

# **Hilfen zur Teilhabe am Arbeitsmarkt**

**Rechtsgutachten von Prof. Dr. Peter Mrozynski, Gauting**

**für die**

**Arbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (AGFW) Hamburg e.V.**

Im Gutachten werden aus dem Zusammenhang der §§ 16f und 16i SGB II folgende Rechtsgrundsätze entwickelt:

- Die Leistungen nach § 16i SGB II können, soweit sie nicht bedarfsdeckend sind, durch Leistungen nach § 16f SGB II erweitert werden.
- Eine als Arbeitsassistenz zu bezeichnende Hilfeform kann auf der Grundlage des § 16i Abs. 4 SGB II entwickelt werden. Nur wenn dies nicht der Fall wäre, käme eine Anwendung des § 16f SGB II in Betracht.
- Eine Projektförderung ist nur auf der Grundlage des § 16f SGB II vorgesehen. Im Rahmen einer Erweiterung nach § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II kann sie in einen Zusammenhang mit § 16i SGB II gebracht werden. Auch in diesem Falle müssen die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Aufstockungsverbot gegeben sein (§ 16f Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 SGB II).
- Durch § 16i Abs. 4 SGB II wird dem Hilfebedürftigen ein Rechtsanspruch eingeräumt. Bei der Anwendung des § 16f SGB II hat die Agentur für Arbeit durchgehend einen relativ weiten Ermessensspielraum. Er ist auch dann nicht eingeschränkt, wenn die Haushaltsmittel noch nicht ausgeschöpft sind, denn es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem Mittel ausgegeben werden müssten.
- Eine Klagebefugnis der Wohlfahrtsverbände besteht in allen Fällen, wenn sie den Abschluss eines Leistungserbringungsvertrages anstreben. Eine Klagebefugnis der Wohlfahrtsverbände besteht auch, soweit sie als Arbeitgeber Leistungen beanspruchen.

## 1. Einführung

Eines der größeren Probleme in der Grundsicherung für Arbeitsuchende war in der Vergangenheit die scharfe Zäsur, die das Gesetz zwischen der Erwerbs- und der Beschäftigungsfähigkeit Hilfesuchender vorgenommen hatte und weitgehend immer noch insoweit vornimmt, als grundsätzlich nur erwerbsunfähige Hilfesuchende von dem strengen Regime des SGB II ausgenommen sind. So wird in der amtlichen Begründung zu § 16i SGB II die Anwendung des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II auf diesen Personenkreis nicht in Frage gestellt.<sup>1</sup> Die §§ 31 ff. SGB II sind an die Stelle des § 25 BSHG a.F. getreten. Dazu hatte das BVerwG im Jahre 1983 noch entschieden, dass die Vorschrift eine Hilfenorm ist. Dies ergibt sich nach Auffassung des Gerichts auch aus dem Zusammenhang mit den §§ 18 – 20 BSHG a. F.<sup>2</sup>; ggf. müssen im Falle nachhaltiger Schwierigkeiten bei der Eingliederung in den Arbeitsmarkt, intensivere Hilfen angeboten werden (§ 67 SGB XII), unabhängig davon, ob eine Sanktion möglich ist oder nicht.

Diese Problematik war dem Gesetzgeber des SGB II bekannt. In der amtlichen Begründung des Jahres 2003 zur Einführung des SGB II hatte er noch ausgeführt:

„Soweit bestimmte Maßnahmen nicht auf die sofortige Integration in Arbeit abzielen, sondern zunächst helfen sollen, die Arbeits- und Beschäftigungsfähigkeit von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen wiederherzustellen, sind hierzu von der Bundesagentur geeignete Indikatoren zu entwickeln. Insbesondere die in § 16 Abs. 2 aufgeführten Leistungen lassen sich über eine Eingliederungsbilanz nicht direkt beurteilen. Hierzu bedarf es insbesondere qualitativer Indikatoren, die Erfolge bei der Eingliederung nicht ausschließlich über das Kriterium des Übergangs vom Leistungsbezug in Arbeit sondern auch in einer Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsfähigkeit der Leistungsbezieher abbilden lassen“.<sup>3</sup>

Daraus sind in den ersten Jahren der Geltung des SGB II kaum Konsequenzen gezogen worden. Erst mit Einführung der § 16f und 16i SGB II kehrt der Gesetzgeber zu dem Rechtszustand zurück, der im alten Bundessozialhilferecht bereits erreicht war.<sup>4</sup> Dazu sind er und die Rechtspraxis aber auch durch die letzte Entscheidung des BVerfG vom 5. 11. 2019 zu den §§ 31 ff. SGB II (Regelsatz III) veranlasst.<sup>5</sup>

Im Prinzip geht es in § 16f SGB II darum, dass die Jobzentren auf besondere Probleme der Arbeitsuchenden angemessen reagieren können. Dies geschieht dadurch, dass die gesetzlich geregelten Eingliederungsleistungen durch freie Leistungen erweitert werden.

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/ 4725 S. 17.

<sup>2</sup> BVerwG 67 S. 1

<sup>3</sup> BT-Drs. 15/1516 S. 65.

<sup>4</sup> BGBl 2018 S. 2583 - Teilhabechancengesetz

<sup>5</sup> BVerfG 1 BvL 7/16 jurisRn. 132 – 136.

In der Gesetzesbegründung zu § 16f SGB II wird einleitend folgendes ausgeführt:

„Trotz verbesserter Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt zeigt sich, dass diejenigen Langzeitarbeitslosen, die komplexe Problemlagen aufweisen und einer verstärkten Betreuung bedürfen, weiterhin nur schwer in Arbeit eingegliedert werden können. Es gilt, für diesen Personenkreis nach zusätzlichen Wegen zu suchen, um sie in den ersten Arbeitsmarkt zu integrieren. Vor diesem Hintergrund sollen die Möglichkeiten, Leistungen zur Eingliederung in Arbeit über die Regelungen der Freien Förderung zu erbringen, weiter flexibilisiert werden. Dazu wird das in Absatz 2 geregelte Aufstockungs- und Umgehungsverbot für den Personenkreis der langzeitarbeitslosen Leistungsberechtigten voll ständig aufgehoben. Dies bedeutet, dass künftig keine Einschränkungen mehr bezüglich der zulässigen Abweichungen von den gesetzlich geregelten Leistungen bestehen. Da- mit können die gesetzlich geregelten Leistungen soweit modifiziert werden, wie es den Zielen und Grundsätzen des SGB II entspricht“<sup>6</sup>

Damit wird zwar für die Verwaltung eine große Flexibilität geschaffen. Es entsteht aber auch eine große Unsicherheit, weil es keine gesetzlichen Vorgaben für die möglichen Leistungen gibt. Darin liegt aber auch eine Chance. Auch die Leistungserbringer können Eingliederungskonzepte entwickeln und an die Jobzentren herantragen. In ihren rechtlichen Hinweisen spricht die Bundesagentur selbst von einem Erfindungsrecht. In den Fachlichen Hinweisen zu § 16f SGB II, die seit 2012 nicht fortentwickelt worden sind, ergibt sich allerdings ein Bild, das wenig von Erfindungsfreude geprägt ist.

So stellen die Fachlichen Hinweise folgenden allgemeinen Grundsatz auf:

„Andere Leistungen nach Absatz 1 sind gegeben, wenn Aktivierungs-, Stabilisierungs- oder Betreuungs- sowie Eingliederungsstrategien genutzt werden, die über die Basisinstrumente hinausgehen, um eine besondere Qualität der Leistung zu generieren, die sich positiv auf die Aktivierung und den angestrebten Eingliederungserfolg auswirken soll. Dabei können auch Elemente verschiedener Basisinstrumente einfließen. Diese besondere Qualität und die besonderen Wirkungserwartungen müssen im Konzept begründet und die Wirkung im Förderverlauf beobachtet werden“.

Vor diesem Hintergrund besteht ein auch aus rechtlicher Sicht empfehlenswerter Weg darin, dass ein Leistungserbringer ein Eingliederungskonzept entwickelt, das dann nur noch darauf zu überprüfen wäre, ob es mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist. Bei der Anwendung des § 16f SGB II muss man sich also von der Vorstellung lösen, dass das Gesetz bestimmt, was zu geschehen hat. Es schließt lediglich aus, was nicht geschehen darf, wo es schweigt, ist die Förderung frei.

Korrespondierend dazu hat der Gesetzgeber dem Leistungsträger einen großen Ermessensspielraum eingeräumt. Dies ist im Hinblick auf § 39 SGB I problematisch. Danach ist vom Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Der Zweck der Ermächtigung ist aber aus dem Gesetzeswortlaut kaum zu ermitteln. Es heißt lediglich die freien Leistungen müssen den Zielen und Grundsätzen des SGB II entsprechen. Relativ konkrete Grundsätze werden in § 1 Abs. 2 Satz 4 SGB II genannt. Diese wird man heranziehen müssen, wenn man den

---

<sup>6</sup>BT-Drs 17/6277 S. 117.

Rahmen des Ermessens bestimmt. Damit können die freien Leistungen auch über eine schlichte Eingliederung in Arbeit hinausgehen und den Abbau spezifischer Nachteile anstreben (§ 1 Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 – 5 SGB II). Die freie Förderung ist also in dem Maße möglich, als sie nicht an ausdrückliche Grenzen des Gesetzes stößt. Diese sind nicht – bzw. nur im Ansatz – in § 16f SGB II geregelt. Bei der Anwendung des § 16f SGB II hat die Agentur für Arbeit durchgehend einen relativ weiten Ermessensspielraum. Er ist auch dann nicht eingeschränkt, wenn die Haushaltsmittel noch nicht ausgeschöpft sind, denn es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem Mittel ausgegeben werden müssten.

## **2. Zielgruppen**

Zu unterschieden sind zwei Gruppen von Leistungsberechtigten. Leistungsberechtigt sind auch Aufstocker. In die erste Gruppe gehören alle nach dem SGB II Leistungsberechtigten. Für sie besteht jedoch der Grundsatz, dass durch die freie Förderung die gesetzlichen Regelungen nicht umgangen oder aufgestockt werden. Unter die gesetzlichen Regelungen fallen alle Vorschriften des SGB II und des SGB III, soweit im SGB II darauf verwiesen wird. Darüber hinaus sind auch die allgemeinen Grundsätze der Grundsicherung einzuhalten, so etwa der Nachranggrundsatz der §§ 5, 12a SGB II.

Für die zweite Gruppe (Langzeitarbeitslose und unter 25jährige), die in § 16f Abs. 2 Satz 4 SGB II genannt ist, bestehen keinerlei Einschränkungen. Für sie ist also das Umgehungs- und Aufstockungsverbot aufgehoben. Es besteht allerdings der allgemeine Grundsatz des § 16f Abs. 1 SGB II, dass alle freien Leistungen der Eingliederung in Arbeit dienen müssen.

Aus den Regelungen folgt auch, dass bei beiden Gruppen eine freie Förderung nicht möglich ist, wenn schon nach den allgemeinen Vorschriften der SGB II oder des SGB III (Basisinstrumente) eine Förderung des Leistungsberechtigten erfolgen kann. Andererseits sind Leistungen an Arbeitgeber und eine Projektförderung zulässig (§ 16f Abs. 2 Satz 5 und 6 SGB II). Ergänzend führen die Fachlichen Hinweise aus: „Eine institutionelle Förderung ist ausgeschlossen“. Dies ergibt sich aber nicht ausdrücklich aus dem Gesetz. Aus § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist eher auf das Gegenteil zu schließen. Eine Projektförderung ist nur auf der Grundlage des § 16f SGB II vorgesehen. Im Rahmen einer Erweiterung nach § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II kann sie in einen Zusammenhang mit § 16i SGB II gebracht werden. Auch in diesem Falle müssen die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Aufstockungsverbot gegeben sein (§ 16f Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 SGB II).

Eine praktische Schwierigkeit besteht darin, dass die Jobzentren bei ihrer Entscheidung eine Prognose treffen, die nicht mit dem Ermessensspielraum zu verwechseln ist. Insoweit stellt § 16f Abs. 2 Satz 4 SGB II ergänzend darauf ab, dass die Leistungen an Personen erbracht werden, „bei denen in angemessener Zeit in der Regel von sechs Monaten nicht mit Aussicht auf Erfolg auf einzelne

Gesetzesgrundlagen des SGB II oder des SGB III zurückgegriffen werden kann“. Dabei hat das Jobcenter bei jedem einzelnen Leistungsberechtigten einen Beurteilungsspielraum, der rechtlich nur schwer anzugreifen ist.

In den Fachlichen Hinweisen heißt es hierzu:

„Nach Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 16f SGB II legt die Integrationsfachkraft (IFK) fest, ob eine Freie Förderung für die weitere Eingliederungsstrategie notwendig und zielführend ist. Dabei entscheidet sie auch, mit welcher Form der Förderung (Gruppenmaßnahme oder Einzelfallhilfe) der individuelle Bedarf am besten gedeckt wird. Zur Sicherstellung eines wirkungsvollen Instrumenteneinsatzes müssen vor dem Angebot einer Leistung nach § 16f SGB II die Kriterien des Förder-Checks erfüllt sein.“

### **3. Das Verhältnis von § 16f und 16i SGB II**

Die Frage des Verhältnisses der beiden Vorschriften hat nur insoweit eine größere praktische Bedeutung, als man davon ausgehen muss, dass die Leistungen nach § 16i SGB II im Gesetz nicht in vollem Umfang bedarfsdeckend ausgestaltet sind.

Ein Rückgriff auf § 16f SGB II wäre nur dann ausgeschlossen, wenn § 16i SGB II die speziellere Regelung wäre. Beide Vorschriften regeln teils unterschiedliche Leistungsberechtigte und teils unterschiedliche Leistungen. Teilweise bestehen aber auch Entsprechungen. Nicht weiter auslegungsbedürftig ist die Ausnahme vom Aufstockungsverbot (§ 16f Abs. 2 Satz 3 SGB II) nur im Verhältnis von § 16f Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 SGB II zu § 16i Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB II. Nach ersterer Vorschrift sind Personen unter 25 Jahren und nach letzterer sind Personen über 25 Jahren leistungsberechtigt.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wie das Verhältnis bei den Langzeitarbeitslosen zu beurteilen ist. In § 16f Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 SGB II werden sie ohne jeden konkretisierenden Zusatz genannt. Insoweit kann aber an § 18 Abs. 1 SGB III angeknüpft werden.<sup>7</sup> In § 16i SGB II erscheint das gesetzliche Merkmal „langzeitarbeitslos“ nicht ausdrücklich, wird aber der Sache nach in § 16i Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB II durch die Dauer des Leistungsbezugs konkretisiert. Das Ziel des Gesetzes, die Eingliederung von „arbeitsmarktfernen“ Personen erscheint ausführlich in der Gesetzesbegründung,<sup>8</sup> jedoch im Gesetzestext nicht ausdrücklich. Es ist aber aus § 16i Abs. 2 SGB II und mehr noch durch die Leistungen nach § 16i Abs. 4 SGB II zu erschließen.

In den Gesetzesmaterialien wird einleitend betont, mit Schaffung des § 16i SGB II sei eine Fortentwicklung des § 16e SGB II a. F. verbunden.<sup>9</sup> Auch dort, wo es nahe gelegen hätte, wird in § 16i SGB II nicht auf § 16f SGB II Bezug genommen: „Dagegen sind jugendliche Leistungsbezieher unter 25 Jahren für eine Förderung

<sup>7</sup> Arbeitslosigkeit von einem Jahr und mehr.

<sup>8</sup> Z. B. BT-Drs. 19/4725 S. 17 – 20.

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/4725 S. 10.

nach § 16i nicht vorgesehen. Hier sollten Maßnahmen zur Ausbildung und Qualifizierung im Vordergrund stehen“.<sup>10</sup> An dieser Stelle der Begründung des § 16i Abs. 2 SGB II wird also zwar der Vorrang einer Ausbildung jüngerer Hilfebedürftiger hervorgehoben, der sich schon aus § 3 Abs. 2 Satz 3 SGB II ergibt, nicht aber wird der Ausschluss irgendeiner Norm geregelt. Auch die Literatur stellt kein einander ausschließendes Verhältnis zwischen den beiden Vorschriften her.<sup>11</sup> Entsprechendes gilt für die fachlichen Weisungen die sich nur mit der Abgrenzung von § 16e und 16i SGB II befassen.<sup>12</sup>

Die Vorschrift des § 16f SGB II wird in der Gesetzesbegründung zu § 16i SGB II nur einmal erwähnt. Dies erfolgt im Zusammenhang mit der Darstellung der Kosten, die durch die Neuregelung entstehen. Dabei werden die Einsparungen durch den Wegfall des § 16e SGB II alte Fassung erwähnt. Zugleich wird auf den Fortbestand der Kosten, die durch § 16f SGB II entstehen, hingewiesen. Auch daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht an eine Einschränkung des Anwendungsspielraumes dieser Vorschrift gedacht hat.

„Je 1 000 Förderfälle nach § 16e SGB II entstehen dem Bund Förderkosten von bis zu 18 Millionen Euro je Jahr... Dem stehen Einsparungen aus dem Wegfall der bisherigen Regelung gegenüber. Die Förderkosten für diese Leistung sowie für Leistungen nach den §§ 16f und 16h SGB II sind durch das Budget nach § 46 Absatz 2 Satz 3 SGB II auf höchstens 20 Prozent der auf die Jobcenter entfallenden Mittel für gesetzliche Eingliederungsleistungen begrenzt. Durch den Wegfall des § 16e SGB II alte Fassung ist auf der Grundlage der Ausgaben für dieses Instrument im Jahr 2017 mit Einsparungen innerhalb des Eingliederungstitels von bis zu 100 Millionen Euro jährlich zu rechnen, die dadurch für andere Maßnahmen zur Verfügung stehen.“<sup>13</sup>

Nach allem ist davon auszugehen, dass ein wechselseitiger Ausschluss beider Vorschriften nicht geregelt werden sollte. Kurz: § 16i SGB II ist nicht die speziellere Regelung.

Ergänzend hierzu sei auf zwei für die Auslegung von Sozialleistungen wichtige Grundsätze hingewiesen. Zunächst regelt § 31 SGB I, dass Rechte bzw. Pflichten – hier also § 16f SGB II – nur durch oder auf Grund eines Gesetzes ... geändert oder aufgehoben ... werden können.<sup>14</sup> Wer also erklärt, § 16f SGB II wäre in einen konkreten Fall, hier also bei einer Förderung nach § 16i SGB II, nicht anwendbar, müsste ein die Vorschrift abänderndes Gesetz benennen. Ein solches Gesetz gibt es nicht.

Wichtig ist auch ein weiterer allgemeiner sozialrechtlicher Grundsatz, der des § 2 Abs. 2 SGB I. Danach sind die sozialen Rechte – hier also § 3 SGB I – bei der Auslegung von Sozialgesetzen zu beachten. Dabei ist sicherzustellen, dass die

---

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/4725 S. 18

<sup>11</sup> Vgl. etwa Hauck-Noftz-Voelzke SGB II § 16i Rn. 18 – 21; Gagel/Kohte, SGB II § 16i Rn. 10 – 13; Beck OK/SozR Harich, SGB II § 16i Rn. 1 – 3; Klerks, Änderungen der Eingliederungsleistungen durch das Teilhabechancengesetz, info also 2019 S. 99.

<sup>12</sup> Weisung 201901005 vom 23. 1. 2019.

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/4725 S. 2.

<sup>14</sup> Vgl. etwa BSG 116 S. 80; LSG Hamburg Breithaupt 1994 S. 110.

sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden.<sup>15</sup> Dieser in der Praxis sogenannte Effektivierungsgrundsatz erfordert also eine extensive Auslegung von Sozialgesetzen, wobei der Wortlaut in der Regel die unüberschreitbare Schranke einer Vorschrift ist. Eine die Auslegung eingrenzende Formulierung findet sich aber weder in § 16f SGB II, noch in § 16i SGB II. Es hätte nahegelegen, sie in § 16i Abs. 7 SGB II, etwa als Nr. 3, aufzunehmen. Das ist nicht geschehen.

Das soziale Recht des § 3 SGB I kann also sinnvollerweise mit einem größeren Effekt dadurch verwirklicht werden, dass man die §§ 16f SGB II und 16i SGB II nebeneinander anwendet. Doppelleistungen können sich dadurch nicht ergeben. Soweit im konkreten Fall die Vorschrift des § 16i SGB II bedarfsdeckend ist, besteht kein Grund für eine Erweiterung durch freie Leistungen nach § 16f SGB II.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die §§ 16f und 16i SGB II sich teilweise überschneiden, dass jedoch § 16i SGB II keine den § 16f SGB II verdrängende Vorschrift darstellt. Vielmehr ergibt sich aus § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II, dass die Agentur für Arbeit gesetzlich geregelte Eingliederungsleistungen durch freie Leistungen erweitern kann. Der Wortlaut in § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II „der gesetzlich geregelten Eingliederungsleistungen“ nimmt keinerlei Einschränkung vor.

#### **4. Aufstockung von Leistungen**

Im Ergebnis ist also bei der Anwendung des § 16f SGB II zunächst von einer gesetzlich geregelten Leistung auszugehen. Diese hat Vorrang und darf im Grundsatz nicht umgangen oder aufgestockt werden (§ 16f Abs. 2 Satz 3 SGB II). Davon ausgenommen sind – hier interessierend – Langzeitarbeitslose (§ 16f Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 SGB II).

Der im Gesetz als langzeitarbeitslos charakterisierte Personenkreis erhält also zunächst vorrangige Leistungen, insbesondere nach Maßgabe des § 16i Abs. 2 und 4 SGB II. Diese können nach Maßgabe des § 16f Abs. 1 SGB II erweitert werden (Aufstockung). Angesichts der klaren Regelung des § 16i Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 – 4 SGB II ist es aber nicht ganz zweifelsfrei, ob die Möglichkeit einer Aufstockung auch für die Lohnkostenzuschüsse an Arbeitgeber nach § 16i Abs. 2 SGB II besteht. Auch dies ist für § 16f SGB II relevant. Danach werden Leistungen zwar vor allem an Hilfebedürftige erbracht. Jedoch kommen auch hier Leistungen an Arbeitgeber in Betracht (vgl. § 16f Abs. 2 Satz 5 SGB II).

Man könnte also daran denken, die Einschränkung des Aufstockungsverbots nicht auf die in § 16i Abs. 2 SGB II katalogartig geregelten und begrenzten Lohnkostenzuschüsse zu erstrecken. Doch es fehlt selbst hier an einer ausschließenden Regelung. Im Gesamtzusammenhang könnte es sich sogar in besonders schwierigen Fällen als sachlich geboten erweisen, einen vollen Lohnkostenzuschuss auch noch im dritten und den folgenden Jahren zu zahlen.

---

<sup>15</sup> Vgl. BSG 74 S. 275.

Ohnehin dürfte der Anreiz für die Arbeitgeber, der von einer vollen Lohnkostenübernahme ausgeht, nicht sehr groß sein.<sup>16</sup> Dem könnte nach § 16f SGB II durch eine erweiterte freie Leistung entgegen gewirkt werden. Würde man diese Möglichkeit von vornherein generell ausschließen, so könnte das in einem schwierigen, aber prognostisch nicht ungünstigen Fall auf der alleinigen Grundlage des § 16i SGB II dazu führen, dass man ohne Prüfung des Einzelfalles allein wegen Zeitablaufs eine Maßnahme beenden müsste. Dass solche Fälle selten sein dürften, schließt die Anwendung des § 16f SGB II nicht aus, sondern lässt sie – als Ausnahmefall – eher unproblematisch erscheinen.

Von dieser Frage abgesehen, besteht das Aufstockungsverbot jedenfalls nicht für die nicht abschließend geregelten Betreuungsleistungen an Langzeitarbeitslose und damit auch nicht für die Projektförderung (§ 16f Abs. 2 Satz 6 SGB II). Angesichts der in § 16i Abs. 4 SGB II geregelten „ganzheitlichen beschäftigungsbegleitende Betreuung“ besteht auch hier in der Regel keine Notwendigkeit einer ergänzenden Anwendung des § 16f SGB II. Die Leistung nach § 16i Abs. 4 SGB II ist so umfassend, dass die Fälle selten sein dürften, in denen eine Erweiterung durch „freie Leistungen“ erforderlich wird. Insbesondere ließe sich auf der gegebenen Grundlage auch eine Hilfeform entwickeln, die man als Arbeitsassistenz bezeichnen kann. Auch in der Behindertenarbeit hatte sich die Arbeitsassistenz anfänglich aus einer nicht näher konkretisierten Betreuung entwickelt und wurde erst später ins Gesetz eingefügt (§ 49 Abs. 8 Nr. 3 SGB IX).

Andererseits besteht in § 16i SGB II keine gesetzliche Grundlage für eine Projektförderung. Eine Auslegung in diesem Sinne würde den gesetzlichen Wortlaut der „ganzheitlichen beschäftigungsbegleitenden Betreuung“ insoweit überschreiten, als eine Projektförderung zunächst unmittelbar institutionsbezogen erfolgt und erst darüber die Hilfebedürftigen erreicht werden sollen. Eine Projektförderung kann also nur und muss ggf. über § 16f SGB II eingeführt werden.

## **5. Rechtsanspruch und Ermessen**

Die Leistung nach § 16i Abs. 1 SGB II wird als Ermessensleistung erbracht. Das Ermessen ist vor allem durch die Rechtsprechung des BVerwG dermaßen rechtsstaatlich ausgestaltet worden, dass sich aus ihm keine praktisch nennenswerten Probleme ergeben. Gemäß § 39 SGB I ist u. a. vom Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Dieser Zweck besteht in § 16i SGB II ersichtlich in der Verbesserung von Teilhabechancen auf dem Arbeitsmarkt. Entgegen einer verbreiteten Auffassung dürfen bei der Ausübung von Ermessen haushaltsrechtliche Erwägungen nur erfolgen, wenn sie im Gesetzestext ihren Ausdruck gefunden haben.<sup>17</sup> Das war nur in § 16f SGB II a. F. der Fall. Ursprünglich konnten „bis zu 10% der nach § 46 Abs. 2 auf sie entfallenden

---

<sup>16</sup> Zu den Arbeitsplatzkosten vgl. M. Schulze-Böing, Soziale Teilhabe am Arbeitsmarkt – Hinweise für die Umsetzung des neuen Förderinstruments nach § 16i SGB II, NDV 2019 S. 217, 218.

<sup>17</sup> Vgl. BSG 67 S. 279.



Eingliederungsmittel“ für die freie Förderung eingesetzt werden. Inzwischen besteht eine Regelung nach § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB II über die Verteilung der Mittel. Eine Budgetierung war ursprünglich im Gesetzesentwurf vorgesehen.<sup>18</sup> Sie ist aber nicht in den Gesetzestext übernommen worden. Vor diesem Hintergrund sind die Haushaltsansätze also immer so zu machen, dass die gesetzlichen Leistungen das ganze Jahr über erbracht werden können (§§ 68, 69 SGB IV). Dabei werden allerdings die Mittel für Eingliederungsleistungen und Verwaltungskosten in einem Gesamtbudget veranschlagt. Dessen Höhe hat der Gesetzgeber nicht begrenzt (§ 46 Abs. 1 Satz 3 SGB II).

Ein Rechtsanspruch wird dem Hilfebedürftigen nach § 16i Abs. 4 SGB II eingeräumt. Bei der Anwendung des § 16f SGB II hat die Agentur für Arbeit dabei durchgehend einen relativ weiten Ermessensspielraum. Er ist auch dann nicht eingeschränkt, wenn die Haushaltsmittel noch nicht ausgeschöpft sind, denn es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem Mittel ausgegeben werden müssten. Die Ermessensentscheidung hat nach den Grundsätzen des § 35 SGB X zu erfolgen. In der Ermessensentscheidung müssen die Gesichtspunkte genannt werden, von denen der Leistungsträger ausgegangen ist. Der Hinweis „die Entscheidung ist nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgt“ wird nie als ausreichende Begründung anerkannt. Es müsste im Einzelfall also dargelegt werden, warum eine ganzheitliche Betreuung nicht erforderlich ist. Angesichts der Bejahung des § 16i Abs. 1 SGB II, die ja erst zu einer Anwendung des § 16i Abs. 4 SGB II führt, ist dies schwierig und für den Leistungsträger jedenfalls dann risikobehaftet, wenn der Leistungsberechtigte nicht allein wegen eines Zeitablaufs (§ 16i Abs. 3 Nr. 2 – 4 SGB II) Leistungen nach § 16i SGB II erhält.

Im Hinblick auf die §§ 16f SGB II, 16i SGB II ergibt sich für den Leistungsträger daraus eine besondere Problematik. Wird eine Betreuungsform mit einer unzureichenden Begründung abgelehnt, so ergibt sich daraus – vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG (Sanktionen)<sup>19</sup> und der zu erwartenden Neuregelungen der §§ 31 ff. SGB II – die Frage, ob im konkreten Fall einer Ablehnung später überhaupt noch Sanktionen nach den §§ 31 ff. SGB II in Betracht kommen können. Eine einigermaßen sichere Ablehnungsentscheidung kann eigentlich nur darauf gestützt werden, dass der Anspruchsteller nicht zu dem nach § 16i Abs. 1 SGB II berechtigten Personenkreis gehört. Das aber ist keine Frage der Ermessensausübung, sondern der Gesetzesauslegung und damit in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar.

Ist zu § 16i Abs. 1 SGB II eine Entscheidung im positiven Sinne erfolgt, so ist angesichts der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe in § 16i Abs. 4 SGB II insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Arbeitsagentur jetzt kein Ermessen mehr eingeräumt ist. Dass die Leistungen erbracht werden „sollen“ bedeutet nach

---

<sup>18</sup> BT-Drs. 19/4725 S. 2 vgl. auch Hauck-Noftz-Voelzke § 16f Rn. 12b,

<sup>19</sup> BVerfG 1 BvL 7/16 jurisRn. 132 – 136.

unangefochtener Rechtsauffassung, dass sie im Regelfall erbracht werden müssen. Lediglich in einem atypischen Fall kann ein Ermessen ausgeübt werden. Der atypische Fall kann aber nur darin bestehen, dass der in der Regelung vorausgesetzte hohe Betreuungsbedarf im konkreten Einzelfall nicht gegeben ist. Im Ergebnis bedeutet das, dass die Vorschrift vollumfänglich einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Das gilt auch die Frage, ob ein Fall „atypisch“ ist.

Die Leistungen nach den §§ 16f SGB II und 16i SGB II müssen in jedem Falle der Eingliederung in den Arbeitsmarkt dienen. In § 16f Abs. 1 Satz 2 SGB II wird dies noch durch die Formulierung unterstrichen, dass die Leistungen den Zielen und Grundsätzen des SGB II entsprechen müssen. Die Beschreibung der Lage in den „Fragestellungen“ gibt zu einer ergänzenden Erwägung Anlass.<sup>20</sup>

In einem besonders schwierig gelagerten Fall können die Regelungen der §§ 16f SGB II und 16i SGB II dazu führen, dass die Agentur für Arbeit zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt auch durch die vorgesehenen Hilfen nicht möglich erscheint. Eine solche Situation könnte sich etwa bei einem älteren Hilfebedürftigen bei einem Leben nach eine Reihe von Jahren als wohnungslos ergeben. In diesem Falle wären in der Regel Leistungen nach § 67 SGB XII – ggf. auch nur nach den §§ 27 ff. SGB XII – zu erbringen.<sup>21</sup> Der in diesen Fällen leistungspflichtige Träger der Sozialhilfe würde bei unterschiedlichen Auffassungen über den Hilfebedarf, die hier nahe liegen, zunächst leisten (§ 2 Abs. 1 SGB XII) und nach § 104 SGB X einen Erstattungsanspruch gegenüber dem Jobcenter geltend machen.

Die Wohlfahrtsverbände könnten in diesen Fällen demgegenüber Betreuungsprogramme anbieten, in denen Leistungen nach den §§16f SGB II und 16i SGB II organisatorisch mit solchen nach § 67 SGB XII verknüpft sind. Nicht möglich wären allerdings Mischleistungen, in denen nicht mehr zwischen den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen unterscheiden werden müsste und die Leistungsträger das Angebot anteilig finanzieren könnten. Dagegen spricht die haushaltsrechtliche Regelung des § 30 SGB IV. Danach dürfen die Leistungsträger Mittel nur für gesetzlich vorgeschriebene Aufgaben aufwenden. Das setzt voraus, dass sie im Einzelfall prüfen, ob eine eigene Aufgabe durchgeführt wird, also etwa, ob die §§ 16f SGB II, 16i SGB II oder § 67 SGB XII anzuwenden sind. Von diesem Grundsatz gibt es nur wenige Abweichungen (§§ 46 Abs. 5 SGB IX; 40 Abs. 5 SGB XI). Durch diese einschränkenden Regelungen ist aber eine enge organisatorische Verknüpfung von Leistungen auf der Ebene der Leistungserbringung nicht

---

<sup>20</sup> Siehe auch: Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Umsetzung der Förderung nach § 16i SGB II „Teilhabe am Arbeitsmarkt“, NDV 2019 S. 151.

<sup>21</sup> Bei genauerer Betrachtung wären auch hier die §§ 19 ff. SGB II anzuwenden, solange die betreffende Person zwar als beschäftigungsunfähig, jedoch nicht als erwerbsunfähig anzusehen ist. Letztere kann sich nur vor dem Hintergrund einer Krankheit oder Behinderung ergeben. Das lässt sich nicht zwingend bei hartnäckiger Arbeitsentwöhnung annehmen.

ausgeschlossen (vgl. § 29 SGB IX). Eine Komplexleistung, solange § 30 SGB IV beachtet wird, ist also zulässig.

Eine besondere Variante einer Komplexleistung kann sich ergeben, wenn ein Wohlfahrtsverband sowohl als Arbeitgeber auftritt (§§ 16f Abs. 2 Satz 5 SGB II, § 16i Abs. 1 und 2 SGB II), als auch als Dritter eine Betreuung nach § 16i Abs. 4 SGB II anbietet. Es existiert keine gesetzliche Regelung, die diese Möglichkeit ausschliesse. Die Agentur für Arbeit kann hier zwar im Rahmen ihres Auswahlermessens besondere Grundsätze entwickeln, die vor allem einen Missbrauch verhindern sollen. Für einen grundsätzlichen Ausschluss dieser Möglichkeit besteht aber keine Rechtsgrundlage. Geregelt ist lediglich, dass bei Leistungen an Arbeitgeber Wettbewerbsverfälschungen vermieden werden sollen (§ 16f Abs. 2 Satz 5 SGB II).

## **6. Aufstockung der Lohnkosten**

Es ist damit zu rechnen, dass in der Praxis die Auffassung vertreten wird, dass eine Aufstockung der in § 16i Abs. 2 SGB II sehr exakt geregelten Lohnkosten nicht in Betracht komme. Dabei ist zu betonen, dass § 16f Abs. 1 SGB II jedoch ohne Einschränkung eine Erweiterung „der gesetzlich geregelten Eingliederungsleistungen“ vorsieht. Daraus wird richtig geschlossen, dass auf der Grundlage dieser Vorschrift eine Erhöhung der Regel- und Mehrbedarfe nicht möglich ist, da die §§ 19 ff. SGB II Leistungen zum Lebensunterhalt und eben nicht zur Eingliederung regeln. Unzulässig wäre aber der Schluss, weil auch die Lohnkosten der Sicherung des Lebensunterhalts dienen, könnten sie nicht gemäß § 16f Abs. 1 SGB II erhöht werden. Der Schluss ist schon deswegen unzulässig, weil § 16i SGB II im Abschnitt Leistungen zur Eingliederung in Arbeit steht. Auch dem Wortlaut nach dient § 16i SGB II der Teilhabe am Arbeitsleben, was in diesem Falle durch Motivation der Arbeitgeber erfolgt.

## **7. Overheadkosten**

Möglicherweise hat sich die Frage einer ergänzenden Anwendung des § 16f SGB II daraus ergeben, ob und inwiefern Overheadkosten über § 16f SGB II finanziert werden können. Der in der Praxis der Wohlfahrtspflege häufig verwendete Begriff ist relativ ungenau. Es ist sinnvoller, sich zunächst an folgender Unterscheidung zu orientieren: Die Finanzmittel, die erforderlich sind, um Einrichtungen und Dienste zu schaffen, in denen dann Sozialleistungen erbracht werden können, gehören nicht zu den Kosten, die der Sozialleistungsträger zu übernehmen hat. In das „leistungsgerechte Entgelt“, das er zu zahlen hat, gehören alle Kosten, die unmittelbar mit der konkreten Leistungserbringung entstehen. Bei Schaffung der Pflegeversicherung wurde dies deutlich. Hätte man jedoch nur die Kosten der konkreten Pflege übernommen, hätte zumindest anfangs die stationäre Pflege nicht geleistet werden können. Folglich hatte man in einem besonderen Gesetz die Investition in Pflegeeinrichtungen geregelt. Das setzt sich heute strukturell in der Pflegeversicherung fort.

Was zu der einen oder der anderen Kostenvariante zu rechnen ist, ist in der Praxis sehr umstritten. Immerhin regelt § 76 Abs. 2 SGB XII, dass in die Leistungsvereinbarung als wesentliche Leistungsmerkmale und als Kostenfaktor insbesondere die betriebsnotwendigen Anlagen des Leistungserbringers aufzunehmen sind. In § 17 Abs. 2 SGB II findet sich eine entsprechende Formulierung nicht. Jedoch ist die dortige Aufzählung nur beispielhaft („insbesondere“). In diesem Zusammenhang haben sich im Leistungserbringungsrecht allgemeine Grundsätze entwickelt, die generell zu beachten, aber eben auch oft umstritten sind.

Besonders entwickelt haben sich die Grundsätze in der Pflegeversicherung.<sup>22</sup> Man kann die dort zu beachtenden Vorschriften nicht analog auf andere Bereiche des Leistungserbringungsrechts anwenden. Es ist jedoch möglich, aus ihnen auf allgemeine Grundsätze zu schließen. In der Pflegeversicherung ist die „leistungsgerechte Vergütung“ ein zentraler Begriff des Leistungserbringungsrechts (§ 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII). Dazu wird u. a. geregelt, dass bestimmte Kosten, nicht bei der leistungsgerechten Vergütung berücksichtigt werden dürfen. Das sind vor allem Kosten für „Maßnahmen einschließlich Kapitalkosten, die dazu bestimmt sind, die für den Betrieb der Pflegeeinrichtung notwendigen Gebäude und sonstigen abschreibungsfähigen Anlagegüter herzustellen, anzuschaffen, wiederzubeschaffen, zu ergänzen, instand zu setzen; ausgenommen sind die zum Verbrauch bestimmten Güter (Verbrauchsgüter), die der Pflegevergütung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 zuzuordnen sind ...“.

Das könnte so verstanden werden, dass die erwähnten Kosten, die nicht unmittelbar mit der Leistungserbringung im Einzelfall zusammenhängen, nicht berücksichtigt werden können. Diese Schlussfolgerung wäre aber unzutreffend. Die Regelung erklärt sich nur aus einer Besonderheit der Pflegeversicherung, die durch eine umfangreiche Investitionsförderung der Länder gekennzeichnet ist (§ 9 SGB XI).

Konsequenterweise regelt dann § 82 Abs. 3 Satz 1 SGB XI: „Soweit betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen nach Absatz 2 Nr. 1 oder Aufwendungen für Miete, Pacht, Erbbauzins, Nutzung oder Mitbenutzung von Gebäuden oder sonstige abschreibungsfähige Anlagegüter nach Absatz 2 Nr. 3 durch öffentliche Förderung gemäß §9 SGB XI nicht vollständig gedeckt sind, kann die Pflegeeinrichtung diesen Teil der Aufwendungen den Pflegebedürftigen gesondert berechnen.“ In § 82 Abs. 1 Satz 2 wird dann geregelt, dass die Pflegevergütung von den Pflegbedürftigen oder deren Kostenträgern zu tragen ist.

Daraus ergibt sich also, dass zumindest ein Teil der sog. Overheadkosten in die Leistungsentgelte einfließen können. Die praktische Schwierigkeit besteht darin, die Kostenbestandteile im Einzelfall auszuhandeln. Dies ist eher ein betriebswirtschaftliche als eine juristische Frage.

---

<sup>22</sup> BSG 102 S. 227

Vor diesem Hintergrund ist es also nicht ausgeschlossen, aber immer schwierig, Teile der sogenannten Overheadkosten in die Berechnung des Leistungsentgelts zu integrieren. Insbesondere in der Sozialhilfe und in der Grundsicherung lässt sich die Lage dadurch entschärfen, dass man einen „dritten Weg“ geht. In der Sozialhilfe gibt es eine allgemeine Grundlage für eine institutionelle Förderung der freien Wohlfahrtspflege in § 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII. Sie hatte schon immer eine besondere Bedeutung, wenn die Träger der Sozialhilfe die Schaffung von Diensten oder Einrichtungen anstrebten. Dies ist durch die Träger der Sozialhilfe angemessen zu unterstützen. Die gleiche Regelung enthält auch § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II. Ein Teil der Kosten, die die Praxis als Overheadkosten bezeichnet, kann auch auf diese Weise übernommen werden.

## **8. Arbeitsassistenz**

Möglicherweise hat sich die Frage einer ergänzenden Anwendung des § 16f SGB II daraus ergeben, ob eine Arbeitsassistenz nach §16f SGB II finanziert werden kann. Der Begriff Arbeitsassistenz wurde anfangs im Gesetzestext nicht erwähnt. Er war und ist nichts anderes als die Zusammenfassung einzelner Betreuungshandlungen unter einem Oberbegriff. Der Gesetzgeber kann diesen Begriff aufgreifen, er muss es aber nicht tun. Auf die Leistung hat das keinen Einfluss. Wenn § 16i Abs. 4 Satz 2 SGB II eine „ganzheitliche beschäftigungsbegleitende Betreuung“ als erforderlich ansieht, dann wäre diese Betreuungsform, etwa von einem Leistungserbringer, in einem Konzept inhaltlich und methodisch zu entwickeln. Dabei erhält der Begriff „beschäftigungsbegleitend“ eine besondere Bedeutung dadurch, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dazu freizustellen hat. Also kann es sich hier nicht nur um eine Betreuung in der Beschäftigung handeln. Ein vor dem Hintergrund des § 16i Abs. 4 Satz 2 SGB II entwickeltes Konzept müsste nicht, könnte aber als Arbeitsassistenz in die Praxis eingehen. Auf langzeitarbeitslose Leistungsempfänger bezogen würde sie sich von der Arbeitsassistenz in der Behindertenarbeit unterscheiden. Jedoch kommt es nicht auf die Bezeichnung, sondern auf das jeweilige Betreuungskonzept an. Andererseits könnte es sich auch ergeben, dass ein Leistungserbringer eine Leistung anbietet, die er als Arbeitsassistenz bezeichnet, die aber nicht dem Betreuungskonzept des § 16i Abs. 4 Satz 2 SGB II entspricht. Diese Leistung könnte auch dann nicht erbracht werden, wenn der Gesetzgeber den Begriff Arbeitsassistenz aufgegriffen hätte.

## **9. Leistungsgerechtes Entgelt**

Möglicherweise hat sich die Frage einer ergänzenden Anwendung des § 16f SGB II daraus ergeben, dass die angestrebten Vereinbarungen über die Finanzierung unzureichend sind. Diese Zweifelsfrage tritt häufig im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis auf, also in dem Verhältnis von Leistungsträger, Leistungserbringer und Leistungsberechtigten. Dabei ist unstrittig, dass in den Leistungsvereinbarungen die Anspruchsebene (Leistungsberechtigter /

Leistungsträger) auf der Leistungserbringungsebene (Leistungsträger / Leistungserbringer) abgebildet sein muss. Die Verträge müssen also so gestaltet sein, dass der Sozialleistungsanspruch ohne Einschränkung umgesetzt wird.<sup>23</sup>

Obwohl in diesem Dreiecksverhältnis eine recht enge Rechtsbeziehung der Beteiligten zum Ausdruck kommt, ist vor dem Hintergrund der §§ 17 Abs. 1, 40 SGB I zunächst davon auszugehen, dass als anspruchsberechtigt und damit auch als klagebefugt, nur der Hilfeempfänger anzusehen ist.<sup>24</sup> Ein Leistungserbringer kann also den Anspruch des Leistungsberechtigten nicht einklagen. Er ist vielmehr auf eigene Ansprüche gegen den Leistungsträger verwiesen.

Sollte es in der Praxis dennoch darauf ankommen, das Bestehen eines Anspruchs zu klären, bestünde allerdings die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Der Leistungsberechtigte hat das Recht einer Selbstbeschaffung der Leistung nach Antragstellung. Dieses Recht könnte er mit Unterstützung eines Leistungserbringers realisieren. In diesem Falle erwirbt er einen Erstattungsanspruch gegen den Leistungsträger, den er bereits zu Beginn der tatsächlichen Hilfeleistung an den Leistungserbringer abtreten könnte. Letzterer könnte dann den abgetretenen Anspruch einklagen. In diesem Zusammenhang müsste dann das Bestehen des Anspruchs geklärt werden.

Die Möglichkeit der Selbstbeschaffung von Leistungen ist vom Bundessozialgericht in einer langjährigen Rechtsprechung entwickelt worden. Der Gesetzgeber hat diesen Grundsatz nur in einzelnen Vorschriften ausdrücklich geregelt (§§ 30 SGB II, 36a Abs. 3 SGB VIII, 18 Abs. 6 SGB IX, 34b SGB XII). Das bedeutet aber nicht, dass er in anderen Rechtsbereichen nicht vorkommt. Das Bundessozialgericht behandelt ihn als einen allgemeinen Rechtsgedanken des Sozialrechts.<sup>25</sup> Am klarsten kommt er in § 13 Abs. 3 SGB V zum Ausdruck:

„Konnte die Krankenkasse eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen oder hat sie eine Leistung zu Unrecht abgelehnt und sind dadurch Versicherten für die selbstbeschaffte Leistung Kosten entstanden, sind diese von der Krankenkasse in der entstandenen Höhe zu erstatten, soweit die Leistung notwendig war.“

Abgetreten werden können im Falle einer Selbstbeschaffung auch, abweichend von § 17 Abs. 1 SGB XII, Erstattungsansprüche die Leistungen der Sozialhilfe betreffen.<sup>26</sup> Abgetreten werden können die Ansprüche aber nur an denjenigen, der die Leistung tatsächlich erbracht hat. Damit wäre eine solche Vorgehensweise in der Grundsicherung für Arbeitsuchende unproblematisch. Man sollte diesen Weg aber nur in eindeutigen Fällen bestreiten, denn der Leistungsberechtigte und damit auch der Leistungserbringer trägt das Risiko, dass der Primäranspruch, hier also der Anspruch nach den §§ 16f SGB II und 16i SGB II, besteht.

---

<sup>23</sup> Vgl. BSG SGB 2019 S. 501 mit Anmerkung von Reimer.

<sup>24</sup> Hauck-Noftz-Voelzke § 16i SGB II Rdn. 25, 72.

<sup>25</sup> BSG 79 S. 125; BSG 89 S. 50; BSG 111 S. 289.

<sup>26</sup> BSG SozR 4-1500 § 153 Nr. 16; Rothkegel, Strukturprinzipien des Sozialhilferechts, 2000 S. 86.

Anspruchsgegner ist in allen Fällen die Agentur für Arbeit. Gleichviel, ob sie selbst leistet, oder ob sie einen Dritten beauftragt, ist allein sie aus den §§ 16f SGB II, 16i Abs. 4 SGB II verpflichtet. Anspruchsberechtigt sind auch Arbeitgeber (§ 16f Abs. 2 Satz 5 SGB II; 16i Abs. 1 Satz 1 SGB II). Auch in diesen beiden Fällen muss die Agentur für Arbeit den Anspruch selbst voll erfüllen. Das kann sie durch eigenes Eintreten oder durch einen „beauftragten Dritten“ tun (§ 16i Abs. 4 Satz 1 SGB II). Ergibt sich hierbei aus dem Leistungserbringungsvertrag, dass die vereinbarten Entgelte nicht ausreichen, und damit eine dem Gesetz entsprechende vollständige Erbringung der Leistung nicht möglich ist, so ist diese Vereinbarung insoweit rechtswidrig, als der Leistungsträger die Leistung nicht selbst in vollem Umfang erbringt. Die Leistung wird dann also nicht dem Gesetz entsprechend erbracht, sondern durch einen Dritten, der nicht Leistungsträger, vielmehr Leistungserbringer ist, vervollständigt. In beiden Fällen wird durch die Entgeltvereinbarung gegen die §§ 17 Abs. 1, 40 SGB I verstoßen. In diesem Falle tritt die Rechtsfolge des § 58 Abs. 2 Nr. 1 SGB X ein. Die Vereinbarung ist nichtig, weil ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt, dem einer nur teilweisen Erbringung, nicht ergehen dürfte.

Die allgemeine Grundlage für die Leistungserbringung im SGB II ist in § 17 SGB II geregelt. Sie entspricht den Grundsätzen, die auch sonst im Sozialrecht bestehen. Allerdings gibt es, abweichend etwa von den §§ 17 Abs. 3 SGB I, 5, 75 SGB XII, keinen Vorrang der freien Wohlfahrtspflege. „Dritter“ im Sinne des SGB II kann also jeder Leistungserbringer sein.<sup>27</sup>

Trotz der relativ eindeutigen Regelung des § 17 Abs. 2 SGB II ergeben sich in der Praxis immer wieder Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Höhe der Leistungsentgelte. Auch zu § 17 Abs. 2 SGB II ist zu betonen, dass dem Leistungsträger kein Ermessen hinsichtlich des Leistungsumfanges eingeräumt ist. Das gilt auch im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II. Wenn danach der Leistungsträger die freie Wohlfahrtspflege angemessen unterstützen soll, so betrifft das ihre allgemeine Förderung, nicht aber die Leistungsentgelte, die in § 17 Abs. 2 SGB II geregelt sind.<sup>28</sup> Mit einer Förderung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II könnte etwa die Schaffung von Projekten unterstützt werden. Nur dabei könnte eine Begrenzung auf einen Zuschuss erfolgen.

Die bei der Zweifelsfrage der leistungsgerechten Entgelte sich immer ergebenden praktischen Schwierigkeiten können allerdings nur ansatzweise mit juristischen Mitteln bewältigt werden, da letzten Endes die Ermittlung der Höhe der Leistungsentgelte eine betriebswirtschaftliche Frage ist. Hinzu kommt, dass die Leistungserbringer nicht die Leistung an den Hilfebedürftigen einklagen können. Sie können lediglich auf den Abschluss eines Leistungserbringungsvertrages klagen. Hier nun besteht aber in § 16i Abs. 4 SGB II ein Auswahlermessen. Die Agentur für Arbeit kann die Leistung selbst oder durch einen Dritten erbringen. Wenn sie sich

---

<sup>27</sup> Dahinstehen soll hier, ob diese Regelung mit § 37 SGB I vereinbar ist.

<sup>28</sup> Eicher/Luig/Weißberger, SGB II § 17 Rn. 6, 9 unter Hinweis auf eine problematische Rechtsauffassung des SG Hamburg.

gegen die Leistung durch einen Dritten entscheidet, ist nicht nur dies rechtlich unangreifbar. Die Situation wird dadurch noch komplizierter, dass nur die Hilfebedürftigen selbst die gesetzmäßige Leistung einfordern könnten, wozu sie, zumal im Rahmen der §§ 16f SGB II, 16i SGB II, oft nicht in der Lage sein dürften. Im Verwaltungsverfahren können sie immerhin mit einem Beistand auftreten (§ 13 SGB X). Das kann auch ein Vertreter der Wohlfahrtspflege sein.

## 10. Leistungsvereinbarungen

Möglicherweise hat sich die Frage einer ergänzenden Anwendung des § 16f SGB II daraus ergeben, ob und inwiefern Leistungsvereinbarungen bei §16f SGB geschlossen werden. Die Leistungsvereinbarungen sind ein zentrales Instrument der Zusammenarbeit mit der Wohlfahrtspflege im Dreiecksverhältnis (§ 17 SGB I). Insbesondere in der Jugendhilfe hat es eine Auseinandersetzung darüber gegeben, ob der Leistungsträger solche Vereinbarungen schließen muss (§ 78a SGB VIII), oder ob er auch den Weg einer Förderung wählen darf (§ 74 SGB VIII). Selbst wenn man von einer Wahlmöglichkeit des Leistungsträgers ausgeht, so kann doch jeder Leistungserbringer den Abschluss einer Leistungsvereinbarung anstreben.

Für die Zwecke der Anwendung der §§ 16f und 16i SGB II kann die Streitfrage dahinstehen. In der Grundsicherung für Arbeitsuchende (§ 17 SGB II), wie auch in der Sozialhilfe (§§ 75 ff. SGB XII) gibt es ein recht ausgeprägtes Instrumentarium der Leistungsvereinbarungen. Es ist zwar herrschende Auffassung, dass der Leistungsträger eine Ermessensentscheidung darüber trifft, ob er eine Leistungsvereinbarung abschließt. In der Regel ist aber davon auszugehen, dass das Ermessen „auf Null geschrumpft“ ist. Es besteht also letzten Endes keine Möglichkeit, den Abschluss einer Vereinbarung zu verweigern.

Im Ergebnis muss man von folgendem Rechtsgrundsatz im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ausgehen: Der Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarungen „dürfte sich ... in der Praxis *in der Regel* zu einem einer Verpflichtung des Trägers der Sozialhilfe korrespondierenden Rechtsanspruch verdichten, wenn die Einrichtung die normativen Voraussetzungen für den Abschluss einer Vereinbarung erfüllt, sie also einerseits geeignet und leistungsfähig ist und andererseits auch den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genügt.<sup>29</sup>“

Damit kann also der Abschluss nicht abgelehnt werden. Das ergibt sich vor allem daraus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), auf die sich auch die Wohlfahrtsverbände berufen können, jedem geeigneten Leistungserbringer ein Recht auf chancengleichen Zugang zum Markt einräumen. Insbesondere darf der Abschluss einer Vereinbarung nicht mit dem Argument verweigert werden, dass kein Bedarf an dem Angebot des

---

<sup>29</sup> Grube in Grube/Wahrendorf, Kommentar zum SGB XII § 75 Rn. 34



Leistungserbringers bestünde. Mit dem Abschluss der Vereinbarung ergibt sich allerdings noch kein Belegungsrecht.

Im Tätigkeitsfeld der Bundesagentur sind die Leistungsvereinbarungen lange Zeit vernachlässigt worden. Das hatte sich zunächst auch in der Grundsicherung so ergeben. Dennoch existiert die klare Regelung des § 17 Abs. 2 SGB II. Sie ist zum Teil mit § 76 SGB XII inhaltsgleich. Damit kann auch auf die umfangreiche Rechtsprechung im Sozialhilferecht zurückgegriffen werden. Zu betonen ist dabei, dass in § 17 Abs. 2 SGB II auch geregelt ist, dass die Träger zu einer Vergütung nur verpflichtet sind, wenn sie mit einem Leistungserbringer eine Vereinbarung geschlossen haben. Wenn sie nicht verpflichtet wären, eine Vereinbarung so schließen, so könnten sie damit auch jede Vergütung vermeiden. Noch deutlicher ist dies in § 75 Abs. 1 Satz 1 SGB XII geregelt. Danach darf bereits die Erbringung einer Leistung grundsätzlich nur erfolgen, wenn eine Vereinbarung geschlossen ist.

Eine Klagebefugnis der Wohlfahrtsverbände besteht in allen Fällen, wenn sie den Abschluss eines Leistungserbringungsvertrages anstreben. Eine Klagebefugnis der Wohlfahrtsverbände besteht auch, soweit sie als Arbeitgeber Leistungen beanspruchen.

## **11. Arbeitgeberrolle**

Es ist in rechtlicher Hinsicht immer etwas schwierig, wenn ein Leistungserbringer eine Doppelrolle spielt. Wird also ein Wohlfahrtsverband in der Betreuung tätig (§ 16i Abs. 4 SGB II) und ist er zugleich Arbeitgeber des zu Betreuenden (§ 16i Abs. 1 SGB II), dann wird der Leistungsträger im Rahmen seines Auswahlermessens darauf bedacht sein müssen, dass Konflikte nicht entstehen.

Zunächst ist aber festzuhalten, dass § 16i Abs. 1 SGB II bestimmt, dass Leistungsberechtigte an „Arbeitgeber“ zugewiesen werden können. Dabei wird keine nähere Konkretisierung oder Eingrenzung vorgenommen. Gemäß § 16i Abs.1 SGB II wird die beschäftigungsbegleitende ganzheitliche Betreuung durch „beauftragte Dritte“ erbracht. Auch hier erfolgt keine Konkretisierung. „Dritter“ bedeutet hier nicht, dass es sich um eine dritte Person neben dem Leistungsträger und dem Arbeitgeber handeln müsste. Vielmehr handelt es sich um eine Person oder Einrichtung, die nicht in der Organisation des Leistungsträgers einbezogen ist. Dies ergibt sich eindeutig aus der Grundlagenvorschrift des § 17 Abs. 1 und 2 SGB II. „Dritter“ ist auch nach allgemeinem Sprechgebrauch der „Andere“ Der Duden definiert den „Dritten“ als „Außenstehenden“<sup>30</sup>

In der Sache scheint es auch sinnvoll zu sein, eine etwas flexiblere Praxis anzustreben. Wenn nämlich die Arbeitgeber wenig Interesse an § 16i SGB II zeigen, dann könnte die Vorschrift weitgehend leerlaufen. Andererseits muss man berücksichtigen, wenn die Wohlfahrtsverbände in größerem Umfang die Arbeitgeberrolle übernehmen, dann könnte sich hier ein weiterer Sonderarbeitsmarkt,

---

<sup>30</sup> Duden, Die sinn- und sachverwandten Wörter.

etwa neben der WfbM, entwickeln, der auch nur als Notlösung anzustreben wäre. Zumindest aber wird man sagen können, dass der Leistungsträger nicht ermessenswidrig handelt, wenn er nur Arbeitsgeber des allgemeinen Arbeitsmarktes fördern will.

## **12. Selbstbeschaffung und §16f SGB II**

Das Recht zur Selbstbeschaffung ist vom BSG in einer langjährigen Rechtsprechung entwickelt worden. Es stellt die Reaktion auf ein sog. Systemversagen dar. Der entscheidende Gesichtspunkt besteht darin, dass in dem Falle, in dem ein Leistungsträger eine bestimmte Leistung nicht erbringt oder nicht erbringen kann, dem Leistungsberechtigten das Recht zustehen muss, sich diese Leistung selbst zu beschaffen. Grundsätzlich kann er das erst nach Antragstellung.<sup>31</sup>

Der Leistungsberechtigte trägt allerdings das Risiko, dass der ursprüngliche, der Primäranspruch, besteht. Er kann sich also nicht eine Leistung selbst beschaffen, auf die er nach dem Gesetz keinen Anspruch hat. Hat der Anspruch bestanden, so hat der Leistungsberechtigte jetzt, statt des Primäranspruchs, einen Kostenerstattungsanspruch. Diesen kann auch an den Leistungsträger abtreten (§ 53 SGB I, der ihm bei der Selbstbeschaffung geholfen hat.<sup>32</sup>

Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in verschiedene Regelungen übernommen (§§ 30 SGB II, 36a SGB VIII, 18 SGB IX, 34b SGB XII). Am deutlichsten kommt er in § 13 Abs. 3 Satz 1 SGB V zum Ausdruck.<sup>33</sup>

Dabei darf aber nicht der Eindruck entstehen, dass eine Selbstbeschaffung nur in im Gesetz den ausdrücklich genannten Fällen möglich ist. Das BSG bezeichnet sie vielmehr als einen „allgemeinen Rechtsgedanken des Sozialrechts“<sup>34</sup>.

## **13. Ergebnis**

1. Die Leistungen nach § 16i SGB II können, soweit sie nicht bedarfsdeckend sind, durch Leistungen nach § 16f SGB II erweitert werden.
2. Eine als Arbeitsassistenz zu bezeichnende Hilfeform ist schon auf der Grundlage des § 16i Abs. 4 SGB II möglich. Nur wenn dies nicht der Fall wäre, käme eine Anwendung des § 16f SGB II in Betracht.
3. Nicht durch § 16i Abs. 1 SGB II, der nur ein Ermessen regelt, wohl aber durch § 16i Abs. 4 SGB II wird dem Hilfebedürftigen ein Rechtsanspruch eingeräumt. Bei der Anwendung des § 16f SGB II hat die Agentur für Arbeit dagegen

---

<sup>31</sup> BSG 105 S. 170.

<sup>32</sup> BSG SozR 4-1500 § 153 Nr. 16.

<sup>33</sup> „Konnte die Krankenkasse eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen oder hat sie eine Leistung zu Unrecht abgelehnt und sind dadurch Versicherten für die selbstbeschaffte Leistung Kosten entstanden, sind diese von der Krankenkasse in der entstandenen Höhe zu erstatten, soweit die Leistung notwendig war.

<sup>34</sup> BSG 89 S. 50.

durchgehend einen relativ weiten Ermessensspielraum. Er ist auch dann nicht eingeschränkt, wenn die Haushaltsmittel noch nicht ausgeschöpft sind, denn es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem Mittel ausgegeben werden müssten.

4. Eine Klagebefugnis der Wohlfahrtsverbände besteht in allen Fällen, wenn sie den Abschluss eines Leistungserbringungsvertrages anstreben. Eine Klagebefugnis der Wohlfahrtsverbände besteht auch, soweit sie als Arbeitgeber Leistungen beanspruchen.
5. Eine Projektförderung ist nur auf der Grundlage des § 16f SGB II vorgesehen. Im Rahmen einer Erweiterung nach § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II kann sie in einen Zusammenhang mit § 16i SGB II gebracht werden. Auch in diesem Falle müssen die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Aufstockungsverbot gegeben sein (§ 16f Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 SGB II).

26. Juni 2020