand: Juli 2013, § 15 Rn. 48 ff., Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; *Fuchsloch*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 15 SGB II Rn. 62 ff., Stand der Einzelkommentierung: Juni 2006.

22 Abrufbar unter http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Allgemein/IW-SGB-II-Fachliche-Hinweise.html (11.11.2013).

23 Fachliche Hinweise der BA zu § 15 SGB II, Ziffer 15.19.

24 So zu »Leistungen und Pflichten beider Vertragsparteien« allgemein die Fachlichen Hinweise der BA zu § 15 SGB II, Ziffer 15.18.

25 Siehe Einleitung.

soll damit insbesondere gewährleistet werden, »dass erwerbsfähige Hilfebedürftige, die einen Anspruch auf Arbeitslosengeld haben, die ihnen zustehenden Leistungen nach dem Dritten Buch in Anspruch nehmen.«²⁶

Gem. § 15 Abs. 3 SGB II sind ferner im Falle der Vereinbarung einer Bildungsmaßnahme in der Eingliederungsvereinbarung auch Umfang und Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten zu regeln, wenn dieser die Maßnahme aus einem von ihm zu vertretenden Grund nicht zu Ende führt.²⁷ Unter »Bildungsmaßnahme« fallen »alle vom [Jobcenter] geförderten Maßnahmen der beruflichen Ausbildungsvorbereitung und der Aus- und Weiterbildung«²⁸, also solche nach § 16 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II iVm. §§ 73 ff., 54a SGB III und nach § 16 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB II iVm. §§ 81 ff., 131a SGB III.

In der Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II kann zudem vereinbart werden, »welche Leistungen die Personen erhalten, die mit der oder dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben« (§ 15 Abs. 2 S. 1 iVm. § 7 Abs. 3).

3. Form

Nach § 37 Abs. 3 S. 1 SGB III ist dem Ausbildungs- oder Arbeitssuchenden eine Ausfertigung der Eingliederungsvereinbarung auszuhändigen. Da im Rechtsverkehr die Ausfertigung der Niederschrift die Urschrift vertritt (vgl. § 47 BeurkG), ergibt sich aus der Vorgabe des § 37 Abs. 3 S. 1 SGB III das Erfordernis der Schriftform.²⁹

Für die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II enthält § 15 keinen entsprechenden Hinweis. Allerdings sind, unbeschadet der noch auszuführenden Frage, ob es sich bei der Eingliederungsvereinbarung um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag iSd. § 53 Abs. 1 S. 1 SGB X handelt³⁰, der gem. § 56 SGB X schriftlich abzuschließen ist, keine Gründe ersichtlich, warum hier, die Form betreffend, etwas anderes gelten soll als im SGB III. Für die Schriftform spricht vielmehr die Erwägung, dass eine Festlegung der Inhalte der Vereinbarung im Falle ihres Nichtzustandekommens durch Verwaltungsakt erfolgen soll (§ 15 Abs. 1 S. 6 SGB II), der zwar gem. § 33 Abs. 2 S. 1 SGB X dem Grundsatz der Formfreiheit unterliegt, aber gemäß dem Prinzip der Rechtssicherheit dann schriftlich zu ergehen hat, wenn es auf den Wortlaut der Entscheidung ankommt.³¹ Dies wird im Sozialrecht vor allem dann angenommen,

wenn es um die Gewährung von Leistungen der Art und Höhe nach geht,³² muss also erst recht für den, dem Inhalt nach noch weitere Aspekte umfassenden, Eingliederungsverwaltungsakt und entsprechend auch für die Eingliederungsvereinbarung gelten,³³ die unter anderem Pflichten des Leistungsberechtigten festlegen, deren Nichterfüllung gem. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II sanktionsbewehrt ist.³⁴

4. Laufzeit

Während die Laufzeit der Eingliederungsvereinbarung gem. § 37 Abs. 2 S. 1 SGB III bestimmt werden muss, mithin Teil der Vereinbarung ist, soll die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB II, entsprechend dem Bewilligungszeitraum nach § 41 Abs. 1 S. 4, für sechs Monate geschlossen werden (§ 15 Abs. 1 S. 3).

Auch für das SGB III ist jedoch aufgrund der Vorschrift des § 37 Abs. 3 S. 3 von einer Laufzeit von höchstens sechs Monaten auszugehen, wenn die Arbeitslosigkeit bis dahin nicht beendet werden konnte, und von höchstens drei Monaten für junge Menschen (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII), die arbeitslos sind und eine Ausbildung suchen. Zwar ist hier die Rede von einer »Überprüfung« nach spätestens sechs oder drei Monaten, was begrifflich nicht das Ende der Laufzeit bedeuten muss.³⁵ Allerdings knüpft § 37 Abs. 3 S. 3 SGB III an § 37 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 SGB III an, der die Fortschreibung der Eingliederungsvereinbarung nach

26 BT-Drs. 16/1410, S. 21.

27 Ausführlich hierzu die Fachlichen Hinweise der BA zu § 15 SGB II, Punkt 4.3., Ziffern 15.37 ff.; erhebliche Bedenken gegen die Regelung äußert etwa *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 68 ff.

28 Fachliche Hinweise der BA zu § 15 SGB II, Ziffer 15.42.

29 Im Ergebnis ebenso *Jüttner*, in: Mutschler/Schmidt De-Caluwe/Coseriu (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III (Fn. 4), § 37 Rn. 9; *Peters-Lange*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 37 SGB III Rn. 14, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2009.

30 Dazu unten II.

31 So *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X, 7. Aufl., München 2010, § 33 Rn. 13.

32 Vgl. *Littmann*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band, Berlin, Stand: April 2013, § 33 Rn. 6, Stand der Einzelkommentierung: März 2004.

33 Im Ergebnis ist dies nicht umstritten. Beispielhaft *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 21.

34 Vgl. BSG, 10.12.2002 – B 9 VG 6/01 R – Rn. 17 (nach juris), wo das Gericht für einen nach § 92 Abs. 2 SGB VIII zu erlassenden Leistungsbescheid ausführt, »ein solcher Verwaltungsakt wird jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit jedenfalls dann in schriftlicher Form vorliegen müssen, wenn er als Grundlage für Vollstreckungsmaßnahmen des Jugendhilfeträgers dienen soll [...]«.

35 So *Jüttner*, in: Mutschler/Schmidt De-Caluwe/Coseriu (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III (Fn. 4), § 37 Rn. 19.

Ende des zunächst festgesetzten Geltungszeitraums postuliert.³⁶ Eine Fortschreibung der Eingliederungsvereinbarung unter Berücksichtigung der bisher gewonnenen Erfahrungen sieht auch das SGB II vor (§ 15 Abs. 1 S. 4 und 5).

Für den laufenden Zeitraum sieht § 37 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 SGB III eine Anpassung der Eingliederungsvereinbarung an sich ändernde Verhältnisse vor. Im SGB II wird eine Anpassung innerhalb der Laufzeit nicht geregelt, aber bei gegenseitigem Einvernehmen der Vertragspartner für unproblematisch erachtet,³⁷ bei einseitigem Anpassungsverlangen dem Grunde nach bejaht³⁸.

5. Ersetzungsbefugnis³⁹

Für den Fall, dass eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt, sollen gem. § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III »die nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 erforderlichen Eigenbemühungen durch Verwaltungsakt festgesetzt werden.« Gem. § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II sollen in diesem Fall »die Regelungen nach Satz 2« durch Verwaltungsakt erfolgen. Die Ersetzungsbefugnis nach dem SGB II geht damit über die nach dem SGB III insoweit hinaus, als nicht nur die Eigenbemühungen durch Verwaltungsakt festgesetzt werden sollen, sondern der gesamte Vereinbarungsinhalt. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II erstreckt sich die Ersetzungsbefugnis allerdings nicht auf die in § 15 Abs. 3 SGB II vorgesehene Regelung einer Schadensersatzpflicht bei der Vereinbarung einer Bildungsmaßnahme.⁴⁰ Konzeptionell, das Verhältnis von Vereinbarung und Verwaltungsakt betreffend⁴¹, bestehen dagegen zwischen § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III und § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II ersichtlich keine Unterschiede.

6. Fazit

Die Gegenüberstellung von § 37 Abs. 2 und 3 SGB III und § 15 SGB II zeigt, dass trotz normativer, zum Teil erst im Laufe der Zeit hergestellter Entsprechungen und in der Verwaltungspraxis auch darüber hinaus erfolgter Annäherungen auf der Anwendungsebene⁴² eine vollständige Harmonisierung nicht erreicht wurde.

Auffällig ist, dass § 15 Abs. 1 SGB II ganz maßgeblich mit »Soll«-Vorschriften arbeitet, wo § 37 Abs. 2 und 3 SGB III verbindliche Regelungen trifft. »Soll«-Vorschriften erzeugen keine unbedingte, sondern lediglich eine grundsätzliche Verbindlichkeit für die Behörde, die in atypischen

Fällen ein abweichendes Handeln gestattet.⁴³ So heißt es in § 37 Abs. 2 S. 1 SGB III, dass die Agentur für Arbeit zusammen mit dem Leistungsberechtigten eine Eingliederungsvereinbarung »trifft«, während in § 15 Abs. 1 S. 1 SGB II die Rede davon ist, dass die Agentur für Arbeit mit dem Leistungsberechtigten die für seine Eingliederung erforderlichen Leistungen vereinbaren »soll«.⁴⁴ In der Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III werden bestimmte Inhalte festgelegt (§ 37 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 bis 4), nach dem SGB II sollen die in § 15 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 3 beispielhaft genannten Inhalte bestimmt werden. Auch Laufzeit und Fortschreibung werden im SGB III als »Ist«, im SGB II als »Soll«-Vorgaben formuliert (vgl. § 37 Abs. 3 S. 2 und 3 SGB III, § 15 Abs. 1 S. 3 und 4 SGB II). Damit weist die Regelung des § 37 Abs. 2 und 3 SGB III zumindest de iure einen höheren Verbindlichkeitsgrad auf als die Regelung des § 15 Abs. 1 SGB II.

Dies kommt auch in den jeweils zu vereinbarenden Inhalten zum Ausdruck. Der Katalog des § 37 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 bis 4 SGB III hat abschließenden Charakter, der des § 15 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 3 SGB II ist offen gehalten.⁴⁵ Damit hat der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten im SGB II einen größeren Handlungsspielraum ermöglicht als im SGB III. Erklären lässt sich dies mit dem das SGB II in besonderem Maße tragenden Zweck, einer drohenden Langzeitarbeitslosigkeit vorzubeugen und bestehende Langzeitarbeitslosigkeit zu beenden.⁴⁶ Zudem handelt es sich bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende, anders

36 Im Ergebnis ebenso *Brand*, in: *Brand* (Hrsg.), SGB III (Fn. 21), § 37 Rn. 4.

37 Siehe *Fuchsloch*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 15 SGB II Rn. 74, Stand der Einzelkommentierung: Juni 2006; *Berlit*, in: *LPK-SGB II* (Fn. 2), § 15 Rn. 38.

38 Unter Rückgriff auf § 59 Abs. 1 SGB X *Fuchsloch*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 15 SGB II Rn. 74, Stand der Einzelkommentierung: Juni 2006; für eine entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 3 S. 2 SGB III hingegen *Berlit*, in: *LPK-SGB II* (Fn. 2), § 15 Rn. 39, der die Hürden des § 59 Abs. 1 SGB X mit Blick auf den Individualisierungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 S. 2 SGB II als zu hoch ansieht.

39 Zu dem Begriff der »Ersetzungsbefugnis« siehe noch unten III.

40 Vgl. auch *Kador*, in: *Eicher* (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 68.

41 Dazu unten III.

42 Siehe unter I.2.

43 Siehe *Maurer* (Fn. 12), § 7 Rn. 11.

44 Zu der daraus folgenden Frage nach einer (grundsätzlich) bestehenden Pflicht der Behörde zum Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung und einem damit korrespondierenden (grundsätzlichen) Anspruch der Leistungsberechtigten auf Abschluss siehe unter III.3.

45 Siehe bereits unter I.2.

46 Vgl. *BT-Drs.* 15/1516, S. 49.

als bei der beitragsfinanzierten Arbeitsförderung (vgl. § 340 SGB III), um ein steuerfinanziertes System (vgl. § 46 SGB II). Hier gilt es also, die damit verbundene finanzielle Belastung der Allgemeinheit möglichst gering zu halten.⁴⁷

II. Die Rechtsnatur der Eingliederungsvereinbarung

Probleme bereitet die Zuordnung der Eingliederungsvereinbarung zu den Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung. Dabei geht es zum einen um die Frage, ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, zum anderen darum, wie dieser gegebenenfalls zu qualifizieren ist. Angesichts der gleichen Konzeption der Eingliederungsvereinbarung als leistungsrechtliches Instrument in § 37 Abs. 2 und 3 SGB III und § 15 Abs. 1 SGB II⁴⁸ bedarf es hinsichtlich der genannten Fragen keiner separierten Betrachtung beider Rechtskreise.

1. Die Eingliederungsvereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag dem Grunde nach

Der öffentliche-rechtliche Vertrag ist im Sozialverfahren die einzig neben dem Verwaltungsakt ausdrücklich geregelte Handlungsform zum Abschluss eines Verwaltungsverfahrens (vgl. § 8 SGB X).⁴⁹ Verkörpert dieser das klassische Verständnis der Staat-Bürger-Beziehung als eine durch Über- und Unterordnung geprägte, ist jener auf deren Überwindung gerichtet – nicht nur, um den Besonderheiten atypischer Fälle (besser) Rechnung tragen zu können, sondern auch zum Zwecke der Herstellung von Rechtsfrieden durch eine günstige Beeinflussung des Verhältnisses von öffentlicher Verwaltung und Bürger.⁵⁰

Gemeint ist gem. § 53 Abs. 1 S. 1 SGB X die durch Vertrag erfolgende Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

a) Begründung eines Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Dass die vorliegend relevanten Rechtssätze des § 37 Abs. 2 und 3 SGB III und des § 15 SGB II als Bestandteil des Sozialleistungsrechts dem öffentlichen Recht angehören, begegnet keinem Zweifel.⁵¹ Für die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bedarf es daneben aber noch der

Feststellung, dass auch das auf den genannten Normen gründende Verwaltungshandeln selbst, konkret der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung durch die Agentur für Arbeit, öffentlich-rechtlich ist.⁵²

Für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag kommt es nach Auffassung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS-OGB) auf dessen Gegenstand und Zweck an. »Die Rechtsnatur des Vertrages bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist [...].«⁵³ Gegenstand und Zweck des Vertrages sind dabei aus dem Vertragsinhalt zu ermitteln.⁵⁴

Da die Eingliederungsvereinbarung die berufliche Eingliederung von Leistungsberechtigten nach dem SGB III und dem SGB II im Einzelfall zu fördern bestimmt ist und neben zu gewährenden Eingliederungsmaßnahmen regelt, welche Vermittlungsbemühungen auf der einen Seite die Agentur für Arbeit und welche Eigenbemühungen auf der anderen Seite die leistungsberechtigte Person anzustellen hat, um ein bestimmt definiertes Eingliederungsziel zu erreichen,⁵⁵ mithin das leistungsrechtliche Verhältnis konkretisiert, dient sie dem Vollzug sozialleistungsrechtlicher Vorgaben und ist somit nach Gegenstand und Zweck dem öffentlichen Recht zuzurechnen.⁵⁶

47 BT-Drs. 15/1516, S. 53.

48 Siehe die Ausführungen unter I.

49 Dazu *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 53 Rn. 53, Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009; *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 53 Rn. 2.

50 Siehe die Begründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drs. 7/910, S. 76 f.; darauf verweist die Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuches (SGB) – Verwaltungsverfahren, BT-Drs. 8/2034, S. 36.

51 Siehe einleitend (Fn. 8).

52 Ausführlich zu der Abgrenzung dieser zwei Problemkreise *Ericksen*, Jura 1982, 537 ff.; dazu in einem sozialrechtlichen Kontext *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, Köln 1990, S. 50 ff.

53 GmS-OGB, 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85 – BVerwGE 74, 368, 370; mwN. BT-Drs. 7/910, S. 78.

54 Vgl. GmS-OGB, 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85 – BVerwGE 74, 368, 370; *Maurer* (Fn. 12), § 14 Rn. 10 f.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 13. Aufl., München 2012, § 54 Rn. 28; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., München 2008, § 54 Rn. 76; *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB X, 1. Band (Fn. 32), § 53 Rn. 58, Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009; *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 53 Rn. 7; *Diering*, in: Diering/Timme/Waschull (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X – Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGB X), 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 53 Rn. 6.

55 Zu den Inhalten der Eingliederungsvereinbarung siehe unter I.2.

56 Siehe die Bildung von Fallgruppen öffentlich-rechtlicher Verträge bei *Maurer* (Fn. 12), § 14 Rn. 11; ferner GmS-OGB, 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85 – BVerwGE 74, 368, 370, wonach es für den öffentlich-rechtlichen Vertrag typisch ist, »da[ss] er an die Stelle einer sonst möglichen Regelung durch Verwaltungsakt tritt«; zu Letzterem siehe oben I.5.

Soweit die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages unter Hinweis auf die Begründung zum Entwurf des Job-AQTIV-Gesetzes, dergemäß die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III nicht die Funktion hat, »ein neues Rechtsverhältnis zwischen [Arbeitsagentur] und Arbeitslosen zu begründen«⁵⁷, verneint wird,⁵⁸ muss dem entgegengehalten werden, dass die Konkretisierung eines gesetzesbasierten Leistungsverhältnisses die Begründung eines – darauf aufbauenden – vertraglichen Rechtsverhältnisses mitnichten ausschließt. Unter »Rechtsverhältnis« im Sinne des Verwaltungsrechts sind alle ihrem Gegenstand nach rechtlich zulässigen Beziehungen zu verstehen,⁵⁹ »die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas bestimmtes tun mu[ss], kann oder darf oder nicht zu tun braucht«.⁶⁰ Die demnach für die Bejahung eines Verwaltungsrechtsverhältnisses erforderliche Konkretion, das Eingliederungsziel, die Vermittlungsbemühungen der Arbeitsagentur, die Eigenbemühungen der Leistungsberechtigten und die Leistungen selbst betreffend, erbringt jedoch erst die Eingliederungsvereinbarung, die somit die abstrakt-generellen leistungrechtlichen Vorgaben auf einen bestimmten Sachverhalt und eine bestimmte Person zuschneidet und auf diese Weise ein konkret-individuelles Rechtsverhältnis begründet. Dem entspricht auch die Parallele zum Verwaltungsakt, der weiteren gesetzlich vorgesehenen Handlungsform der Verwaltung⁶¹, als hoheitliche Maßnahme einer Behörde iSd. § 1 Abs. 2 SGB X zur Regelung eines Einzelfalls, also in Abgrenzung zu abstrakt-generellen Rechtsnormen⁶².

b) Durch Vertrag

Ein Vertrag zeichnet sich durch zwei übereinstimmende, von einem wechselseitigen Rechtsbindungswillen getragene Erklärungen, in der Regel Angebot und Annahme (vgl. § 61 S. 2 SGB X iVm. §§ 145 ff. BGB), aus.⁶³ Die gleiche Verhandlungsstärke der Parteien respektive Beteiligten ist indes kein Wesensmerkmal des Vertrages.⁶⁴

Dafür, die Eingliederungsvereinbarung als öffentlich-rechtlichen Vertrag zu qualifizieren, und gegen eine Gleichsetzung mit Instrumenten wie dem Teilhabeplan (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX in Verbindung mit der Gemeinsamen Empfehlung »Teilhabeplan« vom 16.12.2004⁶⁵), dem Gesamtplan nach § 58 SGB XII⁶⁶, dem

Hilfeplan nach § 36 Abs. 2 und 3 SGB VIII⁶⁷, dem Pflegeplan in Form der Empfehlung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) nach § 18 Abs. 6 S. 2 SGB XI⁶⁸ oder auch der Leistungsabsprache mit Förderplan nach § 12 SGB XII⁶⁹ spricht bereits der vom Gesetz-

57 BT-Drs. 14/6944, S. 31.

58 Siehe *Peters-Lange*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 37 SGB III Rn. 7, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2009; von einem »vertragsähnliche[n] Konstrukt, das nicht die Qualität eines öffentlich-rechtlichen Vertrages aufweist«, spricht aus den genannten Gründen *Jüttner*, in: Mutschler/Schmidt De-Caluwe/Coseriu (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III (Fn. 4), § 37 Rn. 8; ferner *Schweiger*, NZS 2002, 410, 414 f., der die Eingliederungsvereinbarung als »einseitiges informelles Verwaltungshandeln« betrachtet; dem zustimmend *Spellbrink*, Sozialrecht aktuell 2006, 52, 53.

59 Zu dem weiten Begriffsverständnis *Maurer* (Fn. 12), § 8 Rn. 18, 19, der dem Verwaltungsrechtsverhältnis ein Spektrum bescheinigt, das »weit und schillernd« ist.

60 So zu § 43 Abs. 1 VwGO BVerwG, 26.1.1996 – 8 C 19.94 – BVerwGE 100, 262, 264; mwN. auch BVerwG, 23.1.1992 – 3 C 50.89 – BVerwGE 89, 327, 329; entsprechend zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG BSG, 9.2.1995 – 7 RAr 78/93 – NZS 1996, 39, 40; hingegen noch ausschließlich auf das Verhältnis mehrerer Personen untereinander abstellend BVerwG, 28.11.1975 – VII C 47.73 – BVerwGE 50, 11, 19.

61 Siehe bereits unter II.1.

62 *Maurer* (Fn. 12), § 9 Rn. 14; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG (Fn. 54), § 35 Rn. 121; *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 31 Rn. 33.

63 Zum Vertragsbegriff im zivilrechtlichen Kontext etwa *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997, § 29 Rn. 1 ff.; *Busche*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 6. Aufl., München 2012, Vor § 145 Rn. 31 f.; für das öffentliche Recht *Maurer* (Fn. 12), § 14 Rn. 6.

64 Für das SGB III etwa *Rademacker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 2012, Stand: April 2013, § 37 Rn. 22, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2013; *Schweiger*, NZS 2002, 410, 412; für das SGB II *Huckenbeck*, in: Löns/Herold-Tews (Hrsg.), SGB II, 3. Aufl., München 2011, § 15 Rn. 5; *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 17.

65 Abrufbar unter http://www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/publikationen/gemeinsame-empfehlungen/downloads/Gemeinsame_Empfehlung_Teilhabeplan.pdf (11.11.2013); zu der Rechtsnatur der Gemeinsamen Empfehlungen als Verwaltungsvereinbarungen, die sich nur an die an ihnen beteiligten Rehabilitationsträger richten, siehe die Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuchs – Neuintes Buch – (SGB IX), BT-Drs. 14/5074, S. 101 f.; allerdings eine grundsätzliche Selbstbindung der Rehabilitationsträger durch die Gemeinsamen Empfehlungen bejahend *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX (HK-SGB IX), 3. Aufl., Köln 2010, § 13 Rn. 6 f.

66 Zu der Rechtsnatur des Gesamtplans als Richtschnur ohne Rechtsverbindlichkeit *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 3. Aufl., München 2010, § 58 Rn. 3.

67 Zum Rechtscharakter des Hilfeplans als schlichtes Verwaltungshandeln *Meysen*, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl., Baden-Baden 2013, § 36 Rn. 53.

68 Zu der Möglichkeit, Gutachten des MDK »in Rechtsstreitigkeiten über die Feststellung von Pflegebedürftigkeit und die Zuordnung zu einer Pflegestufe auch im gerichtlichen Verfahren als Entscheidungsgrundlage [heranzuziehen]«, BSG, 14.12.2000 – B 3 P 5/00 R – NJW 2001, 3431; einen Ausfall der individuellen Pflegeplanung durch den MDK in der Praxis konstatiert *Plantholz*, in: Klie/Krahmer/Plantholz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XI – Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGB XI), 4. Aufl., Baden-Baden 2014, § 18 Rn. 31.

69 Zu der Rechtsnatur der Leistungsabsprache und des Förderplans als »allenfalls moralisch verpflichtende Absichtserklärungen« *Berlit*, in: Bieritz-Harder/Conradis/Thie (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XII – Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGB XII), 9. Aufl., Baden-Baden 2012, § 12 Rn. 4, 16.

geber verwandte Begriff der »Vereinbarung«⁷⁰, der von seinem Bedeutungsgehalt dem Vertrag entspricht^{71,72}

Mit der grundsätzlichen Verpflichtung der Arbeitsagentur nach § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III⁷³ und § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II für den Fall, dass eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt, einen entsprechenden Verwaltungsakt zu erlassen,⁷⁴ macht der Gesetzgeber zudem deutlich, dass die alternative Handlungsform zu der Eingliederungsvereinbarung der Verwaltungsakt ist.⁷⁵ Da aber neben dem Verwaltungsakt »die zweite wichtige [...]«⁷⁶ und diesem »vom theoretischen Anspruch her ebenbürtige Handlungsform«⁷⁷ der öffentlich-rechtliche Vertrag ist, liegt es auch aus systematischen Erwägungen nahe, bei der Einstufung der Eingliederungsvereinbarung auf eben diese Handlungsform, den öffentlich-rechtlichen Vertrag, zurückzugreifen.

Die den Vertrag kennzeichnende Verbindlichkeit der Eingliederungsvereinbarung wird schließlich durch die Sanktionstatbestände des § 159 Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 3 iVm. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB III (Sperrzeit bei unzureichenden Eigenbemühungen) und des § 38 Abs. 3 S. 2 und 3, Abs. 4 S. 2 SGB III (Einstellung der Arbeits- oder Ausbildungsvermittlung bei Nichterfüllung der Pflichten aus der Eingliederungsvereinbarung oder dem Eingliederungsverwaltungsakt) im Bereich der Arbeitsförderung und durch den Sanktionstatbestand des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II (Weigerung hinsichtlich der Erfüllung von in der Eingliederungsvereinbarung oder dem Eingliederungsverwaltungsakt festgesetzten Pflichten) im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende gesetzlich manifestiert.⁷⁸

c) Zwischenfazit

Vor dem Hintergrund der gemachten Ausführungen erfüllt die Eingliederungsvereinbarung – sowohl nach dem SGB III als auch nach dem SGB II – die Anforderungen an einen öffentlichen-rechtlichen Vertrag iSd. § 53 Abs. 1 S. 1 SGB X⁷⁹ und ist damit Ausdruck einer vom Gesetzgeber intendierten Abkehr von einem klassisch obrigkeitstaatlichen Denken im Sinne einer strikten Subordination.

Der Vorschlag, sie als »hoheitliches Handeln sui generis« zu qualifizieren,⁸⁰ vermag nicht zu überzeugen. Soweit dafür ins Feld geführt wird, der Vertragscharakter der Eingliederungsvereinbarung sei aufgrund der Möglichkeit, diese auch als Verwaltungsakt zu erlassen (vgl. § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III, § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II), »Fiktion«⁸¹, bleibt die in § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X explizit verankerte Figur des subordinationsrechtlichen Vertrages unberücksichtigt, den

der Abschluss an Verwaltungsakts statt gerade ausmacht.⁸² Die sich daraus – aufgrund der nach Maßgabe des § 58 SGB X gegenüber Verwaltungsakten erhöhten Bestandskraft öffentlich-rechtlicher Verträge⁸³ – überdies ergeben-

70 Siehe nur *Kretschmer*, Das Recht der Eingliederungsvereinbarung des SGB II – zugleich ein Beitrag zum Verwaltungsvertrag und zur Rechtsverhältnislehre, Berlin 2012 (zugl. Potsdam, Univ., Diss. 2011), S. 182 ff.; BSG, 6.12.2012 – B 11 AL 15/11 R – NZA-RR 2013, 434, 435 (Rn. 21).

71 Siehe auch *Creifelds (Begr.)*, Rechtswörterbuch, 20. Aufl., München 2011, wo unter dem Stichwort »Vereinbarung« zuvörderst auf »Vertrag« verwiesen wird.

72 Für eine solche Gleichsetzung aber *Peters-Lange*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 37 SGB III Rn. 7, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2009.

73 Nachträglich eingefügt im Rahmen der Neufassung der Regelung zur Eingliederungsvereinbarung durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Neuaustrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008.

74 Zu dem grundsätzlich verpflichtenden Charakter von »Soll«-Vorschriften siehe oben I.6. (Fn. 43).

75 Zu der Frage nach dem Verhältnis von Eingliederungsvereinbarung und -verwaltungsakt siehe unter III.

76 *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 53 Rn. 2.

77 *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 53 Rn. 53, Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009.

78 Vgl. auch *Martini/Schenkel*, VSSR 2010, 393, 399 f.; ferner *Eichenhofer*, SGB 2004, 203, 206, der die Funktion des Vertrages hervorhebt, »auch die Grundlage für die individuelle Verantwortung des Arbeitslosen« zu schaffen.

79 Für das SGB III SG Stade, 11.1.2011 – S 16 AL 122/09 – info also 2011, 182, 183; bestätigend *Bieback*, jurisPR-SozR 14/2011 Anm. 1; siehe ferner *Brand*, in: Brand (Hrsg.), SGB III (Fn. 21), § 37 Rn. 5; *Rademacker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, 1. Band (Fn. 64), § 37 Rn. 18 ff., Stand der Einzelkommentierung: Juli 2013; BSG, 6.12.2012 – B 11 AL 15/11 R – NZA-RR 2013, 434, 435, Rn. 21 f.; für das SGB II mwN. *Fuchsloch*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 15 SGB II Rn. 109 ff., Stand der Einzelkommentierung: Juni 2006; *Huckenbeck*, in: Löns/Herold-Tews (Hrsg.), SGB II (Fn. 64), 3. Aufl., München 2011, § 15 Rn. 5 f.; *Sonnhoff*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB II (jurisPK-SGB II), 3. Aufl., Saarbrücken 2012, § 15 Rn. 22, 25; *Müller*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 34, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 8; *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 8; von einem »öffentlich-rechtlichen Teilvertrag« oder einer »öffentlich-rechtlichen Zusatzvereinbarung« ausgehend *Stark*, in: Estelmann (Hrsg.), SGB II, Band 1, Köln, Stand: Juni 2013, § 15 Rn. 30, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2008; unter Einbeziehung der Rechtskreise von SGB III und SGB II *Kretschmer*, DÖV 2006, 893, 895; *Knoblauch/Hübner*, NDV 2005, 277, 277; anders: *Busse*, RsDE 67 (2008), 56, 80 f., die vertritt, dass der Eingliederungsvereinbarung als Verfahrensvorschrift, die subjektive Beteiligungsrechte einräumt, [...] der Realakt als Handlungsform zugrunde [liegt].«

80 So *Spellbrink*, Sozialrecht aktuell 2006, 52, 54 f.; *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II (Fn. 17), § 15 Rn. 10; *Spellbrink*, in: Spellbrink (Hrsg.), Das SGB II in der Praxis der Sozialgerichte – Bilanz und Perspektiven, Stuttgart 2010, S. 45, 49 f.; vgl. auch *Spellbrink*, SGB 2008, 445, 449.

81 *Spellbrink*, Sozialrecht aktuell 2006, 52, 54; *Spellbrink*, NZS 2010, 649, 653; ferner *Koppenfels-Spies*, NZS 2011, 1, 5; die Eingliederungsvereinbarung wegen der Ersetzungsbefugnis gar für eine »ausgesprochene Fehlkonstruktion« und »methodisch verfehlt« erachtend *Krahmer*, NDV 2006, 507, 510 f.

82 Siehe unter II.2.

83 *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 58 Rn. 2, 3; *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 58 Rn. 2 f., Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009.

den unterschiedlichen Rechtsschutzniveaus je nachdem, welche Handlungsform zur Anwendung gelangt, sind Folge einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung,⁸⁴ die durch eine Umwidmung der Eingliederungsvereinbarung umgangen würde.⁸⁵

Ein fiktionaler Vertragscharakter der Eingliederungsvereinbarung lässt sich auch nicht (mehr) mit dem Sanktionstatbestand des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB II aF. (Weigerung des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten hinsichtlich des Abschlusses einer ihm angebotenen Eingliederungsvereinbarung) begründen,⁸⁶ weil dieser mit Inkrafttreten des Art. 2 Nr. 31 des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (RBEGuSGB II, SGB XIIÄndG) vom 24.3.2011⁸⁷ am 1.4.2011 (Art. 14 Abs. 3 RBEGuSGB II, SGB XIIÄndG) entfallen ist.

2. Die Vertragsart

Angesichts der in § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III und § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II normierten grundsätzlichen Pflicht der Arbeitsagentur, im Falle ihres Nichtzustandekommens einen entsprechenden Verwaltungsakt zu erlassen,⁸⁸ handelt es sich bei der Eingliederungsvereinbarung nicht um einen koordinationsrechtlichen Vertrag zwischen gleichgestellten Rechtssubjekten⁸⁹, sondern um einen subordinationsrechtlichen Vertrag iSd. § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X. Danach »kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst einen Verwaltungsakt richten würde.«

a) Austauschvertrag iSd. § 55 SGB X

Um einen subordinationsrechtlichen Vertrag handelt es sich auch bei dem Austauschvertrag (§ 55 Abs. 1 iVm. § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X), so dass im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung die insoweit affirmativen Regelungen des § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III und des § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II kein Argument gegen den Austauschvertrag und für einen »rein« subordinationsrechtlichen Vertrag iSd. § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X sein können.⁹⁰

Vielmehr ist es überschießendes Merkmal des Austauschvertrages, dass sich der Vertragspartner der Behörde, vorliegend die leistungsberechtigte Person, vertraglich zu einer Gegenleistung verpflichtet (§ 55 Abs. 1 S. 1 SGB X). Gemeint ist, ungeachtet eines wirtschaftlichen Werts, jedes Handeln oder Unterlassen.⁹¹ Aus dem Begriff

der »Gegenleistung« folgt, dass diese und die Leistung der Behörde wechselseitig aufeinander bezogen sein müssen.⁹² Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Leistung und Gegenleistung in einem sachlichen Zusammenhang nach Maßgabe des § 55 Abs. 1 S. 2 SGB X stehen.⁹³ Denn der Sachzusammenhang konkretisiert die Beziehung von Leistung und Gegenleistung, setzt sie mithin voraus. Dass es auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht ankommt, folgt bereits aus dem in § 55 Abs. 1 S. 2 SGB X verankerten Gebot der Angemessenheit der Gegenleistung unter Beachtung der gesamten Umstände im Sinne eines Übermaßverbots.⁹⁴ Als in diesem Sinne verstandene Gegenleistung kommen vorliegend maßgeblich die in der Eingliederungsvereinbarung konkret zu bestimmenden Eigenbemühungen des Leistungsberechtigten und die Form ihres Nachweises (vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB III, § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II) in Betracht.⁹⁵

(1) Voraussetzung für den Abschluss eines wirksamen Austauschvertrages ist gem. § 55 Abs. 1 S. 1 SGB X, dass »die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffent-

84 Dementsprechend BT-Drs. 15/1516, S. 54; so auch *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 9.

85 Vgl. aber *Spellbrink*, Sozialrecht aktuell 2006, 52, 55; *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II (Fn. 17), § 15 Rn. 11.

86 Vgl. *Spellbrink*, Sozialrecht aktuell 2006, 52, 54; *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II (Fn. 17), § 15 Rn. 10.

87 BGBl. 2011 I, S. 453.

88 Siehe oben I.6. (Fn. 43).

89 Dazu *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 53 Rn. 4 f.; *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 53 Rn. 31, Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009.

90 Indes hinsichtlich der Abgrenzung von § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X und § 55 SGB X mit der Ersetzungsbefugnis nach § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II argumentierend *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 8.

91 *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 55 Rn. 5; *Diering*, in: LPK-SGB X (Fn. 54), § 55 Rn. 10.

92 *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 55 Rn. 39, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2008.

93 Siehe sogleich unter II.2.a)(1).

94 Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG (Fn. 54), § 56 Rn. 14; dazu noch unter II.2.a)(1).

95 Anders etwa *Luthe/Timm*, SGB 2005, 261, die eine Anwendbarkeit des § 55 SGB X ablehnen, weil die Eigenbemühungen bereits »als Zweck der Verwaltungsleistung in den §§ 15 Abs. 1 [S. 2] Nr. 2, 31 Abs. 1 [S. 1] Nr. 1 SGB II sowie 60 ff. SGB I gesetzlich vorgesehen [sind]«; siehe dagegen aber zu der im Gegenteil gesetzesezweiternden Funktion des § 55 SGB X, der eine Gegenleistung »auch [aber keinesfalls nur] dann zu[lässt], wenn sie das Gesetz nicht vorsieht«, *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 55 Rn. 3, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2008.

lichen Aufgaben dient.« Die Vereinbarung der Gegenleistung in Gestalt der Vornahme und des Nachweises von Eigenbemühungen erfolgt im Hinblick auf ein konkret im Vertrag zu bestimmendes Eingliederungsziel⁹⁶ und dient der Arbeitsagentur zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, nämlich einer erfolgreichen und nach Möglichkeit dauerhaften (Wieder-)Eingliederung der Betroffenen in das Arbeitsleben (vgl. § 1 Abs. 1 und 2, § 7 SGB III sowie § 1 Abs. 1 und 2, § 3 SGB II).

Gem. § 55 Abs. 1 S. 2 SGB X muss die Gegenleistung ferner »den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.« Für den sachlichen Zusammenhang genügt es bereits, dass die Gegenleistung der leistungsberechtigten Person demselben öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist, wie es die Rechtsvorschriften sind, welche die Arbeitsagentur zur Erbringung der Eingliederungsleistungen ermächtigen, mithin die §§ 29 ff. SGB III und §§ 16 ff. SGB II.⁹⁷ Das öffentliche Interesse entspricht der im Rahmen des § 55 Abs. 1 S. 1 SGB X bezeichneten öffentlichen Aufgabe der Arbeitsagentur,⁹⁸ dies ist die berufliche (Wieder-)Eingliederung der Berechtigten. Der nach § 55 Abs. 1 S. 2 SGB X geforderte sachliche Zusammenhang ist eine Festschreibung des sogenannten »Koppelungsverbots« als allgemeingültiger Rechtssatz,⁹⁹ der den »Verkauf von Hoheitsrechten« verbietet.¹⁰⁰

Das Erfordernis der Angemessenheit der Gegenleistung ist auch für den Rechtsschutz der Leistungsberechtigten von Bedeutung. Ist diese nicht gewährleistet, ist die Eingliederungsvereinbarung gem. § 58 Abs. 2 Nr. 4 SGB X nichtig, entfaltet mithin keine Rechtswirkung¹⁰¹ und kann nicht Anknüpfungspunkt für die Sanktionstatbestände der § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III, § 38 Abs. 3 S. 2 und 3, Abs. 4 S. 2 SGB III sowie des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II sein. Damit korrespondiert jeweils die Vorgabe in § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III, § 38 Abs. 3 S. 2 am Ende, Abs. 4 S. 2 SGB III und § 31 Abs. 1 S. 2 SGB II, wonach eine Pflichtverletzung ausscheidet, wenn der Betroffene einen wichtigen Grund für sein Verhalten hat. Wichtige Gründe »können alle Umstände des Einzelfalls sein, die unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des [Leistungsberechtigten] in Abwägung mit etwa entgegenstehenden Belangen der Allgemeinheit das Verhalten des [Leistungsberechtigten] rechtfertigen.«¹⁰² Die Unzumutbarkeit beziehungsweise Unangemessenheit der Gegenleistung wäre demnach ein in diesem Sinne zu verstehender wichtiger Grund.¹⁰³

Einer erweiternden Auslegung des § 58 Abs. 2 Nr. 4 SGB X dergestalt, dass eine Eingliederungsvereinbarung schon dann nichtig sein soll, wenn ein entsprechender Verwaltungsakt rechtswidrig wäre,¹⁰⁴ stehen die insoweit einschränkenden Vorgaben des § 58 Abs. 2 Nr. 2 SGB X entgegen. Im Übrigen ist gem. § 58 Abs. 2 Nr. 1 SGB X ein subordinationsrechtlicher Vertrag nichtig, wenn – gemäß den Vorgaben des § 40 SGB X – »ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre«. Damit wird der besonderen Nichtigkeitsdogmatik des § 58 SGB X entsprochen.¹⁰⁵ Dass der Gesetzgeber in § 58 Abs. 2 SGB X speziell für den subordinationsrechtlichen Vertrag weitere Nichtigkeitsgründe enumerativ anführt,¹⁰⁶ als sie Abs. 1 auch für koordinationsrechtliche Verträge gewährt,¹⁰⁷ zeigt, dass er dessen Wesen Rechnung getragen hat, allerdings nur in dem normierten Umfang. Für eine den klaren Wortlaut übersteigende Auslegung bleibt daher mangels Gesetzeslücke kein Raum.¹⁰⁸

Entsprechendes gilt auch für die Anwendung des Nichtigkeitsgrundes des § 58 Abs. 1 SGB X iVm. § 134 BGB »schon bei mehr als marginalen Verstößen gegen die Leis-

96 Siehe oben I.2.

97 Zu dem Merkmal des sachlichen Zusammenhangs *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 55 Rn. 10; *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 55 Rn. 31 ff., Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2008; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG (Fn. 54), § 56 Rn. 17; BVerwG, 16.5.2000 – 4 C 4.99 – BVerwGE 111, 162, 169 f.

98 Von einer Konkretisierung öffentlicher Aufgaben durch das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs sprechend BT-Drs. 7/910, S. 80.

99 Siehe dazu *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl., München 1999, § 30 Rn. 6 ff., 10.

100 BVerwG, 16.5.2000 – 4 C 4.99 – BVerwGE 111, 162, 169.

101 Zu dem Begriff der Nichtigkeit *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 58 Rn. 3a; *Diering*, in: LPK-SGB X (Fn. 54), § 58 Rn. 25.

102 So für den Rechtskreis des SGB II BSG, 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R – NJW 2011, 2073, 2076, Rn. 29; gleichsam für den Rechtskreis des SGB III BSG, 14.9.2010 – B 7 AL 33/09 R – NZS 2011, 713, 714, Rn. 12.

103 Zu der »strukturellen Nähe« des § 31 Abs. 1 S. 2 SGB II zu § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 31 Rn. 64.

104 Dafür *Berlit*, Sozialrecht aktuell 2006, 41, 47 f.; *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 32 f.

105 Exemplarisch BSG, 24.1.2008 – B 3 KR 17/07 R – SozR 4-2500 § 109 Nr. 7 Rn. 25, wo es heißt, »von der Nichtigkeit abgesehen gibt es aus Gründen des Vertrauensschutzes keinen aufhebbar-rechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Vertrag«.

106 Zu dem abschließenden Charakter des § 58 Abs. 2 SGB X auch *Becker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 58 Rn. 71, Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009.

107 Beispielhaft *Engelmann*, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X (Fn. 31), § 58 Rn. 4.

108 Ausführlich zu der Feststellung und Ausfüllung von Gesetzeslücken *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983, S. 354 ff.; ferner *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 18), Rn. 822 ff.

tungsgrundsätze des § 3 Abs. 1 SGB II¹⁰⁹, denen im SGB III die Regelungen des § 1 Abs. 2 und § 7 entsprechen. Entscheidend für die Nichtigkeit wegen eines Rechtsverstoßes iSv. § 134 BGB ist es, »ob eine zwingende Rechtsnorm besteht, die nach ihrem Sinn und Zweck die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbietet oder einen bestimmten Inhalt des Vertrages ausschließt.«¹¹⁰

(2) Zwar kann ein Austauschvertrag auch über Sozialleistungen geschlossen werden, deren Erbringung nicht im Ermessen des Leistungsträgers steht (vgl. § 55 Abs. 3 iVm. § 53 Abs. 2 SGB X). Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, kann jedoch gem. § 55 Abs. 2 SGB X »nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 32 sein könnte.« Bei den Eigenbemühungen, die schon Inhalt eines Verwaltungsaktes selbst sein können (vgl. § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III und § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II), muss dies in jedem Fall bejaht werden.¹¹¹

Hinsichtlich der Rechtsanspruchsleistungen ist zwischen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung nach dem SGB III und Leistungen der Eingliederung in Arbeit nach dem SGB II zu unterscheiden. Leistungen der aktiven Arbeitsförderung sind gem. § 3 Abs. 3 SGB III grundsätzlich Ermessensleistungen mit Ausnahme der in den Nrn. 1 bis 9 enumerativ aufgeführten Leistungen. Für den Rechtskreis des SGB II verweist § 16 Abs. 1 auf »die wesentlichen Leistungen der [aktiven] Arbeitsförderung«¹¹², deren Gewährung, mit Ausnahme von Leistungen nach § 35 SGB III (Vermittlungsangebot) und Eingliederungsleistungen an erwerbsfähige behinderte Menschen, auf die gem. § 16 Abs. 1 S. 1 SGB II und – in dem genannten Umfang – gem. § 16 Abs. 1 S. 3 SGB II ein Anspruch besteht, im Ermessen der Agentur für Arbeit steht (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 SGB II). Die Regelung des § 16 Abs. 1 S. 2 SGB III gewährt der Behörde ein Entschließungsermessen. Übt sie dies zugunsten des Leistungsberechtigten aus, ist sie allerdings hinsichtlich des Umfangs der Leistungen wegen der Vorgabe des § 16 Abs. 2 S. 1 SGB II, der für die Leistungen nach Abs. 1 grundsätzlich die Geltung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des SGB III anordnet, an die jeweiligen Maßgaben des SGB III gebunden, hat mithin kein darüber hinausgehendes Auswahlermessen.¹¹³ Anders ist dies bei den in den §§ 16a ff. SGB II geregelten Eingliederungsleistungen, die dem SGB II-Leistungsträger Entschließungs- und Auswahlermessen einräumen.

b) Die Figur des »hinkenden« Austauschvertrages

In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Eingliederungsvereinbarung zum Teil als »hinkender« Austauschvertrag bezeichnet, weil die Eingliederungsleistung der Behörde und die Gegenleistung der Berechtigten nicht in einem »strikten, synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis« stünden.¹¹⁴

Für die Rechtspraxis ist die Entscheidung für den normalen oder aber für den »hinkenden« Austauschvertrag nicht von Bedeutung, weil § 55 SGB X auch auf »hinkende« Austauschverträge »zumindest entsprechende Anwendung« findet^{115, 116}. Rechtstheoretisch darf aber bezweifelt werden, ob die Figur des »hinkenden« Austauschvertrages im Falle der Eingliederungsvereinbarung überhaupt passt. Gemeint ist ein Austauschvertrag, »in dem die Leistung der Behörde (oder Gemeinde) Bedingung bzw. Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Bürgers ist«¹¹⁷, ohne selbst überhaupt oder als Hauptleistung Vertragsinhalt zu werden¹¹⁸. Nach dem äußeren Erscheinungsbild respektive Wortlaut handelt es sich demnach um einen einseitig verpflichtenden Vertrag zu Lasten des Bürgers, der »eine von dem zwischen den Beteiligten bestehenden Verwaltungsrechtsverhältnis unabhängige ›selbstständige‹ Schuld begründet.«¹¹⁹ Gem. § 37 Abs. 2 S. 1

109 *Berlit*, Sozialrecht aktuell 2006, 41, 48; *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 34.

110 BSG, 24.1.2008 – B 3 KR 17/07 R – SozR 4-2500 § 109 Nr. 7 Rn. 26.

111 Zum »Erst recht«-Schluss in Form des »a minore ad maius« siehe *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 18), Rn. 897 f.

112 So zu § 16 SGB II insgesamt BT-Drs. 16/10810, S. 46.

113 Mit ausführlicher Begründung zu der dieses Ergebnis stützenden Auslegung des § 16 Abs. 1 S. 2 iVm. § 16 Abs. 2 S. 1 SGB II BSG, 6.4.2011 – B 4 AS 117/10 R – BSGE 108, 80, 82 ff., Rn. 16 ff.

114 Von nicht echtem Austauschvertrag spricht *Berlit*, info also 2003, 195, 205; ferner mwN. *Berlit*, in: LPK-SGB II (Fn. 2), § 15 Rn. 10; *Fuchsloch*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 15 SGB II Rn. 115, Stand der Einzelkommentierung: Juni 2006; *Stark*, in: Estelmann (Hrsg.), SGB II, Band 1 (Fn. 79), § 15 Rn. 30, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2008; *Sonnhoff*, in: jurisPK-SGB II (Fn. 79), § 15 Rn. 38 ff.; *Müller*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 37, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 8.

115 Für die Parallelnorm des § 56 VwVfG mwN. BVerwG, 16.5.2000 – 4 C 4.99 – BVerwGE 111, 162, 167; gar für eine unmittelbare Anwendung des § 56 VwVfG *Stelkens*, DÖV 2009, 850, 856.

116 Kritisch gegenüber dem »letztlich nur irreführenden und in der Rechtspraxis nicht weiterhelfenden Begriff« des »hinkenden« Austauschvertrages *Bekker*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, 1. Band (Fn. 32), § 55 Rn. 53, Stand der Einzelkommentierung: Oktober 2009.

117 BVerwG, 16.5.2000 – 4 C 4.99 – BVerwGE 111, 162, 167.

118 Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG (Fn. 54), § 56 Rn. 4.

119 *Stelkens*, DÖV 2009, S. 850 f.

Nr. 4 SGB III und § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II werden hingegen die vorgesehenen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung beziehungsweise die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit ausdrücklich Gegenstand der Eingliederungsvereinbarung.

Die Annahme, dass die vertragliche Verpflichtung zu Eigenbemühungen nicht erfolgt, um Eingliederungsleistungen zu erhalten, sondern um Sanktionen in Gestalt einer Kürzung des Arbeitslosengeldes II zu vermeiden, das seinerseits nicht Gegenstand der Eingliederungsvereinbarung ist, vermag einen »hinkenden« Austauschvertrag nicht zu begründen,¹²⁰ weil es auf die Motivation der Beteiligten bei Abschluss der Vereinbarung nicht ankommt. Dessen unbeschadet ist einer solchen Argumentation mit Wegfall des Sanktionstatbestandes des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB II aF. (Weigerung des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten hinsichtlich des Abschlusses einer ihm angebotenen Eingliederungsvereinbarung)¹²¹ die Grundlage entzogen worden.

Die Frage, ob es sich um einen »hinkenden« Austauschvertrag handelt, darf zudem nicht mit der Frage verwechselt werden, ob ein Austauschvertrag mangels angemessener Gegenleistung gem. § 58 Abs. 2 Nr. 4 iVm. § 55 Abs. 1 S. 2 SGB X nichtig ist.¹²² Denn die Unangemessenheit der Gegenleistung macht den Austauschvertrag nicht zu einem »hinkenden« Austauschvertrag, sondern begründet vielmehr, weil dieser gleichsam dem Regelungsregime der §§ 53 ff. SGB X unterfällt, seine Nichtigkeit.

c) Zwischenfazit

Bei der Eingliederungsvereinbarung handelt es sich nach dem Gesagten um einen Austauschvertrag iSd. § 55 Abs. 1 iVm. § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X, ohne dass es eines Rückgriffs auf die Figur des »hinkenden« Austauschvertrages bedarf.

3. Fazit

Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III und SGB II als (subordinationsrechtlicher) Austauschvertrag iSd. § 55 Abs. 1 iVm. § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X zu qualifizieren.

Die Diskussion um das »Ob« eines subordinationsrechtlichen Vertrages, insbesondere der Ansatz, der Eingliederungsvereinbarung wegen der gesetzlich vorgesehenen Option, statt ihres Abschlusses einen Verwaltungsakt zu erlassen, den Vertragscharakter abzusprechen¹²³, belegt die

Schwierigkeiten im Umgang mit dieser Vertragsform, die eine gewisse Widersprüchlichkeit bereits im Namen trägt. Dem Grunde nach ein Vertrag, dem die Möglichkeit der beiderseitigen Entscheidungsfindung der Beteiligten immanent ist, bricht er das Regelungsprimat des Verwaltungsakts im Sinne eines »Entweder-Oder«¹²⁴ auf, ohne indes das Bürger-Staat-Gefälle – das Verhältnis der Über- und Unterordnung – zu überwinden. Das Wesen des subordinationsrechtlichen Vertrages liegt ausweislich der Entwurfsbegründung zum VwVfG darin, »da[ss] er einen Unterschied zum typischen Gesetzesvollzug enthält.« Erst der Konsens ermögliche hier eine Lösung, für die der strenger gebundene und mithin weniger elastische Verwaltungsakt versagen müsste.¹²⁵ Getragen wird dies von dem Gedanken, dass der Bürger »eine im Wege der Verhandlung erreichte Lösung des Einzelfalls durch Vertrag, auch soweit dieser ihm Pflichten und Lasten auferlegt, innerlich eher akzeptieren [wird] als eine einseitig durch hoheitliches Handeln gesetzte Verwaltungsentscheidung.«¹²⁶ Genau diesen Gedanken übernimmt das Instrument der Eingliederungsvereinbarung, das darauf abzielt, eine im Sinne der nachhaltigen beruflichen Eingliederung möglichst übereinstimmende Lösung zu generieren.¹²⁷

III. Das Verhältnis von Vereinbarung und Verwaltungsakt

Sowohl § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III als auch § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II formuliert die grundsätzliche Pflicht der Agentur für Arbeit (»soll«), die gesetzlich geregelten Inhalte der Eingliederungsvereinbarung in dem jeweils angegebenen Umfang durch Verwaltungsakt festzusetzen, wenn eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt.¹²⁸ In Rechtsprechung und Schrifttum wird diese Möglichkeit

120 Siehe aber *Rauch/Zellner*, Die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II, Stuttgart 2008, S. 23; vgl. ferner *Müller*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 37, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012.

121 Siehe oben II.1.c).

122 In diese Richtung argumentiert wohl *Weinreich*, SGB 2012, 513, 519 f.

123 Siehe oben II.1.c).

124 BT-Drs. 7/910, S. 77.

125 BT-Drs. 7/910, S. 80.

126 BT-Drs. 7/910, S. 77.

127 Siehe noch unten III.2.b) und III.2.c).

128 Siehe oben I.6. (Fn. 43).

üblicherweise als »Ersetzungsbefugnis« und der betreffende Verwaltungsakt entsprechend als »ersetzender Verwaltungsakt« bezeichnet.¹²⁹ Der Begriff des »ersetzenden Verwaltungsakts« taucht explizit auch in der Vorschrift des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II auf. In der Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente ist in diesem Zusammenhang von »Ersatzvornahme« die Rede.¹³⁰

Die Ersatzvornahme ist ein rechtlich belegter Begriff aus dem Verwaltungsvollstreckungsrecht. Es handelt sich um ein Zwangsmittel (vgl. § 9 Abs. 1 Buchstabe a VwVG), welches in § 10 VwVG beschrieben wird. Danach kann die Vollzugsbehörde einen anderen mit der Vornahme einer vertretbaren Handlung im Sinne einer Handlung, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist, beauftragen, wenn die Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung nicht erfüllt wird. Die Ersatzvornahme ist allerdings in der Regel anzudrohen (vgl. § 13 VwVG), um dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, die Handlung selbst vorzunehmen.¹³¹ Nur wenn er diese Möglichkeit nicht nutzt, ist die Ausübung von Verwaltungszwang zulässig. Wendete man dies auf den Fall der Eingliederungsvereinbarung an, wäre der Erlass eines Verwaltungsakts nur dann zulässig, wenn eine durch die Agentur für Arbeit ernsthaft angestrebte konsensuale Lösung aus Gründen scheiterte, die in der Sphäre des Leistungsberechtigten liegen.

1. Die Rechtsprechung des BSG

Das BSG bewertet das Verhältnis, in dem Eingliederungsvereinbarung und Verwaltungsakt zueinander stehen, nicht einheitlich. Mit Urteil vom 14.2.2013¹³² ist der 14. Senat der vom 4. Senat in einem Urteil vom 22.9.2009¹³³ vertretenen Auffassung entgegengetreten.¹³⁴ Da beide Fälle, entsprechend dem Sachgebiet des 4. und 14. Senats, im Rechtskreis des SGB II spielten,¹³⁵ bildet das SGB II die normative Referenz für die Argumentation im Rahmen der Würdigung. Mangels hier bestehender Unterschiede zwischen der Arbeitsförderung und der Grundsicherung für Arbeitsuchende in der Normkonzeption¹³⁶ lassen sich die nachfolgenden Ausführungen aber auf den Rechtskreis des SGB III übertragen.

a) Die Auffassung des 4. Senats

Der 4. Senat hat einen Vorrang der Eingliederungsvereinbarung gegenüber dem Verwaltungsakt verneint. Er sieht in der Regelung des § 15 Abs. 1 SGB II »eine reine Verfah-

rensvorschrift, die das Verhalten und Vorgehen der Grundsicherungsträger [...] steuern soll.«¹³⁷ Der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung und der Erlass eines Verwaltungsakts seien »zwei grundsätzlich gleichwertige Wege«¹³⁸, zwischen denen die Behörde eine »nicht justiziable Opportunitätsentscheidung« treffe¹³⁹. Ihr stehe das »Initiativrecht« und damit die Alternative des Erlasses eines Verwaltungsaktes schon dann zu, »wenn [ihr] dies als der besser geeignete Weg erscheint.«¹⁴⁰

b) Die Auffassung des 14. Senats

Demgegenüber erachtet der 14. Senat die beiden Handlungsformen der Vereinbarung und des Verwaltungsakts im Rahmen des § 15 Abs. 1 SGB II nicht für gleichrangig, sondern räumt der konsensualen Lösung gegenüber dem hoheitlichen Handeln durch Verwaltungsakt den Vorrang ein. Ein die Eingliederungsvereinbarung ersetzender Verwaltungsakt komme nur in Betracht, »wenn der Grundsicherungsträger zuvor den Versuch unternommen hat, mit dem Arbeitsuchenden eine Vereinbarung zu schließen oder im Einzelfall besondere Gründe vorliegen, die den Abschluss einer Vereinbarung als nicht sachgerecht erscheinen lassen[,] was im ersetzenden Verwaltungsakt im Einzelnen darzulegen wäre«.¹⁴¹

2. Würdigung

In dem Konflikt zwischen dem 4. und 14. Senat offenbart sich ein divergierendes Verständnis von Verwaltung und ihres Verhältnisses zum Bürger und werden erneut die

¹²⁹ Beispielfaht *Kador*, in: Eicher (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 62 ff.; für die Rechtsprechung BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 188, Rn. 16; BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – Rn. 20 (nach juris).

¹³⁰ BT-Drs. 16/10810, S. 30.

¹³¹ Vgl. auch Engelhardt/App, VwVG – VwZG, 9. Aufl., München 2011, § 10 VwVG Rn. 4.

¹³² B 14 AS 195/11 R.

¹³³ B 4 AS 13/09 R.

¹³⁴ Siehe bereits den Hinweis in der Einleitung.

¹³⁵ Die Geschäftsverteilung des BSG ist einsehbar unter http://www.bsg.bund.de/DE/02_Geschäftsverteilung/geschäftsverteilung_node.html (11.11.2013).

¹³⁶ Siehe schon oben I.5.

¹³⁷ BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 187, Rn. 13.

¹³⁸ BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 188, Rn. 15.

¹³⁹ BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 187, Rn. 13.

¹⁴⁰ BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 188, Rn. 16.

¹⁴¹ BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – Rn. 18 f. (nach juris).

Probleme im Umgang mit dem subordinationsrechtlichen Vertrag als Instrument konsensualen Verwaltungshandelns an der Schnittstelle von Koordination und Subordination deutlich¹⁴².

Beide Senate haben sich bei der Ermittlung des Bedeutungsgehalts des § 15 Abs. 1 SGB II gleichermaßen des Kanons der juristischen Auslegungsmethoden bedient – mit unterschiedlichen Ergebnissen.

a) Wortlaut und Systematik des § 15 Abs. 1 SGB II

Aufschluss geben vor allem die Sätze 1 und 6. Danach soll die Agentur für Arbeit mit jeder erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person eine Eingliederungsvereinbarung abschließen (vgl. S. 1). Kommt diese nicht zustande, sollen die in S. 2 aufgeführten Inhalte der Eingliederungsvereinbarung durch Verwaltungsakt festgesetzt werden (vgl. S. 6). In der Zusammenschau beider Sätze wird eine bestimmte zeitliche Abfolge vorgegeben: Im ersten Satz wird die Arbeitsagentur grundsätzlich zum Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung verpflichtet (»soll«).¹⁴³ Die Sätze 2 bis 5 enthalten sodann Angaben zu Inhalt, Dauer und Neuausschluss der Vereinbarung nach Ablauf des Vereinbarungszeitraums. Erst im letzten Satz des Absatzes 1 wird die Option eingebracht, einen Verwaltungsakt zu erlassen. Voraussetzung dafür ist ausweislich des ersten Halbsatzes, dass eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande kommt. Da diese aber gemäß S. 1 abgeschlossen werden »soll«, stellt der Verwaltungsakt den Ausnahmefall dar. Die Arbeitsagentur hat demnach kein freies Ermessen bei der Wahl der Handlungsform.¹⁴⁴

Der Vorrang der Eingliederungsvereinbarung kommt auch in der Überschrift des § 15 SGB II zum Ausdruck. Dass hier nur von Eingliederungsvereinbarung die Rede ist, hebt ihre vorrangige Stellung im Hinblick auf das zwischen Arbeitsagentur und Leistungsberechtigtem gesetzlich bestehende, indes für den Einzelfall zu konkretisierende Rechtsverhältnis, hervor. Hätte der Gesetzgeber die Gleichwertigkeit von Vereinbarung und Verwaltungsakt im Sinn gehabt, hätte er § 15 SGB II zum Beispiel auch mit »Begründung des Eingliederungsverhältnisses« überschreiben können, ohne eine spezifische Handlungsform zu benennen.

b) Die leistungsrechtliche Systematik des SGB II im Allgemeinen

Deutlich wird die gewollte Priorisierung der Vereinbarung als Handlungsform im Rahmen der Leistungen zur Ein-

gliederung in Arbeit auch durch den Kontrast zu der Vorschrift des § 19 SGB II, der den neben den im ersten Abschnitt des dritten Kapitels geregelten Leistungen zur Eingliederung in Arbeit zweiten Leistungskomplex zu den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einleitet. Nach Maßgabe des § 19 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB II »erhalten« die genannten Personen Arbeitslosengeld II oder Sozialgeld und haben gem. § 19 Abs. 2 S. 1 SGB II bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen Anspruch auf Leistungen für Bildung und Teilhabe. Die Behörde prüft demnach auf Antrag der Betroffenen (§ 37 Abs. 1 S. 1 SGB II) das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen im Einzelfall (§ 20 SGB X) und erlässt nach Abschluss der Prüfungen einen Verwaltungsakt iSd. § 31 S. 1 SGB X. Dem Betroffenen kommt insoweit nur eine passive Rolle zu.

Die Eingliederung in Arbeit ist demgegenüber ein auf Partizipation angelegter Prozess.¹⁴⁵ Deshalb wird der Abschnitt über die Leistungen zur Eingliederung nicht mit einer Anspruchsgrundlage eröffnet, sondern mit dem Grundsatz des Förderns, der die Grundsicherungsträger zur Unterstützung des Leistungsberechtigten verpflichtet (vgl. § 14 S. 1 SGB II).¹⁴⁶ Unterstützung impliziert aber, dass die Betroffenen nicht nur – passive – Leistungsempfänger sind, sondern – aktive – Leistungsgestalter.¹⁴⁷ Der mit »Grundsatz des Förderns« überschriebene § 14 SGB II ist demnach eng mit dem in § 2 SGB II verankerten Grundsatz des Forderns verwoben, der unter anderem statuiert, dass eine erwerbsfähige leistungsberechtigte Person »aktiv an allen Maßnahmen zu ihrer Eingliederung in Arbeit mitwirken, insbesondere eine Eingliederungsvereinbarung abschließen [muss]« (§ 2 Abs. 1 S. 2 SGB II). Postuliert das Gesetz aber explizit die aktive Mitwirkung des Betroffenen in Gestalt des Abschlusses einer Eingliederungsvereinbarung, kann dies nur als normatives Kor-

142 Dazu oben II.3.

143 Siehe, unter Einbeziehung des Rechtskreises des SGB III, noch unten III.3.

144 Nach dem Wortlaut ebenfalls die Vereinbarung als Regelfall betrachtend BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 188, Rn. 16; unter Heranziehung des Wortlauts im Ergebnis für die Begründung eines Vorrangs der Vereinbarung BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – Rn. 18 (nach juris); zu dem Wortlaut in Verbindung mit dem Zusammenspiel der S. 1 und 6 des § 15 Abs. 1 SGB II etwa auch *Huckenbeck*, in: Löns/Herold-Tews (Hrsg.), SGB II (Fn. 64), § 15 Rn. 10.

145 Vgl. auch *Lehmann-Franßen*, NZS 2005, 519, 521.

146 Dazu BT-Drs. 15/1516, S. 54, wonach Unterstützung mehr bedeutet als nur das Beraten und Vermitteln.

147 Vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 54, wonach § 14 SGB II an die Eigenverantwortung des Leistungsberechtigten anknüpft.

relat zu einer entsprechenden Pflicht der Arbeitsagentur aus § 15 Abs. 1 S. 1 SGB II verstanden werden. Stellte man den Abschluss der Eingliederungsvereinbarung zur Disposition der Behörde, würde der Leistungsberechtigte insofern der Möglichkeit zur Erfüllung seiner Pflicht zur aktiven Mitwirkung beraubt und liefe der Grundsatz des Forderns ins Leere, wenn sich die Behörde für den Erlass eines Verwaltungsakts entschiede. Dass eine leistungsrechtliche Vorschrift, wie § 15 SGB II, den im SGB II eingangs normierten leistungsrechtlichen Grundsätzen zuwiderläuft, kann auch im Sinne der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung¹⁴⁸ nicht gewollt sein.

c) Die konsensuale Zielerreichung als Eingliederungsparadigma

Eine Auslegung des § 15 Abs. 1 SGB II dergestalt, dass die Arbeitsagentur vorrangig zum Abschluss einer auf die Herstellung gegenseitigen Einvernehmens gerichteten Eingliederungsvereinbarung verpflichtet ist und einen Verwaltungsakt nur hilfsweise erlassen darf, trägt schließlich auch dem Sinn und Zweck des § 14 Abs. 1 S. 2 SGB II Rechnung, wonach die Agentur für Arbeit dem Leistungsberechtigten einen persönlichen Ansprechpartner benennen soll. Die Zuordnung eines Ansprechpartners »soll ein kompetentes Fallmanagement sicherstellen, ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Erwerbsfähigen und dem Mitarbeiter der Agentur für Arbeit fördern und der Effizienz der Betreuung des Erwerbsfähigen dienen.«¹⁴⁹ Ein Vertrauensverhältnis lässt sich aber in einem konsensualen Rahmen besser verwirklichen als in einem Verhältnis der starren Über-/Unterordnung. Die Überlegenheit konsensualen Verwaltungshandelns zeigt sich auch mit Blick auf die Leistungsgrundsätze des § 3 Abs. 1 S. 2 SGB II, auf denen das Aktivierungskonzept des § 14 SGB II aufbaut.¹⁵⁰ Danach sind bei den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit im Einzelfall die Eignung, die individuelle Lebenssituation, die voraussichtliche Dauer der Hilfebedürftigkeit und die Dauerhaftigkeit der Eingliederung in Arbeit zu beachten. Das Merkmal der Eignung erfasst dabei nicht allein die Fähigkeiten einer Person im Sinne einer objektiven Eignung zur Ausführung einer Tätigkeit, sondern ebenso die Neigungen respektive Interessen, mithin Wünsche einer Person (vgl. auch § 33 S. 1 und 2 SGB I).¹⁵¹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass eine dauerhafte berufliche Eingliederung (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB II) eher gelingt, wenn im Rahmen der Vermittlung individuellen Bedürfnissen und

Wünschen der Betroffenen entsprochen wird.¹⁵²

Mit seiner Argumentation, der jeweilige Sachbearbeiter könne auf Grund seiner Personenkenntnis in der konkreten Situation am besten beurteilen, welcher Weg – der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung oder der Erlass eines Verwaltungsakts – am ehesten einen raschen Eingliederungserfolg verspreche,¹⁵³ nimmt der 4. Senat dagegen allein die Perspektive des Grundsicherungsträgers in seiner Funktion als Entscheidungsträger, nicht als persönlicher Ansprechpartner im Sinne eines Gesprächs- und Verhandlungspartners ein und bleibt somit einer rein subordinationsrechtlichen Sichtweise verhaftet,¹⁵⁴ die es im Eingliederungsverhältnis im Interesse einer effektiven und effizienten Zielerreichung – der nachhaltigen beruflichen Eingliederung – gerade zu überwinden gölte.

Deutlich wird dies zudem in der Feststellung, der Leistungsberechtigte erleide bei Erlass eines Verwaltungsaktes keinen Rechtsverlust.¹⁵⁵ In der Sache habe, so der 4. Senat, die Entscheidung des Grundsicherungsträgers für eine der beiden Handlungsformen keinen Einfluss auf den Anspruch

148 Zu der Vermeidung von Wertungswidersprüchen als objektiv-teleologisches Auslegungskriterium *Larenz* (Fn. 108), S. 321 ff., 361.

149 BT-Drs. 15/1516, S. 54; zu dem persönlichen Ansprechpartner BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 191, Rn. 26, das diesen als einen Teil des Fallmanagements bezeichnet, »bei dem es sich um die Idee eines anspruchsvollen beraterischen Ansatzes handelt, der die besondere Lage des Hilfebedürftigen in einem kooperativ strukturierten Prozess feststellen und insbesondere dadurch verändern will, dass die individuellen Kompetenzen des Hilfebedürftigen, seine Lage zu verändern, gestärkt werden«; vgl. auch *Reis*, NDV 2002, 284, 288 f.; *Spellbrink*, in: *Eicher/Spellbrink* (Hrsg.), SGB II (Fn. 17), § 14 Rn. 9; ferner *Knickrehm*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., München 2013, § 14 SGB II Rn. 3; *Greiser*, in: *Eicher* (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 14 Rn. 9; zu dem nur geringen Einsatz individuellen Fallmanagements in der leistungsrechtlichen Praxis *Bieback*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 30 (2009), 185, 200 ff.; instruktiv dazu auch *Rixen*, Sozialrecht aktuell 2008, 81 ff.

150 Vgl. *Greiser*, in: *Eicher* (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 3 Rn. 9; *Bieback*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 3 SGB III Rn. 27, Stand der Einzelkommentierung: Juni 2011.

151 Siehe auch schon den Hinweis in der Einleitung (Fn. 4); ferner *Bieback*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 3 SGB III Rn. 27, Stand der Einzelkommentierung: Juni 2011; *Münder*, in: *LPK-SGB II* (Fn. 2), § 3 Rn. 6; *Luthe*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 3 Rn. 27, Stand der Einzelkommentierung: Januar 2013.

152 *Müller*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 13, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; allgemein zu den Vorzügen vertraglicher Elemente in der Arbeitsverwaltung *Eichenhofer*, SGB 2004, 203 ff.; im Ergebnis ebenso für den Rechtskreis des SGB II *Schön*, SGB 2006, 290, 294; aufgrund fehlender »Waffengleichheit« der Vertragspartner die Vorzüge subordinationsrechtlicher Verträge insgesamt relativierend *Ebbsen*, in: von *Wulffen/Krasney* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln 2004, S. 725, 736 ff.

153 BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 188, Rn. 17.

154 Vgl. in der Sache auch *Sonnhoff*, in: *jurisPK-SGB II* (Fn. 79), § 15 Rn. 18, 24; *Berlit*, in: *LPK-SGB II* (Fn. 2), § 15 Rn. 15.

155 BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 187, Rn. 13.

des Leistungsberechtigten auf die für ihn in Betracht kommenden Eingliederungsleistungen.¹⁵⁶ In dieser Aussage liegt die pauschale Antizipation einer Ergebnisgleichheit zweier unterschiedlicher Handlungsformen, die spekulativ und damit abzulehnen ist. Soweit der 4. Senat die Auffassung vertritt, der für eine erfolgreiche Eingliederung notwendige individuelle Zuschnitt der Eingliederungsleistungen auf den Leistungsberechtigten könne durch die Anhörung vor Erlass eines Verwaltungsakts (vgl. § 24 Abs. 1 SGB X) in der gleichen Weise hergestellt werden wie in einem gemeinsamen Lösungsfindungsprozess,¹⁵⁷ erkennt er die Bedeutung der im Wege eines konsensualen Aushandlungsprozesses besser zu erreichenden Ergebnisakzeptanz seitens der Betroffenen als ein für Erfolg und Nachhaltigkeit der beruflichen (Wieder-)Eingliederung nicht unerheblicher Faktor.¹⁵⁸

Dessen unbeschadet bleibt bei der Argumentation des 4. Senats nahezu unberücksichtigt, dass der Inhalt der Eingliederungsvereinbarung oder des Verwaltungsakts nicht darauf beschränkt ist, welche Leistungen der Betroffene erhält. Vielmehr werden auch Art und Umfang der zu erbringenden Eigenbemühungen aufgenommen (§ 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II), die für diesen nicht zuletzt aufgrund der Sanktionsnorm des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II von nicht unerheblicher Bedeutung sind.

d) Die Entstehungsgeschichte

Dass im Gesetzgebungsverfahren über die Aufnahme partnerschaftlicher Elemente in die Vorschrift des § 15 SGB II dem Umfang nach diskutiert wurde und dabei nicht alle Forderungen übernommen wurden,¹⁵⁹ kann kein Argument dafür sein, die dem Grunde nach in das Gesetz aufgenommene Vereinbarungslösung im Sinne eines »ganz oder gar nicht« für rechtlich bedeutungslos zu erachten.¹⁶⁰ Eher spricht die Entstehungsgeschichte des § 31 SGB II für einen grundsätzlichen Vorrang der Eingliederungsvereinbarung. Denn hinsichtlich der nachträglichen Einbeziehung auch des Verstoßes gegen Pflichten aus dem ersetzenden Verwaltungsakt nach § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II in den Sanktionstatbestand des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II durch das RBEGuSGB II, SGB XIIÄndG ist in der Entwurfsbegründung von einer Klarstellung die Rede,¹⁶¹ was die Annahme nahelegt, dass es sich bei der fehlenden Bezugnahme auf § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II um ein gesetzgeberisches Versehen handelte, weil der Gesetzgeber nur die Vereinbarungsvariante als Regelfall vor Augen hatte¹⁶².

3. Ergebnis und weiterführende Überlegungen

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen streiten die besseren Argumente für die Bejahung einer gesetzlichen Priorisierung des Abschlusses einer Eingliederungsvereinbarung und den nur nachrangigen Erlass eines Verwaltungsakts für den Fall, dass eine einvernehmliche Lösung nicht zustande kommt, so dass im Zusammenhang mit § 37 Abs. 3 S. 4 SGB III und § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II zu Recht von »Ersetzungsbefugnis« gesprochen wird. Es besteht insoweit also kein Auswahlermessen der Agentur für Arbeit, die Handlungsform betreffend, so dass die Eingliederungsvereinbarung eine von § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X abweichende Regelung iSd. § 37 S. 1 Hs. 1 SGB I darstellt.¹⁶³ Dieses konsensfokussierte Ergebnis trägt dem Prozess der beruflichen Eingliederung, der in hohem Maße auf gelingende Kommunikation und Kooperation von Leistungsträger und Leistungsberechtigtem angewiesen ist¹⁶⁴, in besonderer Weise Rechnung.

Von der Frage nach dem Auswahlermessen zu trennen ist die Frage, ob der Agentur für Arbeit ein Entschließungs-

¹⁵⁶ BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 188 f., 190, Rn. 17, 20.

¹⁵⁷ Vgl. BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 190, Rn. 23; ebenfalls in diese Richtung, allerdings in differenzierender Form *Ehsen*, in: von Wulfen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (Fn. 152), S. 725, 736 f.; anders *Siefert*, SGB 2010, 615, 617 f.

¹⁵⁸ Zu dem Aspekt der Akzeptanz siehe bereits oben II.3. diesen Aspekt ebenfalls hervorhebend *Müller*, jurisPR-SozR 9/2010 Anm. 1; *Müller*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 13, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; *Koppenfels-Spies*, NZS 2011, 1, 6; vgl. ferner *Hannes*, Soziale Sicherheit 2007, 68, 68; instruktiv zu der tatsächlichen Abhängigkeit der Akzeptanz und Motivation der Leistungsberechtigten von der Handlungsform der Arbeitsagentur *Kretschmer* (Fn. 70), S. 145 f.; vgl. auch BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – Rn. 18 (nach juris).

¹⁵⁹ Siehe zu den durch den 4. Senat in Bezug genommenen Forderungen des Bundestages und deren Übernahme durch die Bundesregierung die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/1728, S. 15 f., 177, 185.

¹⁶⁰ Vgl. aber BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 189, Rn. 18 unter Anknüpfung an Rn. 17; dagegen auch *Müller*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 17, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; *Sonnhoff*, in: jurisPK-SGB II (Fn. 79), § 15 Rn. 24.

¹⁶¹ BT-Drs. 17/3404, S. 111.

¹⁶² So etwa *Herold-Tews*, in: Löns/Herold-Tews (Hrsg.), SGB II (Fn. 64), § 31 Rn. 17; siehe auch BT-Drs. 17/3404, S. 45, wo im Zusammenhang mit den Sanktionstatbeständen im SGB II allgemein ausgeführt wird, neben einer systematischen Aufteilung auf mehrere Paragraphen würden »notwendige Klarstellungen vorgenommen, Regelungslücken beseitigt sowie das Verfahren zur Umsetzung einer Sanktion gestrafft«; vgl. auch BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – Rn. 18 f. (nach juris).

¹⁶³ Vgl. auch *Shirvani*, SGB 2010, 257, 260; *Huckenbeck*, in: Löns/Herold-Tews (Hrsg.), SGB II (Fn. 64), § 15 Rn. 10; *Sonnhoff*, in: jurisPK-SGB II (Fn. 79), § 15 Rn. 22.

¹⁶⁴ Vgl. oben III.2.b) und III.2.c).

ermessen hinsichtlich des Abschlusses einer Eingliederungsvereinbarung zukommt oder ob sie verpflichtet ist, eine solche Vereinbarung abzuschließen, das heißt eine rechtlich verbindliche Willenserklärung abzugeben.¹⁶⁵ Für eine Abschlusspflicht im Rechtskreis des SGB III spricht zum einen der Wortlaut des § 37 Abs. 2 S. 1, wonach die Agentur für Arbeit zusammen mit dem Leistungsberechtigten eine Eingliederungsvereinbarung »trifft«, zum anderen der unmittelbare Regelungskontext mit der in § 37 Abs. 1 SGB III normierten Potenzialanalyse, bei der es sich ausweislich der Entwurfsbegründung zum Job-AQTIV-Gesetz um eine »obligatorische individuelle Chanceneinschätzung« handelt¹⁶⁶. Die Potenzialanalyse ist allerdings nicht Selbstzweck, sondern Grundlage für die Entwicklung einer individuellen Vermittlungsstrategie, die in der Eingliederungsvereinbarung festzuhalten ist.¹⁶⁷ Dann wäre es umgekehrt aber nicht sinnvoll, der Behörde ein Entschließungsermessen hinsichtlich des Abschlusses einer Eingliederungsvereinbarung einzuräumen, andernfalls die Potenzialanalyse unter Umständen für sich bliebe. Im Rechtskreis des SGB II kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Dort »soll« gem. § 15 Abs. 1 S. 1 eine Eingliederungsvereinbarung mit jeder erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person abgeschlossen werden, was eine grundsätzliche Pflicht begründet.¹⁶⁸ Dem persönlichen Ansprechpartner, der von der Agentur für Arbeit zum Zwecke der Unterstützung des Leistungsberechtigten bei der beruflichen Eingliederung benannt werden soll, obliegen die Aufgaben, die in der Arbeitsförderung der »Potenzialanalyse« zukommen, nämlich die Feststellung aller für eine erfolgreiche Vermittlung erforderlichen beruflichen und persönlichen Merkmale, beruflichen Fähigkeiten und der Eignung.¹⁶⁹ Dies entspricht nicht zuletzt dem Individualisierungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 4 SGB II.

Die Arbeitsagentur ist demnach (grundsätzlich) zum Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung verpflichtet. Mit der (grundsätzlichen) Pflicht der Behörde zum Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung korrespondiert ein dahingehender (grundsätzlicher) Anspruch des Leistungsberechtigten.¹⁷⁰ Nur wenn bereits das Eintreten in Verhandlungen oder der Abschluss aus Gründen scheitert, die der Sphäre des Leistungsberechtigten zuzurechnen sind, wenn also die Bereitschaft der Behörde zum Verhandeln und/oder zum Vertragsschluss nicht erwidert wird, ist die Behörde zum Erlass eines Verwaltungsaktes befugt. Diesem Ergebnis kann überzeugend nicht die Vertragsfrei-

heit des Leistungsträgers entgegengehalten werden.¹⁷¹ Denn unbeschadet des Umstands, dass die Behörde als staatlicher Funktionsträger in der Regel nicht zugleich grundrechtsverpflichtet und -berechtigt sein kann¹⁷², sich also nicht auf die vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasste Vertragsfreiheit¹⁷³ berufen kann,¹⁷⁴ ist sie beim Abschluss von Verträgen an den in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden und darf nur im Rahmen des geltenden Rechts agieren,¹⁷⁵ welches gerade eine (grundsätzliche) Pflicht zum respektive einen (grundsätzlichen) Anspruch auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III und SGB II begründet.¹⁷⁶

Statthafte Klageart zur Durchsetzung des Anspruchs auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung wäre die Leis-

165 Zum Begriff des Vertrages siehe oben II.1.b).

166 BT-Drs. 14/6944, S. 28; vgl. auch *Brand*, in: *Brand* (Hrsg.), SGB III (Fn. 21), § 37 Rn. 1.

167 BT-Drs. 14/6944, S. 28; vgl. auch *Peters-Lange*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB II/SGB III, Band 1 (Fn. 17), § 37 SGB III Rn. 6, Stand der Einzelkommentierung: Dezember 2009.

168 Siehe oben I.6.

169 Siehe zu § 14 SGB II BT-Drs. 15/1516, S. 54, wonach die Agentur für Arbeit »alle Einflussfaktoren für die berufliche Eingliederung zu berücksichtigen [hat]«; dem entsprechen auch die vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge formulierten Anforderungen an das Fallmanagement im SGB II, NDV 2009, 271 ff.; in der Sache auch *Siefert*, SGB 2010, 615, 615.

170 Vgl. auch mwN. *Bieback*, in: *Schuler-Harms* (Hrsg.), Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht, Berlin 2012, S. 149, 159.

171 Vgl. *Müller*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 12, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012.

172 Zu dem sogenannten »Konfusionsargument« BVerfG, 16.1.1963 – 1 BvR 316/60 – BVerfGE 15, 256, 262; BVerfG, 2.5.1967 – 1 BvR 578/63 – BVerfGE 21, 362, 369 f.; siehe auch BVerfG, 16.5.1989 – 1 BvR 705/88 – NJW 1990, 1783, 1783.

173 Zum grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit etwa *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 2 Rn. 145; mwN. auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl., München 2012, Art. 2 Rn. 4.

174 Siehe auch *Lang*, NZS 2010, 176, 181.

175 Beispielhaft dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG (Fn. 173), Art. 20 Rn. 31, 41; darauf hinweisend auch *Müller*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 12, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012.

176 Im Ergebnis gegen einen Anspruch auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung im Rechtskreis des SGB III *Rademacker*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III, 1. Band (Fn. 64), § 37 Rn. 27, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2013; im Rechtskreis des SGB II mwN. BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 187 ff., Rn. 12 ff.; *Huckenbeck*, in: *Löns/Herold-Tews* (Hrsg.), SGB II (Fn. 64), § 15 Rn. 9; *Müller*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, 1. Band (Fn. 21), § 15 Rn. 12, Stand der Einzelkommentierung: Juli 2012; *Kador*, in: *Eicher* (Hrsg.), SGB II (Fn. 16), § 15 Rn. 22; im Ergebnis für einen Anspruch auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung im Rechtskreis des SGB II, allerdings vor dem Hintergrund des mittlerweile weggefallenen Sanktionstatbestandes des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB II aF. [siehe oben II.1.c)], *Koppenfels-Spies*, NZS 2011, 1, 8.

tungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG, die »auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gerichtet [ist]«. ¹⁷⁷

IV. Zusammenfassung/Schluss

Der subordinationsrechtliche Vertrag ist eine Handlungsform jenseits der Gleichordnung, die gleichwohl das Korsett des Verwaltungsakts ablegt – der seinerseits als einseitige hoheitliche Maßnahme Repräsentant eines klassisch-obrigkeitsstaatlichen Verständnisses ist¹⁷⁸ – und im beiderseitigen Einvernehmen von Bürger und Behörde abgeschlossen wird, um im Einzelfall eine auch von der Akzeptanz des Bürgers getragene Lösung zu erreichen. Der Bürger wird damit seiner passiven Rolle als Empfänger von Entscheidungen enthoben und zum Akteur eines konsensgerichteten Entscheidungsfindungsprozesses.

Die Eingliederungsvereinbarung als Instrument zur Operationalisierung eines auf den gesetzlich verankerten Grundsätzen der Aktivierung und Individualisierung aufbauenden Prozesses der beruflichen (Wieder-)Eingliederung kann daher als Prototyp des subordinationsrechtlichen Vertrages bezeichnet werden. Damit sind die über sie geführten Diskussionen aber zugleich Ausdruck einer Unsicherheit im Umgang mit dem subordinationsrechtlichen Vertrag als solchem.

So zeigt der Streit um die Rechtsnatur der Eingliederungsvereinbarung¹⁷⁹, dass es dem subordinationsrechtlichen Vertrag bisher nicht (hinreichend) gelungen ist, sich zwischen den Polen einer vollständigen Gleichordnung einerseits und einer starren Über-/Unterordnung andererseits als eigenständige Handlungsvariante zu etablieren. Die prekäre Lage des subordinationsrechtlichen Vertrages kulminiert schließlich in den Ausführungen des 4. Senats des BSG zu dem Verhältnis von Eingliederungsvereinbarung und ersetzendem Verwaltungsakt¹⁸⁰, die, denkt man sie konsequent zu Ende, dahin gehen, immer dann, wenn die Behörde die Möglichkeit zu einem einseitigen Handeln hat, also jedenfalls dann, wenn es (auch) um die Gewährung von Leistungen geht, einem konsensualen – vereinbarungsbasierten – Handeln den Sinn beziehungsweise Eigenwert abzuspüren. Damit würde aber die Handlungsform des subordinationsrechtlichen Vertrages Makulatur und würden Verwaltungspraxis und Verwaltungsrechtswissenschaft in ihrem Stand um nahezu 100 Jahre zurückgeworfen^{181, 182}.

Mit dem heute vorherrschenden Verständnis von moderner Sozialverwaltung, nach welchem der Bürger als »Co-Produzent‘ der Leistungserbringung im Sozialrechtsverhältnis« gesehen wird¹⁸³, ist dies nicht in Einklang zu bringen. Dem entspricht auch das Selbstverständnis der BA als dem für Eingliederungsleistungen im Rechtskreis des SGB III und – mit Ausnahme der kommunalen Eingliederungsleistungen nach § 16a – des SGB II zuständigen Leistungsträger als »größter Dienstleister am Arbeitsmarkt«¹⁸⁴.

Die vorliegend im Wege der Auslegung der die Eingliederungsvereinbarung regelnden Vorschriften des § 37 Abs. 2 und 3 SGB III und des § 15 SGB II ermittelten Ergebnisse, dass der Vorrang der Handlungsalternative des öffentlich-rechtlichen Vertrages bereits gesetzlich vorgegeben und die Arbeitsagentur darüber hinaus zu ihrem Abschluss (grundsätzlich) verpflichtet ist, sind nicht nur

¹⁷⁷ So hinsichtlich einer Klage auf Abschluss eines Vertrages BSG, 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R – SozR 3-3300 § 77 Nr. 1, S. 2; siehe auch Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl., München 2012, § 54 Rn. 41; in Fällen der bereits erfolgten Vertragsablehnung für eine kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage BSG, 29.5.1996 – 3 RK 23/95 – BSGE 78, 233, 235.

¹⁷⁸ Anders insoweit, als auch Verwaltungsakte »oft nur den letzten Punkt eines Verständigungsvorganges« bildeten, Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin 2004, Drittes Kapitel Rn. 35; für Verwaltungsakte in der Sozialverwaltung ferner Shirvani, SGB 2010, 257 f.; vgl. in der Sache auch BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 190, Rn. 23, wo es heißt, eine angemessene Anhörung des Leistungsberechtigten vor Erlass eines Verwaltungsakts könne für passgenaue Eingliederungsleistungen sorgen; dazu oben III.2.c).

¹⁷⁹ Siehe vor allem II.1.c).

¹⁸⁰ Siehe oben III.1.a) und III.2.c).

¹⁸¹ Für den Verwaltungsakt als einzige Handlungsform im Verhältnis der Verwaltung zum Bürger Mayer, AöR III (1888), 3 ff.; vgl. auch Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 92 ff., 113 ff.; ebenso Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt – Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, Stuttgart 1962; dagegen für die Handlungsform des subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrages streitend Apelt, AöR 84 (1959), 249 ff.; Stern, VerwArchiv 49 (1958), 106 ff.; siehe insgesamt zu der Entwicklung öffentlich-rechtlicher Vertragsstrukturen und der damit verbundenen Abkehr von der reinen Subordination BT-Drs. 7/910, S. 76 f.; zu Konsens und Kooperation im Verwaltungsrecht in der Zeit Schmehl, in: Schuler-Harms (Hrsg.), Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht (Fn. 170), S. 11, 14 ff.

¹⁸² Siehe im Ergebnis auch Rixen, in: Schuler-Harms (Hrsg.), Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht (Fn. 170), S. 25, 36, der die Eingliederungsvereinbarung unter anderem durch das Urteil des 4. Senats des BSG vom 22.9.2009 für »interpretatorisch so geschwächt« erachtet, »dass der Gedanke, qua Konsens mehr Rechtssubjektivität ins Sozialrecht des SGB II (»Hartz IV«) zu bringen, strukturell keine tragende Rolle mehr spielt.«

¹⁸³ Pitschas, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (Fn. 152), S. 765, 767 f.

¹⁸⁴ Siehe unter http://www.arbeitsagentur.de/nm_27298/Navigation/zentral/Servicebereich/Ueber-Uns/Ueber-Uns-Nav.html (11.11.2013).

der Umsetzung des soeben beschriebenen Verwaltungsverständnisses, sondern zugleich auch als Beleg dafür zu dienen geeignet, dass der Gesetzgeber mit der Eingliederungsvereinbarung ein Konsensherstellungsgebot geschaffen hat, um auf diese Weise dem Prozess der beruflichen (Wieder-)Eingliederung mit größerer Effektivität und Effizienz zum dauerhaften Erfolg zu verhelfen. Damit hat er dem subordinationsrechtlichen Vertrag im Gesamten einen Bedeutungsschub beschert, den es nicht nur von Arbeitsagenturen und Gerichten in deren jeweilige Hand-

lungspraxis zu transferieren gilt, sondern der auch einen Beitrag leisten kann, das Bewusstsein auszubilden für das Bestehen einer verwaltungsverfahrenrechtlichen Option der subordinationsrechtlich gerahmten Koordination im Bürger-Staat-Verhältnis im Sinne der Herstellung eines hoheitlichen Konsenses, die vor rund 40 Jahren mit guten Argumenten¹⁸⁵ Eingang in das VwVfG¹⁸⁶ gefunden hat.

185 Siehe oben II.1. und II.3.

186 BGBl. 1976 I, S. 1253.

Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf – neuere Entwicklungen¹

Dr. Jürgen Treber, Richter am Bundesarbeitsgericht

Tarifvertragsverhandlungen und Tarifkonflikte sind »arbeitskampfgeneigte« Zeiten. Erreichen die Tarifvertragsparteien keine Einigung im Verhandlungswege, ergibt sich für diejenige Vertragspartei, die eine Veränderung der tariflichen Lage anstrebt - und dies sind nach wie vor regelmäßig die Gewerkschaften - Handlungsbedarf.² Gleiches gilt, wenn eine Gewerkschaft die Tarifgebundenheit eines Arbeitgebers erst herbeiführen will – ein Phänomen, das in neuerer Zeit vermehrt auftritt.³ Durch die Ausübung wirtschaftlichen Drucks mittels kollektiver Maßnahmen soll die tarifliche Einigung herbeigeführt werden.⁴ Arbeitskämpfe sind in dieser Funktion als Mechanismus der Entgeltfindung und der Festlegung anderer tarifvertraglicher Regelungen anerkannt.⁵ Das gilt aber nur im »Grundsatz«. Über die Rechtmäßigkeit einzelner Tarifforderungen und die zu ihrer Durchsetzung geführten Arbeitskämpfe lässt sich ebenso trefflich streiten wie über die Zulässigkeit einzelner Arbeitskampfmittel. Das geschieht nicht nur im Nachhinein, wenn über deren Rechtmäßigkeit im Wege einer Unterlassungs-⁶, einer Feststellungsklage⁷ oder einer Schadensersatzklage⁸, ggfls. auch durch Drittbetroffene⁹, gegen die kampfführende Gewerkschaft befunden wird. Schon während laufender Tarifvertragsverhandlungen wird versucht, angekündigten oder bereits begonnenen Arbeitskampfmaßnahmen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu begegnen.¹⁰ Ein Blick in die Medien der jüngeren Zeit verdeutlicht, dass es aktuell in unterschiedlichen Bereichen zu Arbeitskämpfen kommt und kommen kann. »Streiks an Flughäfen ausgesetzt« heißt es zum Arbeitskampf des Sicherheitspersonals an Flughäfen¹¹. Die Tarifvertragsverhandlungen im öffentlichen Dienst werfen mögliche arbeitskampfrechtliche Schatten voraus - »Der öffentliche Dienst macht Ernst: Streik angekündigt«¹². Auf die möglichen Auswirkungen und Rechtsfolgen für die Betroffene wird bereits vorsorglich hingewiesen: »Eltern dürfen bei Kita-Streik notfalls zu Hause bleiben«¹³. Schließlich hat der Marburger Bund, um einen verbesserten Tarifvertrag für die beschäftigten Ärztinnen und Ärzte an den Kommunalen Krankenhäusern zu erstreiten, »Warnstreik-Demonstra-

tionen« durchgeführt. Arbeitskampfmaßnahmen im Bereich der sog. Daseinsvorsorge und Streik einer »Spartengewerkschaft« – das sind nur zwei von mehreren »Codewörtern«, die in der arbeitsrechtlichen Diskussion und auch in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes präsent sind, wenn die Statthaftigkeit von angedrohten, bereits begonnenen Arbeitskämpfen oder von einzelnen

1 Bei dem Beitrag handelt es sich um einen unwesentlich geänderten und um Nachweise ergänzten Vortrag »Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf – aktuelle Entwicklungen«, den der Verfasser am 28.2.2013 im Rahmen der Veranstaltungsreihe »HSI-Vortrag« des Hugo-Sinzheimer-Instituts in der Otto-Brenner-Stiftung (Frankfurt am Main) gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

2 So die klassische Aussage in BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 168/79 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64; sowie BAG, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81.

3 S. nur die Beispiele bei Berg/Kocher/Platow/Schoff/Schumann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2013, Einl. Rn. 186; zur Zunahme von Arbeitskämpfen bei Haustarifverträgen Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung (WSI), Pressemitteilung vom 27.2.2013, »WSI-Arbeitskampfbilanz«. Zum Tarifkonflikt beim online-Händler Amazon s. die Darstellung von ver.di unter www.amazon-verdi.de (29.10.2013).

4 Zum weiten Arbeitskampfbegriff *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 1 Rn. 1 ff.; *Schaub/Treber*, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl., München 2013, § 192 Rn. 6, mwN.

5 Grdl. BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212.

6 S. nur die Anträge in den Entscheidungen zum Arbeitskampf in kirchlichen Einrichtungen BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 180; 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 179.

7 So im Verfahren über die Zulässigkeit eines sog. Flash-Mob BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – BAGE 132, 140.

8 BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – GG AP Art. 9 Arbeitskampf Nr. 177 m. Anm. C. Meyer; BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134, kombiniert mit Unterlassungsanträgen.

9 Zum Arbeitskampf der Fluglotsen Hessisches LAG, 25.4.2013 – 9 Ca 561/12 – AuR 2013, 233 (Kurz wiedergabe, Revision anhängig, Az. 1 AZR 754/13); ArbG Frankfurt am Main, 27.3.2012 – 10 Ca 3468/11 ua. – AuR 2012, 183 (Kurz wiedergabe); 16.8.2012 – 12 Ca 8341/11 – AuR 2012, 375 (Kurz wiedergabe); zu dem der Vorfeldmitarbeiter an einem Flughafen ArbG Frankfurt am Main, 25.3.2012 – 9 Ca 5558/12 – BB 2013, 1204 (Kurz wiedergabe); zu den erstinstanzlichen Urteilen vgl. *Sprenger*, BB 2013, 1146 ff.; zum Schadensersatz nach der Fluggastrechte-VO (VO [EG] 261/2004 v. 11.2.2004, ABIEU 2004 L 46/1) *Bosch/Lorz*, NVwZ 2013, 105 ff.

10 Dies auch von sog. Drittbetroffenen – vgl. jüngst ArbG Wesel, 23.8.2013 – 6 Ga 22/13 – FD-ArbR 2013, 349600: Streik an einer Schleuse – Unterlassungsantrag eines betroffenen Binnenschiffahrtsunternehmens.

11 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.2.2013.

12 Hamburger Abendblatt, 19.2.2013.

13 Leipziger Volkszeitung online, 20.2.2013. Zu den möglichen Folgen für betroffene Eltern *Kolbe*, BB 2009, 1414 ff.

Arbeitskampfmaßnahmen nicht zweifelsfrei ist.¹⁴ Bei den »aktuellen Entwicklungen« im einstweiligen Rechtsschutz vor oder während einer Tarifauseinandersetzung¹⁵ bietet der folgende Beitrag nicht nur ein »up-date« neuerer Entscheidungen. Vielmehr soll auch das sich ändernde Arbeitskampfgeschehen und die Entwicklung der Arbeitskampfrechtsprechung der letzten Jahren in den Blick genommen werden. Dabei steht – wie Krause es vor wenigen Jahren formuliert hat – »Die Konkretisierung der Grenzen von Streiks durch einstweilige Verfügung«¹⁶ im Vordergrund. Es geht vor allem um den Verfügungsanspruch.¹⁷

I. Entwicklungen im Arbeitskampfverhalten und im Arbeitskampfrecht im Überblick

1. Veränderungen des Arbeitskampfgeschehens

Die zuständige Gewerkschaft ist grundsätzlich diejenige Tarifvertragspartei, die regelmäßig aufgerufen ist, Änderungen der tarifvertraglichen Regelungen durchzusetzen¹⁸. Die Gewerkschaften bewegen sich dabei vermehrt in »Neuen Arenen des Arbeitskampfes«, namentlich im öffentlichen und in den privaten (und privatisierten) Dienstleistungsbereichen.¹⁹ Dazu zählen auch die sog. Abwehrarbeitskämpfe, wie die Auseinandersetzungen um Tarifsozialpläne²⁰ oder um die kontrovers diskutierten Standortsicherungsverträge²¹ veranschaulichen. Darüber hinaus nehmen in Zeiten des schwindenden Organisationsgrads tarifgebundener Mitglieder in den Arbeitgeberverbänden, sei es durch Austritte oder sog. OT-Mitgliedschaften²², die Auseinandersetzungen um den Abschluss von Haustarifverträgen zu²³. Das zeigt auch die vom Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut in der Hans-Böckler-Stiftung veröffentlichte Arbeitskampfbilanz: »Weiter zugenommen hat auch die Konflikthäufigkeit. Insgesamt verzeichnen wir für 2012 mehr als 250 Streiks und Warnstreiks. Die große Mehrheit davon fand im Rahmen von Auseinandersetzungen über Haus- und Firmentarifverträge statt.«²⁴

Auch diese Faktoren verändern das Arbeitskampfverhalten und auch die eingesetzten Arbeitskampfziele und -mittel. Dass Wandlungen der Arbeitsbeziehungen zur Anpassung des Arbeitskampfverhaltens führen, ist keine

neue Erkenntnis. Erinnert sei nur an die Diskussionen über die Zulässigkeit von Warnstreiks²⁵, namentlich in der Form der »Neuen Beweglichkeit«²⁶ als Abkehr vom »geordneten

14 Zur strategischen Nutzung einstweiliger Rechtsschutzverfahren in Tarif- und Arbeitskampfauseinandersetzungen s. etwa Krause, JbArbR 45 (2008), 23, 24, mwN. Zur Problematik des Wahlgerichtsstands der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO im Hinblick auf den gesetzlichen Richter *Bepler*, in: Erdmann ua. (Hrsg.), Festschrift für Michael Loschelder, Köln 2010, S. 15, 29; *Däubler/Bertzach*, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 24 Rn. 15 f.; Schwab/Weth/Walker, ArbGG, 3. Auflage, Köln 2012, § 62 Rn. 173.

15 Zu den einstweiligen Rechtsschutzverfahren in den Arbeitskämpfen der Metall- sowie der Druckindustrie im Jahr 1984 ausf. *Steinbrück*, Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1992 (zugleich Bremen, Univ., Diss. 1991), S. 24 ff.; s. auch *Wenzel*, NZA 1984, 112, 113.

16 So der gleichnamige Beitrag von *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23 ff.

17 Zum Verfügungsgrund und den unterschiedlichen Anforderungen an denselben *Däubler/Bertzach*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 24 Rn. 22 ff.; *Dorndorf/Weiss*, Warnstreiks und vorbeugender Rechtsschutz gegen Streiks, Köln 1983, S. 55 ff.; *Henniges*, Einstweiliger Rechtsschutz gegen gewerkschaftliche Streiks, Köln 1987 (zugleich Bielefeld, Univ., Diss. 1986), S. 73 ff.; *Krause*, JbArbR 45 (2008), S. 23, 42 ff.; *Schwab/Weth/Walker* (Fn. 14), § 62 Rn. 170 ff., *Steinbrück* (Fn. 15), S. 189 ff.; *Walker*, ZfA 1995, 185, 206 ff. Anders die Konzeption von *Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Verfahren, Köln 1971, S. 52 ff., 72 ff.; beiderseitige Interessenabwägung; dagegen *Henniges* (Fn. 17), S. 20, mwN.; für eine Orientierung an den Maßstäben des § 32 Abs. 1 BVerfGG jüngst *Reichold*, in: Bauer ua. (Hrsg.), FS Buchner, 2009, S. 721, 724.

18 Nachweise Fn. 2.

19 *Rehder* in: dies./Deinert/Callsen, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Rechtliche Bewertung und Grenzen der Rechtsfortbildung, Saarbrücken 2012, S. 12 ff, mwN. in Fn. 11 ff.; *Böckler Impuls* 6/2012, S. 2; weiterhin *Däubler/ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 17), § 7 Rn. 46; sowie ausf. *Renneberg*, Arbeitskämpfe von morgen, Hamburg 2005, passim.

20 Zur Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen bei Tarifsozialplänen BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134. Zum Meinungsstand Nachweise bei *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 192 Rn. 9 m. Fn. 27.

21 Offengelesen in BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134. Dazu *Däubler/ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 13 Rn. 40 ff.; *Brecht-Heitzmann*, NJW 2007, 3617, 3619; abl. etwa *Höfling*, ZfA 2008, 1, 28 ff.; *Wank*, RdA 2009, 1, 6; ausf. zum Ganzen *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, Berlin 2006 (Regensburg, Univ., Diss. 2006); *Olschewski*, Standorterhaltung und Arbeitskampf – zur Zulässigkeit von Arbeitskämpfen anlässlich unternehmerischer Umstrukturierungsvorhaben am Beispiel des Standortarbeitskampfes, Berlin 2010 (zugleich Bonn, Univ., Diss. 2010).

22 Zur Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in einem tariffähigen Arbeitgeberverband ohne eigene Tarifgebundenheit (»OT-Mitgliedschaft«) BAG, 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – BAGE 119, 121; 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – BAGE 127, 27.

23 Zu den arbeitskampfrechtlichen Folgen eines kurzfristigen Wechsels in eine sog. OT-Mitgliedschaft BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 177.

24 WSI, Pressemitteilung vom 27.2.2013, »WSI-Arbeitskampfbilanz«; s. auch FD-ArbR 2012, 330197. Weiterhin *Böckler Impuls* 6/2012, S. 2: »Zersplitterung der Tariflandschaft verursacht mehr Streiks«.

25 BAG, 17.12.1976 – 1 AZR 605/76 – BAGE 28, 295; dazu etwa krit. *Rüthers*, Anm. AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 51.

26 BAG, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83 – BAGE 46, 322; 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – BAGE 58, 364; zur Diskussion über die Entscheidung s. nur *Däubler/ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 7 Rn. 23 mwN.

Flächenstreik« im Verbandsarbeitskampf der 1980er Jahre hin zu kurzfristigen Arbeitsniederlegungen²⁷ und zu Wellenstreiks²⁸.

Hinzu kommt aktuell ein weiterer Umstand, nämlich die tarif- und die arbeitskampfrechtlichen Folgen der Gewerkschaftspluralität auf Arbeitnehmerseite, die nicht zuletzt durch den sog. Ärztestreik des Marburger Bundes im Jahre 2006 und den Arbeitskampf der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GdL) im Jahre 2007²⁹ zu Tage getreten sind.³⁰ Mit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das Bundesarbeitsgericht im Jahre 2010³¹ hat diese Diskussion, besonders durch die nach wie vor erhobene Forderung nach einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit³² und nach einer Neukonturierung des Arbeitskampfrechts für tarifplurale Betriebe und Unternehmen³³, weiteren Auftrieb erhalten. Der Ruf des Instituts der Deutschen Wirtschaft nach einem gesetzlichen Rahmen für das Arbeitskampfrecht illustriert das³⁴.

2. Neuere Rechtsprechung zum Arbeitskampf

Das Bundesarbeitsgerichts hat in der letzten Dekade in zahlreichen Entscheidungen das durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Arbeitskampfrecht³⁵ ausgestaltet. Mangels arbeitskampfgesetzlicher Regelung trägt die Rechtsprechung hier die »Last der Situation«³⁶, Voraussetzungen und Grenzen des Arbeitskampfes sowie des Einsatzes einzelner Kampfmittel zu bestimmen³⁷ – die notwendige Folge des Justizgewährungsanspruchs³⁸.

Für den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsumfang von großer Bedeutung ist die – Mitte der neunziger Jahre erfolgte – Klarstellung des Bundesverfassungsgerichts (»wegen der – nicht fernliegenden – Missverständnisse, zu denen die früheren Entscheidungen geführt hatten«), wonach das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nicht nur im Rahmen des Unerlässlichen, dem sog. Kernbereich, geschützt ist.³⁹ Der Schutzbereich der kollektiven Koalitionsgrundrechts nach Art. 9 Abs. 3 GG umfasst danach nicht nur die diejenigen Tätigkeiten, die für die Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Koalition unerlässlich sind, sondern erstreckt sich vielmehr auf alle koalitions-spezifischen Verhaltensweisen.⁴⁰ Die Wahl der Tätigkeiten und Mittel, mit denen dieser Zweck erreicht werden soll, überlässt das Koalitionsgrundrecht dabei grundsätzlich den Koalitionen.⁴¹

Dieser grundrechtliche Paradigmenwechsel hat auch Folgen für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts. Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Tarifsozialplan⁴², zum Unterstützungs-⁴³ und Partizipationsarbeitskampf⁴⁴, zum Flash-Mob⁴⁵ und zum möglichen Arbeitskampf in kirchlichen Einrichtungen⁴⁶ haben die

27 Zu dieser Entwicklung *Däubler/ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 7 Rn. 45; *Küttner*, Arbeitskampf, München 2005, Rn. 647 ff., 694 ff.; *Otto* (Fn. 4), § 1 Rn. 11 ff.; *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 192 Rn. 9, m. Fn. 27.

28 BAG, 12.11.1996 – 1 AZR 364/96 – BAGE 84, 302; 15.12.1998 – 1 AZR 289/98 – BAGE 90, 280.

29 Dazu etwa *Buchner*, BB 2008, 106 ff.; *Greiner*, NZA 2007, 1023 ff.

30 Zur Veränderung des Tarifgeschehens bereits *Bispinck/Dribbusch*, SF 2008, 153 ff.

31 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – BAGE 135, 80; 7.7.2010 – 4 AZR 537/08 – AP GG Art. 9 Nr. 143.

32 Die aus dem Jahre 2010 stammende gemeinsame Initiative der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände und des Deutschen Gewerkschaftsbundes »Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln« ist abgedruckt in AuR 2011, 60 f.

33 Überblick zu den Vorschlägen bei *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 193 Rn. 49 mwN. in Fn. 161 bis 168.

34 Institut der Deutschen Wirtschaft, Pressemitteilung Nr. 8, 20.2.2013: »Arbeitskampfrecht – es fehlt eine klarer Rahmen«.

35 So ausdrücklich im »Aussperrungsurteil« des BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212.

36 *Dieterich*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 13. Aufl., München 2013, Art. 9 GG Rn. 111.

37 Dazu BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212; BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 179/09 – BAGE 135, 1; s. auch *I. Schmidt*, in: Annuß/Picker/Wißmann (Hrsg.), FS Richardi, 2007, S. 765, 769; ausführlich zum Ganzen: *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, Berlin 2008 (Köln, Univ., Diss. 2007), S. 97 ff., 281 ff.

38 Nachdrücklich BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134: »Gleichwohl müssen die Gerichte für Arbeitsachen die vor sie gebrachten Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen entscheiden und können sich dem nicht mit dem Hinweis auf fehlende gesetzliche Regelungen entziehen. Sie müssen vielmehr bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Grundsätzen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind. Dies gilt auch dort, wo eine gesetzliche Regelung etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht notwendig wäre. Nur so können die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden«.

39 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352.

40 Bestätigt ua. in BVerfG, 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214.

41 BVerfG, 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167.

42 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134.

43 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134. Hier führte – anders als in den Entscheidungen aus den Jahren 1985 und 1988 (BAG, 5.3.1985 – 1 AZR 468/83 – BAGE 48, 160; 12.1.1988 – 1 AZR 219/86 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 90) – die beklagte Gewerkschaft sowohl den Hauptarbeitskampf als auch den Unterstützungsstreik.

44 BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 177.

45 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/09 – BAGE 132, 140. Verfassungsbeschwerde anhängig, Az. 1 BvR 3185/09; zu deren Begründung vgl. *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329 ff.

46 BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 180; 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 179.

arbeitskampfrechtliche Landschaft verändert. Die Entscheidungen haben auch heftige kritische Reaktionen hervorgerufen⁴⁷. Das nicht zuletzt deshalb, weil ein grundlegender Konzeptionswechsel vermutet wird.⁴⁸

Hinzu kommt die erfolgte Verabschiedung des sog. Paritätsgrundsatzes als Maßstab zur Beurteilung einzelner Arbeitskampfmaßnahmen im Jahr 2007. Er ist aufgrund seiner Abstraktionshöhe dafür regelmäßig nicht ausreichend.⁴⁹ Zentraler Maßstab für die rechtliche Bewertung unterschiedlicher Erscheinungsformen des Arbeitskampfs ist vielmehr der – für einzelne Fallgestaltungen noch konkretisierungsbedürftige – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Kampfmittel muss zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich sein sowie, bezogen auf das Kampfziel, angemessen, also proportional oder verhältnismäßig im engeren Sinne eingesetzt werden. Im tarifbezogenen Arbeitskampf sind dabei die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und der Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen entscheidend.⁵⁰ Damit verbunden ist eine Einschätzungsprärogative der kampf führenden Tarifvertragspartei in Bezug auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit des Kampfmittels. Weiterhin greift neben der schon seit längerem anerkannten freien Entscheidung der jeweiligen Tarifvertragspartei, wann sie die Verständigungsmöglichkeiten als ausgeschöpft ansieht,⁵¹ der Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel ein. Die Arbeitskampfstrategien und -mittel müssen sich den veränderten Rahmenbedingungen anpassen können.⁵²

Das alles hat zur Konsequenz, dass eine »praktikable Faustformel«⁵³, die es erlauben würde, für alle Arbeitskampfsituationen die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes und der eingesetzten Mittel quasi »abzulesen«, nicht gibt. Ungeachtet von geäußerten Vorbehalten⁵⁴ ist die Rechtsprechung gefordert, im Einzelfall Konkretisierungen und Grenzfälle gleichermaßen zu konturieren⁵⁵.

II. Zum Verfügungsanspruch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren

1. Die prozessuale Ausgangslage

Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen mit Befriedigungswirkung⁵⁶ wird heute im Grundsatz nicht mehr angezweifelt.⁵⁷ Die gerichtliche Praxis verfährt dementsprechend, und es wird auch nicht feinsinnig zwischen

§ 935 ZPO und § 940 ZPO differenziert.⁵⁸ Die interimistische Zustandsregelung⁵⁹, die durch eine einstweilige Verfügung geschaffen wird, spricht allerdings eher für die letztgenannte Vorschrift.⁶⁰ Zumindest in der Praxis bedarf all das aber keiner vertieften Erörterung mehr.

Allerdings hat man die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen auch schon einmal anders bewertet: Der Entwurf des zweiten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes aus dem Jahre 1971 des damaligen Bundesministerium für Arbeit enthielt Vorschläge für eine Ergänzung des ArbGG, die teilweise auf einen generellen Ausschluss einstweiliger Verfügungen gegen Arbeitskräfte tariffähiger Parteien zur Folge gehabt hätten.⁶¹

47 S. nur *Gaul*, RdA 2008, 13 ff.; *Jacobs*, ZfA 2011, 71 ff.; *Kersten*, Neues Arbeitskampfrecht – über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, Tübingen 2012, passim; *Lesch*, Ökonomik des Arbeitskampfrechts, Köln 2013, passim; *Otto*, RdA 2010, 135 ff.; *Rieble*, BB 2008, 1506 ff.; *Säcker*, NJW 2010, 1115 ff.; von *Stein*au-*Steinrück*, NZA 2010, Beil. 3, S. 127 ff.; *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329 ff.

48 *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 72 f., 94; *Otto*, RdA 2010, 135, 146 f.; *Säcker*, NJW 2010, 1115, 1118.

49 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – BAGE 132, 140; 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

50 Zuletzt BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 179.

51 So BAG, 21.8.1988 – 1 AZR 651/86 – BAGE 58, 364. Zur Entwicklung s. nur *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 132 mwN.

52 Zur sonst bestehenden Ritualisierungsgefahr schon BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140; ebenso *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 130: »rechtsgeleitetes Ritual«.

53 *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 130a.

54 Weitgehend *Höfling/Engels*, NJW 2007, 3102, 3103: »Die Arbeitsgerichtsbarkeit jedenfalls wird systemwidrig überfordert, wenn sie gleichsam freischöpferisch grundrechtliche Schutzgüter zuteilt oder vorenthält.«; sowie – allerdings ohne nähere Begründung – *Waldhoff*, in: Carl-Friedrich von *Weizsäcker*-Stiftung, Newsletter Februar 2012: »Richterrecht ist grundsätzlich intransparent«.

55 *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 130a; zum Verbot der Existenzvernichtung s. nur BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134; sowie oben Fn. 38.

56 Ausf. *Schilken*, Die Befriedigungsverfügung, Berlin 1976, S. 50 ff., 68 ff.

57 *Däubler/Bertzbach*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 24 Rn. 8, unter Hinweis auf die Materialien zur ZPO; *Isenhardt*, in: Farthmann ua., Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung – FS Stahlhacke, 1995, S. 195, 201; *Walker*, ZfA 1995, 185, 202; anders etwa *Hoffmann*, AuR 1968, 33, 39 ff. Ausführlicher Überblick bei *Henniges* (Fn. 17), S. 3 ff., sowie S. 8 ff. (Würdigung); und *Steinrück* (Fn. 15), S. 81 ff.

58 S. nur LAG Köln, 14.6.1996 – 4 Sa 177/96 – NZA 1997, 327; Sächsisches LAG, 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07 – NZA 2008, 59.

59 Zur Abänderung erlassener einstweiliger Verfügungen *Löwisch*, in: Stürner ua. (Hrsg.), FS Leipold, 2009, S. 79, 81 ff.

60 *Däubler/Bertzbach*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 24 Rn. 9. So auch LAG Köln, 19.3.2007 – 12 Ta 41/07 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 77 m. krit. Anm. *Thüsing/Burg*.

61 RdA 1971, 355, 357. Zur Rechtslage in anderen Staaten s. etwa *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 27 f., mwN.

Dreh- und Angelpunkt des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens im Arbeitskampf sind die Anforderungen, die in dem summarischen Verfahren an den Verfügungsanspruch gestellt werden müssen⁶², wenn es um das Verbot eines Arbeitskampfes insgesamt oder um die Untersagung einzelner Kampfmittel geht. Dabei ist die Fragestellung, unter welchen Voraussetzungen eine solche Verfügung ergehen kann, zu einem »Tummelfeld« unterschiedlichen Meinungen geworden.⁶³ So soll eine sog. einfache Rechtswidrigkeit ausreichen, um von einem Verfügungsanspruch ausgehen zu können⁶⁴. Im Mittelpunkt steht dann die erforderliche Interessenabwägung.⁶⁵ Anders gehen diejenigen heran, die sich von dem Gesichtspunkt der »offensichtlichen« oder »eindeutigen Rechtswidrigkeit«⁶⁶ leiten lassen. Es handelt sich dabei allerdings – verkürzt und pointiert formuliert – letztlich insgesamt um »Blankettbegriffe«, die wiederum selbst der Konkretisierung bedürfen.

2. Die grundrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes

An dieser Stelle gerät der verfassungsrechtliche Gewährleistungsinhalt des Koalitionsgrundrechts und dessen verfahrensrechtliche Dimension in den Blick. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet Arbeitskampfmaßnahmen nach gesicherter Rechtsprechung jedenfalls insoweit, als sie für die Sicherstellung einer funktionierenden Tarifautonomie erforderlich sind.⁶⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gewerkschaften auch tarif- und arbeitskampfpolitisches »Neuland« betreten können müssen, um sich auf ändernde Arbeitsbeziehungen einstellen und in der Folge mit neuen tariflichen Regelungsanliegen reagieren zu können⁶⁸. Gleiches gilt für die eingesetzten Arbeitskampfmittel, sollen sie nicht auf die »historisch überkommenen«⁶⁹ beschränkt bleiben.

Mit diesen Anforderungen ist es nur schwerlich zu vereinbaren, wenn jede Neuerung sogleich mit einem erheblichen rechtlichen Risiko verbunden ist.⁷⁰ Im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens ist deshalb das Bundesarbeitsgericht schon davon ausgegangen, es fehle an dem erforderlichen Verschulden für einen Schadensersatzanspruch, weil die Gewerkschaft mit guten Gründen von der Zulässigkeit der erhobenen Tarifforderung ausgehen konnte.⁷¹

Treffend hat Krause die Folgerungen zusammengefasst: »Allgemeiner formuliert verlangt Art. 9 Abs. 3 GG, das den Koalitionen ein wirksames Instrumentarium zur Verfü-

gung gestellt wird, um ihnen die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ermöglichen. Hierfür genügt es nicht, dass die richterliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist. Vielmehr folgt aus dem Verfassungsauftrag zur Schaffung eines tauglichen Rechtsrahmens, dass die Bewertung im Wesentlichen vorhersehbar sein muss, damit sich die Koalitionen in ihrem tarifpolitischen und ihrem Arbeitskampfverhalten darauf einrichten können.«⁷²

Dabei ist weiterhin zu bedenken, dass ein im einstweiligen Rechtsschutzverfahren untersagter Arbeitskampf nach einem gewonnenen Hauptsacheverfahren mit den Worten Gamillschegs nicht wieder einfach »angeknipst« werden kann. Ein Schadensersatzanspruch der Gewerkschaft ist nur schwer darzulegen und § 945 ZPO letztlich wohl ohne Wirkung.⁷³ Das obsiegende Urteil bleibt nach den vielzitierten Worten Baur aus dem Jahre 1964 für die

62 Zu den Anforderungen an die Glaubhaftmachung *Däubler/Bertzbach*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 24 Rn. 12; *Teplitzky*, JuS 1981, 122, 125; zum Bestimmtheitsgebot *Schwab/Weth/Walker* (Fn. 14), § 62 Rn. 167 mwN.; s. auch Hessisches LAG 2.5.2003 – 9 SaGa 637/03 – FA 2003, 211 (Kurz wiedergabe); ArbG Berlin 18.2.2008 – 58 Ga 2920/08 – EzA-SD 2008, Nr. 17, S. 15 (Leitsatz).

63 *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 29 ff. m. umfängl. Nachweisen; s. auch LAG Baden-Württemberg 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84, mwN.

64 Hessisches LAG, 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 168; LAG Rheinland-Pfalz, 22.6.2004 – 11 Sa 2096/03 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169; LAG Schleswig-Holstein, 10.12.1996 – 6 Sa 577/96 – AuR 1997, 420; LAG München, 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79 – EzA GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 35; *Germelmann*, in: ders./Matthes/Müller-Glöße/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl., München 2013, § 62 Rn. 113; *Schwab/Weth/Walker* (Fn. 14), § 62 Rn. 167.

65 S. nur *Kissel*, Arbeitskampfrecht, München 2002, § 55 Rn. 32 ff.; *Otto* (Fn. 4), § 19 Rn. 33; *Schwab/Weth/Walker* (Fn. 14), § 62 Rn. 171; ders., ZfA 1995, 185, 188 ff. Aus der Rechtsprechung bspw. LAG Rheinland-Pfalz, 22.6.2004 – 11 Sa 2096 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169. Weitergehend *Dorndorf/Weiss* (Fn. 17), S. 56: Existenzgefährdung des Arbeitskampfgewaltens.

66 LAG Köln, 19.3.2007 – 12 Ta 41/07 – LAGR GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 77; Hessisches LAG, 2.5.2003 – 9 SaGa 637/03 – FA 2003, 211 (Kurz wiedergabe); LAG Hamm, 31.5.2000 – 18 Sa 858/00 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 158; LAG Schleswig-Holstein, 25.11.1999 – 4 Sa 584/99 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 68a; ArbG Hamurg, 30.6.2009 – 7 Ga 2/09.

67 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212; s. auch oben I.2., bei Fn. 53.

68 Oben I.1.

69 Dazu unten II. 4., nach Fn. 151.

70 *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 32; weiterhin *Däubler/Bertzbach*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 24 Rn. 6; *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 228; vgl. auch *HWK-Hergenröder*, 5. Aufl., Köln 2012, Art. 9 GG 352.

71 BAG, 21.3.1978 – 1 AZR 11/76 – BAGE 30, 189; BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – BAGE 104, 155; dazu *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 226.

72 *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 32 f., mwN.

73 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, München 1997, S. 1293.

Gewerkschaft ein »Schuss übers Grab«. ⁷⁴ Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfs durch Art. 9 Abs. 3 GG sind auch deshalb die Anforderungen an eine Unterlassungsverfügung und damit an die Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs mit besonderer Umsicht zu handhaben. ⁷⁵

Für das einstweilige Rechtsschutzverfahren bedeutet dies, dass in tarif- und arbeitskampfrechtlichen »Grenzfällen« die Rechtmäßigkeitsfrage nicht schon im einstweiligen Verfügungsverfahren, wie Dieterich es ausgedrückt hat, »abgewürgt« wird. ⁷⁶ Die angedrohte einstweilige Verfügung darf nicht dazu führen, dass die Gewerkschaften davon absehen, in den genannten Fallgestaltungen aktiv zu werden, nur weil das richterrechtliche Arbeitskampfrecht des Bundesarbeitsgerichts bisher noch nicht die Möglichkeit hatte ⁷⁷, etwaige »Untiefen« auszuloten. ⁷⁸

3. Regelanwendung im einstweiligen Rechtschutzverfahren

Die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts beruht auf der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und dessen Regelbildungen. ⁷⁹ Dieses ist, wie schon § 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG zeigt, dazu berufen, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären. ⁸⁰ Neben der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Arbeitskampfrechts sollte – nicht zuletzt wegen der Vorhersehbarkeit einer Entscheidung für die Arbeitskämpfparteien im einstweiligen Verfügungsverfahren ⁸¹ – von den höchstrichterlichen Arbeitskampfregelelementen nicht zu Lasten einer Partei abgewichen werden. ⁸² In der Folge ist von dem Erlass einer Unterlassungsverfügung grundsätzlich dann abzusehen, wenn sich die Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfs ⁸³ nur aufgrund rechtsfortbildender Überlegungen begründen lässt. ⁸⁴ »Das summarische Verfahren steht in arbeitskampfrechtlichen Angelegenheiten nur für die Regelanwendung, nicht aber für die Regelbildung zur Verfügung.« ⁸⁵

Allerdings gilt auch hier der Grundsatz, dass es keine Regel ohne Ausnahme gibt: Auch wenn die Beurteilung der Tariffähigkeit einer Koalition grundsätzlich nur Rechtsanwendung ist, kommt die Feststellung einer fehlenden – anders als die Rechtsfrage einer satzungsmäßig gegebenen Tarifzuständigkeit ⁸⁶ – nicht in Betracht, wenn die Würdigung der »Durchsetzungsfähigkeit« ⁸⁷ im summarischen einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht im erforderlichen Umfang vorgenommen werden kann. Sie muss

dann einem nach § 2 Abs. 1 Nr. 4a, § 97 ArbGG besonders geregelten Beschlussverfahren einschließlich des dabei geltenden Untersuchungsgrundsatzes und der Beteiligung weiterer unmittelbar Betroffener vorbehalten bleiben, ⁸⁸ ohne dass dies eine Aussetzung des einstweiligen Rechtschutzverfahrens zur Folge hat. ⁸⁹

Von daher kann man den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg zur fehlenden Tariffähigkeit der »Freien ArbeiterInnen Union« im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zwar aufgrund des herangezogenen Merkmals der Überbetrieblichkeit ⁹⁰

⁷⁴ Baur, BB 1964, 607.

⁷⁵ LAG Baden-Württemberg, 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09 – NZA 2009, 631 mwN.; weiterhin *Däubler/Bertzbach*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 24 Rn. 6; *ErFK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 228; *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 33.

⁷⁶ *ErFK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 229.

⁷⁷ Deshalb geht der pauschale Vorwurf von *Rieble*, Legal Tribune online, 23.3.2012, ins Leere, das Bundesarbeitsgericht habe es bisher verabsäumt, den Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge näher auszuloten. Das kann nur anhand einschlägiger Rechtsstreitigkeiten erfolgen. Auf diesen Umstand weist *Deinert*, RdA 2011, 12, 23, zutreffend hin.

⁷⁸ *ErFK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 130; *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 33, mwN. Zur Kontingenz von Entscheidungen *Fögen*, in: *Vismann/Weitlin* (Hrsg.), Urteilen/Entscheiden, München 2006, S. 36.

⁷⁹ Oben I.2.

⁸⁰ *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 34.

⁸¹ Dieses ist auch aufgrund seines summarischen Charakters für die Neukonturierung des Arbeitskampfrechts wenig geeignet; s. bereits *Zeuner*, RdA 1971, 1, 8; ebenso *Otto* (Fn. 4), § 19 Rn. 27. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass nach § 72 Abs. 4 ArbGG eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ausgeschlossen ist.

⁸² Ausführlich *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 33 ff., dort auch zur Vereinbarkeit mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, S. 36; anders wohl *Reichold* (Fn. 17), S. 721, 723.

⁸³ Anders verhält es sich mit der Untersagung einzelner Arbeitskampfmittel, vgl. *ErFK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 229.

⁸⁴ LAG Rheinland-Pfalz, 23.2.2006 – 11 Sa 841/05; LAG Niedersachsen, 2.6.2004 – 7 Sa 819/04 – AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 162; LAG Baden-Württemberg, 8.8.1973 – 4 Sa 29/73 – AuR 1974, 316; *ErFK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 229; *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl., Köln ua. 2007, J Rn. 7; *Henniges* (Fn. 17), S. 60 ff.; *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 35 f.

⁸⁵ *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 35.

⁸⁶ So etwa Hessisches LAG, 11.1.2007 – 9 SaGa 2098/06: fehlende Tarifzuständigkeit der Gewerkschaft für Flugsicherung für den Bereich der Vorfeldkontrolle.

⁸⁷ S. dazu nur BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – BAGE 117, 308.

⁸⁸ *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 37.

⁸⁹ LAG Rheinland-Pfalz, 22.6.2005 – 11 Sa 2096/03 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 169; Hessisches LAG, 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 168; *Konzen*, in: Hönn ua. (Hrsg.), FS Kraft, 1998, S. 291, 305.

⁹⁰ Die Überbetrieblichkeit einer Koalition bildet lediglich einen Teilaspekt der Gegnerunabhängigkeit, ist aber kein eigenständiges Merkmal des Koalitionsbegriffs; *ErFK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 25; *Stelling*, NZA 1998, 920 ff.; *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 189 Rn. 16, mwN. in Fn. 21.

durchaus skeptisch begegnen⁹¹. Die »unstreitigen Verhältnisse« ließen es aber dennoch zu, in Anbetracht von etwa 100 Mitgliedern und einer Tarifzuständigkeit für alle Branchen für den Raum Berlin und die »angrenzenden Gebiete« von einer fehlenden Tariffähigkeit auszugehen.

Darüber hinaus ist bei der Regelanwendung noch ein weiteres zu beachten: Höchstrichterliche Rechtssätze zu koalitions-, tarif- und arbeitskampfrechtlichen Fragen, die sich auf die überholte Kernbereichslehre gestützt haben und deshalb nur unerlässliche Maßnahmen für statthaft hielten⁹², müssen daraufhin überprüft werden, ob sie für die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren als Maßstab der Regelanwendung überhaupt noch herangezogen werden können. Erinnert sei nur an die neuere Rechtsprechung zum Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter.⁹³ Soweit es von solchen Personen für kirchliche Einrichtungen begehrt wurde, ist es vom Bundesarbeitsgericht im Jahre 1982 infolge einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unter Hinweis auf die fehlende Unerlässlichkeit versagt worden.⁹⁴ Heute stellt sich die Frage nach dem Zutrittsrechts und damit die nach der praktischen Konkordanz, welche zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen herzustellen ist, sicherlich anders⁹⁵. Es gilt aber zugleich, schwierige »Anschlussrechtsfragen« über die Reichweite von § 31 BVerfGG zu beantworten.⁹⁶

Es soll auch nicht verschwiegen werden, dass weitere Verfeinerungen und Grenzkorrekturen in dem System der Regelanwendung erforderlich sein können, die hier immerhin kurz angesprochen werden sollen: Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH)⁹⁷ und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Genannt sei die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache »Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei«⁹⁸, die im Hinblick auf das bisher bestehende Arbeitskampfverbot für Beamte in Deutschland⁹⁹ nicht nur in der Instanzrechtsprechung unterschiedlich rezipiert wurde.¹⁰⁰ Angesichts der noch wenig geklärten Reichweite der Entscheidung des EGMR¹⁰¹ wird man freilich kaum von einer geänderten Regelanwendung für das einstweilige Rechtsschutzverfahren ausgehen können. Eine höchrichterliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts steht noch aus.¹⁰²

III. Einzelne Fallgestaltungen

1. Wahrung der tariflichen Friedenspflicht

Im Folgenden werden auf Grundlage dieser Überlegungen weitere typische Fallgestaltungen¹⁰³ der letzten Jahre behandelt. Die dem Tarifvertrag immanente relative Friedenspflicht hindert die kampfwise Durchsetzung tarifli-

91 LAG Berlin-Brandenburg, 16.2.2010 - 19 SaGa 2480/09 - AiB 2012, 690, m. krit. Anm. *Däubler*.

92 Zusammenstellung bei *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 190 Rn. 26 m. Fn. 99 f.

93 Ausführlich dargestellt in BAG, 28.2.2006 - 1 AZR 461/04 - SAE 2007, 105, m. Anm. *Edenfeld*.

94 BAG, 19.1.1982 - 1 AZR 279/81 - BAGE 37, 331; im Anschluss an BVerfG, 17.2.1981 - 2 BvR 384/78 - BVerfGE 57, 220; anders noch BAG, 14.2.1978 - 1 AZR 280/77 - BAGE 30, 122.

95 S. dazu BAG, 22.5.2012 - 1 ABR 11/11 - AP GG Art. 9 Nr. 149; BAG, 22.6.2010 - 1 AZR 179/09 - BAGE 135, 1.

96 Abl. unter Hinweis auf § 31 BVerfGG: LAG Baden-Württemberg, 8.9.2010 - 2 Sa 24/10 - ZTR 2010, 121. Darüber konnte das Bundesarbeitsgericht im Dezember 2012 aufgrund eines kurzfristigen Anerkenntnisses der beklagten kirchlichen Einrichtung nicht entscheiden; vgl. Bundesarbeitsgericht, Pressemitteilung Nr. 84/12.

97 Zu nennen sind nur die Entscheidungen »Viking« und »Laval« EuGH, 18.12.2007 - C-341/05 - AP EG Art. 49 Nr. 15 (Laval); EuGH, 11.12.2007 - C-438/05 - AP EG Art. 43 Nr. 3 (Viking). S. dazu ausf. *Wagner*, Der Arbeitskampf als Gegenstand des Rechts der Europäischen Union, Baden-Baden 2010 (Freiburg i. Br., Univ., Diss. 2010); weitere Nachweise zur mit guten Gründen kritischen Diskussion der Entscheidungen bei *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 192 Rn. 26, Fn. 76.

98 EGMR, 21.4.2009 - 68959/01 - NZA 2010, 1432 (nichtamtliche Übersetzung) (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei); s. weiterhin EGMR, 12.11.2008 - 34503/97 - NZA 2010, 1425 (nichtamtliche Übersetzung) (Demir und Baykara/Türkei). Zur Bedeutung für das nationale Recht ua. *Lörcher*, AuR 2009, 88 ff., *ders.*, AuR 2009, 229 ff.; *Polakiewicz/Kessler*, NVwZ 2012, 841 ff., *Weiß*, EuZA 2010, 457 ff.

99 Zum Bummelstreik der noch verbeamteten Fluglotsen BGH, 16.6.1977 - II ZR 179/75 - BGHZ 69, 128; BGH, 31.1.1978 - VI ZR 32/77 - BGHZ 70, 277; dazu BVerfG, 2.7.1979 - 1 BvR 335/78 - AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 61a.

100 Für eine Beibehaltung des Streikverbots OVG Lüneburg, 12.6.2012 - 20 BD 7/11 - NdsVbl. 2012, 266; OVG Münster, 7.3.2012 - 3d A 317/11.O - NVwZ 2012, 890; VG Bremen, 3.7.2012 - D K 20/11. Für eine Einschränkung des Streikverbots im Wege einer völkerrechtsfreundlichen Anwendung des nationalen *Gooren*, ZBR 2011, 400, 403 ff.; *Werres*, DöV 2011, 873, 838 f.; weitergehend *Däubler/Lörcher*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 10 Rn. 42; s. auch *Dieterich*, in: Hohmann-Dennhardt ua., FS Jäger, 2011, S. 95, 105 ff.; *Kutzki*, DöD 2011, 169 ff.; aA. *Bitsch* ZTR 2012, 87 ff.; *di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot, München 2012, S. 36 ff., 55 ff.; *Kersten* (Fn. 47), S. 7 ff.; *Nokiel*, DöD 2012, 152 ff.; *Traulsen*, JZ 2013, 65 ff.

101 *Böhm*, PersV 2012, 163, 167 ff.; *Widmaier/Alber*, ZEuS 2012, 387 ff.; zur Methodik des EGMR kritisch *Seifert*, KritV 2009, 357 ff.

102 Revisionszulassung im Beschluss BVerwG, 2.1.2013 - 2 B 46/12 - AuR 2013, 104 (Kurzwiedergabe); Vorinstanz OVG Münster, 7.3.2012 - 3d A 317/11.O - NVwZ 2012, 890.

103 Zum besonders gelagerten Sachverhalt einer Unterlassungsverfügung gegen »Verbalattacken« gegen den Arbeitgeber LAG Düsseldorf, 17.8.2012 - 8 SaGa 14/12 - AuR 2012, 375 (Kurzwiedergabe). Zur Entfernung von Plakaten und den Grenzen des Gemeingebrauchs auf dem öffentlichen Verkehrsgewidmeten Flächen ArbG Hamburg, 6.6.2013 - 29 Ga 9/13.

cher Hauptforderungen¹⁰⁴, die mit bereits tarifvertraglich geregelten Materien in einem inneren Zusammenhang stehen.¹⁰⁵ Die Überprüfung der Reichweite der Friedenspflicht kann ohne neue Regelaufstellung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren geprüft und ein gleichwohl angestrebter Arbeitskampf grundsätzlich untersagt werden.¹⁰⁶ Entschieden werden kann des Weiteren, ob in Anwendung bestehender höchstrichterlicher Grundsätze der Wechsel in eine sog. OT-Mitgliedschaft trotz der in § 3 Abs. 3 TVG angeordneten Nachbindung zu einer Beendigung der Friedenspflicht gegenüber dem betreffenden Arbeitgeber führt.¹⁰⁷ Ebenso wenig können verhandlungsbegleitende Warnstreiks mit dem Hinweis auf die Friedenspflicht oder einen bereits vereinbarten Tarifverhandlungstermin untersagt werden, weil die Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen der freien und insoweit nicht nachprüfaren Entscheidung der betreffenden Tarifvertragspartei unterliegt.¹⁰⁸

Ein weiterer Gesichtspunkt, der in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes unterschiedlich beurteilt wird, soll hier auch angesprochen werden. Es kann vorkommen, und wie ein Blick in die Judikatur lehrt, betrifft das offenbar gerade »jüngere« und noch nicht sehr tarifereifere Gewerkschaften¹⁰⁹, dass (auch) eine Tarifforderung aufgestellt wird, für die entweder eine Friedenspflicht besteht oder die Tarifzuständigkeit fehlt. Es ist dann nicht recht nachvollziehbar, warum eine einstweilige Verfügung auch dann noch erlassen werden soll, wenn die beklagte Gewerkschaft die betreffende Forderung »fallen« lässt.¹¹⁰ Maßgebender Prüfungszeitpunkt ist der Erlass der beantragten Leistungsverfügung, die auf die zukünftige Unterlassung von Arbeitskampfmaßnahmen gerichtet ist.¹¹¹ Bisher entstandene Schäden sind dagegen nicht Streitgegenstand des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens, sondern müssen in einem Hauptsacheverfahren geklärt werden. Weiter muss in der Folge auch weder von Neuem das Scheitern der Verhandlungen erklärt werden, wenn nur ein Bestandteil des komplexen Forderungskataloges fallen gelassen wird¹¹², noch ist eine erneute Urabstimmung durchzuführen¹¹³, der allenfalls verbandsinterne Bedeutung zukommt¹¹⁴.

2. Rechtmäßige Tarifforderungen

Ein weiterer Brennpunkt einstweiliger Rechtsschutzverfahren liegt in der tariflichen Regelbarkeit gewerkschaftlicher Forderungen und deren Erzwingbarkeit durch Maß-

nahmen des Arbeitskampfes.¹¹⁵ Damit ist die Reichweite der Regelungsmaterie »Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen« angesprochen, die Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet.¹¹⁶

Hierher gehören etwa die qualitative Besetzungsregelungen¹¹⁷ oder die Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung durch Tarifvertrag¹¹⁸. Es handelt sich dabei sämtlich um Fälle bloßer Regelanwendung, für die die einschlägigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts herangezogen werden können. Das hat auch für ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg zu gelten, welches sich im August 2012 mit einer Fülle von Einwänden über angeblich unzulässige Arbeitskampfziele auseinandersetzen hatte.¹¹⁹ Hier soll nur auf einen davon eingegangen werden: Eine gerichtliche Übermaßkontrolle gewerkschaftlicher Forderungen, die grundsätzlich tariflich

104 Zu deren Bestimmung BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134.

105 BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – BAGE 104, 155; 21.12.1982 – 1 AZR 411/80 – BAGE 41, 209, offengelassen für sog. Nebenforderungen; ebenso in BAG, 4.5.1955 – 1 AZR 493/54 – BAGE 2, 75.

106 LAG Berlin-Brandenburg, 14.8.2012 – 22 SaGa 1131/12 – AuR 21012, 375 (Kurz wiedergabe); Hessisches LAG, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11; LAG Nürnberg, 30.9.2010 – 5 Ta 135/10 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 86; Hessisches LAG, 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 168; LAG Schleswig-Holstein, 10.12.1996 – 6 Sa 577/96 – AuR 1997, 420; ArbG Berlin, 22.4.2013 – 59 SaGa 5570/13 – AuR 2013, 233 (Kurz wiedergabe); ArbG Düsseldorf, 19.11.2008 – 2 Ga 98/08 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 83.

107 Hessisches LAG, 17.9.2008 – 9 SaGa 1442/08 – AuR 2009, 140; zust. *Deinert*, jurisPR-ArbR 8/2009, Anm. 3; aA. *Willemsen/Mehrens*, NAZ 2009, 169 ff.

108 ArbG Passau, 2.10.2007 – 1 Ga 20/07; zur Rechtsprechung des BAG s. die Nachweise in Fn. 26.

109 Aber nicht nur diese, wie der Rechtsstreit ArbG Stuttgart, 11.6.2013 – 7 Ga 31/13 – öAT 2013, 175 (Kurz wiedergabe), m. Anm. *Lützel*, zeigt.

110 So aber ArbG Frankfurt, 29.2.2012 – 9 Ga 24/12: Arbeitskampf als »einheitliche Maßnahme«.

111 So auch LAG Berlin-Brandenburg, 14.8.2012 – 22 SaGa 1131/12 – AuR 21012, 375 (Kurz wiedergabe); Hessisches LAG, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11; ArbG Mainz, 14.7.2007 – 3 Ga 19/07. Zur erforderlichen Wiederholungsgefahr s. nur BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 180.

112 Nw. Fn. 102.

113 Hessisches LAG, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11.

114 S. nur *Kissel* (Fn. 65), § 40 Rn. 19 mwN.

115 BAG, 10.10.2002 – 1 AZR 96/02 – BAGE 104, 155 (Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband). Die Tarifvertragsbezogenheit des Arbeitskampfrechtssystems wird mit Blick auf Art. 6 Abs. 4 ESC allerdings unterschiedlich beurteilt. S. dazu aber auch BAG, 10.10.2002 – 1 AZR 96/02 – BAGE 104, 155; sowie *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 71, 114; jew. mwN.

116 *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 24; *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 189 Rn. 21; jew. mwN.

117 Hessisches LAG, 9.8.2011 – 9 Sa 1147/11.

118 ArbG Frankfurt, 30.9.2011 – 8 Ga 169/11.

119 LAG Berlin-Brandenburg, 14.8.2012 – 22 SaGa 1131/12 (Altersteilzeit, Tarifsozialplan).

regelbar sind, findet nicht statt, weil allein von der Forderung als solcher keine Grundrechtsbeeinträchtigung ausgehen kann.¹²⁰ Deshalb war im zu entscheidenden Fall der gewerkschaftliche Streik wegen der geltend gemachten Beeinträchtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu untersagen, weil die Forderung nach einer Altersteilzeitvereinbarung zu finanziellen Belastungen führt. Ebenso wenig steht es den Gerichten für Arbeits-sachen zu, Tarifforderungen auf ihre volkswirtschaftliche Vereinbarkeit oder Vertretbarkeit zu überprüfen.

Um Regelanwendung handelt es sich auch, wenn sich die gewerkschaftliche Forderung darauf richtet, entgegen dem Verbot einer landesgesetzlichen Regelung die personalvertretungsrechtliche Mitwirkungsbefugnisse abzuändern¹²¹ oder ein nicht zulässiges Schiedsgericht zu etablieren.¹²² Dann kann – wie geschehen – ein Arbeitskampf untersagt werden. Ob allerdings ein »rechtswidriges Ziel« bereits dann vorliegt, wenn eine grundsätzlich zulässige tarifliche Regelung derzeit noch »ins Leere« gehen könnte¹²³, hätte zumindest einer konsequenteren Begründung bedurft, um noch von einer Regelanwendung ausgehen zu können.

Ein Tarifsozialplan gehört – wie erwähnt – nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den tariflich regelbaren Zielen.¹²⁴ Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei einem sog. Standortsicherungstarifvertrag, der es unternimmt, der Verlagerung eines Betriebes oder von Betriebs-teilen zu begegnen – womit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit angesprochen ist. Das Bundesarbeitsgericht hat ausdrücklich offengelassen, ob ein Arbeitskampf mit dem Ziel der Unterlassung einer Standortverlagerung überhaupt geführt werden kann. Durch eine Tarifforderung diesen Inhalts, die sich zunächst einmal als Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf Art. 9 Abs. 3 GG stützen kann, wird in nicht unerheblichem Umfang in die durch Art. 12 GG geschützte unternehmerische Berufsfreiheit eingegriffen.¹²⁵ Deshalb ist in einer instanzlichen Entscheidung eine solche Forderung als unzulässiger Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 GG bewertet worden.¹²⁶ In der arbeitsrechtlichen Literatur wird die tarifliche Regelbarkeit unterschiedlich beurteilt¹²⁷, wobei mit guten Gründen zwischen natürlichen Personen und Kapitalgesellschaften bei der erforderlichen Grundrechtsabwägung differenziert wird.¹²⁸

Noch komplizierter wird die Rechtslage bei grenzüberschreitenden Standortverlagerungen mit unionsrechtli-

chem Bezug. Dann ist die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV zu berücksichtigen. Aber auch bei einem Tarifsozialplan, der nur die Folgen einer Standortverlagerung regeln will, kann die Niederlassungsfreiheit tangiert sein, wenn es nämlich – in den Worten des EuGH – »weniger attraktiv und sogar zwecklos« ist, von der »Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen«.¹²⁹ In beiden Fallgestaltungen ergibt sich jedoch kein automatischer Vorrang der Niederlassungsfreiheit und damit die Unzulässigkeit der Streikforderung. Die Überprüfung erfolgt vielmehr im Einzelfall durch das nationale Gericht¹³⁰ und – so die These – bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren könnte eine Unzulässigkeit des Streiks derzeit wohl nur durch eine Regelbildung gewonnen werden.¹³¹

3. Arbeitskampf im tarifpluralen Betrieb

Eine Neukonturierung des Arbeitskampfrechts wird nicht erst seit den Urteilen des Bundesarbeitsgerichts zum sog. Grundsatz der Tarifeinheit¹³² diskutiert¹³³. Zunächst ein Blick zurück: Ob der Abschluss eines Tarifvertrags erkämpft werden kann, der im jeweiligen Betrieb nicht zur Anwen-

120 BAG, 24.7.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134, dort auch zur besonderen Ausnahme einer auf die Existenzvernichtung gerichteten Streikforderung.

121 ArbG Kiel, 18.5.2009 – ö.D. 4 Sa 23b/09 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 83a.

122 ArbG Hamburg, 30.6.2009 – 7 Ga 2/09.

123 ArbG Frankfurt, 23.11.2010 – 9 Sa 223/10 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 86a.

124 Nachw. Fn. 20.

125 Zur Abwägung s. etwa BAG, 3.4.1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = NZA 90, 886 (Personalbemessung).

126 LAG Hamm, 31.5.2000 – 18 Sa 858/00 – AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 158.

127 Ablehnend *Franzen*, in: Martinek ua. (Hrsg.), FS Reuter, 2010, S. 479, 481 mN. in Fn. 14; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (Fn. 72), S. 345; *Höfling*, ZfA 2008, 1, 28 ff.; *Wank*, RdA 2009, 1, 6; aA. *Berg/Kocher/Platow/Schoff/Schumann* (Fn. 3), AKR Rn. 28 ff.; *Brecht-Heitzmann*, NJW 2007, 3617, 3619; *Däubler-Däubler*, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 13 Rn. 40 ff.: Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz. S. auch die Nachweise in Fn. 21.

128 *ErfK-Dieterich* (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 116; *Fischinger* (Fn. 21), S. 83 ff.; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, Baden-Baden 2007, S. 97 ff.; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 ff.

129 Vgl. EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – AP EG Art. 43 Nr. 3 (Viking). S. auch *Franzen* (Fn. 125), S. 479, 492.

130 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – AP EG Art. 43 Nr. 3 (Viking).

131 Vgl. auch *Krause*, JbArbR 45 (2008), 23, 38.

132 Nachw. Fn. 31.

133 *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 193 Rn. 49 mwN. in Fn. 161 bis 168.

dung kommen würde, weil es nach dem aufgegebenen »Grundsatz der Tarifeinheit« im Ergebnis zu dessen »Verdrängung« gekommen wäre¹³⁴, war Gegenstand vieler einstweiliger Verfügungsverfahren, namentlich im Arbeitskampf der GdL im Jahre 2007¹³⁵. Die Tarifpluralität, die aufgelöst werden sollte, setzt indes das Zustandekommen mehrerer Tarifverträge über denselben Regelungsgegenstand mit verschiedenen Gewerkschaften voraus. Das kann schon in Entscheidungen des Hessischen Landesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2003 und des Bundearbeitsgerichts im Jahre 2004 nachgelesen werden.¹³⁶ Deshalb war es den tariffähigen Koalitionen unbenommen, den Abschluss eines solchen Tarifvertrags zu fordern und erforderlichenfalls auch kampfwise durchzusetzen. Diese Regel gilt immer noch für konkurrierende Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften. Denkbar ist eine solche Fallgestaltung dann, wenn es um die Nichtanwendung tariflicher Regelungen aufgrund einer aufzulösenden Tarifkonkurrenz¹³⁷ geht. Das kommt bei betrieblichen oder betriebsverfassungsrechtlichen Tarifbestimmungen in Betracht, weil hier nach dem Tarifvertragsgesetz (§ 3 Abs. 2 TVG) die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ausreicht. Ob hierbei allerdings das sog. Spezialitätsprinzip heranzuziehen ist, wird zu überprüfen sein.¹³⁸ Aber das ist keine Frage, die bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu klären ist.

Bedeutsam ist noch ein weiterer, bereits erwähnter Themenkomplex, der mit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit in Verbindung steht, die etwaigen Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung auf das Arbeitskampfrecht. Nicht erst seit dem Jahre 2010 wird über arbeitskampfrechtliche Folgen der Verbandspluralität auf Arbeitnehmerseite rege diskutiert. Ausgangspunkt ist zumeist die Befürchtung, die Friedenspflicht könne bei mehreren für den Arbeitgeber geltenden Tarifverträgen ihre Funktion nicht mehr in ausreichendem Maße erfüllen, es komme zu »gravierenden Verschiebungen der Kampfparität«¹³⁹ und fortwährenden Arbeitskämpfen.¹⁴⁰ Die Vorschläge im Arbeitskampfrecht¹⁴¹ reichen von einer Koordinierung der Regelungsziele¹⁴² oder der tarifvertraglichen Laufzeiten¹⁴³ über ein obligatorisches Schlichtungs-¹⁴⁴, ein gestuftes Tarifvertragsverhandlungs- und Arbeitskampfmodell¹⁴⁵ bis hin zu einer Ausweitung der Arbeitskampfmittel auf Arbeitgeberseite.¹⁴⁶

Zur vorgeschlagenen Koordinierung der Tarifpolitik bietet die höchstrichterliche Rechtsprechung bereits Orientierung. Eine »Zwangstarifgemeinschaft«, die Tarifver-

tragsparteien verpflichtet, Tarifverträge mit einem bestimmten Regelungsinhalt abzustimmen, in der Sache also eine Verpflichtung zu einer Art »Tarifgemeinschaft«, greift in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Abschlussfreiheit der tariffähigen Koalitionen unzulässig ein. Der jeweilige Arbeitgeber hat auch keinen Anspruch auf einen bestimmten Verhandlungspartner.¹⁴⁷

Signifikante Störungen des Arbeitskampsystems, die strukturell und nicht nur situativ bedingt sind¹⁴⁸, sodass eine Korrektur des derzeitigen Arbeitskampsystems aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten erscheint, lassen sich derzeit nicht ausmachen.¹⁴⁹ Das Bundearbeitsgericht hatte solche Umstände in seiner Entscheidung zum sog. Grundsatz der Tarifeinheit für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems auch nicht gesehen.¹⁵⁰ Der erfolglose Arbeitskampf der GdL gegen private Bahnbetreiber im

134 So noch BAG, 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - BAGE 67, 330; dem folgend BAG, 25.7.2001 - 10 AZR 599/00 - BAGE 98, 263; s. auch BAG, 15.11.2006 - 10 AZR 665/05 - BAGE 120, 182.

135 Abl. etwa LAG Rheinland-Pfalz, 23.2.2006 - 11 Sa 841/06.

136 BAG, 14.12.2004 - 1 ABR 51/03 - BAGE 113, 82; so dann auch LAG Rheinland-Pfalz, 14.6.2007 - 11 Sa 208/07 - AuR 2007, 319; ebenso BAG, 7.7.2010 - 4 AZR 549/08 - BAGE 135, 80; weiterhin *Deinert*, RdA 2011, 12, 13 f.

137 Zum Spezialitätsprinzip s. nur BAG, 23.1.2008 - 4 AZR 312/01 - BAGE 125, 314.

138 Offengelassen in BAG, 9.12.2009 - 4 AZR 190/08 - AP TVG § 3 Nr. 48.

139 Etwa *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampspluralität, München 2010 (zugl. München, Univ., Habil.-Schr. 2009), S. 422 ff.; *ders.*, NZA 2007, 1023, 1024; *Jacobs*, in: Bauer ua. (Hrsg.), FS Buchner, 2009, S. 342, 346; *C. Meyer*, NZA 2008, 1387, 1390.

140 *Hromadka*, in: Söllner ua. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 383, 388; ähnlich *Feudner*, RdA 2008, 104, 105; *Giesen*, NZA 2009, 11, 15 f., 17; *C. Meyer*, DB 2006, 1271, 1272 f.; *Otto*, in: Dauner-Lieb ua. (Hrsg.), FS Konzen, 2006, S. 663 ff. An den beschriebenen Szenarien mit guten Gründen zweifelnd *Deinert*, RdA 2012, 12, 15 f.

141 Dazu ausf. die Darstellung bei *B. Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, Berlin 2011 (Bochum, Univ., Diss. 2010), S. 517 ff.; s. auch *Schliemann*, in: Baeck ua. (Hrsg.), FS Bauer, 2010, S. 923, 936 ff.; sowie *Deinert*, RdA 2011, 12, 15 ff., 19 ff.

142 *Meik*, in: Schöpflin ua., Von der Sache zum Recht. FS Beuthien, 2009, S. 429 ff.; *Buchner*, BB 2008, 106, 108; dagegen zutreffend *Deinert*, NZA 2009, 1176, 1182.

143 *Franzen*, RdA 2008, 193, 203 f.

144 *Jacobs*, NZA 2008, 325, 331; *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 274; v. *Steinau-Steinrück/Glanz*, NZA 2009, 113, 115.

145 *Henssler*, RdA 2011, 65, 71 ff.

146 *Greiner*, NJW 2010, 2977, 2979 f.

147 BAG, 9.12.2009 - 4 AZR 190/08 - AP TVG § 3 Nr. 48; 29.7.2009 - 7 ABR 27/08 - BAGE 131, 277; s. auch *Deinert*, NZA 2009, 1176, 1183.

148 Zu dem Erfordernis einer Paritätsverschiebung BAG, 24.4.2007 - 1 AZR 252/06 - BAGE 122, 134.

149 Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2010/2011, Kap. 7 Rn. 507; *Deinert*, RdA 2011, 11, 14 ff.; *Dieterich*, AuR 2011, 46, 50.

150 BAG, 7.7.2010 - 4 AZR 549/08 - BAGE 135, 80.

Jahre 2011 lässt andere Deutungen zu. Zudem ist unabhängig von den unterschiedlichen Einschätzungen das einstweilige Rechtsschutzverfahren nicht der Ort, die bestehende höchstrichterliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts bei einem anstehenden oder bereits begonnenen Arbeitskampf, etwa anhand bestehender Vorschläge, neu zu konturieren. Es überzeugt deshalb nicht, einen Arbeitskampf unter Hinweis auf einen Verstoß gegen das Paritätsprinzip zu untersagen.¹⁵¹

4. Unterstützungstreik und sog. atypische Arbeitskampfmittel

Den Koalitionen ist die Wahl ihrer Mittel überlassen, die sie zur Verfolgung ihrer koalitionsspezifischen Betätigung einsetzen. Es gehört »zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner wachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen.«¹⁵² Seinen Ausdruck findet dieser Grundsatz schon in früheren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, die Boykottmaßnahmen nicht von vornherein als Arbeitskampfmittel ausgeschlossen haben.¹⁵³

Der Kanon zulässiger Arbeitskampfmittel kann daher weder unter Hinweis auf die historische Entwicklung auf die überkommenen Arbeitskampfmaßnahmen, Streik und Aussperrung begrenzt¹⁵⁴ noch als Fortsetzung des privat-autonomen Vertragsmodells auf die Zurückbehaltung der beiderseitigen Hauptpflichten – und damit gleichfalls auf Streik und Aussperrung – gedeutet werden¹⁵⁵. Letzteres übersieht das in Form eines bilateralen Monopols anders organisierte tarifvertragliche Einigungsmodell.¹⁵⁶

Maßgebend für die Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren ist – bei allem Konkretisierungsbedarf im Detail – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁵⁷. Dabei darf nicht übersehen werden, dass sich den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Unterstützungstreik¹⁵⁸ und zum Partizipationsstreik¹⁵⁹ sowie der sog. Flash-Mob-Entscheidung¹⁶⁰ Präzisierungen entnehmen lassen, die für »neue Arbeitskampfmittel« nutzbar zu machen sind.¹⁶¹

Bei einem Unterstützungstreik kann dessen Rechtswidrigkeit nicht schon deshalb angenommen werden, weil der in den Arbeitskampf einbezogene Arbeitgeber die Forderungen selbst nicht erfüllen kann.¹⁶² Erforderlich ist allerdings die Förderung des Hauptarbeitskampfs, etwa durch die Solidarität, die der Unterstützungstreik vermit-

telt. Sodann muss der bestreikte Arbeitgeber aufgrund personeller und wirtschaftlicher Verflechtungen in der Lage sein, auf den Hauptarbeitskampf überhaupt Einfluss nehmen zu können. Dabei können die Grenzen des Tarifgebiets überschritten werden, nicht aber die Dauer des Hauptarbeitskampfs. Weiterhin darf dessen Schwerpunkt nicht signifikant auf den Unterstützungstreik verlagert werden. Ein »Stellvertreterstreik« ist unzulässig.¹⁶³ In der Folge hat das Arbeitsgericht Frankfurt am Main einen »Unterstützungstreik« von Fluglotsen untersagt, weil es sich nicht mehr um eine lediglich unterstützende Streikmaßnahme handele, sondern diese Maßnahme »das Gewicht des Hauptstreiks erreicht« hatte.¹⁶⁴ Kritisiert wird daran allerdings, das Arbeitsgericht habe vor allem auf die Auswirkungen des Unterstützungstreiks an einem Tag statt auf

151 ArbG Düsseldorf, 1.8.2007 – 11 Ga 74/07.

152 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365; s. auch BVerfG, 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 16; BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – BAGE 132, 140.

153 BAG, 19.10.1976, AP TVG § 1 Form Nr. 6. Ob Betriebsblockaden ein zulässiges Mittel des Arbeitskampfes von Gewerkschaften sein können, hatte das Bundesarbeitsgericht in seinen Urteilen aus dem Jahr 1998 nicht zu entscheiden, vgl. BAG, 21.6.1988 – 1 AZR 653/86 – BAGE 59, 48; BAG, 8.11.1988 – 1 AZR 417/86 – BAGE 60, 101.

154 Mindestens deutliche Anklänge in diese Richtung bei *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 334 ff. (»typologisches Verständnis«).

155 *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 82 ff.; *Rieble*, NZA 2008, 796, 797; *Picker*, ZfA 2010, 499, 591 ff.; ausf. *Picker*, Die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, Köln 1983, S. 30 ff., 62 f.

156 *Deinert*, in: *Rehder/Deinert/Callens* (Fn. 19), S. 55 f., 88; *Schaub/Treber* (Fn. 4), § 193 Rn. 53; *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, Berlin 1996 (Mainz, Univ., Diss. 1995), S. 308 ff., 343 ff.; unter Hinweis auf *Heenen*, Kampfparität und bilaterales Monopol, Heidelberg 1988 (Köln, Univ., Diss. 1987), insb. S. 52 ff., 71 ff.

157 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – BAGE 132, 140, s. auch oben I.2., bei Fn. 49.

158 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

159 BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 177.

160 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – BAGE 132, 140: Dem Arbeitgeber muss erkennbar sein, dass es sich um eine von der Gewerkschaft getragene und von ihr verantwortete Arbeitskampfmaßnahme handelt. Diese muss Umfang und Dauer der Aktion beherrschen können und dem Arbeitgeber müssen wirkungsvolle Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Das können sowohl das Hausrecht als auch die Möglichkeit einer Betriebsstilllegung sein.

161 Über die Untersagung von Zugangsbehinderungen hatte das LAG Hamburg, 6.2.2013 – 5 SaGa 1/12 – ArbRB 2013, 147 (Kurzwiedergabe), m. Anm. *Müller-Mundt*, zu befinden.

162 Anders noch (allerdings nach Maßgabe der früheren Rechtsprechung, Nachw. Fn. 43) LAG Köln, 19.3.2007 – 12 Ta 41/07 – LAGR GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 77.

163 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2007, 1055.

164 ArbG Frankfurt, 28.2.2012 – 9 Ga 25/12 – NZA 2012, 579; dazu *C. Meyer*, SAE 2013, 35 ff.

dessen Dauer und den Umfang abgestellt, weshalb die Prüfkriterien des Bundesarbeitsgerichts nicht zutreffend angewendet worden seien.¹⁶⁵

5. Arbeitskampf in Bereichen der Daseinsvorsorge

Lassen Sie sich von mir gegen Ende meines Vortrages auf ein Terrain führen, in dem die Diskussion über Umfang und Grenzen des Arbeitskampfes – nicht zuletzt in den Medien – besonders leidenschaftlich geführt wird. Es geht um Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge.¹⁶⁶ Hier wird seit jeher und neuerdings wieder verstärkt gefordert¹⁶⁷, den Arbeitskampf gesetzlich zu regeln und die derzeit bestehenden Arbeitskämpfungsmöglichkeiten ua. durch eine Kumulation verfahrensrechtlicher Vorgaben¹⁶⁸ zu begrenzen¹⁶⁹. Der Bürger könne dann im Gesetzblatt nachsehen, statt sich die verstreute Rechtsprechung mühsam zusammensuchen.¹⁷⁰ Diesen Regelungsoptimismus kann ich schon in Anbetracht dessen, dass Kodifizierungen stets nur »Momentaufnahmen« abbilden können, nicht recht teilen. Weiterhin werden Versuche unternommen, arbeitskampfrechtliche Regelungen für den Bereich der Daseinsvorsorge vorzuschlagen.¹⁷¹

Für die Thematik des Arbeitskampfes in der Daseinsvorsorge sollen hier zwei Regelungsbereiche voneinander abgegrenzt werden: Zum Einen die Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien und zum Anderen die Pflicht zu Notstands- und Erhaltungsarbeiten während eines Arbeitskampfes. Solchen kommt in der Daseinsvorsorge, also bei denjenigen Gütern und Dienstleistungen, auf die die Menschen existenziell angewiesen sind¹⁷², eine besondere Bedeutung zu.

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat im Jahr 1971 aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitet, durch Arbeitskämpfe dürfe das Gemeinwohl nicht offensichtlich verletzt werden¹⁷³. In seiner Umsetzung bleibt die Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien allerdings weithin unklar.¹⁷⁴ Zur Bestimmung und Konkretisierung des Allgemeininteresses ist letztlich der Gesetzgeber aufgerufen¹⁷⁵. Er allein hat die Aufgabe, das Gemeinwohl zu definieren und zu konkretisieren. Das kann sich gegebenenfalls aus gesetzlichen Regelungen ergeben, die Universaldienstleistungen oder Versorgungsleistungen garantieren wollen.¹⁷⁶ Damit sind aber noch nicht etwaige arbeitskampfrechtliche Konsequenzen geklärt.

Gesichert ist bisher, dass eine gerichtliche Kontrolle der Angemessenheit von Tarifforderungen unter dem Aspekt der Gemeinwohlbindung nicht in Betracht kommt.¹⁷⁷ Darüber hinaus wird die Verpflichtung zu Notstandsarbeiten als eine Konkretisierung der Gemeinwohlbindung angesehen.¹⁷⁸ Andere Stimmen ordnen deren Erforderlichkeit als Konflikt der Koalitionsbetätigungsfreiheit mit den Grundrechten der unmittelbar Kampfbetroffenen oder mittelbar betroffener Dritter ein, der im Wege der praktischen Konkordanz aufzulösen ist.¹⁷⁹

Weder aus der Gemeinwohlbindung noch aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich allerdings ein Arbeitskampfverbot: Betriebe und Verwaltungen der sog. Daseinsvorsorge sind keine arbeitskampffreien Bereiche.¹⁸⁰

165 Klein, jurisPR-ArbR 35/012, Anm. 2.

166 Symptomatisch Scherer, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, Berlin 2000, S. 36: Bürger, die als »Geiseln« genommen werden; dagegen Rudkowski, Streik in der Daseinsvorsorge, München 2010 (Berlin, Univ., Diss. 2009/2010), S. 56; anders offenbar Schliemann, RdA 2012, 14, 18.

167 S. auch Fn. 54.

168 Krit. daher Bayreuther, NZA 2013, 704, 706 f.

169 Entwurf eines »Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge«, s. dazu Thüsing/Waldhoff/Franzen, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, Berlin ua. 2012, S. 16 ff., Gesetzentwurf S. 71 ff.; auch abgedruckt in RdA 2013, 61 ff. Kritisch Berg, in: J. Schubert (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, FS Kempen, 2013, S. 78 ff.; U. Fischer, FA 2012, 131; Berg/Kocher/Platow/Schoff/Schumann (Fn. 3), Teil 1, Rn. 222a ff.; Uhl/Raif, ArbR 2012, 310 ff.; anders Rudkowski, ZfA 2012, 467 ff.; differenzierend Bayreuther, NZA 2013, 704 ff.

170 Waldhoff, in: Carl-Friedrich von Weizsäcker-Stiftung, Newsletter Februar 2012.

171 Rudkowski (Fn. 164), S. 200 ff., 217 f., 223 f., 240, etwa zehntägige Ankündigungsfristen, zeitlich begrenzte Streiks mit anschließenden Aufarbeitungsphasen; s. auch die Besprechung von Schliemann, RdA 2012, 12 ff.

172 Däubler/Hensche, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 18 Rn. 9; Schaub/Treber (Fn. 4), § 193 Rn. 43; im Ansatz ebenso Rudkowski (Fn. 164), S. 54 ff., mit letztlich aber unklarem Ergebnis, vgl. aaO., S. 303.

173 BAG, 21.4.1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292.

174 S. nur ErfK-Dieterich (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 126 f.

175 ErfK-Dieterich (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 127; Däubler/Hensche, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 18 Rn. 5; HWK-Hergenröder, 5. Aufl., Köln 2012, Art. 9 GG Rn. 142 f.

176 Dies untersucht Rudkowski (Fn. 164), S. 146 ff.

177 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212.

178 BAG, GS 21.4.1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292. So auch im Rahmen einer einstweiligen Verfügung LAG Hamm 16.1.2007 – 8 Sa 74/07 – NZA-RR 2007, 250.

179 Däubler/Hensche, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 18 Rn. 9 ff.; Schaub/Treber (Fn. 3), § 193 Rn. 65.

180 LAG Baden-Württemberg, 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09 – LAGE GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84 (Flugsicherung); LAG Rheinland-Pfalz, 14.6.2007 – 11 Sa 208/07 – AuR 2007, 319; 23.2.2006 – 11 Sa 841/05; s. weiterhin nur ErfK-Dieterich (Fn. 36), Art. 9 GG Rn. 134; Däubler/Hensche, Arbeitskampfrecht (Fn. 14), § 18 Rn. 9; Krause, JbArbR 45 (2008), 23, 39.

Das ist – wie es Kolbe anlässlich der Kita-Streiks formuliert hat¹⁸¹ – der Preis, den der Bürger dafür zu zahlen hat, dass der Staat Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht mehr durch Beamte oder nicht mehr selbst wahrnimmt. Das hat auch der angekündigte Warnstreik der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft zur Unterstützung der Forderung nach einer Entgeltordnung für Lehrkräfte gezeigt.¹⁸² Werden wichtige Aufgaben wie etwa die Flugüberwachung privatisiert und damit die tarifliche Regelung der dortigen Arbeitsbedingungen eröffnet, sind diese Bereiche zwangsläufig dem Risiko von Arbeitskampfmaßnahmen ausgesetzt. In den Worten von Bayreuther: »Und in der Tat fühlt man sich unbehaglich, sollen zu Lasten der Belegschaften die ‚Nachteile‘ des öffentlichen Dienstes mit denjenigen der Privatwirtschaft kombiniert werden.«¹⁸³ Wohl nicht zuletzt deshalb wird eine Rückkehr zum Beamtenstatus bei »Schlüsselfunktionen« wie der der Fluglotsen wieder in die Diskussion eingebracht.¹⁸⁴

In den Bereichen der Daseinsvorsorge kann deshalb auch bei grundrechtsrelevanten Drittwirkungen im einstweiligen Verfügungsverfahren ein Streik nicht generell unter Hinweis auf das Gemeinwohl oder zusätzlich unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – und damit im Ergebnis unter Bildung einer neuen Arbeitskampffregel – vollständig oder nahezu untersagt werden, wie es in den Arbeitskämpfen der GdL im Jahre 2007 der Fall war.¹⁸⁵ Ebenso kann den Gewerkschaften nicht – in Abkehr bestehender Arbeitskampffgrundsätze – im Wege der einstweiligen Verfügung die Einhaltung einer Ankündigungsfrist aufgegeben werden.¹⁸⁶ Entsprechend hat das Landesarbeitsgericht Hamm folgerichtig sowohl die (von betroffenen Eltern beantragte) generelle Untersagung eines Streiks in einer Kindertagesstätte als auch die Aufrechterhaltung einer sehr weitgehenden »Notfallversorgung« abgelehnt,¹⁸⁷ nachdem es bereits im Jahr zuvor dem beantragten Widerruf des gewerkschaftlichen Streikaufrufs bei einem Blutspendedienst nicht stattgegeben hatte.¹⁸⁸

In all diesen Fallgestaltungen ist die Vereinbarung der erforderlichen Notstandsarbeiten der zutreffende Weg.¹⁸⁹ Deren Sicherstellung ist für die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes erforderlich.¹⁹⁰ Bei dem Umfang der Notdienstarbeiten haben sich die Tarifvertragsparteien zu

einigen. Gelingt dies nicht, steht dem Arbeitgeber die einstweilige Verfügung offen.¹⁹¹ Von dieser Regel ist auch das Arbeitsgericht Berlin ausgegangen und hat die pauschale Untersagung von Notdiensten bei der Berliner Polizei mittels einstweiliger Verfügung aufgrund von Gefahren für die körperliche Unversehrtheit von Gefangenen und befürchteter Schäden bei den zu bewachenden Objekten abgelehnt.¹⁹² In diesem Rahmen ist ebenso darüber zu befinden, ob es sich tatsächlich noch um Notstandsarbeiten oder in der Sache nicht bereits um eine unzulässige Streikrechtseinschränkung handelt, weil versucht wird, die Arbeitskampffolgen zu mindern. Das hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg für einen Ersatzfahrplan der Deutschen Bahn angenommen, weil die Wirkungen des Streiks weitgehend aufgehoben würden.¹⁹³ Ob und in welchem Umfang einem Antrag auf Durchführung von Notstandsarbeiten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren entsprochen wird, mag jede der Arbeitskampffparteien unterschiedlich beurteilen. Aber all dies ist keine Frage der Regelbildung, sondern der Regelanwendung.

181 Kolbe, BB 2009, 1414 ff.

182 Dazu ArbG Berlin, 22.4.2013 – 59 Ga 5770/13 – AuR 2013, 233 (Kurzwiedergabe).

183 Bayreuther, NZA 2008, 12, 14, mwN. in Fn. 28 sowie dem Verweis auf die Diskussion im französischen Schrifttum zu Arbeitskampfeinschränkungen im Bereich des »service public«.

184 S. nur Greiner, NZA 2012, 529, 535.

185 ArbG Nürnberg, 8.8.2007 – 13 Ga 65/07 – AuR 2007, 320 (volkswirtschaftliche Schäden); ArbG Chemnitz, 5.10.2007 – 7 Ga 26/07 – AuR 2007, 393; abl. etwa Krause, JbArbR 45 (2008), 23, 39; Zachert, PersR 2008, 45; zustimmend offenbar Boembke, jurisPR-ArbR 1/2008, Anm. 1.

186 ArbG Berlin, 22.4.2013 – 59 Ga 5770/13 – AuR 2013, 233 (Kurzwiedergabe), offengelassen für den Fall von stattfindenden Abiturprüfungen. Eine eintägige Ankündigungsfrist hat das ArbG Berlin, 29.4.2008 – 58 Ga 6014/08 – BB 2008, 1057 (Kurzwiedergabe), erwogen.

187 LAG Hamm, 29.10.2009 – 8 SaGa 22/09.

188 So LAG Hamm, 16.1.2007 – 8 Sa 74/07 – NZA-RR 2007, 250.

189 LAG Berlin-Brandenburg, 14.8.2012 – 22 SaGa 1131/12 – AuR 2012, 375 (Kurzwiedergabe), für den Fall eines Warnstreiks des Bewachungspersonals in einem Kernkraftwerk.

190 BAG, 31.1.1995 – 1 AZR 142/94 – BAGE 79, 152.

191 LAG Hamm, 16.1.2007 – 8 Sa 74/07 – NZA-RR 2007, 250 (Blutspendedienst); dazu auch Krause, JbArbR 45 (2008), 23, 40. Anders noch die Vorinstanz (ArbG Münster, 9.1.2007 – 3 Ga 2/07): Befristete Streikverbote.

192 ArbG Berlin, 18.2.2008 – 58 Ga 2920/08 – EzA-SD 2008, Nr. 17, S. 15 (Leit-satz).

193 LAG Berlin-Brandenburg, 24.10.2007 – 7 SaGa 2044/07 – AuR 2008, 66.

Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen unter Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Dissertation von Steffen Blessing, 2011, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 235 S. (ISBN 978-3-8329-6890-8), 59,- €, erschienen als Band 748 der Schriftenreihe Nomos Universitätschriften - Recht

Steffen Blessing befasst sich mit den Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen unter Geltung des AGG. Die Frage, wie das Diskriminierungsrecht und das Kündigungsrecht zusammenspielen, ist seit der Schaffung des AGG in der Diskussion. § 2 Abs. 4 AGG bestimmt, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Wie angesichts dieser Regelung im deutschen Recht Schutz vor diskriminierenden Kündigungen zu gewährleisten ist, ist umstritten. *Blessing* zeichnet diese Diskussion nach und beschäftigt sich intensiv mit Urteilen des BAG vom 6.11.2008,¹ in denen der 2. Senat sein Verständnis des kündigungrechtlichen Diskriminierungsschutzes dargelegt hat. Er untersucht ferner, wie die Vorgaben aus diesen Urteilen umzusetzen sind, wonach sich also die Rechtsfolgen bei diskriminierender Kündigung richten und welche Anspruchsgrundlagen dem Arbeitnehmer im Fall einer diskriminierenden Kündigung zur Verfügung stehen.

Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt *Blessing* ausführlich. Dabei ist es dem Untersuchungsgegenstand geschuldet, dass ein erheblicher Teil gerade der Aufsatzliteratur aus den Jahren 2006 bis 2009 stammt, der »Hochzeit« der Diskussion um das Verhältnis von Diskriminierungs- und Kündigungsschutz. Wenn auch *Blessing* jüngere Literatur keinesfalls vernachlässigt, hätte es doch nahegelegen, die Monographien von *Horn*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, 2009 und *Stenslik*, Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und die europäischen Diskriminierungsverbote, 2010, zu berücksichtigen.

I. »Grundlagen«

Im ersten Teil (Grundlagen) stellt *Blessing* das deutsche Kündigungsschutzrecht und den Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht vor. Die Darstellung ist für einen Überblick

angemessen straff, dürfte aber für die meisten Leser entbehrlich sein. *Blessing* stützt sich bei seinen weiteren Ausführungen auch nicht maßgeblich auf diesen Teil.

II. Das Verhältnis von Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz

Im zweiten Teil geht *Blessing* detailliert auf das Verhältnis von Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz ein. Dabei geht es zunächst um das Verständnis des § 2 Abs. 4 AGG, anschließend um die maßgeblichen Urteile des BAG. Wie § 2 Abs. 4 AGG zu lesen ist und welche Konsequenzen die Norm für den kündigungrechtlichen Diskriminierungsschutz hat, ist breit und kontrovers diskutiert worden. *Blessing* geht den verschiedenen Lösungsansätzen nach und führt den Leser durch die verschiedenen Ansätze zum Verständnis der Norm. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass § 2 Abs. 4 AGG nicht recht zu § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG zu passen scheint, der den Anwendungsbereich des Gesetzes ua. auf Entlassungsbedingungen erstreckt. Da unter Entlassungen auch Kündigungen zu verstehen seien, scheine der Gesetzgeber einander widersprechende Regelungen geschaffen zu haben.² Ein echter Widerspruch ist in diesem Nebeneinander allerdings nicht zu sehen. Da »Entlassungsbedingungen« der weitere Begriff ist, lassen sich § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 AGG widerspruchsfrei so verstehen, dass zwar grundsätzlich Entlassungsbedingungen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, nicht aber Kündigungen. Das mag man für unschön geregelt und wenig sinnvoll halten und es mag zu vermeidbaren europarechtlichen Problemen führen, aber widersprüchlich in einem logischen Sinne sind die Regelungen deshalb nicht.

Die Auffassungen zu § 2 Abs. 4 AGG teilt *Blessing* in drei Kategorien ein: Unanwendbarkeit des § 2 Abs. 4 AGG, teilweise Anwendbarkeit der Norm und richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG und der Bestimmungen des KSchG. Die Darstellung ist sorgfältig, die eigene Stellungnahme begründet und gut nachvollziehbar. *Blessing* lehnt zunächst zu Recht eine Unanwendbarkeit des § 2

¹ BAG, 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – AP KSchG § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 und Parallelentscheidungen, die nicht dokumentiert sind. Das Hauptaugenmerk *Blessings* liegt auf der zitierten Entscheidung.

² *Blessing*, Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen unter Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2011, S. 79.

Abs. 4 AGG aufgrund eines Verstoßes gegen ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot ab. Dafür spricht bereits, dass zunächst zu versuchen ist, auf anderem Weg ein europarechtskonformes Ergebnis zu erzielen.³ Die geteilte Lösung, die darauf abstellt, ob eine Kündigung ausschließlich auf diskriminierenden Motiven beruht oder auch auf sonstigen Gründen, weist *Blessing* ebenfalls zurück, wobei er sich auf unbefriedigende Ergebnisse beruft. Kürzer als die Literatur greift *Blessing*, indem er sich anschließend der richtlinienkonformen Auslegung zuwendet und sich dabei auf § 2 Abs. 4 AGG als Auslegungsgegenstand konzentriert. Wie er zuvor selbst dargelegt hat, diskutiert die Literatur eine europarechtskonforme Auslegung dieser Norm *und* des Kündigungsschutzrechts. Das ist auch sinnvoll, da es nach der Rechtsprechung des EuGH bei möglichen Verstößen gegen Richtlinien nicht nur um die Auslegung von Umsetzungsnormen geht. Das nationale Recht ist aufgrund der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten so weit wie möglich richtlinienkonform auszulegen.⁴ Ob der Diskriminierungsschutz bei Kündigungen über das AGG oder über andere Normen gewährleistet wird, ist europarechtlich betrachtet irrelevant. Maßgeblich ist, ob das nationale Recht hinreichenden Schutz vor diskriminierenden Kündigungen gewährt. Wenn sich die kündigungrechtlichen Regelungen richtlinienkonform auslegen lassen, ist nichts dagegen einzuwenden, dass für Kündigungen ausschließlich kündigungrechtliche Vorschriften gelten sollen.⁵

Blessing richtet sein Augenmerk auf die richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG. Nach einer Darstellung der Argumentation des BAG in den Urteilen vom 6.11.2008 geht er intensiv auf die einzelnen Auslegungsgesichtspunkte ein, um das von ihm befürwortete Ergebnis der Urteile methodisch zu vertiefen und zu ergänzen. Für eine richtlinienkonforme Auslegung im Sinne einer »Wegbeschreibung zur Einpassung der Diskriminierungsverbote des AGG in das Kündigungsrecht«⁶ soll der Kontext der Regelung sprechen. Unter Entlassungsbedingungen, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, seien gerade auch Kündigungen zu verstehen. *Blessing* bezeichnet dieses Argument als »durchschlagend« und spricht von einer Antinomie,⁷ dieser Einschätzung folge ich aus den og. Gründen nicht. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG lässt sich auch sinnvoll verstehen, wenn Kündigungen ausschließlich nach kündigungrechtlichen Regeln behandelt werden. Auch die nachfolgende Argumentation aus

dem »rechtsethischen Kontext«⁸ überzeugt nicht. *Blessing* meint, dass es rechtsethischen Prinzipien widerspricht, wenn der Kündigungsschutz als Kerngebiet des Arbeitsrechts von den Bestimmungen des AGG ausgenommen ist. Der Schutz vor Diskriminierungen sei ein rechtsethisches Prinzip, noch dazu ein verfassungsrechtlich verankertes. Gerade im Bereich des Kündigungsschutzes müsse Diskriminierungsschutz groß geschrieben werden. Auch ohne Rückgriff auf die Kategorie des »rechtsethischen Prinzips«, zu der wohl etwas mehr zu sagen wäre, wenn man sich in der Argumentation wesentlich auf eines stützen möchte, ist im Kündigungsrecht Diskriminierungsschutz zu gewährleisten. Das ergibt sich ganz konkret aus den Antidiskriminierungsrichtlinien. Aber der Diskriminierungsschutz muss nicht über das AGG gewährleistet werden. Es ist europarechtlich völlig unproblematisch, das AGG nicht auf Kündigungen anzuwenden, wenn der Kündigungsschutz hinreichenden Diskriminierungsschutz bietet. Dass Diskriminierungsschutz bei Kündigungen gewährt werden muss, hat keine Auswirkungen auf die Frage, auf welchem Weg das geschehen muss, spricht also auch nicht für eine bestimmte Auslegung des § 2 Abs. 4 KSchG. Nicht zu folgen ist *Blessing* auch bei seiner historischen Auslegung. Während § 2 Abs. 4 ADG-E vorsah, dass für Kündigungen vorrangig die Bestimmungen des KSchG gelten sollten, wurde schließlich die aktuelle Fassung Gesetz, die von einer ausschließlichen Geltung kündigungrechtlicher Regeln spricht. Diese Änderung sollte das Verhältnis beider Gesetze zueinander präzisieren, wobei die neue Fassung zugleich über das KSchG hinaus das gesamte Kündigungsrecht erfasst. Diese Lösung sei »sachgerechter, weil diese Regelungen speziell auf Kündigungen zugeschnitten sind«.⁹ *Blessing* will nun aus der Entwicklung der Norm ableiten, dass sie keinen Anwendungsausschluss enthalten soll. Es sei bis zur letzten Änderung die Formulierung »vorrangig« oder »vorwiegend«

3 Schlachter, in Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 13. Aufl., München 2013, § 2 AGG Rn. 18.

4 EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 ua. – AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 12.

5 Kamanabrou, RdA 2007, 199, 200 Fn. 5.

6 S. *Blessing* (Fn. 2), S. 111, der hier mE. die Auffassung des BAG nicht nur referiert, sondern sie sich zu eigen macht.

7 *Blessing* (Fn. 2), S. 115.

8 *Blessing* (Fn. 2), S. 116 f.

9 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/2022, S. 12.

verwendet worden und »lediglich« um eine Präzisierung gegangen. Diese Auslegung scheint mir stark gekünstelt. Wenn der Gesetzgeber in letzter Minute aus »vorrangig« »ausschließlich« macht, um eine »Präzisierung« herbeizuführen, liegt vielmehr die Auslegung nahe, dass er die frühere Formulierung für mehrdeutig hielt – dafür spricht auch die Kritik aus der Literatur, die diese Entwurfsfassung erfahren hatte¹⁰ – und nun eine klare Regelung treffen möchte. Wenn er dann von einem Wort, das ein Nebeneinander zulässt, zu einem Wort wechselt, das ein Nebeneinander ausschließt, lässt sich daraus wohl kaum der Wille ableiten, ein Nebeneinander von AGG und KSchG zuzulassen.¹¹

III. Integration des Diskriminierungsschutzes in das Kündigungsschutzgesetz

Im dritten Teil befasst sich *Blessing* mit den Konsequenzen aus den Urteilen des BAG zu § 2 Abs. 4 AGG. Er wendet sich gegen eine (erweiternde) Auslegung des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG dahingehend, dass eine Kündigung auch nach dieser Norm sozial ungerechtfertigt ist, wenn sie diskriminierend ist.¹² Dagegen spreche, dass so die »Positivliste« des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG um eine Negativliste ergänzt würde. Auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei zur Anknüpfung ungeeignet, weil es absurd sei, ein diskriminierendes Verhalten auf seine Verhältnismäßigkeit zu prüfen.¹³ *Blessing* spricht sich für eine systematische Auslegung des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG aus, betont dabei aber, dass auch dieser Lösungsweg kritisch betrachtet werden könne und letztlich nur der »am besten vertretbare« Weg sei.¹⁴ In der Tat lassen sich die von *Blessing* angeführten Einwände erheben. Zudem ist der Begriff der Auslegung sehr großzügig zu verwenden, wenn man § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG sinngemäß um den Zusatz »oder wenn es sich um eine diskriminierende Kündigung handelt« ergänzen will. Wenn man aber, wie *Blessing*, davon ausgeht, dass das Diskriminierungsrecht in das KSchG »eingepasst« werden muss, muss man wohl einen der eher schlecht als recht passenden Anknüpfungspunkte wählen, so dass *Blessings* Vorgehen konsequent und sinnvoll ist. ME lässt sich das Diskriminierungsrecht auch im Anwendungsbereich des KSchG besser über die zivilrechtlichen Generalklauseln einbringen, wobei Besonderheiten für die Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl gelten.¹⁵

IV. Anwendbarkeit der §§ 15 Abs. 1 und 2 AGG

In einem weiteren Abschnitt des dritten Teils geht es um Anspruchsgrundlagen, auf die sich ein Beschäftigter im Fall einer benachteiligenden Kündigung stützen kann. Dabei befasst sich *Blessing* zunächst allgemein mit § 15 Abs. 1 und 2 AGG, bevor er die Frage aufwirft und bejaht, ob eine über die Unwirksamkeit der Kündigung hinausgehende Sanktion erforderlich ist, um den europäischen Vorgaben Genüge zu tun.¹⁶ *Blessing* bejaht die Anwendbarkeit dieser Anspruchsgrundlagen, wobei er sich im Wesentlichen auf systematische Argumente stützt. Neben dem bereits erwähnten § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG soll die Schlussvorschrift des AGG, nach der die allgemeinen Bestimmungen mangels abweichender Regelung im AGG unberührt bleiben, dieses Ergebnis stützen. Einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers will *Blessing* aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien nicht ableiten.¹⁷ Ein anderer Ansatzpunkt könnte darin liegen, eine Regelungslücke anzunehmen, die im Wege einer Analogie zu § 15 Abs. 1 und 2 BGB gefüllt werden könnte. Der Gesetzgeber nahm an, mit der Regelung des Verhältnisses des Kündigungs- und des Diskriminierungsschutzes eine europarechtskonforme Regelung zu schaffen. Wenn ihm das insoweit nicht gelungen ist, als es an einer ausreichenden Sanktion für diskriminierende Kündigungen fehlt, kann man an eine Regelungslücke denken. Zwar ist mE. mit dem Argument, der Gesetzgeber habe europarechtskonform handeln wollen und deshalb sei ein Gesetz europarechtskonform fortzubilden, sparsam umzugehen, da idR. der konkrete Regelungswille dem allgemeinen Willen, sich europarechtskonform zu verhalten, entgegensteht. Hier handelt es sich aber gerade um einen Fall, in dem es um den Weg der Umsetzung des Diskriminierungsschutzes bei Kündigungen ging und bei dem der Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der einschlägigen

¹⁰ Reichold/Hahn/Heinrich, NZA 2005, 1270, 1273; Preis, NZA 2006, 409.

¹¹ S. auch Benecke, AuR 2009, 326, 329 f.

¹² *Blessing* (Fn. 2), S. 135.

¹³ *Blessing* (Fn. 2), S. 139.

¹⁴ *Blessing* (Fn. 2), S. 141 ff., 144.

¹⁵ Kamanabrou, RdA 2007, 199, 201.

¹⁶ *Blessing* (Fn. 2), S. 166 ff.

¹⁷ *Blessing* (Fn. 2), S. 185 ff.

gen Richtlinien davon ausging, mit der ausschließlichen Anwendbarkeit des Kündigungsrechts eine ausreichende Regelung zu schaffen. Sollte sich eine solche Analogie letztlich nicht als tragfähig erweisen, bliebe noch die Möglichkeit, die Teil-Europarechtswidrigkeit des nationalen Rechts, die bei mangelhafter Sanktion diskriminierender Kündigungen festzustellen ist, hinzunehmen. Der EuGH verlangt eine richtlinienkonforme Interpretation lediglich im Rahmen des Möglichen, akzeptiert also, dass in manchen Fällen die nationale Rechtslage europarechtswidrig und vom nationalen Gesetzgeber anzupassen ist.

Nur sehr kurz geht *Blessing* auf Anspruchsgrundlagen außerhalb des AGG ein,¹⁸ mit denen sich jüngst im Zusammenhang mit benachteiligenden Einstellungsentscheidungen das BAG auseinandergesetzt hat¹⁹. Die Arbeit schließt mit dem Hinweis auf ein – allerdings im Oktober 2010 eingestelltes – Vorverfahren zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland und einem Gesetzesgebungs-vorschlag, mit dem die notwendige Transparenz im Verhältnis zwischen Kündigungs- und Diskriminierungsschutz hergestellt werden soll.

V. Fazit

Die Gewährleistung des Diskriminierungsschutzes im Kündigungsrecht ist ein wichtiger Aspekt des Diskriminierungsschutzes. Entsprechend hohe Bedeutung hat die Frage, wie sich der Diskriminierungsschutz des AGG und der Kündigungsschutz zueinander verhalten. *Blessing* hat diese Frage gründlich untersucht und sie intensiv erörtert. Der Wert seiner Arbeit geht über eine Zusammenstellung und vertiefte Darstellung der denkbaren Lösungsansätze und der Konsequenzen des Lösungswegs des BAG deutlich hinaus, da *Blessing* sich eigenständig und umfassend mit den jeweiligen Argumenten auseinandersetzt und damit einen eigenen Beitrag zur Diskussion leistet. Gerade eine solche engagierte Arbeit mit eigener Gedankenführung und Argumentation lädt zur Diskussion und zum Widerspruch ein und ist eine gelungene Arbeit.

Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou,
Universität Bielefeld

¹⁸ *Blessing* (Fn. 2), S. 197 ff.

¹⁹ BAG, 21.6.2012 - 8 AZR 188/11 - NZA 2012, 1211, 1214 f.

Zusammenfassungen

Banafsche: Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Subordination und Koordination – Ausdruck eines alten verwaltungsrechtlichen Diskurses –

SR SR 4/2013, S. 121–139

Die Verfasserin vergleicht die Eingliederungsvereinbarungen nach SGB II und SGB III miteinander unter besonderer Berücksichtigung von aktueller Rechtsprechung des BSG und unterstützt die jüngste Rechtsprechung des 14. Senats des BSG, wonach eine Vereinbarung Vorrang vor einem Verwaltungsakt hat.

Treber: Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf – neuere Entwicklungen

SR SR 4/2013, S. 140–152

Der Verfasser stellt den Umfang der Entscheidungsbefugnisse der Arbeitsgerichte im summarischen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitskampf dar und unterscheidet anhand einzelner Fallgestaltungen zwischen zulässiger Regelanwendung und grundsätzlich unzulässiger Regelbildung.

Abstracts

Banafsche: The integration agreement between subordination and coordination – Example of an age-old discourse in administrative law –

SR SR 4/2013, p. 121–139

The author compares the integration agreements according to books two and three of the Code of Social Law. She examines recent decisions of the Federal Social Court extensively and supports a recent decision of the 14th senate of this court according to which an agreement takes priority over an administrative act.

Treber: Interim injunctions in the industrial action context – newer developments

SR SR 4/2013, p. 140–152

The author gives a description of the extent to which labour courts may decide on questions of industrial action in interim injunction proceedings and differentiates on the basis of certain cases between admissible application of law and generally inadmissible development of new case law.

Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

Abhandlungen

- *Johannes Heuschmid*: Zur Bedeutung des Völkerrechts für das EU-Arbeitsrecht
- *Achim Seifert*: Koalitionsfreiheit zwischen nationalem Verfassungsrecht, EU-Recht und Völkerrecht

Rezensionsaufsätze

- Husemann, Tim: Das Verbot der parteipolitischen Betätigung – Zur Auslegung des § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG (*Ulrich Preis*)

Mit den grundlegenden Änderungen der AÜG-Reform



Jürgen Ulber
AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
 Kommentar für die Praxis
 4., überarbeitete Auflage
 2011. 1.149 Seiten, gebunden
 € 98,-
 ISBN 978-3-7663-3997-3

Der Kommentar bietet eine fundierte Darstellung aller neuen Regelungen vor dem Hintergrund der europäischen Rahmenbedingungen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung und die aktuelle, zur Leiharbeit veröffentlichte Literatur sind berücksichtigt. Im Anhang finden sich die wichtigsten Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit (BA).

Die Kernthemen:

- Rechtliche Grenzen vorübergehender Arbeitnehmerüberlassungen
- Gleichstellung von gewerbsmäßiger und nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung
- Einschränkung der Möglichkeiten zur Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz
- Lohnuntergrenzen zur Leiharbeit
- Neuregelungen der Drehtürklausel
- Neuerungen zu konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung
- Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen des Entleihers
- Folgen der mangelnden Tariffähigkeit der CGZP
- Vermittlungsprovisionen
- Betriebsbedingte Kündigung von Leiharbeitnehmern

Beachten Sie auch:



Jürgen Ulber
Arbeitnehmerentsendegesetz
 Basiskommentar zum AEntG
 2009. 313 Seiten, kartoniert
 € 29,90
 ISBN 978-3-7663-3947-8

Ja, ich bestelle:

Expl.:	ISBN	Autor / Kurztitel:	Preis
	3997-3	Jürgen Ulber AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	€ 98,-
	3947-8	Jürgen Ulber Arbeitnehmerentsendegesetz	€ 29,90

Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11*

Firma _____

Name / Vorname _____

Straße / Nr. _____

PLZ / Ort _____

Telefon _____

E-Mail _____

Ja, ich möchte den E-Mail-Service Ihres Verlages nutzen, um über interessante Angebote und Neuigkeiten auf dem Laufenden gehalten zu werden. Diesen Service kann ich jederzeit schriftlich bei der Bund-Verlag GmbH widerrufen.

Datum / Unterschrift _____

SR 12 13 12

*Wir geben Ihre Bestellung zur Ausführung an eine Buchhandlung unserer Wahl weiter.



Postfach
 60424 Frankfurt am Main
 Infotelefon:
 0 69 / 79 50 10-20
 Fax:
 0 69 / 79 50 10-11
 Internet:
 www.bund-verlag.de
 E-Mail:
 kontakt@bund-verlag.de

So viel Sozialrecht muss sein!



Natalie Brall / Judith Kerschbaumer / Ulrich Scheer
Bernd Westermann (Hrsg.)

Sozialrecht

Kompaktcommentar für die Arbeitnehmerberatung –
SGB I bis SGB XII und SGG

2013. 2.109 Seiten, gebunden

€ 139,-

ISBN 978-3-7663-6166-0

Arbeitsrecht und Sozialrecht sind oft eng verbunden. So können eine Kündigung oder eine Beendigungsvereinbarung gravierende sozialversicherungsrechtliche Folgen haben. Das sind beispielsweise Sperrzeiten beim Arbeitslosengeld oder dessen Kürzung. Weitere Schnittstellen bestehen unter anderem:

- bei den Versicherungs- und Beitragspflichten (zur Krankenversicherung oder Rentenversicherung)
- bei der Abgrenzung eines Beschäftigungsverhältnisses von einer selbstständigen Tätigkeit
- bei den Begriffen Arbeitsentgelt und sonstiges Einkommen
- im Bereich des Leistungsrechts
- im Bereich der Rehabilitation und Teilhabe

Dieser Kommentar erläutert alle wichtigen Vorschriften kompakt und gut verständlich. Er berücksichtigt:

- die Regelungen der Hartz-IV-Reform 2011
- die am 1.4.2012 in Kraft getretenen Änderungen durch die sogenannte SGB III-Instrumentenreform
- das 4. SGB IV-Änderungsgesetz
- die Änderungen im Pflegerecht

Die Herausgeberinnen und Herausgeber:

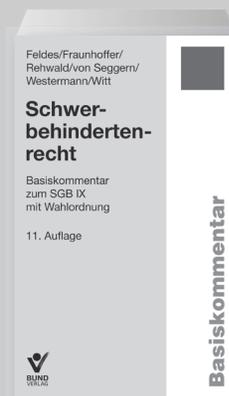
Dr. Natalie Brall, Juristin, Leiterin des Referats Grundsatzfragen Alterssicherung und Rentenfinanzen im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin

Dr. Judith Kerschbaumer, Rechtsanwältin, Leiterin des Bereichs Sozialpolitik in der Bundesverwaltung von ver.di, Berlin

Ulrich Scheer, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Essen

Bernd Westermann, Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Essen

Beachten Sie auch:



Feldes / Fraunhofer
Rehwald / von Seggern
Westermann / Witt
Schwerbehindertenrecht
Basiskommentar zum SGB IX
mit Wahlordnung
11., überarbeitete Auflage
2012. 531 Seiten, kartoniert
€ 39,90
ISBN 978-3-7663-6147-9

Ja, ich bestelle:

Expl.:	ISBN	Autor / Kurztitel:	Preis
	6166-0	Brall u.a. Sozialrecht	€ 139,-
	6147-9	Feldes u.a. Schwerbehindertenrecht	€ 39,90

Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11*

Firma _____

Name / Vorname _____

Straße / Nr. _____

PLZ / Ort _____

Telefon _____

E-Mail _____

Ja, ich möchte den E-Mail-Service Ihres Verlages nutzen, um über interessante Angebote und Neuigkeiten auf dem Laufenden gehalten zu werden. Diesen Service kann ich jederzeit schriftlich bei der Bund-Verlag GmbH widerrufen.

Datum / Unterschrift _____

SR 12 13 10

*Wir geben Ihre Bestellung zur Ausführung an eine Buchhandlung unserer Wahl weiter.



Postfach
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
0 69 / 79 50 10-20

Fax:
0 69 / 79 50 10-11

Internet:
www.bund-verlag.de

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

Immer eine Länge voraus.

Mit den Praxistipps für Betriebs- und Personalräte



© panthermedia.net | Thomas Lammeyer (Fotografen-ID: 009735)



Peter Wedde (Hrsg.)

Arbeitsrecht

Kompaktcommentar zum Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen

3., neu bearbeitete und aktualisierte Auflage 2013. 1.568 Seiten, gebunden

€ 89,90

ISBN 978-3-7663-6165-3

Mit diesem Buch können Sie nur gewinnen: Klar, prägnant und verständlich erläutert der Kompaktcommentar das Individualarbeitsrecht – konzentriert aufbereitet in einem einzigen Band. Die Kommentierungen haben stets die Arbeitnehmerpositionen im Blick, verzichten auf wissenschaftlichen Ballast und orientieren sich an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Für Ihre tägliche Arbeit besonders nützlich sind die optisch hervorgehobenen Hinweise und Tipps für die Mitbestimmung.

Wichtige Gesetzesänderungen und neue Rechtsprechung haben eine Neuauflage dieses hochgeschätzten Werkes notwendig gemacht. Zum Beispiel bringt das geänderte Leiharbeitsrecht viele Neuerungen mit sich. Im Kündigungsrecht gibt es – bekannt unter dem Fall »Emmely« – eine Trendwende der Rechtsprechung zur Kündigung wegen Bagatelldelikten. Aber auch in anderen Bereichen gibt es wichtige Neuerungen.

Kommentiert sind die Gesetze und Vorschriften, die für Praktiker wirklich wichtig sind:

AEntG, AGG; ArbSchG, ArbZG, AÜG, BBiG; BDSG, BEEG, BGB, BurlG, EFZG; JarbSchG; KSchG, MuSchG, PflegeZG; SGB IX, TzBfG.

**Der Herausgeber:**

Dr. Peter Wedde,
Professor für Arbeitsrecht und
Recht der Informationsgesellschaft,
Direktor der Europäischen Akademie
der Arbeit in der Universität
Frankfurt/M.

Die Autorinnen und Autoren:

- RAIn Inge Böttcher
- Wiss. Mitarbeiterin am BAG
Frauke Denecke
- RAIn Verena zu Dohna-Jaeger
- Priv.-Doz. Dr. Bettina Graue
- Prof. Dr. Eva Kocher
- Richter am ArbG Thomas Lakies
- RA Dr. Reinold Mittag
- RAIn Dorothee Müller-Wenner
- Vors. RichterIn am LAG
Astrid Paki
- Dr. Ralf Pieper
- RAIn Claudia Schertel
- RAIn Heike Schnependahl
- RA Carsten Schuld
- Prof. Dr. Peter Wedde

Ja, ich bestelle:

Expl.: ISBN Autor / Kurztitel: € / Preis
6165-3 Peter Wedde (Hrsg.) € 89,90
Arbeitsrecht

Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11*

Firma _____

Name / Vorname _____

Straße / Nr. _____

PLZ / Ort _____

Telefon _____

E-Mail _____

Ja, ich möchte den E-Mail-Service Ihres Verlages nutzen, um über interessante Angebote und Neuigkeiten auf dem Laufenden gehalten zu werden. Diesen Service kann ich jederzeit schriftlich bei der Bund-Verlag GmbH widerrufen.

Datum / Unterschrift _____

SR 09 13 11

*Wir geben Ihre Bestellung zur Ausführung an eine Buchhandlung unserer Wahl weiter.

**BUND
VERLAG**Postfach
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:
0 69 / 79 50 10-20Fax:
0 69 / 79 50 10-11Internet:
www.bund-verlag.deE-Mail:
kontakt@bund-verlag.de