

SGB III • Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Jürgen Brand, Rechtsanwalt, Richter des Verfassungsgerichtshofs für das Land NRW (2006-2012), Präsident des Landessozialgerichts NRW a.D., Wolfgang Düe, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Rupert Hassel, Richter am Landessozialgericht Baden-Württemberg, Carsten Karmanski, Richter am Bundessozialgericht, und Dr. Martin Kühl, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht NRW

8. Auflage 2018. Buch. XXXIV, 1245 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71887 8

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Sozialrecht > SGB III – Arbeitsförderung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

ArbGeb eine Beteiligung der AA ausschließen und ausschließlich angebotene Postfachfunktionen nutzen, obliegt die Entscheidung über eine Reaktion auf virtuelle Anfragen den Nutzern weiterhin selbst (BT-Drs. 16/10810 S. 50). Als Betreiberin der Jobbörse kann die BA Angebote privater Arbeitsvermittler löschen, wenn diese von Arbeitssuchenden die Zahlung eines erfolgsunabhängigen Aufwendersatzes verlangen (BSG v. 6.12.2012 – B 11 AL 25/11 R).

§ 36 Grundsätze der Vermittlung

(1) Die Agentur für Arbeit darf nicht vermitteln, wenn ein Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis begründet werden soll, das gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt.

(2) ¹Die Agentur für Arbeit darf Einschränkungen, die der Arbeitgeber für eine Vermittlung hinsichtlich Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand, Staatsangehörigkeit oder ähnlicher Merkmale der Ausbildungssuchenden und Arbeitssuchenden vornimmt, die regelmäßig nicht die berufliche Qualifikation betreffen, nur berücksichtigen, wenn diese Einschränkungen nach Art der auszuübenden Tätigkeit unerlässlich sind. ²Die Agentur für Arbeit darf Einschränkungen, die der Arbeitgeber für eine Vermittlung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung oder der sexuellen Identität der Ausbildungssuchenden und der Arbeitssuchenden vornimmt, nur berücksichtigen, soweit sie nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zulässig sind. ³Im Übrigen darf eine Einschränkung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, Partei oder vergleichbaren Vereinigung nur berücksichtigt werden, wenn

1. es sich um eine Ausbildungs- oder Arbeitsstelle in einem Tendenzunternehmen oder -betrieb im Sinne des § 118 Absatz 1 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes handelt und
2. die Art der auszuübenden Tätigkeit diese Einschränkung rechtfertigt.

(3) Die Agentur für Arbeit darf in einen durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffenen Bereich nur dann vermitteln, wenn die oder der Arbeitssuchende und der Arbeitgeber dies trotz eines Hinweises auf den Arbeitskampf verlangen.

(4) ¹Die Agentur für Arbeit ist bei der Vermittlung nicht verpflichtet zu prüfen, ob der vorgesehene Vertrag ein Arbeitsvertrag ist. ²Wenn ein Arbeitsverhältnis erkennbar nicht begründet werden soll, kann die Agentur für Arbeit auf Angebote zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit hinweisen; Absatz 1 gilt entsprechend.

Übersicht

	Rn.
I. Geltende Fassung – Normzweck	1
II. Abs. 1 – Keine Vermittlung bei Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten	2
III. Abs. 2 – Unzulässige Einschränkungen durch ArbGeb	8
IV. Abs. 3 – Vermittlung trotz Arbeitskampf	17
V. Abs. 4 – Vermittlung selbständiger Tätigkeiten	18

I. Geltende Fassung – Normzweck

- 1 § 36 ist mWv 1.1.1998 durch Art. 1 AFRG eingeführt worden und hat im Wesentlichen die Fassung des § 36 RegE-AFRG Abs. 1, 2, 3, 4 sind mWv 1.1.2004 durch **G v. 23.12.2003** (BGBl. I 2848) geändert worden. **Änderungen seit der 3. Aufl.:** durch **G v. 14.8.2006** (BGBl. I 1897) sind im Zuge der Umsetzung der **Gleichbehandlung durch das AGG** Abs. 2 S. 1, S. 2 und S. 3, durch **G v. 19.4.2007** (BGBl. I 538) Abs. 4 neu gefasst bzw geändert worden. Durch **G v. 21.12.2008** (BGBl. I 2917) wurde Abs. 2 mWv 1.1.2009 geändert, durch **G v. 20.12.2011** (BGBl. I 2854, EinglVerbG) wurde die Norm mWv 1.4.2012 redaktionell überarbeitet und zur sprachlichen Gleichbehandlung von Frauen und Männern angepasst. **Vorläufer:** Abs. 1 beinhaltet das in § 16 AFG enthaltene Verbot (Tarifwidrigkeit), geht aber weit darüber hinaus. Abs. 2 enthält Elemente des § 20 Abs. 2–4 AFG; Abs. 3 entspricht § 17 Abs. 2 AFG. Die Vorschrift stellt Ge- und Verbote für die **Durchführung der Vermittlung** auf.

II. Abs. 1 – Keine Vermittlung bei Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten

- 2 Abs. 1 dient nur der Klarstellung. Auch ohne diese Bestimmung dürfen die AA schon aus allgemeinstaatlichen Gesichtspunkten nicht an der Begründung eines gesetz- oder sittenwidrigen Ausbildungs- oder ArbVerh mitwirken, allerdings ist eine Vermittlung in selbstständige Tätigkeit zulässig (BSG SGB 2000, 631). Ein **Gesetzesverstoß** liegt in jedem Zuwiderhandeln gegen materielles Recht, unabhängig in welcher Form es beschlossen ist. Das Gesetz muss allerdings materiell und formell rechtmäßig sein. Auch ausländische Gesetze, die in deutsches Recht transponiert worden sind, binden die AA; ebenso supra- und internationales Recht, das in der BRD Geltung besitzt.
- 3 Zur Beachtung der geltenden Gesetze gehört auch die Beachtung von **Tarifverträgen**, da der **normative Teil** von Tarifverträgen Rechtssatzcharakter besitzt. Unabhängig ihrer Kenntnis der Tarifwidrigkeit darf die AA den Beteiligten – insbes dem ArbGeb – Hinweise auf die tarifwidrige Situation geben. Aus § 36 kann keine Pflicht der AA hergeleitet werden, die Zugehörigkeit des Arbeitssuchenden zu einer Tarifvertragspartei zu ermitteln (BSG 21.7.1981 – 7 RAr 1/80). Die Mitarbeiter der AA sind nicht verpflichtet, die tariflichen Regelungen im Einzelnen zu kennen; es genügt, wenn sie sie im Allgemeinen, dh die wichtigsten tariflichen Regelungen ihres AA-Bezirks, kennen.
- 4 Trotz des Mitwirkungsverbots für die AA können Arbeitssuchende und ArbGeb auch **tarifwidrige ArbVerh** begründen. Ein tarifwidriges Arbeitsangebot entspricht nicht den Grundsätzen einer sachgerechten Arbeitsvermittlung iSd § 36 und stellt einen wichtigen Grund zur Ablehnung eines Arbeitsangebotes iSd § 159 Abs. 1 dar. Ein mit Kenntnis der Tarifwidrigkeit unterbreitetes Arbeitsangebot kann einen Schadensersatzanspruch aus **Amtspflichtverletzung** (§ 839 BGB iVm Art. 34 GG) auslösen. Ein solcher Anspruch wird häufig aber daran scheitern, dass die AA die Tarifgebundenheit des ArbN und den vorgesehenen Lohn nicht kennt und auch nicht kennen muss (BSG 21.7.1981 – 7 RAr 1/80 zur Frage, ob das Arbeitsangebot Angaben über die Höhe der zu erwartenden Entlohnung enthalten muss).
- 5 Die AA haben die Tarifwidrigkeit anhand des **normativen Teils** des in Betracht kommenden **Tarifvertrags** zu prüfen. In seinem normativen Teil finden sich Bestimmungen über den Inhalt des ArbVerh (vor allem Lohn und Gehalt, Arbeitszeit, Urlaub, Überstundenvergütung, Gratifikationen usw.). Dem Tarifvertrag kommt unmittel-

telbare und zwingende Wirkung für das ArbVerh zu, wenn die Parteien des ArbVerh tarifgebunden sind oder der Tarifvertrag gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Liegt keine dieser Voraussetzungen vor, darf die AA seine Mitwirkung nicht deswegen ablehnen, weil der Lohn **nicht dem Tariflohn** oder dem ortsüblichen Lohn entspricht. Eine Abweichung von den Bestimmungen des Tarifvertrages zugunsten des Arbeitssuchenden ist unschädlich. Betriebsvereinbarungen sind Tarifverträgen nicht gleichzustellen.

Der AA ist eine Mitwirkung auch untersagt, wenn gegen Mindestarbeitsbedingungen nach dem G über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen v. 11.1.1952 (BGBl. I 17) oder nach §§ 19, 22 HAG verstoßen wird. Diese Regelung hat größere Bedeutung nur für die Festlegung der Mindestarbeitsbedingungen nach dem HAG (s. § 12 SGB IV). Einen Verstoß gegen Arbeitsschutzgesetze, der eine Vermittlung ausschließt, stellen auch aufgrund von Vorerfahrungen zu erwartendes **Mobbing** oder **sexuelle Belästigungen** am Arbeitsplatz dar, da dies dem öffentlich-rechtlichen Gebot der menschengerechten Gestaltung der Arbeit widerspricht (§§ 1f. ArbSchG).

Ein Verstoß gegen die **guten Sitten** lässt sich nicht allgemein beschreiben, sondern ist vielmehr nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei kommt es vor allem auf die in den beteiligten Kreisen herrschenden Anschauungen und den gesellschaftlichen Grundkonsens sowie auf die gesamten Umstände des betr. Verhältnisses an. Es muss festgestellt werden, ob ein Verstoß gegen das Gefühl aller billig und gerecht Denkenden vorliegt. Es ist gleichgültig, ob die Vertragsparteien die Sittenwidrigkeit kennen oder erkennen konnten. Bei der Begründung eines Ausbildungs- und ArbVerh können insbes die **Ausbeutung von Leichtsin, Not oder Unzufriedenheit** der einen Vertragspartei durch die andere Sittenwidrigkeit begründen (s. § 138 BGB). Die Sittenwidrigkeit kann auch in der Gemeinschaftsschädlichkeit des Unternehmens bzw des ArbGeb bzw der Missachtung der Tätigkeit durch die Gesellschaft liegen, mit dem ein Ausbildungs- oder ArbVerh geschlossen werden soll (zB Vermittlung in ein Unternehmen, das sich mit kriminellen Aktionen beschäftigt; Unternehmen, die zum Zwecke der Erschleichung von Einfuhrbewilligungen gegründet sind; Unternehmen, die der Geldwäsche dienen; Unternehmen zur Förderung der **Prostitution** – s. hierzu auch BSG 6.5.2009 – B 11 AL 11708 R, wonach ein Bordellbetreiber keinen Anspruch auf Vermittlung von Prostituierten zur Begründung von BeschVerh hat). Ein **Bruttostundenlohn von 11,- EUR** für Hilfsarbeiten in Berliner Industrieunternehmen verstößt wegen Lohnwuchers nach Ansicht des SG Berlin (Urt. v. 18.1.2002 info also 2002 S. 114) gegen die guten Sitten. Das Angebot einer entspr Beschäftigung verletzt den Grundsatz ordnungsgemäßer Vermittlung. Es kann als unzulässig vom Arbeitslosen sanktionslos abgelehnt werden.

III. Abs. 2 – Unzulässige Einschränkungen durch ArbGeb

Hat der ArbGeb Einschränkungen für eine Vermittlung vorgenommen, müssen die AA prüfen, ob dies nicht einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG bzw das AGG (s. hierzu Husmann ZESAR 2007, 13; s. auch Kocher, Sgb 2011, 545) darstellt. Dies ist zB bei jeder Einschränkung der Besetzbarkeit eines Arbeitsplatzes zu bejahen, die nicht der Eigenart der Stelle heraus begründet ist. IdR liegt ein Verstoß vor, wenn der ArbGeb seinen Vermittlungswunsch bzgl. des Geschlechts, des Alters, des Gesundheitszustandes oder der Nationalität des zu Vermittelnden besonders einschränkt. Dass diese Aufzählung nicht abschließend ist, verdeutlicht die Wiederaufnahme des Begriffs „ähnliche Merkmale“ in das Gesetz. Allerdings kann eine Einschränkung zulässig sein, wenn sie aus der Art der auszuübenden Tätigkeit begründbar ist, wie zB die Einschränkung bzgl. des **Geschlechts** und **Gesundheitszustandes** für körperliche Schwerstarbeiten an Hochöfen; bzgl. des **Geschlechts** für

Models, die Damenmoden vorführen sollen; bzgl. bestimmter **Gesundheitsmerkmale** für Verkäufer von Lebensmitteln usw.; bzgl. des **Alters** für DJs usw. Die mögliche Benachteiligung des Auszubildenden bzw ArbN bei der Vermittlung in eine Stelle kann der Benachteiligung von ArbN im Kündigungsschutzrecht gleichgestellt und die arbeitsgerichtliche Rspr. unter Beachtung sozialrechtlicher Besonderheiten insoweit entspr angewendet werden: s. BAG EzA § 1 KSchG Nr. 19 und 25; BAG AP zu § 13 KSchG 1951; BAG AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951. Der ArbGeb darf es auch nicht in der Hand haben, durch eine geeignete Verfahrensgestaltung die Chancen von Bewerbern wegen ihres Geschlechts so zu mindern, dass seine Entscheidung praktisch unangreifbar wird. Dabei hat er die Gesetzmäßigkeit einer von ihm veranlassten Ausschreibung einer Ausbildungsstelle durch die AA in der elektronischen Stellenbörse zu überwachen (BVerfG NJW 2007, 137).

- 9 Die AA dürfen aber nur dann nicht vermitteln, wenn der ArbGeb gerade wegen dieser Merkmale eine Einstellung ablehnen würde. Zulässig und damit kein Vermittlungshindernis sind vom ArbGeb angesprochene Merkmale, die zwar eine Vermittlung im Einzelfall ausschließen, sich aber idR auf die **berufliche Qualifikation** beziehen. Ein Merkmal, das nur ausnahmsweise beruflich qualifizierend wirkt, muss demgegenüber zur Ablehnung der Vermittlung führen. Vor allem dürfen die AA eine Vermittlung nur durchführen, wenn das zu einer Einschränkung der Vermittlung führende Merkmal gerade für den konkreten Tätigkeitsbereich und die Art der auszuübenden Tätigkeit unerlässlich ist, dh Stellensuchende mit den vom ArbGeb ausgeschlossenen Merkmalen die Tätigkeit nicht ausüben können.
- 10 In S. 2 ist im Zuge der **Umsetzung der Gleichbehandlung** durch das AGG die Ausnahme vom Diskriminierungsverbot für Religionsgemeinschaften gestrichen worden. Das gleiche gilt für die Regelung in S. 3. Anstelle S. 2 aF ist eine Regelung aufgenommen worden, die dem im **AGG** enthaltenen Verhältnis von Benachteiligungsverbot und Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung entspricht. Danach können an und für sich **verbotene Ungleichbehandlungen** aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung oder der sexuellen Identität (Inhalt des § 1 AGG) im Einzelfall zulässig sein. S. 2 nimmt das AGG ausdrücklich in Bezug. Hiernach dürfen nach § 7 AGG Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (s. oben) benachteiligt werden, eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes (s. oben) kann aber nach §§ 8ff. AGG zB wegen besonderer beruflicher Anforderungen, wegen der Religion oder Weltanschauung und des Alters zulässig sein. Danach kann eine **Religionsgemeinschaft** als ArbGeb eine bestimmte Religion oder Weltanschauung als eine gerechtfertigte berufliche Anforderung ansehen und nur entspr Personen beschäftigen wollen (§ 9 Abs. 1 AGG). Daneben können diese Gemeinschaften ein loyales und aufrichtiges Verhalten ihrer Beschäftigten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen (§ 9 Abs. 2 AGG).
- 11 Im Zuge der Arbeitsvermittlung bzw Ausbildungsvermittlung dürfte vor allem § 8 AGG von Bedeutung sein, wonach eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist, wenn die Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Hier wird im Einzelfall das Interesse des ArbGeb an einem bestimmten Profil des ArbN bzw Azubi **mit den Grundsätzen des AGG abzuwägen** sein.
- 12 Eine grundsätzliche Ausnahme vom Diskriminierungsverbot wird in Abs. 2 S. 3 für bestimmte ArbGeb hinsichtlich der Merkmale der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, Partei oder vergleichbaren Vereinigung insoweit modifiziert, als eine entspr vom ArbGeb vorgenommene Einschränkung die Vermittlung nur dann nicht ausschließt, wenn die Ausbildungs- bzw Arbeitsstelle in einem **Tendenzunternehmen oder -betrieb** besteht und die Art der auszuübenden Tätigkeit diese Einschränkung begründet.

Tendenzbetriebe werden in § 118 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BetrVG aufgeführt. Sie genießen Tendenzschutz. Tendenzbetriebe sind zB der DGB, WfB, Privatschulen, Theater, Tageszeitungen, Verlage. Kein Tendenzbetrieb ist ein Druckunternehmen, das keinen Einfluss auf den Inhalt der Druckerzeugnisse und damit auf die Tendenzverwirklichung der Verlage hat (BAG EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 27).

S. 3 nimmt auf § 118 Abs. 1 S. 1 BetrVG Bezug. Die Einschränkung der Vermittlung wegen der Zugehörigkeit zu einer **Gewerkschaft, Partei** oder vergleichbaren **Vereinigung** ist nur dann für die Vermittlung unschädlich, wenn ArbGeb eine der in Abs. 2 S. 3 aufgeführten Vereinigungen ist und der ArbGeb die in Abs. 2 S. 1 genannten Merkmale modifiziert bzw ausschließt.

Gewerkschaften sind ArbN-Verbände (vor allem DGB und Einzelgewerkschaften), aber auch nicht tariffähige ArbN-Zusammenschlüsse, die das Ziel haben, auf Arbeitsbedingungen Einfluss zu nehmen. **Parteien** sind nicht nur die in einem Parlament vorhandenen Parteien, sondern auch Wählerinitiativen, dh alle Vereinigungen, die politischen Einfluss nehmen wollen. **Vergleichbare Vereinigungen** sind zB Bürgerinitiativen. Die Begriffe sind weit auszulegen. Der früher in Abs. 2 S. 3 enthaltene Begriff der Religionsgemeinschaft ist mWv 18.8.2006 entfallen. Durch die Bezugnahme des Abs. 2 S. 2 auf das AGG können aber auch **Religionsgemeinschaften** zulässigerweise im gewissen Umfang Ungleichbehandlungen vornehmen, wenn diese durch § 9 AGG gedeckt sind.

Die Privilegierung des Abs. 2 S. 3 beruht auf dem Gedanken, dass diese Unternehmen, Betriebe oder Einzel-ArbGeb (zB Presseverlage, Abgeordnete usw.) voraussetzen, dass die bei ihnen Beschäftigten ihre **Ziele billigen und aktiv unterstützen** und dies auch und gerade für die konkrete Beschäftigung von Bedeutung ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, muss die AA eine Vermittlung ablehnen.

IV. Abs. 3 – Vermittlung trotz Arbeitskampf

Grundsätzlich hat eine Vermittlung während eines Arbeitskampfes zu unterbleiben. Arbeitsvermittlung trotz Arbeitskampf kann ausnahmsweise stattfinden, wenn der Arbeitsuchende und der ArbGeb dies ausdrücklich oder konkludent verlangen und die AA beide Parteien vorher auf den Arbeitskampf hingewiesen hat.

V. Abs. 4 – Vermittlung selbständiger Tätigkeiten

Die Vorschrift stellt klar, dass die AA nicht verpflichtet sind, zu prüfen, auf Grund welcher Rechtsverhältnisse Beschäftigte ihre Tätigkeit erbringen. Den AA wird die unter § 25 Rn. 3ff. dargestellte schwierige Auseinandersetzung mit der Frage, ob es sich um eine **abhängige Beschäftigung** oder **selbständige Tätigkeit** handelt, nicht abverlangt. Wenn klar erkennbar ist, dass kein ArbVerh begründet werden soll, kann, nicht muss, die AA auf Angebote zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit hinweisen. Das Gesetz enthält die Klarstellung, dass die Vermittlungstätigkeit der AA nicht auf Arbeitsvermittlung ieS beschränkt ist. Der Gesetzgeber hat die Vermittlungstätigkeit der BA nicht auf eine Vermittlungskompetenz kraft Sachzusammenhangs, soweit sie nicht durch selbständige Tätigkeiten geprägt ist, begrenzt. Die bis zum 30.4.2007 geltende Fassung des Abs. 4 sah eine Sonderregelung für unständig Beschäftigte vor. Die Möglichkeit, auch in selbständige Tätigkeiten zu vermitteln, ist jetzt auf alle Arbeitsuchende ausgedehnt worden. Voraussetzung ist aber, dass erkennbar ein ArbVerh nicht begründet werden soll.

Durch die Neufassung, die erst im Ausschuss für Arbeit und Soziales in den Gesetzesentwurf aufgenommen wurde (Beschlussempfehlung v. 7.3.2007 – BT-Drs. 16/4578), werden die Kompetenzen der AA im Hinblick auf die Ausübung selbständiger

Tätigkeiten erweitert. Die AA sollen ab 1.5.2007 die Möglichkeit haben, einen Beitrag zur Zusammenführung von Anbietern selbständiger Tätigkeiten und Arbeitssuchenden zu leisten. Da die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit stets mit gewissen Risiken verbunden ist, handelt es sich, so der Ausschuss aaO, um ein **zusätzliches Angebot an Arbeitssuchende**, die an der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit interessiert sind. Es bestehe weder die Pflicht, dieses Angebot der AA anzunehmen, noch sei eine fehlende Mitwirkungsbereitschaft mit **leistungsrechtlichen Konsequenzen** verbunden. Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass der Arbeitssuchende, der ein Angebot, eine selbständige Tätigkeit anzunehmen, ausschlägt, nicht mit einer Sperrzeit oä belegt werden darf. Diese Sanktionen sind nur im Bereich der Vermittlung abhängiger BeschVerh zulässig.

- 20 Die AA handeln bei der Vermittlung in selbständige Tätigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen. Weder der Arbeitssuchende noch der Anbieter selbständiger Tätigkeiten besitzen einen Anspruch auf eine entspr Vermittlung.
- 21 Nach Auffassung des Gesetzgebers wird die Tätigkeit der AA in erster Linie darin bestehen, Informationen zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe Anbieter selbständiger Tätigkeiten (zB Franchisegeber) und Arbeitssuchende zusammenfinden können. Insoweit werden die AA aber nicht als Vermittler tätig. Gleichwohl haben die AA zu prüfen, ob die angebotenen selbständigen Tätigkeiten für die Arbeitssuchenden generell geeignet sind. Außerdem haben die AA geeignete Vorkehrungen zu treffen, damit Angebote, die gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstoßen (wie zB Schneeballsysteme), ausgeschlossen werden, s. Abs. 1.

§ 37 Potenzialanalyse und Eingliederungsvereinbarung

(1) ¹Die Agentur für Arbeit hat unverzüglich nach der Ausbildungssuchendmeldung oder Arbeitssuchendmeldung zusammen mit der oder dem Ausbildungssuchenden oder der oder dem Arbeitssuchenden die für die Vermittlung erforderlichen beruflichen und persönlichen Merkmale, beruflichen Fähigkeiten und die Eignung festzustellen (Potenzialanalyse). ²Die Potenzialanalyse erstreckt sich auch auf die Feststellung, ob und durch welche Umstände die berufliche Eingliederung voraussichtlich erschwert sein wird.

(2) ¹In einer Eingliederungsvereinbarung, die die Agentur für Arbeit zusammen mit der oder dem Ausbildungssuchenden oder der oder dem Arbeitssuchenden trifft, werden für einen zu bestimmenden Zeitraum festgelegt

1. das Eingliederungsziel,
2. die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit,
3. welche Eigenbemühungen zur beruflichen Eingliederung die oder der Ausbildungssuchende oder die oder der Arbeitssuchende in welcher Häufigkeit mindestens unternehmen muss und in welcher Form diese nachzuweisen sind,
4. die vorgesehenen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung.

²Die besonderen Bedürfnisse behinderter und schwerbehinderter Menschen sollen angemessen berücksichtigt werden.

(3) ¹Der oder dem Ausbildungssuchenden oder der oder dem Arbeitssuchenden ist eine Ausfertigung der Eingliederungsvereinbarung auszuhändigen. ²Die Eingliederungsvereinbarung ist sich ändernden Verhältnissen anzupassen; sie ist fortzuschreiben, wenn in dem Zeitraum, für den sie zunächst galt, die Ausbildungssuche oder Arbeitssuche nicht beendet wurde. ³Sie ist spätestens nach sechsmonatiger Arbeitslosigkeit, bei arbeitslosen und ausbildungssuchenden jungen Menschen spätestens nach drei Monaten,

zu überprüfen. ⁴Kommt eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande, sollen die nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 erforderlichen Eigenbemühungen durch Verwaltungsakt festgesetzt werden.

I. Geltende Fassung – Normzweck

§ 37 hat seine jetzige Fassung mWv 1.1.2009 durch **G v. 21.12.2008** (BGBl. I 2917) erhalten und geht hinsichtlich der Potenzialanalyse auf § 6 und der Eingliederungsvereinbarung wesentlich auf § 35 Abs. 4 in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung (BGBl. I 3443) zurück. Durch **G v. 20.12.2011** (BGBl. I 2854, EinglVerb) wurde mWv 1.4.2012 Abs. 2 S. 3 auf Grund der Streichung der Vorschriften zum Eingliederungsgutachten geändert und die Norm zur sprachlichen Gleichbehandlung von Frauen und Männern angepasst. Durch G v. 5.12.2012 erfolgte mWv 1.1.2013 in Abs. 3 S. 3 eine redaktionelle Änderung (Ausbildungssuche anstelle von Ausbildungsstellensuche).

Die Norm enthält die Verpflichtung der AA, eine Potenzialanalyse durchzuführen, sowie die Regelungen über Eingliederungsvereinbarungen.

II. Abs. 1 – Potenzialanalyse

Bevor die AA Vermittlungsaktivitäten unternimmt, wird sie mit dem Arbeitslosen bzw. Ausbildungssuchenden eine Eingliederungsvereinbarung (siehe Abs. 2) abschließen. Hierin wird unter anderem das Eingliederungsziel festgelegt. Dies setzt voraus, dass die AA die Fähigkeiten sowie die Eignung des Arbeitslosen bzw. Arbeitssuchenden kennt. Um diese Kenntnis zu erhalten, muss die AA zunächst eine **Potenzialanalyse** durchführen. Hierin müssen die Stärken und Schwächen des Arbeitslosen/Ausbildungssuchenden deutlich werden. Das G regelt eindeutig, dass die Potenzialanalyse „unverzüglich nach der Suchendmeldung“ zu erfolgen hat und nicht etwa vor einzelnen Entscheidungen und auch nicht vor Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung wiederholt werden muss (SächsLSG v. 18.7.2013 – L 3 AL 251/10). Die Regelungen über die Eingliederungsvereinbarung sind mit dem GG vereinbar (SächsLSG aaO).

Ebenso wie in dem bis zum 31.12.2008 geltenden § 6 steht es **nicht im Ermessen der AA**, ob sie eine Potenzialanalyse durchführt oder nicht. Die Potenzialanalyse ist nach dem Gesetz durchzuführen. Das Gesetz stellt unmissverständlich klar, dass die Potenzialanalyse nicht erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit zu erfolgen hat, sondern bereits unverzüglich nach der Meldung der Arbeitssuche bzw. Ausbildungssuche. Damit soll die Zeit zwischen Aussprechen und Wirksamwerden einer Kündigung intensiv genutzt werden, um eine Arbeitslosigkeit möglichst gar nicht erst entstehen zu lassen. Spätester Zeitpunkt für die Potenzialanalyse ist die Arbeitslosmeldung (BT-Drs. 14/7347 zu § 6). Liegen Potenzialanalysen von Schulen oder anderen Institutionen vor, sollen diese mit Einverständnis des Ausbildungssuchenden in die Potenzialanalyse der AA einbezogen werden. Auch ausländische Bildungs- und Berufsabschlüsse stellen ein wertvolles Potenzial für den Arbeitsmarkt dar. Im Rahmen der Potenzialanalyse soll daher auf die Möglichkeit der Anerkennung dieser ausländischen Bildungs- und Berufsabschlüsse durch zuständige Stelle hingewiesen werden (BT-Drs. 16/10810).

III. Abs. 2, 3 – Die Eingliederungsvereinbarung

1. Allgemeines

- 4 Die durch das Job-AQTIV-G 2002 in § 35 Abs. 4 in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung eingefügten Bestimmungen zur **Eingliederungsvereinbarung**, die nach dem bis zum 31.12.2008 geltenden § 6 zu treffen sind, und sich nun in § 37 Abs. 2, 3 finden, sind in der Praxis sehr umstritten. Auch das SGB II kennt in § 15 die Eingliederungsvereinbarung. Durch die Eingliederungsvereinbarung wird **kein neues Rechtsverhältnis** zwischen AA und dem Arbeitslosen begründet (BT-Drs. 14/6944 S.31). Die Wirksamkeit einer Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III ist nach dem Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge zu beurteilen, BSG v. 4.4.2017 – B 11 AL 5/16 R, NZS 2017, 707. Bei der Eingliederungsvereinbarung nach § 37 Abs. 2 SGB III handelt es sich um einen **öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Form des subordinationsrechtlichen Austauschvertrags** nach § 53 Abs. 1 Satz 2, § 55 SGB X. Zu ihrer Wirksamkeit müssen die für einen Vertragsschluss erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsparteien vorliegen (§ 61 Satz 2 SGB X iVm §§ 145ff. BGB) und das Schriftformerfordernis gewahrt sein (§ 56 SGB X), BSG v. 4.4.2017 – B 11 AL 19/16 R. Die Eingliederungsvereinbarung darf auch nicht nichtig sein. Nach der Rechtsprechung des 14. Senats des BSG ist eine Eingliederungsvereinbarung im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende nichtig, wenn in ihr außer der Zusage von Vermittlungsvorschlägen bei Stellenangeboten keine individuellen, konkreten und verbindlichen Leistungsangebote des Beklagten zur Eingliederung des Klägers in Arbeit vereinbart sind (BSG vom 23.6.2016 – B 14 AS 30/15 R). Die zum SGB II ergangene Rechtsprechung ist – auch zur Wahrung der **Einheitlichkeit der Rechtsordnung** – auf die Eingliederungsvereinbarung nach dem SGB III zu übertragen, BSG v. 4.4.2017 aaO. Die Eingliederungsvereinbarung ist nur dann wirksam und verbindlich, wenn dem Arbeitslosen im Gegenzug zu seinen Zusagen, sich zu bewerben, in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag eine angemessene und billige Gegenleistung zugesagt wurde (§ 58 Abs. 2 Nr. 4 SGB X). Hierzu gehören ua die Teilnahme an einem Bewerbungstraining bei einem näher bezeichneten Träger, die Übernahme von Bewerbungskosten sowie von Reisekosten für Vorstellungsgespräche usw.

Die in einer Eingliederungsvereinbarung formell wirksam getroffenen Einzelvereinbarungen **dürfen nicht auf ihre Rechtmäßigkeit oder Zumutbarkeit hin überprüft werden** (BSG v. 23.6.2016 – B 14 AS 30/15 R). Eine Überprüfung einzelner Regelungen in einer Eingliederungsvereinbarung durch die Gerichte der SGB scheidet aus, weil sie dem Sinn und Zweck eines auf individuelle Erfordernisse zugeschnittenen und ausgehandelten öffentlich-rechtlichen Austauschvertrags entgegenstünde. Sollten ihre Verhandlung und ihr Abschluss nicht der idealtypischen Vorstellung des Vertragsmodells entsprechen, stellt dies nicht zugleich einen Nichtigkeitsgrund iS des § 58 Abs. 1 SGB X dar, BSG v. 4.4.2017 – B 11 AL 19/16 R.

Allerdings folgt nach der Auffassung des SächsLSG (Urt. v. 9.2.2017 – L 3 AL 274/15) aus dem Nebeneinander von § 37 Abs. 2 und 3 und § 5 in Verbindung mit § 3 Abs. 2, § 45 einerseits und dem Fehlen einer Ausschluss- oder Vorrangregelung andererseits, dass eine AA einem Arbeitslosen eine berufliche Eingliederungsmaßnahme auch außerhalb einer Eingliederungsvereinbarung anbieten kann. Die **Sperrzeitregelung in § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 (Sperrzeit wegen fehlender Eigenbemühungen s. § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 3)** stellt nur darauf ab, dass eine berufliche Eingliederungsmaßnahme abgelehnt wurde, und nicht darauf, auf welcher Grundlage sie der oder dem Arbeitslosen angeboten wurde.

Die Eingliederungsvereinbarung basiert auf den objektiven Möglichkeiten des Arbeitslosen, aber auch auf seinen Berufswünschen und den Möglichkeiten des für ihn