

Neue Zumutbarkeitsbestimmungen für Arbeitslose ab 1.1.2008

JUTTA KEUL/GÜNTER KRAPP (WIEN)

Die mit 1.1.2008 in Kraft getretene Novelle des AIVG (BGBl I 2007/104) hat im Bereich der Arbeitswilligkeit (§ 9 AIVG) zahlreiche Neuerungen gebracht. Insb hat der Gesetzgeber versucht, der geübten Verwaltungspraxis des Arbeitsmarktservice (AMS) hinsichtlich bestimmter Beschäftigungs- bzw Maßnahmenzuweisungen einen rechtlichen Rahmen vorzugeben. Damit haben beispielsweise auch erstmals die Begriffe „Sozialökonomischer Betrieb“ und „Arbeitserprobung“ in das Gesetz Einzug gefunden. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über diese für die Praxis wichtigen Neuerungen im Bereich der Zumutbarkeitsbestimmungen. Er soll außerdem die wesentlichsten Problemstellungen skizzieren und zur Klärung allfälliger Rechtsunsicherheiten beitragen.

Übersicht

1. Sozialökonomische Betriebe

- 1.1. Vorbemerkung
- 1.2. Kriterien eines SÖB
- 1.3. Zielgruppe
- 1.4. Arbeitskräfteüberlassung
- 1.5. Vorbereitungsmaßnahme

2. Erfordernis und Entfall der Maßnahmenbelehrung

- 2.1. Vorbemerkung
- 2.2. Umfang und Entfall der Maßnahmenbelehrung

3. Beauftragte Dienstleister

- 3.1. Zur Arbeitsvermittlung berechtigte Dienstleister
- 3.2. Grundsätze der Arbeitsvermittlung
- 3.3. § 10 AIVG-Sanktion iZm mit Beschäftigungszuweisung durch vom AMS beauftragte Dienstleister
- 3.4. Abgrenzungsprobleme

4. Arbeitserprobungen im Zuge von Maßnahmen des AMS

- 4.1. Vorbemerkung
- 4.2. Richtlinie des Verwaltungsrates
- 4.3. Kritik und Abgrenzungsprobleme

4.4. § 10 AIVG-Sanktion iZm mit Arbeitserprobungen

5. Persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche

- 5.1. Vorbemerkung
- 5.2 § 10 AIVG-Sanktion iZm mit persönlicher Unterstützung bei der Arbeitssuche

1. Sozialökonomische Betriebe

1.1. Vorbemerkung

Seit 1.1.2008 bestimmt § 9 Abs 7 AIVG, dass als Beschäftigung (iSd § 9 Abs 1 AIVG) auch ein der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt dienendes Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Sozialökonomischen Betriebes (SÖB) oder eines Gemeinnützigen Beschäftigungsprojektes (GBP) gilt, soweit dieses den arbeitsrechtlichen Vorschriften und den in den Richtlinien (RLen) des Verwaltungsrates geregelten Qualitätsstandards entspricht. Eine entsprechende Bundes-RL des AMS für die „Förderung Sozialökonomischer Betriebe“ (RL) ist mit 1.5.2008 in Kraft getreten.¹⁾ Diese Klarstellung ist dem Gesetzgeber auf Grund rechtlicher Bedenken erforderlich erschienen, die gegen die (sanktionsbehaftete) Praxis der Beschäftigungszuweisung des AMS vor dem 1.1.2008

1) Hinsichtlich der Qualitätsstandards verweist die RL im Wesentlichen auf den Betreuungsteil des jeweiligen Betriebskonzepts. Insofern werden die vom Gesetz geforderten Qualitätsstandards auf die individuelle Vereinbarungsebene zurückgespielt. Es ist daher fraglich, ob die RL den gesetzlichen Anforderungen entspricht (formalgesetzliche Delegation).

vermehrt ins Treffen geführt wurden.²⁾ Die RL zu den GBP soll mit 1.1.2009 in Kraft treten.

Bis 1.1.2008 waren die Begriffe „Sozialökonomischer Betrieb“ und „Gemeinnütziges Beschäftigungsprojekt“ dem AVIG fremd. Die entsprechende Begriffsdefinition war nur in einer AMS-Bundes-RL enthalten.³⁾ Demnach sei unter einem SÖB ein „arbeitsmarktpolitisches Instrument“ zu verstehen, das durch die Bereitstellung von marktnahen, aber doch relativ geschützten befristeten Arbeitsplätzen die „nachhaltige Integration von schwer vermittelbaren Personen in den Arbeitsmarkt“ fördern sollte. SÖB operieren unter Marktbedingungen und haben den sozialen Auftrag, vor allem Personen mit eingeschränkter Produktivität „bei der Wiedererlangung jener Fähigkeiten zu unterstützen, die Einstiegsvoraussetzung in den regulären Arbeitsmarkt sind“.

SÖB waren daher schon definitionsgemäß auf Grund ihres Zwecks keine Beschäftigungsmöglichkeiten am regulären (ersten) Arbeitsmarkt (was insb auch durch den Terminus „Instrument“ zum Ausdruck kam), sondern sie sollten

- Personen, deren fehlende Fähigkeiten einem Einstieg in den regulären Arbeitsmarkt entgegenstehen,
- für den Einstieg in den regulären Arbeitsmarkt qualifizieren.

Die Problematik, SÖB bei dieser Zweckausrichtung den Beschäftigungen iSd des § 9 Abs 1 AVIG zuzuordnen und von den Maßnahmen abzugrenzen, war vor dem Hintergrund der Unzulässigkeit, eine Schulung in das rechtliche Kleid eines Arbeitsverhältnisses zu jener Einrichtung zu kleiden, welche die Schulung durchzuführen hat, evident.⁴⁾ Aber selbst, wenn sie inhaltlich als Beschäftigungen zu qualifizieren gewesen wären, war fraglich, ob sie überhaupt zu den „üblicherweise auf dem Arbeitsmarkt angebotenen Beschäftigungen“ zählen, zu deren Aufnahme sich eine arbeitslose Person gem § 7 Abs 3 Z 1 AVIG bereit halten muss.⁵⁾

1.2. Kriterien eines SÖB

§ 9 Abs 7 AVIG idF BGBl I 2007/104 enthält selbst keine Definition des SÖB.⁶⁾ Eine Definition enthalten jedoch die EB (BGBl I 2007/104):⁷⁾

„Sozialökonomische Betriebe dienen der Förderung der Beschäftigung von arbeitslosen und schwer vermittelbaren Personen in Produktions- und Dienstleistungsbetrieben von gemeinnützigen Trägern. Sie stellen marktnahe, befristete Arbeitsplätze (so genannte Transitarbeitsplätze) zur Verfügung und haben den Auftrag, vor allem Personen mit eingeschränkter Produktivität bei der Wiedererlangung jener Fähigkeiten zu unterstützen, die Einstiegsvoraussetzung in den regulären Arbeitsmarkt sind. Im Rahmen eines Wirtschaftsbetriebes werden Betreuungs- und Trainingsmöglichkeiten für am Arbeitsmarkt benachteiligte Personen geboten sowie die Reintegration in den regulären Arbeitsmarkt durch Beseitigung von Vermittlungshemmnissen und durch Qualifizierungsmaßnahmen vorbereitet.“

SÖB müssen also von einem gemeinnützigen Träger geführt werden, wobei die Gemeinnützigkeit der Trägerorganisation nach steuerrechtlichen Gesichts-

punkten zu beurteilen sein wird. Das Tätigwerden der SÖB ist auf die Geschäftsfelder Produktions- und Dienstleistungsbereich beschränkt. Ausgeschlossen ist damit lediglich der Bereich der Urproduktion (zB Land- und Forstwirtschaft). Auch die Zeitdauer der Beschäftigungsverhältnisse ist ein Merkmal der SÖB. Sie bieten nur befristete Arbeitsverhältnisse („Transitarbeitsplätze“) an. Hinsichtlich der zulässigen Mindest- und Höchstdauer enthält weder das Gesetz noch die EB Vorgaben, so dass eine RL-Regelung erforderlich war.⁸⁾

Im Gegensatz zu GBP, die (typischerweise) auch marktferne Tätigkeiten zum Inhalt haben, müssen SÖB ihre geschäftlichen Aktivitäten im marktnahen Bereich erbringen, also Tätigkeiten bzw Produkte anbieten, die unter Marktbedingungen am Markt bestehen können (also ohne Förderungen auch von anderen Marktteilnehmern ausgeführt werden). Es muss sich also um

- 2) Bereits vor dem 1.1.2008 hat das AMS in großem Umfang arbeitslose Personen mit den Rechtsfolgen des § 10 AVIG in Beschäftigungsverhältnisse zu SÖB vermittelt. Mit Erlass vom 9.2.2007 (BMWA-435.0005/0009-II/10/2007) wurde jedoch das Verhängen einer Sanktion zB für den Fall der Verweigerung der Beschäftigungsaufnahme eingestellt. Ausschlaggebend dafür war ein Erk des VwGH, wonach iS seiner stRspr konkrete Feststellungen darüber zu treffen gewesen wären, „ob es sich bei der in Aussicht genommenen Beschäftigung überhaupt um eine am allgemeinen Arbeitsmarkt angebotene versicherungspflichtige Beschäftigung oder um eine Maßnahme (zum Beispiel einen bloßen Transitarbeitsplatz) handelte“ (VwGH 25.10.2006, 2005/08/0206).
- 3) Bundes-RL für die Förderung Sozialökonomischer Betriebe.
- 4) Vgl VwGH 21.4.2004, 2002/08/0262; 15.3.2005, 2004/08/0227. Die diesen Beschäftigungsformen immanenten Schulungskomponenten und die häufig ungewöhnlichen Arbeitsinhalte verlangen eine genaue Auseinandersetzung der Behörde mit dieser Abgrenzungsproblematik.
- 5) Krapf/Keul, Arbeitslosenversicherungsgesetz (3. ErgLfg) Rz 211 ff.
- 6) Das Gesetz gibt iSd Art 18 B-VG dieser RL lediglich einen Rahmen vor. Sie hat jedenfalls zu regeln: (1) die gegebenenfalls erforderliche sozialpädagogische Betreuung, (2) die Zielsetzung der mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen theoretischen und praktischen Ausbildung sowie im Falle der Arbeitskräfteüberlassung (3) das zulässige Ausmaß überlassungsfreier Zeiten und (4) die Verwendung überlassungsfreier Zeiten zu Ausbildungs- und Betreuungszwecken.
- 7) Sowohl der Begriff selbst als auch die Definition ist im Wesentlichen der oben erwähnten AMS-Bundes-RL („Bundesrichtlinie für die Förderung Sozialökonomischer Betriebe“) entnommen, wobei durch den Entfall des Terminus „arbeitsmarktpolitisches Instrument“ in den EB die nunmehrige Beschäftigungsqualifikation betont wurde (diese Änderung wurde in der RL nicht nachvollzogen).
- 8) In Pkt 6.6.1. der RL für die Förderung Sozialökonomischer Betriebe ist eine Verweildauer von maximal einem Jahr (in begründeten Einzelfällen sogar darüber hinaus) vorgesehen. Der Transitcharakter darf durch eine überlange Dauer nicht verloren gehen!

Bereiche handeln, in denen eine kaufkräftige Nachfrage besteht.⁹⁾

Betreuungs- und Trainingsmöglichkeiten sowie Qualifizierungsmaßnahmen, sowohl in theoretischer als auch (vor allem) praktischer Form sind unabdingbarer Bestandteil von SÖB. Diese müssen iSd gesetzlich geforderten Nachhaltigkeit den verfolgten Zweck des SÖB (Vermittlung von konkret für den Einstieg in den ersten Arbeitsmarkt erforderlichen Fähigkeiten) unterstützen und daher auf die Zielgruppe abgestimmt sein.¹⁰⁾

1.3. Zielgruppe

Neben der Einhaltung der generellen Zumutbarkeitskriterien des § 9 AIVG sind für SÖB insb auf Grund ihrer oben erwähnten Sonderstellung weitere Zumutbarkeitskriterien zu beachten, die eine Sanktionsvoraussetzung darstellen.¹¹⁾ Die Zugehörigkeit zur Zielgruppe ist in diesem Zusammenhang unabdingbar. Die RL definiert die Zielgruppe iSd EB mit „*schwer vermittelbare Personen mit im Regelfall eingeschränkter Produktivität*“.¹²⁾ Eine schwere Vermittelbarkeit wird nur dann gegeben sein, wenn bei der arbeitslosen Person eine individuelle Minderleistungsfähigkeit (Produktivitätseinschränkung) besteht,¹³⁾ die ihre Wettbewerbsfähigkeit im Verhältnis zu den übrigen Arbeit Suchenden, mit denen sie auf dem Arbeitsmarkt konkurriert, beeinträchtigt und sie insoweit, also in

Bezug auf die Mitkonkurrenten, schwer vermittelbar macht. Dieser individuelle Wettbewerbsnachteil muss kausal für die Schwervermittelbarkeit und (durch den konkreten SÖB) behebbar sein.¹⁴⁾ ISd Judikatur des VwGH zu den Wiedereingliederungsmaßnahmen muss gewährleistet sein, dass die Beschäftigung im SÖB im Hinblick auf eine tatsächliche Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt Erfolg versprechend ist.¹⁵⁾ Zusätzlich unterscheidet die RL zwischen „Produktivitätseinschränkung“ und „Vermittlungshindernis“.¹⁶⁾

Produktivitätseinschränkungen resultieren idR aus dem Verlust bestimmter Kenntnisse und Fähigkeiten (zB auf Grund langer Arbeitslosigkeit).¹⁷⁾ Die Beschäftigung in einem SÖB kann, je nach Ausgestaltung der praktischen und theoretischen Schulungsinhalte, die verloren gegangenen Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln und so auf die Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt hinwirken. Hingegen ist für die Beseitigung von „Vermittlungshindernissen“ zwar das Angebot einer sozialpädagogischen Betreuung sinnvoll.¹⁸⁾ Die praktische und theoretische Ausbildung einer Beschäftigung in einem SÖB ist aber nicht zur Lösung derartiger Problemlagen geeignet, so dass dadurch keine Zielgruppenzugehörigkeit begründet werden kann.¹⁹⁾

Die Definition der Zielgruppe muss insb in der mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen theoretischen und praktischen Ausbildung zum Ausdruck kommen.²⁰⁾ Dieser Maßnahmeninhalt ist den nicht vorhandenen

9) Insb im öffentlichen Bereich, wo zwar ein Bedarf vorhanden ist, es jedoch am Markt fehlt, wird die erforderliche Marktnähe nicht gegeben sein, weshalb SÖB, deren Leistungen nur von der öffentlichen Hand in Anspruch genommen werden, unter diesem Gesichtspunkt problematisch sein können (vgl Pkt 7.2.1.2. der RL).

10) Dabei ist zu beachten, dass das AMS gem § 31 Abs 5 AMSG seine Tätigkeiten nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu erbringen hat, was den mit Beschäftigungen in SÖB verbundenen Mittelaufwand nur dann rechtfertigt, wenn die Zielgruppenzugehörigkeit gegeben ist.

11) Gem § 9 Abs 8 AIVG gilt eine Beschäftigung in einem SÖB nur dann als zumutbar, wenn dieses Arbeitsverhältnis den in einer RL des Verwaltungsrates geregelten Qualitätsstandards entspricht. Diese RL stellt also eine Zumutbarkeits- und Sanktionsvoraussetzung dar. Dabei handelt es sich um eine Durchführungsweisung iSd Art 18 B-VG, durch die § 9 Abs 8 AIVG präzisiert wird. Eine gehörige Kundmachung ist somit erforderlich (Art 89 Abs 1 und Art 139 Abs 3 lit c B-VG). Siehe auch unten Pkt 4.3.

12) Vgl Pkt 6.5. der RL.

13) ZB mangelnde Qualifikation, Motivationsdefizite, Verlust sozialer Kompetenz, allenfalls gesundheitliche Einschränkungen.

14) Vgl Pkt 12.2. der RL, wonach die Transitarbeitskräfte grundsätzlich arbeitsfähig mit einer „Lücke zur Marktfähigkeit“ sind. Wenn zB der einzige Wettbewerbsnachteil im fortgeschrittenen Lebensalter des Arbeit Suchenden liegt, kann diese „Lücke zur Marktfähigkeit“ auch durch die Qualifizierung im SÖB nicht geschlossen werden. Die Beschäftigung Älterer bis zur Pension (Pkt 6.2.3.) kann nicht Aufgabe eines SÖB sein.

15) VwGH 20.4.2005, 2004/08/0031. SÖB müssen ein konkretes Ziel verfolgen und stellen keine „Beschäftigungstherapie“ für schwer vermittelbare Personen dar.

16) Vgl Pkt 12.2. zum „Förderbaren Personenkreis“. Während sich der Begriff „Produktivitätseinschränkung“ auf das erzielbare Arbeitsergebnis bezieht, sind unter „Vermittlungshindernisse“ im privaten Bereich liegende Problemlagen zu verstehen (zB Haft, Schulden, Betreuungsverpflichtungen), die einen potenziellen Arbeitgeber (AG) von der Einstellung abhalten könnten.

17) Der Umstand langer Beschäftigungslosigkeit kann ein Indiz für den Verlust bestimmter Fähigkeiten sein. Er enthebt die Behörde aber nicht davon, eine individuelle Defizitanalyse vorzunehmen.

18) In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das Angebot einer Sozialpädagogischen Betreuung nur auf Basis der Freiwilligkeit erfolgversprechend sein kann (vgl VwGH 21.12.2005, 2004/08/0208; Krapf/Keul, Arbeitslosenversicherungsgesetz Rz 215). Dies gilt auch dann, wenn die individuellen sozialen Problemlagen die Vermittlung beeinträchtigen. Eine unter Sanktionsdrohung angeordnete Sozialanamnese bzw Sozialpädagogische Betreuung steht auch im Spannungsverhältnis zu den gem EMRK gewährleisteten Persönlichkeitsrechten (Art 8 EMRK).

19) Bei Vermittlungshindernissen, die nicht in erster Linie in den Gegebenheiten des Arbeitsmarktes begründet sind, sind arbeitsmarktpolitische Instrumente nämlich grundsätzlich nicht geeignet, diese Benachteiligungen abzubauen (zumal zB Überschuldung häufig Folge der Arbeitslosigkeit ist und nicht umgekehrt). Beruht die Problemlage daher zB auf Überschuldung, sollte seitens des AMS die Kontaktaufnahme mit Schuldnerberatungsstellen empfohlen werden.

20) Daneben kann die Erfüllung besonderer Zielgruppenvoraussetzungen (zB Altersgrenzen, Behinderung, Geschlecht) erforderlich sein (vgl Pkt 7.2.2. der RL, wonach die Zielgruppendefinition Gegenstand der Fördervereinbarung ist).

Kenntnissen und Fähigkeiten der arbeitslosen Person gegenüberzustellen. Eine Defizitanamnese ist also für die Zumutbarkeitsbeurteilung unerlässlich, da nur dann, wenn die arbeitslose Person über die im konkreten SÖB vermittelbaren Kenntnisse und Fähigkeiten nicht verfügt, die Zielgruppenzugehörigkeit zu bejahen ist.²¹⁾ Die Zielgruppe des SÖB ist nicht anhand einer globalen Statusumschreibung, sondern bezogen auf konkret jene Fähigkeiten anzugeben, deren Wiedererlangung durch den SÖB unterstützt wird. Somit sind die Inhalte, die der SÖB in theoretischer und praktischer Form vermittelt, maßgebliches Bestimmungsmerkmal der Zielgruppe.²²⁾

1.4. Arbeitskräfteüberlassung

Gem § 9 Abs 7 AIVG soll Inhalt der RL die Festlegung des zulässigen Ausmaßes überlassungsfreier Zeiten sein.²³⁾ Außerdem ist vorzusehen, dass überlassungsfreie Zeiten für Ausbildungs- und Betreuungszwecke zu verwenden sind (wohl ausgehend vom Ergebnis der oben erwähnten Defizitanamnese). Den Schwerpunkt dieser Beschäftigungsform bildet somit die praktische Tätigkeit, woraus sich bereits Anhaltspunkte für die Zielgruppenbestimmung ergeben.²⁴⁾

1.5. Vorbereitungsmaßnahme

Der Beschäftigung in einem SÖB soll gem RL eine Vorbereitungsmaßnahme vorangestellt sein (Pkt 6.2.2.).²⁵⁾ Zweck der Vorbereitungsmaßnahme ist (1.) die Feststellung der Eignung für die geplante Transitbeschäftigung bzw (2.) die Vorbereitung auf die Transitbeschäftigung.²⁶⁾

Der in der RL postulierte Zweck der Vorbereitungsmaßnahme ist an den einschlägigen Kriterien des VwGH zur Maßnahmenzuweisung zu messen. Die Zuweisung zu einer Maßnahme bedarf demnach des Nachweises, dass der Arbeitslose ohne diese Maßnahme nicht in der Lage ist, einen Arbeitsplatz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu erlangen. Sie ist weiters nur dann zulässig, wenn dem Betroffenen die darin vermittelten Fähigkeiten tatsächlich fehlen.²⁷⁾ Eine unter Androhung einer Sanktion gem § 10 AIVG angeordnete Maßnahme, deren Zweck nicht die Vermittlung von Fähigkeiten, sondern die Überprüfung der Eignung für eine Beschäftigung am (zweiten) Arbeitsmarkt ist, wird diesen Zuweisungskriterien idR nicht entsprechen.²⁸⁾ Soweit Inhalt der Maßnahme jedoch die Vorbereitung auf eine Beschäftigung ist, wird Sanktionierbarkeit bestehen, wenn die Maßnahme den vom VwGH herausgearbeiteten Kriterien entspricht.²⁹⁾ Eine generelle Zuweisung von beabsichtigten SÖB-Beschäftigten in eine Vorbereitungsmaßnahme ist aber nicht zulässig.

2. Erfordernis und Entfall der Maßnahmenbelehrung

2.1. Vorbemerkung

Gem § 9 Abs 1 AIVG verlangt „Arbeitswilligkeit“ ua auch, sich zum Zwecke beruflicher Ausbildung

nach- oder umschulen zu lassen und an einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt teilzunehmen. Obgleich § 9 AIVG keine ausdrücklichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Maßnahmenzuweisungen aufstellt, hat der VwGH klargestellt, dass es nicht im freien Belieben des AMS steht, Arbeitslosen entweder eine Arbeitsstelle zu vermitteln oder sie zu einer Nach- oder Umschulung oder zu einer Wiedereingliederungsmaßnahme zuzuweisen.³⁰⁾ Eine solche Maßnahme kann vielmehr nur unter der Voraussetzung angeordnet werden, dass die Kenntnisse des Arbeitslosen für die Vermittlung einer zumutbaren Beschäftigung nach Lage des in Betracht kommenden Arbeitsmarktes nicht ausreichen.³¹⁾

Eine unter der Sanktionsdrohung des § 10 AIVG stehende ungerechtfertigte Verweigerung der Teilnahme an einer Maßnahme lag bis 31.12.2007 nur dann

- 21) Nicht ausreichend wird es daher sein, die Zielgruppe iSd Pkt 12.2. der RL mit „Langzeitarbeitslose“, „Ältere“, „Behinderte“ oder „Personen mit sozialer Fehlanpassung“ zu definieren, da eine nicht auf konkrete Inhalte abstellende Zielgruppenumschreibung nicht den Ergebnissen einer individuellen Defizitanalyse gegenübergestellt werden kann.
- 22) Eine möglichst konkrete Zielgruppenfestlegung ist aus arbeitsmarktpolitischer Sicht unabdingbar, um eine passgenaue Optimierung der zwingenden Ausbildungsinhalte für die Teilnehmer zu ermöglichen und den erheblichen Förderaufwand des AMS zu rechtfertigen.
- 23) Die maximal zulässige Dauer der „Stehzeit“ beträgt gem Pkt 6.6.2. der RL ein Drittel der gesamten Transitbeschäftigung. Bei Überschreiten dieser Grenze wird den Zumutbarkeitskriterien nicht entsprochen (gem RL wären in diesem Fall lediglich „Verbesserungen für eine allfällige Fortführung“ abzuleiten).
- 24) Zielgruppenzugehörig sind offenbar Personen, die eher einer Ausbildung iS einer praktischen Vertiefung ihrer (theoretischen) Kenntnisse bedürfen und bei denen nicht der Erwerb von Kenntnissen und Fähigkeiten im Vordergrund steht.
- 25) Laut Dienstanweisung „Beschäftigungsprojekte“ der AMS-Landesgeschäftsstelle Wien vom 1.7.2008 ist dem SÖB-Dienstverhältnis *jedenfalls* eine Vorbereitungsmaßnahme voranzustellen. Gleichzeitig wird aber betont, dass eine Sanktion gem § 10 AIVG nur möglich ist, wenn die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten vor Zuweisung festgestellt und der arbeitslosen Person zur Kenntnis gebracht wurden.
- 26) Laut der oben erwähnten Dienstanweisung dient die Vorbereitungsmaßnahme *„inhaltlich dazu, bestehende Defizite des Kunden wie zB Schulden-, Haft-, Suchtproblematik, Orientierungslosigkeit über die weitere berufliche Laufbahn, falsches Bewerbungsverhalten, usw zu beseitigen, um entweder die Eignung des Kunden für einen bestimmten SÖB oder für den ersten Arbeitsmarkt festzustellen“*.
- 27) VwGH 5.9.1995, 94/08/0246.
- 28) Erfolgt die Eignungsüberprüfung in Form einer Arbeitserprobung, darf diese zwei Wochen nicht überschreiten (generell zur Eignungsüberprüfung in Form einer „Arbeitserprobung“ siehe unten Pkt 4.).
- 29) Neben einer ordnungsgemäßen Maßnahmenbelehrung wird aber Voraussetzung sein, dass die in der Maßnahme vermittelten Fähigkeiten für eine Beschäftigung am *ersten* Arbeitsmarkt erforderlich sind.
- 30) VwGH 20.4.2005, 2004/08/0031.
- 31) VwGH 26.9.1995, 94/08/0131.

vor, wenn die Weigerung in objektiver Kenntnis des Inhalts und der Zumutbarkeit sowie Erforderlichkeit der Maßnahme erfolgt.³²⁾ Das AMS war also bereits vor einer allfälligen Weigerung (somit grundsätzlich schon anlässlich der Zuweisung) zu einer Maßnahmenbelehrung verpflichtet.³³⁾

Mit BGBl I 2007/104 wurde erstmals diese Verpflichtung des AMS, vor Zuweisung einer Maßnahme eine Maßnahmenbelehrung durchzuführen, zumindest hinsichtlich der Wiedereingliederungsmaßnahmen gesetzlich verankert.³⁴⁾ § 9 Abs 8 dritter Satz AIVG idF ab 1.1.2008 lautet:

„Bei Maßnahmen zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt hat das Arbeitsmarktservice der arbeitslosen Person

³²⁾ VwGH 26.1.2000, 99/03/0132.

³³⁾ Aufklärungsversäumnisse des AMS können im Rechtsmittelverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es waren daher die konkreten Defizite sowie die Gründe, nach denen das AMS eine bestimmte Maßnahme zur Beseitigung dieser Defizite für erforderlich erachtet hat, dem Arbeitslosen schon anlässlich der Zuweisung zu eröffnen und war ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

³⁴⁾ Die gesetzliche Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuweisungsgründe bezieht sich von ihrem Wortlaut her bloß auf Wiedereingliederungsmaßnahmen. Sie wird aber auch für Maßnahmen der Nach- und Umschulung gelten, da sich deren Zuweisungsvoraussetzungen nicht von denen der Wiedereingliederungsmaßnahmen unterscheiden.

³⁵⁾ Das AMS hat nachzuweisen, dass die arbeitslose Person nach der Maßnahme in der Lage ist, einen Arbeitsplatz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu erlangen (VwGH 5.9.1995, 94/08/0246). Wenn zB von drei Vermittlungshindernissen nur eines durch die Maßnahme beseitigt wird, während die beiden übrigen der tatsächlichen Wiedereingliederung entgegenstehen, liegen die Voraussetzungen für eine sanktionsbedrohte Zuweisung nicht vor (vgl VwGH 30.4.2002, 2002/08/0042). Es ist also im Zuge der Maßnahmenbelehrung der arbeitslosen Person gegenüber darzulegen, weshalb sich gerade durch die konkrete Maßnahme die Wiedereingliederungschancen erheblich verbessern sollten.

³⁶⁾ Gleichzeitig ist darzulegen, weshalb ohne die Maßnahme mit einer Wiedereingliederung nicht zu rechnen ist. Ist nämlich auch ohne diese Maßnahme mit einer Wiedereingliederung zu rechnen, ist die Maßnahmenzuweisung auch dann unzulässig, wenn sie zu einer Verbesserung der Wiedereingliederungschancen führen würde (vgl VwGH 6.5.1997, 1995/08/0339).

³⁷⁾ Wenn die entsprechenden Fähigkeiten dem Arbeitslosen nicht fehlen, ist die Maßnahmenzuweisung jedenfalls unzulässig (vgl VwGH 6.5.1997, 1995/08/0339; 21.12.1993, 93/08/0215). Der Maßnahmenzuweisung hat somit eine Defizitanalyse voranzugehen, deren Ergebnis mit den konkreten Maßnahmeninhalten abzugleichen ist.

³⁸⁾ Im Gegensatz zur Notwendigkeit, also der unabdingbaren Erforderlichkeit, ist die Nützlichkeit einer Maßnahme schon dann gegeben, wenn sie für einen bestimmten Zweck (Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt) gut brauchbar ist.

³⁹⁾ Der wesentliche Unterschied zur Notwendigkeit besteht also darin, dass es nicht auf die Wahrscheinlichkeit der Wiedereingliederung ohne diese Maßnahme ankommt.

⁴⁰⁾ Bleiben etwa trotz dieser Maßnahme relevante Vermittlungshindernisse bestehen, wird deren Nützlichkeit zu verneinen sein.

die Gründe anzugeben, die eine Teilnahme an einer derartigen Maßnahme als zur Verbesserung der Wiederbeschäftigungschancen notwendig oder nützlich erscheinen lassen, soweit diese nicht auf Grund der vorliegenden Umstände wie insbesondere einer längeren Arbeitslosigkeit in Verbindung mit bestimmten bereits zB im Betreuungsplan (§ 38c AMSG) erörterten Problemlagen, die einer erfolgreichen Arbeitsaufnahme entgegen stehen, als bekannt angenommen werden können.“

Das AMS hat somit jene Gründe, die die Teilnahme an der Maßnahme als zur Verbesserung der Wiederbeschäftigungschancen notwendig oder nützlich erscheinen lassen, der arbeitslosen Person spätestens bei Zuweisung bekannt zu geben.

2.2. Umfang und Entfall der Maßnahmenbelehrung

Die Maßnahmenbelehrung muss sich jedenfalls auf die Notwendigkeit der Maßnahme beziehen und somit zumindest drei Punkte umfassen. Die Notwendigkeit einer Maßnahme setzt voraus, dass

- die Vermittlung der konkreten Maßnahmeninhalte die Wiedereingliederungschancen der arbeitslosen Person erheblich verbessert,³⁵⁾
- die Wiedereingliederung der arbeitslosen Person ohne die Maßnahme unwahrscheinlich ist³⁶⁾ und
- der arbeitslosen Person die Inhalte der Maßnahme tatsächlich fehlen.³⁷⁾

Nach dem Wortlaut des § 9 Abs 8 AIVG sind im Rahmen der Maßnahmenbelehrung der arbeitslosen Person jene Gründe bekannt zu geben, die die Maßnahme notwendig *oder* nützlich³⁸⁾ erscheinen lassen. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass schon die Nützlichkeit einer Maßnahme die Zuweisung rechtfertigt und es auf die Notwendigkeit gar nicht mehr ankommt, und daher auch bloß der arbeitslosen Person gegenüber die Nützlichkeit der Maßnahme dargelegt werden muss. Nützlichkeit wird dann gegeben sein, wenn die Vermittlung der konkreten Maßnahmeninhalte die Wiedereingliederungschancen der arbeitslosen Person erheblich verbessert und der arbeitslosen Person die Inhalte der Maßnahme tatsächlich fehlen.³⁹⁾

Da aber das AMS gesetzlich dazu verpflichtet ist (§ 31 Abs 5 AMSG), alle Tätigkeiten nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit auszuüben, wird auch an die Beurteilung der Nützlichkeit ein strenger Maßstab anzulegen sein, dh, dass die Nützlichkeit nicht generell und vom konkreten Einzelfall unabhängig zu beurteilen ist. Nützlich ist eine Maßnahme nur dann, wenn sie geeignet ist, die Wiedereingliederungschancen einer bestimmten Person erheblich zu verbessern.⁴⁰⁾

Mit BGBl I 2007/104 wurde nicht nur die Verpflichtung zur Maßnahmenbelehrung gesetzlich angeordnet, sondern gleichzeitig – aus verwaltungsökonomischen Gründen – eine Ausnahme von dieser Verpflichtung des AMS vorgesehen. Die Maßnahmenbelehrung kann nämlich entfallen, wenn die Zuweisungsgründe auf Grund der vorliegenden Umstände, wie insb einer längeren Arbeitslosigkeit iVm bestimmten bereits zB im Betreuungsplan (§ 38c AMSG) erörterten Problemlagen, die einer erfolgreichen Arbeitsaufnahme

entgegenstehen, als bekannt angenommen werden können. Voraussetzung für den zulässigen Entfall der Maßnahmenbelehrung ist somit, dass

- besonders qualifizierte Umstände vorliegen,
- die mit der arbeitslosen Person erörtert wurden und daher
- die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Notwendigkeit bzw. Nützlichkeit der Maßnahme für die Wiedereingliederung der arbeitslosen Person bekannt sind.

§ 9 Abs 8 AIVG nennt nur einen beispielhaften Grund, der den Entfall der Maßnahmenbelehrung rechtfertigen kann. So kann die Maßnahmenbelehrung insb bei längerer Arbeitslosigkeit entfallen, sofern dazu noch zumindest eine besondere, bereits erörterte Problemlage hinzutritt, die einer erfolgreichen Arbeitsaufnahme entgegensteht.⁴¹⁾ Diese Problemlage und deren Kausalität für das Nichtfinden einer Beschäftigung am Arbeitsmarkt muss mit der arbeitslosen Person aber zumindest einmal erörtert worden sein. Für diese Erörterung, die eine *conditio sine qua non* für den Entfall der Maßnahmenbelehrung darstellt, ist das AMS beweispflichtig. Daher ist die Erörterung der Problemlage zu dokumentieren.⁴²⁾

Bei der Problemlage muss es sich um einen Umstand handeln, der der Arbeitsaufnahme entgegensteht (Kausalität) und der durch die konkrete Maßnahme behebbar ist. Bildet zB das Alter das einzig relevante Vermittlungshindernis und ist es somit kausal für eine Phase längerer Arbeitslosigkeit, kann die Maßnahmenbelehrung nicht entfallen, da die Annahme der Kenntnis nicht zulässig ist, weshalb ein bestimmter Maßnahmeninhalt geeignet sei, bei Weiterbestehen dieses Vermittlungshindernisses die Wiedereingliederungschancen erheblich zu verbessern (Erfordernis der Behebbarkeit). Nur der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass die individuell zu beurteilende Nützlichkeit (und damit eine Voraussetzung für die Zumutbarkeit iSd § 9 AIVG) dann nicht gegeben ist, wenn von mehreren Vermittlungshindernissen nur eines behoben werden kann.⁴³⁾

Nicht nur das Vorliegen qualifizierter Problemlagen, für deren Beseitigung die Maßnahme zumindest nützlich ist, sondern vor allem die berechtigte Annahme, dass diese Problemlagen (und somit die Nützlichkeit bzw. Notwendigkeit der Maßnahme zu deren Beseitigung) der arbeitslosen Person tatsächlich bekannt sind, sind Erfordernisse für den Entfall der Maßnahmenbelehrung.⁴⁴⁾ In der praktischen Vollziehung ist das AMS aber gut beraten, weiterhin im konkreten Anlassfall der Maßnahmenzuweisung eine individuelle Maßnahmenbelehrung vorzunehmen, um im Berufungsverfahren nicht in Beweisnotstand zu geraten.

3. Beauftragte Dienstleister

Um Arbeitswilligkeit iSd § 9 Abs 1 AIVG aufzuweisen, sind Arbeit Suchende seit 1.1.2008 verpflichtet, neben der Beschäftigungsvermittlung durch das AMS, auch zumutbare Beschäftigungen anzunehmen, die ihnen von bestimmten, vom AMS beauftragten Dienstleistern zugewiesen werden (BGBl I 2007/104).⁴⁵⁾

3.1. Zur Arbeitsvermittlung berechtigte Dienstleister

§ 9 Abs 1 AIVG gibt den vom AMS beauftragten Dienstleistern vor, dass diese die Arbeitsvermittlung iSd §§ 2 bis 7 AMFG durchzuführen haben. Als Arbeitsvermittlung iSd § 2 AMFG gilt dabei vor allem jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeit Suchende mit AG zur Begründung von Arbeitsverhältnissen oder Arbeit Suchende mit Auftraggebern zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen zusammenzuführen.⁴⁶⁾ Untersagt ist gem § 2 Abs 5 AMFG jede auf Arbeitsvermittlung gerichtete Tätigkeit, die den Vorschriften des AMFG widerspricht. § 3 AMFG legt in einer demonstrativen Aufzählung Grundsätze fest, die bei der Arbeitsvermittlung zwingend einzuhalten sind. Diese Grundsätze stimmen zT mit den Zumutbarkeitsbestimmungen des § 9 AIVG überein (zB Anspruch auf angemessene Entlohnung, Berücksichtigung der Gesundheit bei der Vermittlung, ...), gehen aber auch darüber hinaus (zB Berücksichtigung der Wünsche sowie der sozialen Verhältnisse der Arbeit Suchenden).⁴⁷⁾

41) Lange Arbeitslosigkeit allein reicht somit nicht aus, eine Belehrung über die Gründe der Maßnahmenzuweisung entfallen zu lassen. Andererseits wird aber davon auszugehen sein, dass eine längere Phase der Arbeitslosigkeit (allenfalls unterbrochen durch kurzfristige Beschäftigungen) jedenfalls erforderlich ist, um überhaupt auf eine Maßnahmenbelehrung verzichten zu können.

42) § 9 Abs 8 AIVG hebt als Beispiel die Dokumentation der Erörterung im Betreuungsplan hervor. Die Dokumentation ist aber nur ein (widerlegbares) Indiz für diese Erörterung.

43) Liegt somit neben dem Alter eine weitere (behebbar), der Arbeitsaufnahme entgegenstehende Problemlage vor, mag eine bestimmte Maßnahme zur Behebung dieser Problemlage durchaus nützlich erscheinen. Da das weitere Vermittlungshindernis (Alter) jedoch der Wiedereingliederung weiterhin entgegensteht, fehlt es an der Nützlichkeit der Maßnahme und ist daher nicht nur deren Zuweisungstauglichkeit zu verneinen, sondern jedenfalls auch ein Entfall der Maßnahmenbelehrung nicht zulässig.

44) Nur dann, wenn eine konkrete Problemlage erörtert wurde, kann die arbeitslose Person iSd Judikatur des VwGH zur Maßnahmenbelehrung nachvollziehen, weshalb sie an einer bestimmten Maßnahme teilnehmen soll und wird nur dann die Akzeptanz erreicht, die für die Erreichung des Maßnahmenziels unerlässlich ist.

45) Wie für die Beschäftigungsvermittlung durch das AMS gelten auch für die durch beauftragte Dienstleister vermittelten Beschäftigungen alle Zumutbarkeitskriterien des § 9 AIVG (Berufsschutz, Entgeltsschutz, angemessene Entlohnung, zulässige Wegzeit, Nichtgefährdung von Gesundheit, Sittlichkeit etc). Vgl die EB zu § 9 Abs 1 und 2 AIVG idF BGBl I 2007/104.

46) Sollte diese Tätigkeit allerdings nur gelegentlich und unentgeltlich (dh nicht auf Gewinn gerichtet und ohne sonstigen wirtschaftlichen Nutzen) oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt werden, liegt keine Arbeitsvermittlung iSd AMFG vor und dürfen solche Arbeitsvermittler vom AMS nicht als Dienstleister herangezogen werden.

47) Wie weit sich aus dem Hinweis auf § 3 AMFG Konsequenzen für die Zumutbarkeit iSd § 9 Abs 1 AIVG der von einem Dienstleister vermittelten Beschäftigung ergeben, ist bis dato ungeklärt.

Es können nur jene Dienstleister vom AMS beauftragt werden, die zur Arbeitsvermittlung iSd AMFG zugelassen sind. § 4 Abs 1 leg cit zählt taxativ auf: das AMS (Z 1), die gesetzlichen Interessenvertretungen und kollektivvertrags-(kollv-)fähigen Berufsvereinigungen (Z 2), gemeinnützige Einrichtungen (Z 3), Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitsvermittler oder, soweit ausschließlich Führungskräfte vermittelt werden, Unternehmensberater und Unternehmensorganisatoren (Z 4). In der Verwaltungspraxis des AMS werden voraussichtlich vorrangig gemeinnützige Einrichtungen sowie Gewerbeberechtigte für das Gewerbe der Arbeitsvermittler (§ 94 Z 1 GewO) bzw – eingeschränkt auf Führungskräfte – des Gewerbes Unternehmensberater und Unternehmensorganisatoren (§ 136 Abs 1 GewO) beauftragt werden. Beabsichtigen gemeinnützige Einrichtungen Vermittlungstätigkeiten aufzunehmen, ist dies gem § 4 Abs 3 AMFG dem BM für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) anzuzeigen.

Die Ausübung der Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitsvermittlung erfordert gem § 97 GewO bei natürlichen Personen die Staatsangehörigkeit zu einer EWR-Vertragspartei und einen Wohnsitz in einem EWR-Vertragsstaat. Juristische Personen und Personengesellschaften des Handelsrechts müssen ua ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat haben. Die Arbeitsvermittlung gehört zu den sog reglementierten Gewerben gem § 94 Z 1 GewO, es bedarf zur Ausübung somit des Nachweises einer entsprechenden Befähigung, dh es muss nachgewiesen werden, dass der zukünftige Arbeitsvermittler die fachlichen, einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die der Arbeitsvermittlung eigentümlichen Tätigkeiten selbständig ausüben zu können (§ 16 GewO). Die Vermittlungstätigkeit ist sowohl vom BMWA als auch von den Gewerbebehörden zu beobachten. Sie ist einer gemeinnützigen Einrichtung vom BMWA zu untersagen, wenn wiederholt gegen die Bestimmungen des AMFG verstoßen wurde. Die Tatbestände, die zu einer Entziehung der Gewerbeberechtigung durch die Gewerbebehörde führen, regelt § 87 GewO.

3.2. Grundsätze der Arbeitsvermittlung

Gem § 4 Abs 6 AMFG darf der Arbeitsvermittler (beauftragte Dienstleister) nur offene Stellen vermitteln, über deren Anforderungen er Auskunft geben kann. Der Arbeit Suchende ist zum Schadenersatz berechtigt, wenn der Arbeitsvermittler falsche oder fehlerhafte Angaben macht.⁴⁸⁾ Der Arbeitsvermittler muss über angemessene Geschäftsräume verfügen und muss iSd § 7 AMFG auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit oder Vorbildung fachlich und persönlich geeignet sein. Die Berechtigung zur Arbeitsvermittlung muss gem § 4 Abs 7 AMFG den Kunden in geeigneter Weise mitgeteilt werden. Neben der Möglichkeit der

Einsichtnahme in die Gewerbeberechtigung (gewerbliche Arbeitsvermittler) bzw in die Anzeige gem § 4 Abs 3 AMFG (gemeinnützige Arbeitsvermittler) wird auch Einsicht in den Nachweis der Beauftragung des Dienstleisters durch das AMS iSd § 9 Abs 1 AIVG erforderlich sein. § 5 Abs 1 AMFG bestimmt, dass Arbeitsvermittlung vom AMS, von gesetzlichen Interessenvertretungen und kollv-fähigen Berufsvereinigungen sowie von gemeinnützigen Einrichtungen unentgeltlich durchzuführen ist. Auch die gewerblichen Arbeitsvermittler haben die Arbeitsvermittlung für die Arbeit Suchenden idR unentgeltlich durchzuführen, dh Vereinbarungen über Vermittlungsprovisionen und sonstige Entgelte sind nur zwischen dem Vermittler und dem Anbieter der offenen Stelle zulässig. Eine Ausnahme von der Unentgeltlichkeit macht § 5 Abs 3 AMFG grundsätzlich bei Vermittlung von Künstlern und Sportlern. Bei diesen darf dann ein angemessenes Vermittlungsentgelt verlangt oder entgegengenommen werden, wenn der Arbeitsvertrag durch die Vermittlungstätigkeit zulässig zustande gekommen ist.⁴⁹⁾ Bei Arbeitsvermittlung iSd § 9 Abs 1 AIVG, dh bei Beauftragung des Dienstleisters durch das AMS, wird die Vereinbarung bzw Entgegennahme von Vermittlungsentgelt jedenfalls unzulässig sein, da keine Freiwilligkeit der Inanspruchnahme des Vermittlers vorliegt.⁵⁰⁾

Arbeitsvermittler haben im erforderlichen Ausmaß bestimmte Vormerkungen über die Arbeit Suchenden (insb deren berufliche Befähigung und Erfahrung sowie über die angestrebte Beschäftigung), und über die Aufträge zur Besetzung offener Stellen (insb über die Voraussetzungen, unter denen sie besetzt werden sollen; die Arbeitsbedingungen) sowie Unterlagen über Betriebe zu erstellen und zu führen (§ 5 Abs 5 AMFG). § 6 AMFG enthält in diesem Zusammenhang datenschutzrechtliche Bestimmungen. Soweit Arbeitsvermittler jedoch iSd § 9 Abs 1 AIVG als vom AMS beauftragte Dienstleister tätig werden, ist § 25 Abs 1 und 5 AMFG idF BGBl I 2007/104 zu beachten. Demnach dürfen (mit Ausnahme der Gesundheitsdaten) sämtliche beim AMS verarbeiteten Daten des Arbeit Suchenden an den beauftragten Dienstleister im Wege der automationsunterstützten Datenverarbeitung weitergegeben werden, soweit sie eine unabdingbare Voraussetzung für die Erfüllung der Dienstleistung darstellen. Den Arbeit Suchenden selbst trifft somit keine Verpflichtung, dem Dienstleister persönliche Daten bekannt zu geben. Vielmehr hat dieser die für seine Zwecke erforderlichen Daten beim AMS einzuholen. Werden vom Arbeitsvermittler unzulässige Daten weitergegeben, so ist der Arbeit Suchende zum Schadenersatz berechtigt.⁵¹⁾

3.3. § 10 AIVG-Sanktion iZm mit Beschäftigungszuweisung durch vom AMS beauftragte Dienstleister

§ 10 Abs 1 Z 1 AIVG idF BGBl I 2007/104 normiert ua für den Fall der Weigerung „eine von einem vom AMS beauftragten, die Arbeitsvermittlung durchführenden Dienstleister“ zugewiesene Beschäftigung anzunehmen oder für den Fall der Vereitelung der Annahme einer solchen Beschäftigung eine Sperre der Leistung für sechs (im Wiederholungsfall für acht)

48) Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰ (2003) 185.

49) Kozak/Balla/Zankel, Schauspielergesetz (2007) Kommentar zu §§ 47 ff.

50) Krapf/Keul, Arbeitslosenversicherungsgesetz (3. ErgLfg) Rz 209.

51) Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 185.

Wochen. Aus Gründen der Rechtsicherheit müssen Arbeit Suchende vom AMS davon in Kenntnis gesetzt werden, konkret (namentlich) welche beauftragten Dienstleister des AMS allenfalls mit Vermittlungsangeboten an sie herantreten werden. Weiters muss bereits vor einer Kontaktierung durch den Dienstleister eine Rechtsfolgenbelehrung iSd § 10 AIVG durch das AMS (Manuduktionspflicht gem § 13a AVG) erteilt werden. Nur wenn informiert wurde, dass die Rechtsfolgen gem § 10 AIVG auch iZm einer Arbeitsvermittlung durch den Dienstleister verhängt werden können, kann später gegebenenfalls Verschulden vorliegen und eine Leistungssperre verhängt werden. Das AMS hat zu überprüfen, dass die beauftragten Dienstleister alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen und auch durch ihr Vertragsverhältnis zu Dienstleistern sicherzustellen, dass bei der Arbeitsvermittlung alle Vorgaben der §§ 2 bis 7 AMFG eingehalten werden. Es muss seitens des AMS eine ständig aktualisierte Liste all jener Einrichtungen und Gewerbeberechtigten geführt werden, die die Voraussetzungen als beauftragter Dienstleister iSd § 9 Abs 1 AIVG iVm §§ 2 bis 7 AMFG erfüllen. Auch die Durchführungsweisung des BMWA⁵²⁾ zu § 9 Abs 1 AIVG weist explizit darauf hin, dass eine Sanktion gem § 10 AIVG oder eine Leistungseinstellung nach § 9 AIVG nur dann zulässig ist, wenn die zugewiesene Stelle den Zumutbarkeitsbestimmungen entspricht und die Befugnis des Dienstleisters zur Arbeitsvermittlung gem § 4 AMFG besteht. Es obliegt den Landesgeschäftsstellen im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Vertragsgestaltung mit dem jeweiligen Dienstleister sicherzustellen, dass diese Befugnis vorliegt. Sollte in Einzelfällen nach Auffassung der betroffenen Arbeitslosen dennoch keine Gewähr für die Einhaltung der für die Ausübung der Arbeitsvermittlung geltenden Regelungen bestehen, wird das AMS die von den betroffenen Arbeitslosen angeführten Gründe zu prüfen haben.⁵³⁾

Weiters hat bei jeder konkreten Beschäftigungszuweisung durch den beauftragten Dienstleister dieser dem Arbeit Suchenden jenes erforderliche Maß an Information zugänglich zu machen, das benötigt wird, um beurteilen zu können, ob es sich bei der zugewiesenen Beschäftigung um eine zumutbare iSd § 9 AIVG handelt. Der Umfang dieser Auskunftspflichtung der Dienstleister gem § 4 Abs 6 AMFG wird im AMFG nicht näher definiert. Angesichts der mit dieser Vermittlung verbundenen Sanktionsmöglichkeit und des Bedürfnisses Arbeit Suchender nach Rechtssicherheit wird die Auskunftspflichtung der Arbeitsvermittler jedoch weit zu verstehen sein und insb alle für die Beurteilung der Zumutbarkeit iSd § 9 Abs 1 AIVG erforderlichen Kriterien (gewöhnlicher Arbeitsort, Arbeitszeit, Lage der Arbeitszeit, anzuwendender KollV und Einstufung in die Lohntabelle, Entgelt, Tätigkeit)⁵⁴⁾ umfassen (vgl § 2 Abs 2 AVRAG).⁵⁴⁾ Nur wenn diese Informationskette lückenlos geschlossen ist, kann eine Leistungssperre gem § 10 AIVG durch Bescheid des AMS verhängt werden.

3.4. Abgrenzungsprobleme

Speziell im Bereich der Maßnahmen (persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche, Arbeitserprobung) muss eine klare Trennung zur reinen Arbeitsvermittlung iSd § 9 Abs 1 AIVG eingehalten werden. Vermittelt der

Maßnahmenträger, der die persönliche Unterstützung bzw die Arbeitserprobung bietet, auch Beschäftigungen, so muss er die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllen.⁵⁵⁾ Dem Arbeit Suchenden muss zu jeder Zeit klar erkennbar sein, ob er im Rahmen einer Maßnahme gefördert und unterstützt wird, oder ob ihm eine Beschäftigung durch einen beauftragten Dienstleister zugewiesen wird. Nur wer über die allfällige Sanktionierbarkeit seiner Handlungen informiert ist und über die Kenntnis der rechtlichen Konsequenzen verfügt, kann sich rechtskonform verhalten.

4. Arbeitserprobungen im Zuge von Maßnahmen des AMS

4.1. Vorbemerkung

Bis 31.12.2007 gab es keine gesetzliche Regelung hinsichtlich der Erbringung von Arbeitsleistungen im Rahmen einer Maßnahme. Die Judikatur hat das vom AMS praktizierte „Arbeitstraining“⁵⁶⁾ als Wiedereingliederungsmaßnahme qualifiziert. Nunmehr hat der Gesetzgeber mit dem Terminus „Arbeitserprobung“ einen neuen Begriff geschaffen und gleichzeitig als Zuweisungsvoraussetzung deren Einbettung in eine übergeordnete Maßnahme angeordnet. § 9 Abs 8 erster Satz AIVG normiert nämlich, dass Arbeitserprobungen nur „im Zuge von Maßnahmen des AMS“ stattfinden dürfen.

Arbeitserprobungen sind der praktische Teil einer ansonsten überwiegend theoretischen Aus- oder Weiterbildung bzw einer Wiedereingliederungsmaßnahme. Im Unterschied zur früheren Praxis ist daher nunmehr ausgeschlossen, dass diese praktische Ausbildung als eigenständige Maßnahme zugewiesen wird. Eine nähere Definition des Begriffes „Arbeitserprobung im Zuge von Maßnahmen“ nimmt der Gesetzgeber nicht vor (vgl unten Pkt „Abgrenzungsprobleme“), aber er definiert deutlich die mit dieser Maßnahme verfolgten Ziele. Es sind dies gem der taxativen Aufzählung in § 9 Abs 8 AIVG

- die Überprüfung vorhandener oder im Rahmen der Maßnahme erworbener Kenntnisse und Fertigkeiten (zB zur frühzeitigen Feststellung, ob die geplante Aus-/Weiterbildung für den konkreten Arbeitslosen geeignet, notwendig oder nützlich ist; bzw mit Abschluss der Maßnahme die entsprechenden Vermittlungshindernisse beseitigt wurden) sowie
- die Überprüfung der Einsatzmöglichkeiten in einem Betrieb (zB Überprüfung der sozialen Kompeten-

52) Durchführungsweisung zu den Neuerungen ab 1.1.2008 im AIVG auf Grund des BG, BGBl I 2007/104 vom 28.12.2007.

53) Vgl die EB § 9 Abs 1 und 2 AIVG idF BGBl I 2007/104.

54) Krapf/Keul, Arbeitslosenversicherungsgesetz Rz 209.

55) Da in der Praxis die persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche meist auch mit dem Auffinden von Beschäftigungsmöglichkeiten verbunden ist, werden derartige Maßnahmenträger die für beauftragte Dienstleister erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen müssen.

56) VwGH 18.10.2000, 99/08/0071; 18.10.2000, 99/08/0027.

- zen und Feststellung eines allfälligen Schulungsbedarfes⁵⁷⁾).
- Gesetzlich vorgegeben wird weiters, dass Arbeitserprobungen eine diesen Zielen angemessene Dauer nicht überschreiten dürfen (innerhalb zeitlicher Maximalrahmen wird die Angemessenheit einer konkreten Arbeitserprobung im Einzelfall zu ermitteln sein).

4.2. Richtlinie des Verwaltungsrates

§ 9 Abs 8 AIVG normiert, dass Arbeitserprobungen bestimmten Qualitätsstandards entsprechen müssen, die in einer RL des Verwaltungsrates zu regeln sind. Die oben genannten Ziele sind als inhaltliche Vorgabe an diese Verwaltungsrats-RL zu verstehen.

Diese Bundes-RL⁵⁸⁾ unterscheidet zwischen der Arbeitserprobung und einem im AIVG nicht vorgesehenen „Arbeitstraining“.⁵⁹⁾ Betreffend der Arbeitserprobung wird angeführt, dass diese immer iZm dem beabsichtigten Abschluss eines konkreten Dienstverhältnisses bei einem AG steht und im Hinblick auf begründete Zweifel der Überprüfung der fachlichen oder persönlichen Eignung für die beabsichtigte Beschäftigung dienen soll. Das gesetzlich normierte Erfordernis der Einbettung in eine Maßnahme bleibt unerwähnt.

Als Zielgruppe für die *Überprüfung der fachlichen Eignung* nennt die RL Arbeitslose mit zertifizierten Qualifikationen und Fertigkeiten, deren Anwendbarkeit fraglich ist (zB länger nicht mehr ausgeübt wurden) sowie Arbeitslose, die die Angaben über ihre Qualifikation und Fertigkeiten nicht nachweisen können (zB MigrantInnen). Als Höchstdauer für diese Arbeitserprobung ist eine Woche vorgesehen. Erste Zielgruppe der *Überprüfung der persönlichen Eignung* sind laut RL Langzeitbeschäftigungslose mit „sozialer Fehlanpassung“, worunter Problemlagen iZm Alkohol, Drogen, Haft bzw eine problematische Berufskarriere wegen häufigen selbstverschuldeten Arbeitsplatzwechsels oder selbstverschuldete kurzfristige Arbeitsverhältnisse zu verstehen sind. Als zweite Zielgruppe werden Personen mit besonderen Eingliederungsproblemen (am Arbeitsmarkt benachteiligte Personen) genannt. Bei dieser Variante der Arbeitserprobung ist mit der zweiten Zielgruppe Einvernehmen herzustellen, dh eine Ablehnung bleibt sanktionslos. Höchstdauer der Arbeitserprobung ist hier vier Wochen. Die Zielgruppendefinition der RL ist nicht ausreichend, da eine individualisierte Defiziterhebung (unter Angabe der näheren Kriterien) nicht vorgesehen ist.

Zum sog Arbeitstraining⁶⁰⁾ normiert die RL, dass dieses nicht zwingend iZm dem Abschluss eines Arbeitsverhältnisses stehen muss und drei Zielen dienen kann:

1. Erwerb von Berufspraxis nach abgeschlossener Ausbildung (Zielgruppe AbsolventInnen von Ausbildungen ohne einschlägige Berufserfahrung, Dauer bis zu 12 Wochen);
2. Erwerb von praktischen Erfahrungen als Voraussetzung für einen Ausbildungsabschluss (Dauer bis zu 12 Wochen bzw den Ausbildungsregelungen entsprechend);
3. Erwerb von Arbeitserfahrung und Training von Fähigkeiten/Fertigkeiten bzw Steigerung der Belastbarkeit bzw Verbesserung der Arbeitshaltung (Zielgruppe Personen mit Eingliederungsproblemen zB mit psychischen Beeinträchtigungen, Dauer 12 Wochen, einvernehmlich länger; Einvernehmen mit dem Arbeitslosen herzustellen, ist bei dieser dritten Zielgruppe erforderlich). Für Personen nach längerer Abwesenheit vom Erwerbsleben (zB WiedereinsteigerInnen) mit dem Ziel der Aktualisierung von Fähigkeiten/Fertigkeiten sind Arbeitstrainings laut RL im Rahmen eines (geförderten) Arbeitsverhältnisses oder einer diesbezüglichen Bildungsmaßnahme durchzuführen, oder es kommt einer der Anwendungsfälle der Arbeitserprobung zur Anwendung. Völlig unklar ist in diesem Zusammenhang, wie das für diese Personengruppe vorgesehene Arbeitstraining „im Rahmen eines (geförderten) Arbeitsverhältnisses“ abgewickelt werden soll, da Maßnahme und Arbeitsverhältnis einander ausschließen.

Sowohl für die Arbeitserprobung als auch für das Arbeitstraining soll laut RL ua gelten, dass es vorangehende erfolglose Versuche sowohl der Arbeitsaufnahme als auch der Vereinbarung einer Eingliederungsbeihilfe bei dem Betrieb, bei dem die Arbeitserprobung bzw das Arbeitstraining stattfinden soll, gegeben haben muss. In schriftlichen Vereinbarungen zwischen AMS und dem Betrieb und dem Arbeitslosen sind Auflagen festzuhalten, insb darf das wöchentliche Ausmaß die maximale gesetzliche oder kollivliche Normalarbeitszeit nicht überschreiten.

4.3. Kritik und Abgrenzungsprobleme

Kritisch festzustellen ist, dass auch die RL keine inhaltlichen Tatbestandsmerkmale für Arbeitserprobung bzw „Arbeitstraining“ enthält. Weiters wird nicht geregelt, nach welchen Kriterien im Einzelfall die angemessene Dauer zu ermitteln ist. Die RL überlässt die konkrete Ausgestaltung in diesen wesentlichen Punkten der Verwaltungspraxis des AMS, was dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG nicht entspricht. Laut RL hat jede Arbeitserprobung iZm dem beabsichtigten Abschluss eines konkreten Dienstverhältnisses bei einem AG zu stehen. Dagegen spricht, dass bei jeder Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses Unklarheiten über die fachliche und persönliche Eignung bestehen, wobei idR die arbeitsrechtliche Probezeit und nicht eine Arbeitserprobung dazu dient, die Klärung der Eignung herbeizuführen.

So sinnvoll und wichtig die genannten Ziele iZm dem Arbeitstraining auch sein mögen, überschreiten sie doch die gesetzlichen Vorgaben des § 9 Abs 8 AIVG bei weitem, da sie mit einer Überprüfung der im Gesetz genannten Inhalte nicht deckungsgleich sind

57) Dabei darf es sich nicht um die allfällige Arbeitsaufnahme an einem konkret zu besetzenden Arbeitsplatz handeln, da ansonsten Arbeitsvermittlung in ein Probeverhältnis vorläge.

58) Diese Bundes-RL „Beihilfen zu Förderung der beruflichen Mobilität“ erlangte ab 17.11.2008 Gültigkeit.

59) Der Eintritt in Arbeitserprobung und Arbeitstraining ist laut der RL zeitlich befristet und bis 31.5.2011 möglich.

60) Generell gilt für Arbeitstrainings eine Mindestdauer von einer Woche und eine Mindeststundenanzahl von 16 Stunden pro Woche.

und jeglichen Zusammenhang mit einer Maßnahme des AMS vermissen lassen. Es kann dem Gesetzgeber, der – in Abkehr von dem in der bisherigen Judikatur des VwGH gewählten Begriff des Arbeitstrainings – bewusst den neuen Begriff der Arbeitserprobung eingeführt und geregelt hat, auch nicht unterstellt werden, in § 9 Abs 8 AIVG eine planwidrige Regelungslücke gelassen zu haben, die über die Inhalte der RL zu schließen wäre.

Arbeitserprobung wird aus Arbeitshandlungen eines Arbeitslosen in Betrieben bestehen, wobei den Zielen des § 9 Abs 8 AIVG entsprechende Inhalte überprüft werden sollen und eine klare Abgrenzung zu arbeitsrechtlichen Beschäftigungsformen bestehen muss. Dies erfordert vorweg eine genaue Festlegung der zu überprüfenden Inhalte sowie eine kontinuierliche Anweisung und Überwachung des Arbeitslosen durch eine geeignete Person. Dies auch deshalb, um die Arbeitserprobung in einer – in Relation zum zu prüfenden Inhalt – angemessenen Dauer zum Abschluss bringen zu können. Die Vorgabe, dass es vorangehende erfolglose Versuche sowohl der Arbeitsaufnahme als auch der Vereinbarung einer Eingliederungsbeihilfe bei dem Betrieb, bei dem die Arbeitserprobung bzw. das „Arbeitstraining“ stattfinden soll, gegeben haben muss, rückt beide Maßnahmenvarianten in unmittelbare Nähe zur konkreten Arbeitsvermittlung, was nicht den Vorgaben des § 9 Abs 8 AIVG, der Überprüfung bestimmter Inhalte, entspricht.

Inhaltlich ausreichend bestimmte Tatbestandsmerkmale der beiden Maßnahmenvarianten der RL, die eine Abgrenzung zum Dienstverhältnis ermöglichen, lässt die RL vermissen. Da es dabei immer um Arbeitshandlungen Arbeit Suchender bei Weiterbezug der Leistung aus der Arbeitslosenversicherung geht, ist eine klare Abgrenzung überaus wichtig. Müssen doch einerseits Arbeit Suchende vor Missbrauch durch potentielle AG, die im unzulässigen Extremfall zu 100 % subventionierte Arbeitsleistung bekämen, geschützt werden, und gilt es auch andererseits, den regulären Arbeitsmarkt sowie alle ArbeitnehmerInnen (AN), die dort in unselbständiger Beschäftigung stehen, vor einem Unterlaufen arbeitsrechtlicher Bestimmungen zu schützen.

Laut Judikatur sind die Kriterien eines Arbeitsverhältnisses folgende: Persönliche Arbeitspflicht unter Leitung und Führung des AG mit dessen Arbeitsmitteln, Fremdbestimmung der Arbeit, der wirtschaftliche Erfolg kommt dem AG zugute, zeitliches Verpflichtungsverhältnis zwischen den Partnern; persönliche Fürsorgepflicht des AG und Treuepflicht des AN; Einordnung des AN in das Organisationsgefüge des Betriebs. Bei Überwiegen der vorhandenen Merkmale liegt ein Arbeitsverhältnis vor.⁶¹⁾ Wenn diese Kriterien gegenüber dem Maßnahmenzweck überwiegen, wird man von einer Arbeitserprobung bzw. einem „Arbeitstraining“ nicht mehr sprechen können. Festzuhalten ist weiters, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages im Allgemeinen an keine bestimmte Form gebunden ist. Er kann mündlich, schriftlich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen.⁶²⁾ Sowohl das Dienstverhältnis *auf Probe*⁶³⁾ als auch das Dienstverhältnis *zur Probe*⁶⁴⁾ und der Arbeitsvertrag *zum vorübergehenden Bedarf*⁶⁵⁾ sind arbeitsrechtlich geregelte Vertragstypen, von denen sich eine Arbeitserprobung deutlich unterscheiden muss, um sich als arbeitsmarktpolitische

Maßnahme zu erweisen. Auch darf keine „Arbeitspflicht“ für eine die angemessene Dauer einer Überprüfung überschreitende Zeit vorgeschrieben werden. Den eingesetzten Arbeitslosen muss zu jedem Zeitpunkt der Maßnahme der Unterschied zu einer Arbeitsleistung im Dienstverhältnis und der Zusammenhang mit einer konkret nachvollziehbaren Überprüfung ihrer Fähigkeiten/Kenntnisse bzw. der Einsatzmöglichkeit im Betrieb eindeutig erkennbar sein. Erwerb von praktischer Berufserfahrung iZm einer Ausbildung ist im Rahmen eines arbeitsrechtlich geregelten Volontariats⁶⁶⁾ bzw. eines Praktikums⁶⁷⁾ möglich.

61) Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 123.

62) Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 194.

63) Will sich ein AG von der Eignung eines AN für die ihm zuge dachte Position überzeugen, so wird er idR eine Probezeit vereinbaren. Das wesentliche Charakteristikum eines Probearbeitsverhältnisses besteht darin, dass dieses jederzeit von jedem Vertragsteil ohne Einhaltung von Fristen und Terminen und ohne Vorliegen von Gründen gelöst werden kann. Der Probezeitraum kann nicht beliebig lang festgelegt werden, sondern ist im Allgemeinen mit einem Monat limitiert (§§ 1158 Abs 2 ABGB, § 19 Abs 2 AngG, § 16 Abs 2 GAngG, § 10 Abs 1 LArbG, § 4 Abs 3 VBG, § 8 Abs 1 BEinstG). Vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 215.

64) Beim Dienstverhältnis zur Probe handelt es sich um ein Dienstverhältnis auf bestimmte Dauer, dessen Zwecksetzung ebenfalls in der Erprobung des Dienstnehmers (DN) liegt. Durch die bestimmte Dauer stehen in einem Dienstverhältnis zur Probe nur die Lösungsmöglichkeiten befristeter Dienstverhältnisse zur Verfügung (vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 216).

65) Will ein AG möglichst kurzfristig eine Aushilfskraft einstellen, deren Beschäftigungsdauer sich jedoch nicht annähernd prognostizieren lässt, so kommt ihm dieser von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Vertragstyp zugute. Bestimmungen darüber finden sich vor allem in den §§ 1158 Abs 2 ABGB, 20 Abs 5 AngG und 17 Abs 5 GAngG. Wesentliches Charakteristikum ist im Gegensatz zum befristeten Arbeitsverhältnis die mangelnde Bestimmbarkeit seines zeitlichen Endes. Es handelt sich grundsätzlich um ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, dessen Besonderheit sich in einer erleichterten Lösungsmöglichkeit manifestiert (OGH 1971/Arb 8843). Diese besteht darin, dass es während des ersten Monats entweder jederzeit (§ 1158 Abs 2 ABGB) oder mit nur einwöchiger Kündigungsfrist (§§ 20 Abs 5 AngG, 17 Abs 5 GAngG) von beiden Vertragspartnern gelöst werden kann (vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 217 ff).

66) Als typischer Volontär kann nur derjenige bezeichnet werden, der in einem Betrieb mit Erlaubnis des Betriebsinhabers maschinelle oder sonstige Einrichtungen kennen lernen und sich gewisse praktische Kenntnisse und Fertigkeiten durch Handanlegung aneignen darf. Ist der Volontär jedoch verpflichtet, gleichzeitig gewisse Arbeitsleistungen zu erbringen, so gilt er, wenn weitere Merkmale eines Dienstverhältnisses hinzukommen, als DN (vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 147).

67) Dem Volontär nahe steht der Praktikant, der die praktische Tätigkeit in Ergänzung einer theoretischen, meist schulischen Ausbildung kennen lernen will. Bei seiner Beschäftigung überwiegt ebenfalls der Ausbildungszweck. Auch hier gilt der Grundsatz, dass er dann in einem Arbeitsverhältnis steht, wenn die Begriffsmerkmale desselben vorliegen (vgl Löschnigg, Arbeitsrecht¹⁰, 147).

4.4. § 10 AIVG-Sanktion iZm mit Arbeitserprobungen

Da Arbeitserprobungen nur im Zuge einer Maßnahme stattfinden dürfen, kann es sich bei allfälligen Sanktionen gem § 10 AIVG nur um solche gem Z 2 und 3 leg cit handeln (unbegründete Weigerung der Teilnahme bzw schuldhafte Vereitelung des Erfolges der genannten Maßnahmen). Sollte im Berufungsverfahren festgestellt werden, dass die Grenzen der Arbeitserprobung in Richtung Dienstverhältnis überschritten worden sind, liegt kein in diesem Sinn sanktionierbarer Tatbestand vor.

Da der Gesetzgeber die Regelung der Qualitätsstandards sowie der mit den im Gesetz genannten Zielen jeweils angemessenen Dauer von Arbeitserprobungen nicht selbst vorgenommen und die nähere Bestimmung dazu einer Verwaltungsrats-RL übertragen hat, stellt sich die Frage, ob die Bestimmung des § 9 Abs 8 erster und zweiter Satz AIVG für sich allein genommen als bestimmt genug iSd Art 18 B-VG zu qualifizieren ist. Dies wird schon auf Grund der unzureichenden gesetzlichen Bestimmung des Inhalts einer Arbeitserprobung als notwendige Abgrenzung zum Dienstverhältnis zu verneinen sein, was eine Sanktion gem § 10 AIVG ausschließen wird. Wird eine Norm durch einen Verwaltungsakt präzisiert, handelt es sich um Rechtsetzung, wobei nur Rechtsvorschriften, die sich an Rechtsunterworfenen richten, Verordnungen (VOen) sind („Rechtsverordnungen“); verwaltungsinterne Normen mit generellem Adressatenkreis („Erlässe“) sind keine VOen iSd B-VG, sondern Weisungen (Art 20 Abs 1 B-VG). Auf die Bezeichnung kommt es dabei nicht an; daher kann auch eine „generelle Weisung“ ihrem Inhalt nach eine Rechts-VO sein.⁶⁸⁾ Nach dem B-VG dürfen nur Verwaltungsbehörden (im formellen Sinn) VOen erlassen, entscheidend ist dabei die funktionelle Behördenqualität.⁶⁹⁾ Räumt ein Gesetz einer Einrichtung Befehlsgewalt ein, dann wird diese Einrichtung zu einem behördlichen Vollzugsorgan (funktioneller Behördenbegriff).⁷⁰⁾ Der VfGH hat in 1996/VfSlg 14.4737⁷¹⁾ iZm der Auslagerung behördlicher Aufgaben auf private Rechtsträger ua ausgeführt,

dass die Letztverantwortung der obersten Organe (insb Weisungsrecht, Aufsichtsrecht) unberührt bleiben muss. Ob der Gesetzgeber diesen Anforderungen im konkreten Fall Genüge getan hat, erscheint zweifelhaft.

Der Gesetzgeber hat in § 9 Abs 8 erster Satz AIVG dem Verwaltungsrat funktionelle Behördenqualität eingeräumt. Die RL selbst nennt als AdressatInnen lediglich alle MitarbeiterInnen des AMS, die mit Aufgaben der personenbezogenen Arbeitsmarktförderung auf Ebene der Landesgeschäftsstelle und der regionalen Geschäftsstelle betraut sind. Da die Bestimmungen dieser RL den Zumutbarkeitsrahmen der Arbeitserprobung, aber auch für die rechtsunterworfenen Arbeitslosen erst ausreichend genau festlegen soll, um diese in die Lage zu versetzen, vorweg beurteilen zu können, ob es sich um eine iSd § 10 AIVG sanktionsbedrohte Maßnahme oder um ein freiwilliges Angebot des AMS handelt, ist die RL als Rechts-VO zu qualifizieren. Die Verfassung enthält keine ausdrückliche Vorschrift darüber, wie VOen kundzumachen sind. Dass eine „gehörige“ und „gesetzmäßige“ Kundmachung zu erfolgen hat, ergibt sich aus Art 89 Abs 1 und Art 139 Abs 3 lit c B-VG. HL und Judikatur haben eine Kundmachungspflicht stets angenommen.⁷²⁾ Da die RL nicht davon ausgeht, dass auch die Rechtsunterworfenen selbst Adressaten dieser VO sind, wurde sie in keiner den Rechtsunterworfenen zugänglichen Form kundgemacht. Wenn aber § 9 Abs 8 erster und zweiter Satz AIVG ohne Ausführungs-VO zu unbestimmt iSd Art 18 B-VG ist und die RL nicht gehörig kundgemacht wurde, darf – bis zur Herstellung eines rechtskonformen Zustandes – iZm Arbeitserprobungen keine Sanktion gem § 10 AIVG verhängt werden bzw sind verhängte Sanktionen im Berufungsweg bzw im Wege eines Erk des VfGH bzw VwGH zu beheben.

5. Persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche

5.1. Vorbemerkung

Die AIVG-Novelle BGBl I 2007/104 regelt in § 9 Abs 8 AIVG die Voraussetzungen der Teilnahme Arbeit Suchender an Wiedereingliederungsmaßnahmen in den Arbeitsmarkt neu und hält im letzten Satz dieses Absatzes ausdrücklich fest, dass eine Wiedereingliederungsmaßnahme auch auf die persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche abzielen kann.

Da jede Schulungs- und Wiedereingliederungsmaßnahme dem Zweck dient, eine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt herbeizuführen, muss es sich um eine über diese allgemeine Zielsetzung hinausgehende Unterstützung handeln, in deren Fokus die konkrete Person des Arbeitslosen und dessen individuelle Betreuung stehen. Die Bandbreite wird von individueller Hilfe bei der Stellensuche und bei Bewerbungsschreiben (zB Coaching) bis hin zur Begleitung bei Behördengängen (zB zum Zweck der Schuldenregulierung) oder zu Vorstellungsterminen reichen. Auf Grund der unmittelbaren Eingriffsnähe in höchstpersönliche Rechte (Art 8 EMRK⁷³⁾) Arbeitsloser wird besondere Sensibilität im Umgang mit dieser

68) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 593 ff.

69) VwGH 20.9.2001, 2001/06/0096; ASFINAG.

70) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 550.

71) *Krapf/Keul*, Arbeitslosenversicherungsgesetz Rz 209.

72) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 602.

73) Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK): „(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. (2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.“

Wiedereingliederungsmaßnahme zu fordern sein. Seitens des AMS wird sicherzustellen sein, dass geeignete Institutionen bzw ausreichend geschulte Personen in diesem Maßnahmentyp als persönliche Betreuer eingesetzt werden. Die Grenzziehung zwischen einer dem Art 8 EMRK nicht entsprechenden und einer als persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche zulässigen Wiedereingliederungsmaßnahme wird dort zu ziehen sein, wo der Schulungscharakter der Maßnahme (wie zB beim Coaching) verlassen und ein Öffentlichwerden der Maßnahme iS eines „Bloßstellens“ (zB durch Begleitung zu Vorstellungsgesprächen) herbeigeführt wird. Derartige, unverhältnismäßig stark in das Privatleben eingreifende Maßnahmeninhalte sollten ausschließlich auf freiwilliger Basis stattfinden, auch um den gewünschten Erfolg sicherzustellen. In seinem zwar zur Rechtslage vor dem 1.1.2008 ergangenen, in diesem Punkt aber weiterhin als richtungweisend zu bezeichnenden Erk 2004/08/0017 vom 24.1.2006 hat der VwGH zur Frage der „aufsuchenden Arbeitsvermittlung“ Folgendes klargestellt:

„Demnach fallen unter § 9 Abs 1 AIVG keine Maßnahmen, bei denen nicht ein bestehendes Defizit behoben werden soll, sondern sich die arbeitssuchende Person verpflichtet, nicht nur die Vermittlung des Arbeitsplatzes, [...] einem privaten Unternehmen zu überlassen, sondern vor allem sich von Mitarbeitern dieses Unternehmens bei der Bewerbung vertreten zu lassen bzw diesen Personen „das Moderieren und Begleiten des Vorstellungsgesprächs und in weiterer Folge [...] des Arbeitsverhältnisses“ zu überlassen, wobei in der Vereinbarung völlig unklar ist, worin die Betreuung [...], abgesehen von den Hausbesuchen, bestehen soll (aufsuchende Arbeitsvermittlung). Für derartige, an eine Art „Bewährungshilfe für Langzeitarbeitslose“ gemahnende Eingriffe in das Privatleben (iSd des Art 8 EMRK) Arbeitssuchender bietet das Gesetz [...] keine Grundlage [...]. Solche Unterstützungsmaßnahmen mögen im Wege von Vereinbarungen iSd §§ 34 ff AMSG zulässig sein, wenn eine arbeitslose Person diese Art der Unterstützung wünscht, sie sind aber nicht im Wege einer Sanktion iSd § 10 Abs 1 AIVG erzwingbar.“

Besonderes Augenmerk iZm diesem Maßnahmentyp ist darauf zu richten, wer Zielgruppe dieser Art der Wiedereingliederungsmaßnahme sein darf. Die Durchführungsweisung des BMWA⁷⁴⁾ nennt als Grund für die Zuweisung in diese Maßnahme zB mehrmaliges

oder regelmäßiges Zuspätkommen zu Vorstellungsgesprächen oder Nichtwahrnehmung dieser. Dies für sich genommen oder Langzeitarbeitslosigkeit ohne Vorliegen eines weiteren im Einzelfall näher zu definierenden Betreuungsbedarfs kann keinesfalls eine so eingriffsnahe Maßnahmenvorschrift rechtfertigen. Aus dem gleichem Grund ist in diesem Zusammenhang zu fordern, dass der Auftrag, persönliche Unterstützung bei der Arbeitssuche zuzulassen, immer nur nach ausführlichem Gespräch mit dem betroffenen Arbeitslosen erfolgen darf, wobei – trotz der Regelung des § 9 Abs 8 vorletzter Satz AIVG – die Gründe genau zu erörtern sind, die eine Teilnahme an dieser Maßnahme als zur Verbesserung der Wiederbeschäftigungschancen notwendig oder nützlich erscheinen lassen.

5.2 § 10 AIVG-Sanktion iZm mit persönlicher Unterstützung bei der Arbeitssuche

Betreffend der Sanktionsmöglichkeit wird in der Durchführungsweisung des BMWA festgehalten, dass bei genereller Ablehnung dieser Maßnahme ein Leistungsverlust gem § 10 AIVG zu verhängen ist. Bei Vereitelung des Erfolgs einer solchen Maßnahme könne eine Ausschlussfrist verhängt werden, wenn die unterstützende Handlung zumutbar war. Die Klärung der Zumutbarkeit der persönlichen Unterstützung (Zugehörigkeit zur Zielgruppe für diese Maßnahme, Vorliegen konkreten und besprochenen Schulungsbedarfs) wird auch bei genereller Ablehnung zu prüfen sein. Immer muss in diesem Zusammenhang der Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Frage, ob Verschulden vorliegt, bezüglich Arbeit Suchenden, die aus Sicht des AMS einer besonderen unterstützenden Betreuung bedürfen, ein individueller sein, um persönliche Anstrengungen korrekt ausreichend zu würdigen und werden diese in der Begründung eines Sanktionsbescheides genau wiederzugegeben sein.

⁷⁴⁾ Durchführungsweisung zu den Neuerungen ab 1.1.2008 im AIVG auf Grund des BG, Art 1, BGBl I 2007/104 vom 28.12.2007.

<p>Bestellung Ihre Ansprechpartnerin: Karin Stieber</p>	<p>Telefon: 01/662 32 96-6344 Fax: 01/662 32 96-6385 E-Mail: karin.stieber@oegbverlag.at</p>	<p>OGB VERLAG</p>
	<p>Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (Hrsg.) infas Die Situation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verschärft sich im Zuge härter werdender Wettbewerbsbedingungen immer mehr. In dieser Situation ist es von großem Vorteil, rechtlich gut informiert zu sein. Mit einer Rechtspublikation, die laufend die oberstgerichtliche Judikatur und jeweils aktuelle rechtliche Änderungen speziell für PraktikerInnen des Arbeits- und Sozialrechts aufbereitet, hat man einen Startvorteil bei der täglichen juristischen Arbeit.</p> <ul style="list-style-type: none"> • infas informiert vorrangig über arbeits- und sozialrechtliche Entscheidungen. • infas setzt sich mit Fragen aus dem Bereich des Arbeits- und Sozialrechts auseinander. • infas spricht vor allem die in der Praxis Tätigen an. • infas erscheint 6 Mal pro Jahr. • Das Jahresabonnement kostet € 10,- (Einzelheft € 2,30). 	
<p>GARANTIERT GUT INFORMIERT www.oegbverlag.at</p>	<p>Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH Altmannsdorfer Straße 154–156 1230 Wien Telefon: 01/662 32 96-0, Fax: 01/662 32 96-6385 E-Mail: office@oegbverlag.at</p>	