

# Rechtsanwendung in den Kernzonen aktiver Arbeitsmarktpolitik des SGB III

(Die Sozialgerichtsbarkeit 2001, 345)

von

Prof. Dr. jur. Ernst-Wilhelm Luthe, Emmerthal / Hagenohsen

## 1. Die wesentlichen Neuerungen

Durch das am 01.01.98 in Kraft getretene SGB III ist ein gravierender Richtungswechsel in der deutschen Arbeitsmarktpolitik vollzogen worden. Das Gesetz zielt nicht mehr in erster Linie auf die Beseitigung von Arbeitslosigkeit, sondern möchte nur noch den erforderlichen Ausgleich am Arbeitsmarkt unterstützen (§ 1 SGB I). Entsprechend sind die Anforderungen an die Selbstverantwortung von Arbeitgebern, insbesondere aber von Arbeitnehmern - etwa bei der Arbeitssuche - gestiegen (§ 2 SGB III). Im Bereich aktiver Arbeitsmarktpolitik wurden neue Instrumente geschaffen, mit denen die Integration von Arbeitslosen auf dem Ersten Arbeitsmarkt verbessert werden soll.<sup>1</sup> Die Förderleistungen sind zudem stärker als zuvor an besonderen Problemgruppen des Arbeitsmarktes orientiert (§ 7 Abs. 3, 8 SGB III).

Im Sinne einer outputorientierten Steuerung wurde den einzelnen Arbeitsämtern mehr Verantwortung übertragen.<sup>2</sup> Im Zentrum dieser Dezentralisierungsstrategie steht der sog. Eingliederungstitel im Haushaltsplan der Bundesanstalt (§ 71 b Abs. 1 SGB IV). Nahezu alle Leistungen der aktiven Arbeitsförderung sind den Arbeitsämtern nunmehr zur eigenständigen Bewirtschaftung zugewiesen. Die Arbeitsämter erhalten hierfür ein nach speziellen Arbeitsmarktindikatoren bemessenes Gesamtbudget, in dessen Rahmen der Verwaltungsausschuß des Arbeitsamts das Mittelvolumen für die einzelnen Leistungsarten nach eigenen regionalen Schwerpunktsetzungen festlegt.<sup>3</sup> Nach Ablauf des Haushaltsjahres

---

<sup>1</sup> Hierzu gehört u. a. der Einstellungszuschuß bei Neugründungen, der Eingliederungsvertrag für Langzeitarbeitslose, die Unterstützung von beschäftigungswirksamen Sozialplanmaßnahmen sowie die Förderung über einen Innovationstopf des Arbeitsamtes: Blüm, Die Beschäftigung fördern in Deutschland und Europa - alle Kräfte bündeln, in: Ruland/Maydell/Papier (Hg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS für Zacher 1998, 49 (62).

<sup>2</sup> Aus- und Fortbildung in der Bundesanstalt für Arbeit, Entwurf "Modernes Verwaltungsmanagement", Stand 2/98.

<sup>3</sup> Henkes/Baur/Kopp/Polduwe, Handbuch der Arbeitsförderung. SGB III, 1999, 290.

haben die Arbeitsämter die Effizienz der einzelnen Fördermaßnahmen in einer sog. Eingliederungsbilanz nachzuweisen (§ 11 SGB III).

Die Eingliederungsbilanz soll den Wettbewerb zwischen den Arbeitsämtern fördern<sup>4</sup>, tut dies aber nicht mit der erforderlichen Konsequenz. Denn ein negatives Bilanzergebnis bleibt ohne spürbare Auswirkungen.<sup>5</sup> Im Gegenteil: Die Haushaltsvorschriften des SGB IV stellen den Arbeitsämtern nicht verausgabte Haushaltsmittel im nächsten Haushaltsjahr zusätzlich zur Verfügung, ohne dies an besondere Bedingungen zu knüpfen. Man wird hierin eine verdeckt gehaltene Kostenminimierungsstrategie erblicken dürfen.<sup>6</sup> Nicht zuletzt aber ist die Eingliederungsbilanz selbst hinsichtlich ihrer Evaluationstauglichkeit mit zahlreichen Fragezeichen zu versehen.<sup>7</sup>

Komplementär zur haushaltswirtschaftlichen Flexibilisierung der Arbeitsverwaltung wurden mittlerweile alle wesentlichen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung als Ermessensleistungen ausgestaltet (§ 3 Abs. 5 SGB III).<sup>8</sup> Neu ist die Radikalität der Vorgehensweise. Die Gestaltungsspielräume der Arbeitsämter dürfen im Bereich aktiver Arbeitsförderung zukünftig nur noch aus besonderen Gründen eingeschränkt werden (§ 371 Abs. 4 SGB III). Von der beruflichen Weiterbildung und der Arbeitsbeschaffung abgesehen sind sämtliche aufgrund des AFG erlassenen Anordnungen vollständig aufgehoben worden. Der Ermessenscharakter der Leistungen ist unmißverständlicher als je zuvor: Der Gesetzgeber hat

---

<sup>4</sup> Blüm, a. a. O., 63.

<sup>5</sup> Henkes/Baur/Kopp/Polduwe, a. a. O., 285.

<sup>6</sup> Die Schulungsmaterialien der Bundesanstalt für Arbeit sind in dieser Hinsicht weniger zurückhaltend und präsentieren die Entlastung des Beitragszahlers in selbstverständlicher Weise als einen der wesentlichen Programmpunkte des neuen Gesetzes: Aus- und Fortbildung in der Bundesanstalt für Arbeit, Baustein "Einführung zum SGB III", Stand 3/98.

<sup>7</sup> Das gilt in erster Linie für die "Verbleibsquote": Sie enthält Informationen über den Anteil der Teilnehmer an einzelnen Maßnahmen, die 6 Monate nach dem Austritt nicht mehr als Arbeitslose registriert sind. Diese Personen müssen jedoch nicht zwangsläufig in Beschäftigung sein. Die Aussagekraft der Ergebnisse leidet nicht minder unter fehlenden Kontrollgruppenuntersuchungen. Es fehlen zudem Informationen über den Anteil der Problemgruppen in den einzelnen Maßnahmen, - gerade angesichts der Gefahr einer Positivselektion der Teilnehmer. Eine seriöse Effizienzanalyse hätte zudem den Netto-Beschäftigungseffekt zu schätzen, d. h. danach zu fragen, wieviel Personen auch ohne Förderung durch die Bundesanstalt für Arbeit eine Beschäftigung aufgenommen hätten. Nicht auszuschließen ist, daß durch Einsparungen bei der aktiven Arbeitsmarktpolitik und damit einhergehende Senkungen der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung positive Netto-Beschäftigungseffekte zu erzielen sind: Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, L 7, 1 (Mannheim), Von der Finanzierung der Arbeitslosigkeit zur Förderung von Arbeit - Analysen und Empfehlungen zur Steigerung der Effizienz und Effektivität der Arbeitsmarktpolitik in Deutschland, Kurzfassung, Endbericht an das Bundesministerium der Finanzen, Februar 2000; Ev. Fachverband Arbeit und soziale Integration EFAS, Informationsdienst I/2000, Effizienz von Beschäftigungs- und Qualifizierungsmaßnahmen; Kroeger/van Suntum, Mit aktiver Arbeitsmarktpolitik aus der Beschäftigungsmisere?, 1999.

<sup>8</sup> Mit Ausnahme der Berufsausbildungsbeihilfe, der besonderen Leistungen zur Eingliederung von Behinderten, von Kurzarbeitergeld, Wintergeld, Winterausfallgeld und des Eingliederungszuschusses für Berufsrückkehrer.

das Ermessen in § 3 Abs. 5 SGB III gleichsam vor die Klammer aller weiteren Leistungsvoraussetzungen gesetzt.

In der Zwischenbilanz ist festzuhalten: Die Ausgestaltung aktiver Arbeitsmarktpolitik trägt Züge eines Maßnahmegesetzes mit entsprechend hoher Konjunkturreagibilität der einplanbaren Finanzmasse einerseits und geringer Programmdichte andererseits.<sup>9</sup> Beides zusammengenommen läßt erwarten, daß die Anwendung des Gesetzes insgesamt stärker dem Diktat von Haushaltswirtschaft und lokaler Interessenpolitik<sup>10</sup> unterworfen sein dürfte als dies einem zum Ausgleich der Gegensätze verpflichteten Rechtsstaat lieb sein kann. Zweifelsohne - der versicherte Arbeitnehmer hat sich dem finanziell Machbaren und dem arbeitsmarktpolitisch Geforderten in gewissem Maße unterzuordnen. Seine Solidarpflichtigkeit ist jedoch nicht grenzenlos; in ihrer Bedeutung als objektive Prinzipien verlangen die Grundrechte und namentlich das Grundrecht auf Berufsfreiheit Beachtung auch unter den besonderen Bedingungen versicherungsrechtlicher Solidargemeinschaften.<sup>11</sup> Betrachten wir zunächst die Normstruktur des Gesetzes, um entsprechende Ausgleichsnotwendigkeiten genauer positionieren zu können.

## 2. Die Normstruktur aktiver Arbeitsförderung

Die Normstruktur des Gesetzes stellt alles bisher Dagewesene auf den Kopf. Üblich ist die Einteilung in Handlungsermessen und Auswahlermessen oder in Entscheidungsvoraussetzung und ermessenabhängige Rechtsfolge. Nichts davon trifft zu. § 3 Abs. 5 SGB III spricht ohne erkennbare Systematik von "Ermessensleistungen der aktiven Arbeitsförderung". Das wird teilweise als Einräumung von Handlungsermessen interpretiert.<sup>12</sup> Die Frage der Auswahl der in § 3 genannten Ermessensleistungen ist in § 7 jedoch ausschließlich an unbestimmte Rechtsbegriffe geknüpft; Ermessen wurde hier nicht eingeräumt.<sup>13</sup> Hinzu

---

<sup>9</sup> So auch Bieback, Der Umbau der Arbeitsförderung, KJ 1997, 15.

<sup>10</sup> Etwa in Bereichen freier Trägermaßnahmen, in Ansehung privatwirtschaftlicher Subventionsbedürfnisse oder auch kommunalpolitischer Kooperationsrücksichten bei der Hilfe zur Arbeit.

<sup>11</sup> Zum Grundrecht der Berufsfreiheit als objektives Prinzip: BVerfGE 81, 242 (255); BVerfG, NJW 1991, 1667; BVerfGE 92, 26 (46: Objektive Schutzpflicht zugunsten der Berufsfreiheit); auch Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), 212, 230 f. Zur Solidarmaxime vgl. dagegen Deppenheuer, Solidarität im Verfassungsstaat, Ms. 1992 sowie BVerfGE 76, 239: Zur Rechtmäßigkeit von Leistungskürzungen, die dazu dienen, "die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Arbeitsförderung ... im Interesse aller zu erhalten".

<sup>12</sup> Bieback, Der Umbau der Arbeitsförderung, KJ 1997, 15 (17: Handlungsermessen, aber kein Auswahlermessen).

<sup>13</sup> Dies wird verkannt von Niesel, SGB III-Kommentar, 1988, § 7 Rn. 6; uneindeutig insofern Hauck/Noftz, SGB III-Kommentar, 1. Bd., Stand: 1. Juni 2000, § 7, Rn. 5; ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungs-

treten die persönlichen und versicherungsrechtlichen Leistungsvoraussetzungen. Förder voraussetzung etwa der beruflichen Weiterbildung (§ 77 Abs. 1 SGB III) ist zum einen (u. a.) die "Notwendigkeit" berufsfördernder Maßnahmen (§ 77 Abs. 1 Nr. 1 SGB III) sowie zum anderen die Erfüllung der Vorbeschäftigungszeit (§ 78 SGB III). Gleichwohl bleibt die eigentliche Bewilligung der Maßnahme im Grundtatbestand der Weiterbildungsvorschriften (§ 77 Abs. 1 SGB III) vollständig dem behördlichen Ermessen unterworfen.

Es dürfte kaum zu erwarten sein, daß eine unter erhöhten Erfolgs- und Haushaltsdruck gesetzte Verwaltungspraxis, wie wir sie heute bei der Arbeitsverwaltung vorfinden, noch nach dem tieferen Sinn eines derartigen Regelungschos zu fragen wagt. Man wird sich gleichsam schneller als es der Rechtsstaat erlaubt auf die in Leuchtschrift daherkommende Gesetzesformulierung "Ermessensleistungen" besinnen und alles weitere den Zufällen verfügbarer Haushaltsmittel überlassen. Die griffige Formel von der "Subordination" des Haushaltsrechts unter das Gesetzesrecht läuft praktisch leer.<sup>14</sup> Da die Rechtsprechung im neuen Problemfeld zu einer aussagekräftigen Linie noch nicht gefunden hat, sollen zunächst zwei vorhandene Strukturierungsversuche diskutiert werden, wobei der eine aus dem ähnlich gelagerten Bereich der rentenrechtlichen Rehabilitation stammt. Ihnen wird sodann ein eigener Ansatz gegenüberzustellen sein. (Übergreifend wird sich hierbei abzeichnen, daß das gestaltungsabhängige Regelungskonzept aktiver Arbeitsförderung abwägenden Formen der Rechtsanwendung erheblich näher steht als der klassischen Subsumtionslogik.<sup>15</sup>)

#### a) Anleihen bei der rentenrechtlichen Rehabilitation

Beginnen wir mit der rentenrechtlichen Rehabilitation. Die Ausgangslage ist hier insofern vergleichbar, als § 9 Abs. 2 SGB VI nach überwiegender Rechtsprechungsmeinung Hand-

---

spielraum wird dagegen angenommen von Wannagat, Sozialgesetzbuch-Kommentar, Arbeitsförderung, Stand: Oktober 1999, § 7, Rn. 6; allenfalls die Bezugnahme auf den Einzelfall in § 7 Abs. 1 SGB III könnte als Einräumung von Auswahlmessen gedeutet werden, ähnlich wie bei § 27 Abs. 2 SGB VIII. Eine solche Schlußfolgerung beruhte jedoch auf voraussetzungsvollen Annahmen und bedürfte zunächst einer gründlichen Analyse der Sachgesetzlichkeiten des Gesetzes. Zu § 27 Abs. 2 SGB VIII: Luthé, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung (im Erscheinen), Teil 1, B. II., 1. b).

<sup>14</sup> Mußgnug, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, 311.

<sup>15</sup> Zur Subsumtionslogik (anstatt vieler): A. Kaufmann, JZ 1975, 337; zwischen der Möglichkeit einer deduktiven Begründungsstruktur und der Möglichkeit einer Deduktion aus dem Gesetz differenzieren Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, 97, 112; deduktive Begründungsstrukturen ermöglichen die von Alexy ins Spiel gebrachten "Vorrangbedingungen" im Bereich von Abwägungen: ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Vortrag auf dem 11. Weltkongreß der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie,

lungsermessen einräumt.<sup>16</sup> Gleichwohl ist das Handlungsermessen praktisch weitgehend bedeutungslos. Sind nämlich die persönlichen und versicherungsrechtlichen Eingangsvoraussetzungen der Rehabilitation erfüllt (§§ 10, 11 SGB VI), so insbesondere bei positiver Prognose der Rehabilitationsfähigkeit, wird von den Gerichten regelmäßig eine Schrumpfung des Handlungsermessens angenommen (zumeist bei medizinischen Maßnahmen). Oder das Ermessen wird durch den Grundsatz "Rehabilitation vor Rente" gesteuert" (§ 9 Abs. 1 S. 2 SGB VI, § 7 RehaAnglG). Damit kommt dem Grunde nach eine Leistungsver-sagung nicht mehr in Betracht. § 13 Abs. 1 SGB VI eröffnet Ermessen lediglich noch hinsichtlich der weiteren Ausführungsmodalitäten.<sup>17</sup>

Zweifelsohne würde die Übertragung dieses Modells auf den Bereich des SGB III eine enorme Ausweitung der Anspruchs- und Rechtsschutzdimension aktiver Arbeitsförderung bewirken. Denn bei Erfüllung der voll überprüf-baren Eingangsvoraussetzungen bliebe vom gesetzlich eingeräumten Handlungsermessen in § 3 Abs. 5 SGB III faktisch nichts mehr übrig. Der arbeitsförderungsrechtliche Vorrang von Arbeitsvermittlung und aktiver Förderung (§§ 4, 5 SGB III) hätte zumeist eine Ermessensschrumpfung zur Folge. Bei der beruflichen Eingliederung Behinderter (§§ 97 ff. SGB III) wäre in dieser Weise zudem der Grundsatz "Rehabilitation vor Rente" im Reha-Angleichungsgesetz zu beachten (§§ 7, 4 Abs. 2 RehaAnglG, auch § 7 Abs. 3 SGB III).<sup>18</sup> Da Auswahlermessen im SGB III nicht vor-kommt, hätten wir es im Ergebnis mit Pflichtleistungen zu tun. Das aber würde das gesamte gesetzgeberische Konzept in Frage stellen. Die gewollte Flexibilität des Arbeitsamtes im Umgang mit regionalen Arbeitsmarktproblemen würde zu einer Sache der Unmöglich-keit.

---

1983, 26; zur Übertragung dieses Ansatzes auf sozialstaatliche Bedarfsentscheidungen: Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 3. Teil, A.

<sup>16</sup> BSG, SozR 3-5765, § 10 KfzHV Nr. 1 (4); SozR 3-1200, § 39 SGB I Nr. 1 (4) (hier ausnahmsweise keine Ermessensschrumpfung, sondern Ablehnung der Leistung trotz Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen); SozR 2000, § 1237 RVO Nr. 23 (72 ff.): Hier scheint sich das Gericht - wenn auch nicht sehr deutlich - von der Vorstellung eines "Kompetenz-Kann" leiten zu lassen, d. h. die Vorschrift wird nicht im Sinne von Ermessen, sondern im Sinne eines Handlungsauftrages interpretiert. Dann allerdings könnte man schnell auf die Idee kommen, der Gesetzgeber habe bei den Reha-Leistungen eigentumsrechtlich verfestigte Besitzstände einräumen wollen.

<sup>17</sup> Insofern dieser Bereich nicht bereits durch prognostische Einzelfallerwägungen in § 10 SGB VI so verein-nahmt wird, daß für eine sinnvolle Ermessensbetätigung in § 13 SGB VI an sich kein Entscheidungsmaterial mehr übrig bleibt. Diesbezüglich muß gefragt werden, ob die zur Vollüberprüfung der Eingangsvoraussetzungen sich ermächtigt fühlenden Gerichte dabei nicht in Verwaltungskompetenzen der Einzelfallwürdigung ein-greifen.

<sup>18</sup> Allerdings nur streckenweise: Wegen der Subsidiaritätsnorm des § 22 Abs. 2 SGB III gilt dies nur in denje-nigen Fällen, wo die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen der rentenrechtlichen Rehabilitation nicht erfüllt sind (§ 11 Abs. 1, Abs. 2 a SGB VI).

## b) Arbeitsförderungsrechtliche Kommentarmeinungen

Auch arbeitsförderungsrechtliche Kommentarmeinungen mit ihrer offensichtlichen Orientierung am Rentenrecht schießen deshalb am Ziel vorbei. Die Annahme, die Behörde sei zum Handeln verpflichtet bei Erfüllung der Eingangsvoraussetzungen der einzelnen Fördertatbestände, ist mit dem gesetzlich eingeräumten Handlungsermessen jedenfalls unverträglich.<sup>19</sup> Vollständig in ihr Gegenteil verkehrt wird die Gesetzeslage jedoch durch die Unterstellung von Auswahlermessen; das gibt § 7 SGB III nun eindeutig nicht her.<sup>20</sup>

Überdies ist die den Arbeitsämtern zugunsten regionaler Arbeitsmarkterfordernisse zugewiesene Gestaltungsaufgabe nur unter Zubilligung weiterer Handlungsoptionen in haushaltswirtschaftlicher Hinsicht zu haben: Die Bundesanstalt für Arbeit besitzt keine uneingeschränkte Haushaltsautonomie, weil der Haushaltsplan, überplanmäßige Mehrbedarfe oder ein Haushaltsnachtrag von der Bundesregierung genehmigt werden müssen (§§ 71 a Abs. 2, 73 Abs. 2, 74 SGB IV). Insbesondere die den Arbeitsämtern aus dem Eingliederungstitel zufließenden Haushaltsmittel für Ermessensleistungen der aktiven Arbeitsförderung bewirken im Ergebnis eine Deckelung der Ausgaben (§ 71 b SGB IV). Die Haushaltsansätze dienen neben der üblichen Finanzkontrolle somit ganz entscheidend auch der Umsetzung regionalspezifischer Arbeitsmarktziele. Deshalb muß ein Ausgleich gefunden werden zwischen der Regelungseigenständigkeit des Sachgesetzgebers und der hiermit kollidierenden Finanzierungsprärogative regionaler Eingliederungshaushalte.<sup>21</sup> Der Auftrag zu dezentraler Gestaltung bei begrenztem Mittelvolumen ist jedoch von vornherein nur durchführbar, wenn man den Arbeitsämtern die Möglichkeit der Deckelung einzelner För-

---

<sup>19</sup> So aber Niesel, SGB III-Kommentar, 1998, § 7 Rn. 3, 5, 6, 8; uneindeutig dagegen Wannagat, Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Arbeitsförderung, 1999, Rn. 4 ff. sowie Hauck/Noftz, SGB III-Kommentar, 2000, § 7, Rn. 5 ff.

<sup>20</sup> Zweifelsohne aber kommt die Annahme eines Entscheidungsspielraums dem Einzelfall- und Wirtschaftlichkeitspostulat bei der Auswahl von Leistungen durchaus entgegen. Namentlich der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz enthält nicht nur ein Effizienz kalkül, sondern gewährleistet nach gefestigter Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch den Transport haushaltswirtschaftlicher Erwägungen in den Leistungsvollzug. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz kann im wesentlichen jedoch nur eine Ermessensdirektive sein, weil die erstzuständige Verwaltung den Haushalt im Außenakt zunächst einmal aus eigenem Antrieb zur Sprache gebracht haben muß, bevor die Rechtsprechung ihn in seiner Ernsthaftigkeit überprüfen kann. Die somit gebotene Annahme eines Entscheidungsspielraums ist streng genommen aber kein Ermessen, sondern ein Spielraum der Abwägung bei der Zusammenstellung und Gewichtung des entscheidungserheblichen Materials. Genau genommen ist der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz mithin eine Abwägungsdirektive. Dieses Ergebnis aber ist mit dem Wortlaut des § 7 SGB III durchaus vereinbar; zum Einfluß der Haushaltslage auf das Leistungsgesetz: BSG, SozR 3-4100, § 55 a Nr. 1.

<sup>21</sup> Grundsätzlich hierzu auch Kirchhof, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, 505 (511); Pitschas, Urteilsanmerkung, SGB 1991, 594; BSG, SGB 1991, 487; Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 2. Teil, A.

derleistungen zugesteht. Allein aus dem Blickwinkel gebotener Maßnahmeeffizienz müßten sogar "Nullrunden" in einem Maßnahmebereich zugunsten anderer Bereiche möglich sein. Pointiert: Eingliederungszuschuß anstatt ABM oder umgekehrt.<sup>22</sup> Für all dies benötigt man Spielräume auch beim "Ob" der Leistung. Das aber geben Änsätze nicht her, die eine Handlungspflicht der Behörde schon bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen annehmen wollen.<sup>23</sup>

### c) Komplexe Abwägungsanweisungen

Die Verrechtlichung aktiver Arbeitsmarktpolitik erinnert an die Quadratur des Kreises: Hoher Gestaltungsbedarf auf der einen Seite, rechtsstaatliche Vollzugsbindung auf der anderen; Gemeinwohlerfordernisse des Arbeitsmarktes und der Ressourcenschonung "hier" sowie individuelle Berufsperspektiven "dort". Neben die Konfliktstruktur des Gesetzes tritt zudem ein überaus vielschichtig gelagerter Regelungszusammenhang. Der eigentliche Anweisungsgehalt des Gesetzes erschließt sich dem Rechtsanwender erst nach gewissenhafter Zusammenstellung der zahlreichen, zudem weit verstreut liegenden Entscheidungsbelange. Die Überprüfung von Weiterbildungsmaßnahmen etwa beginnt mit der (implizit-)prognostischen Notwendigkeit der Maßnahme<sup>24</sup>, hat diese zu den individuellen, fachlichen und ökonomischen Auswahlkriterien des Gesetzes (§ 7, 86 ff. SGB III) in Beziehung zu setzen, dies wiederum unter Beachtung der optimierungsbedürftigen sozialen Rechte (§ 2 Abs. 2 SGB III), des Beschleunigungsgrundsatzes (§ 17 SGB I), des Individualisierungsgrundsatzes sowie des Wunschrechts (§ 33 SGB I) auf des Basis des SGB I sowie schließlich unter Würdigung des im Rechtsprechungszusammenhang leider viel zu selten thematisierten Berufsfreiheitsrechts in seiner Ausprägung als objektives Sozial-

---

<sup>22</sup> Es ist jedoch fraglich, ob diese Handlungsoption mit § 71 b Abs. 4 SGB IV vereinbar ist, welcher bestimmt, daß die zugewiesenen Mittel so zu bewirtschaften sind, daß eine Bewilligung und Erbringung der einzelnen Leistungen im gesamten Haushaltshaltsjahr gewährleistet ist. Außerdem bestimmt Abs. 3 der Vorschrift, daß die Arbeitsämter "für jede Art dieser Ermessensleistungen" Mittel bereitzustellen haben. Dies aber kann zu Zielkonflikten führen mit den Anforderungen regionaler Arbeitsmärkte.

<sup>23</sup> Insgesamt stärker an den spezifischen Gegebenheiten sozialstaatlicher Intervention orientiert ist dagegen de Ansatz von Erenkämper/Fichte (Sozialrecht, 4. Aufl., 1999, 161): Schon im tatbestandlichen Bereich (hier der rentenrechtlichen Rehabilitation) wird kognitives Ermessen eingeräumt, insbesondere bei der Feststellung der Eingliederungsfähigkeit und der Eingliederungsaussichten. Der behördliche Entscheidungsspielraum sei sogar "primär" im Tatbestand anzusiedeln und erst "sekundär" im volitiven Rechtsfolgeermessen. Als Grund für diese vergleichsweise eigenwillige Sichtweise wird die enge Verknüpfung der Rechtsfolge mit der Erfolgsprognose angeführt. Dies ist ein guter Ausgangspunkt für weitere Überlegungen, die den stets vorfindlichen Zielkonflikt zwischen Bedürfnissen und Ressourcen im sozialstaatlichen Bedarfsrecht, mithin seine Offenheit für abwägende Rechtsanwendungsformen zu verdeutlichen hätten, die erlauben, den rechtsstaatlich bedenklichen Begriff des kognitiven Ermessens in einen Spielraum der Gesamtabwägung zu überführen.

<sup>24</sup> Niesel, SGB III-Kommentar, a. a. O., § 77, Rn. 6, 7.

schutzprinzip des Grundgesetzes<sup>25</sup>. Hinzu tritt das jeweilige arbeitsmarktpolitische Förderkonzept der lokalen Arbeitsämter, das insbesondere Leistungsempfängern und Privat Anbietern von Förderleistungen erst hinreichend verständlich macht, weshalb mit Einschnitten hier und nicht dort zu rechnen ist, das aber in seiner möglichen Aussagekraft für die Gerichte, wie wir noch sehen werden, ein ungelöstes Problem darstellt. Der Anweisungsgehalt des Gesetzes ist mithin ebenso komplex wie kollisionsempfindlich, wird sowohl zur Seite individueller als auch zur Seite gemeinwohlbezogener Belange stark vom Einzelfall geprägt und bedarf daher wertender Inbeziehungsetzung sämtlicher Fallaspekte. Die Normstruktur aktiver Arbeitsförderung scheint mir in ihrem Gesamtbild als "komplexe Abwägungsanweisung" nach allem treffend umschrieben.<sup>26</sup>

Die Einstufung der Fördervorschriften als komplexe Abwägungsanweisungen hat Konsequenzen - und zwar in methodischer und funktionellrechtlicher Hinsicht, unter Rechtsschutzaspekten sowie für die regionalen Schwerpunktsetzungen der Arbeitsämter.

### 3. Abwägungsrechtliche Konsequenzen

#### a) Methodische Überlegungen

In methodischer Hinsicht läßt sich so verdeutlichen, daß die auch in anderen Zusammenhängen als gewillkürt empfundene Aufspaltung der Rechtsnorm in einen interpretationsbedürftigen Tatbestand und eine ermessensabhängige Rechtsfolge jedenfalls sozialstaatlichen Bedarfskonstellationen nicht gerecht wird. Typisch für die Arbeitsförderung ist das situativ-prognostische Kalkül im Bereich der Leitungsvoraussetzungen und der Einzelfallbezug im Bereich der Auswahl von Maßnahmen. Der Einzelfall wirkt gleichsam als Um-

---

<sup>25</sup> Zur objektiven Dimension des Berufsfreiheitsrechts: Breuer, Freiheit des Berufs, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 1989, § 147, Rn. 29; Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 12, Rn. 1, 25; als positives Rechtsprechungsbeispiel auf des Basis des alten AFG vgl. BSG, SozR 3-4100, § 56, 2; zur Aktivierung der Schutzpflichtendimension im Leistungsrecht: Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O.

<sup>26</sup> Die Begriffsbildung erfolgt in Anlehnung an BayVGH, DVBl. 1989, 524 (525). Das Gericht benutzt hier den Begriff der "komplexen Handlungsanweisung" im Zusammenhang mit der Kontrolle von Energieversorgungsunternehmen: "Dabei ist die Genehmigungsbehörde verpflichtet, die rechtlich anerkannten, widerstreitenden Interessen zutreffend zu ermitteln und zu einem schonenden Ausgleich zu bringen; sie muß die sachlichen Gegebenheiten richtig erfassen, die normative Entscheidung für eine private wirtschaftliche Elektrizitätsversorgung, damit für die Anerkennung von Unternehmensverantwortung und Gewinnerzielung ebenso in ihren Konsequenzen ausloten wie den Schutz der Tarifkunden und das generelle Ziel einer sicheren und kosten-

klammerung von Tatbestand und Rechtsfolge, die sich im Situations- und Wirkungsbezug des Entscheidens wechselseitig durchdringen und im einheitlichen Gestaltungsakt der rechtsanwendenden Verwaltung an Kontur verlieren. Sozialstaatliche Bewirkungspflichten konfrontieren das typischerweise auf die Vergangenheit bezogene, ressourcenschonende und negativ ausgrenzende Vollzugsmodell des Rechtsstaates mit situativen Entscheidungselementen, die den gewohnten Normaufbau mit seinen besonderen Implikationen für das Verhältnis von Exekutive und Judikative ins Wanken bringen.<sup>27</sup>

Als gesicherter Fundus rechtsdogmatischer Theorieentwicklung läßt sich übergreifend die Erkenntnis festhalten, daß - erstens - Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff aus dem Blickwinkel der Steuerungsaufgabe austauschbar sind<sup>28</sup>, daß - zweitens - der offene Gesetzestatbestand der Ergänzung durch im Rechtsfolgeermessen gebildete Entscheidungskriterien bedarf, um handlungsauslösend wirken zu können<sup>29</sup>, daß - drittens - kognitive Rechtsanwendung und volitive Gestaltungstätigkeit einer kategorialen Unterscheidung nicht zugänglich sind, weil einerseits die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs in einer semantisch vermittelten Realität auf induktive Konkretisierung angewiesen ist<sup>30</sup>, andererseits der Ermessenszweck nichts anderes sein kann als ein Suchschema zur Ermittlung der Konditionen, die die Entscheidung zwischen Recht und Unrecht tragen.<sup>31</sup>

## b) Kontrolldichte

Verliert sich der Normbefehl in den situativ zu rekonstruierenden Strukturen einer komplexen Abwägungsanweisung, so gibt dies Anlaß zur Neuausrichtung ihrer Funktionsgrenzen.<sup>32</sup> Die bisherige Entscheidungspraxis des Bundessozialgerichts im Bereich aktiver Ar-

---

günstigen Energieversorgung und schließlich in einer der Sache und den zu berücksichtigenden Interessen nicht unangemessenen Weise entscheiden".

<sup>27</sup> Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 171 f.; Günther, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Grimm (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 51; Luthe, Recht - aus helfender Sicht; Hilfe - aus rechtlicher Sicht. Zu einer Theorie bedarfs-typischer Argumentation, in: ders. (Hg.), Autonomie des Helfens, 1997, 138 (172 ff.).

<sup>28</sup> Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960, 29.

<sup>29</sup> Nagel, Die Rechtskonkretisierungsbefugnis der Exekutive: Ermessenskategorien und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, 1993, 87 ff.

<sup>30</sup> Koch/Rüßmman, Juristische Begründungslehre, 1982, 189.

<sup>31</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1994, 202, 230.

<sup>32</sup> Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolldichte ist zu differenzieren: Die wenigen Pflichtleistungen der aktiven Arbeitsförderung (§ 3 Abs. 5 SGB III), wie insbesondere das Kurzarbeitergeld (§ 169) und die gesamte Winterförderung der Bauwirtschaft (§ 209 f.) sind nicht prognostisch gelagert. Sie benutzen vielmehr tatbestandliche Diagnosebegriffe zur Umschreibung wirtschaftlicher und betrieblicher Defizitsituationen. Im Gegensatz zu Leistungstatbeständen, die Prognosebegriffe der Geeignetheit und Notwendigkeit verwenden, unterliegt die Kontrollkompetenz hier den üblichen Anforderungen, insbesondere weil Diagnosefragen nur den Sachverhalt, nicht jedoch die auf die Zukunft bezogene Wirkungsbewertung betreffen. - Beim Überbrückungsgeld besteht die Besonderheit, daß die Prognose einer externen Instanz vorbehalten ist (§ 57 SGB III). Das Gesetz schließt somit hierauf bezogene eigene Bewertungen der Behörde aus. - Beratung, Vermittlung und Unterrichtung (§§ 29, 35, 41) sind zunächst nur faktisches Realhandeln der Verwaltung, beinhalten aber prognostische Sorgfaltsanforderungen im Zusammenhang mit einem möglichen Herstellungsanspruch.

beitsmarktförderung und rentenrechtlicher Rehabilitation erscheint im Gesamtbild von dem Bemühen gekennzeichnet, sich unter offenen Entscheidungsbedingungen einen Bereich eigener Entscheidungsmacht zu sichern. Offenbar hält man dies nur bei strenger Verfolgung des Subsumtionsideals für erreichbar. So wird der unbestimmte Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite trotz seines hochgradigen Situationsbezuges überwiegend vollständig der gerichtlichen Kontrolle unterworfen. In der Tendenz zeichnet sich ab, daß die Gerichte auf diesem Wege mehr zum Gegenstand ihrer Überprüfung machen, als ihnen nach dem Gesetz und insbesondere den eindeutigen Ermessensregelungen zustehen kann und sie teilweise sogar dazu neigen, den gesamten Fall innerhalb eines einzigen Gesetzesmerkmals, etwa der Erforderlichkeit oder Geeignetheit, abzuhandeln.<sup>33</sup> Durch die hochgradig individualisierten Erfolgsaussichtsprüfungen im Tatbestand werden genuin ermessensrelevante Situationsbedingungen vom Gericht verarbeitet, die als behördliche Ermessenserwägungen dann nicht mehr zur Verfügung stehen. Die prognostische Einzelfallbewertung verkleinert den behördlichen Auswahlspielraum zwischen geeigneten Maßnahmen in einer Weise, daß von Wirtschaftlichkeitserwägungen - unstreitig eine Domäne der Verwaltung - kein sinnvoller Gebrauch mehr gemacht werden kann. Im Gesamtkonzept des SGB III ist der auf den Haushalt bezogene Wirtschaftlichkeitsgrundsatz jedoch "das" Realisierungsmittel einer regionalisierten Arbeitsmarktpolitik schlechthin. - Auch die in § 7 SGB III genannten Kriterien für die Auswahl von Maßnahmen sind schon deshalb nicht ohne Entscheidungsspielräume zu haben, weil die hier angesprochenen Fragen der Maßnahme-eignung im Einzelfall (Abs. 1), der Bevorzugung von Personen mit besseren Eingliederungsaussichten (Abs. 2) sowie der angemessenen Quotenbildung unter den Problemgruppen (Abs. 3) derart intensiv in das komplexe Netzwerk gesetzlicher Ziele, arbeitsmarktpolitischer Schwerpunkte, verfügbarer Ressourcen und faktischer Beratungsprozeduren eingebunden sind, daß das Gericht unter dem Anspruch umfassender Subsumtions-, Ermittlungs- und Wertungstätigkeit völlig überfordert wäre. Es würde sich damit Kompetenzen anmaßen, die im gruppenlegimatorischen Selbstverwaltungskonzept der Arbeitsverwaltung in letzter Instanz nur den Verwaltungsausschüssen zuzubilligen sind (§ 378 Abs. 3 SGB III).

---

<sup>33</sup> Mit unterschiedlicher Nuancierung: BSG, in: Kleinere Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 1981, 43, 119, 125, 35, 40, 90; SozRecht 4100, § 36 Nr. 16 (hier allerdings unbestimmter Rechtsbegriff bei der Überprüfung der Zweckmäßigkeit im Sinne des § 36 AFG a. F.); SozRecht 4100, § 49 Nr. 3, 5 - 7; SozRecht 2200, § 1236 RVO Nr. 35, 65 ff.; SozRecht 2200, § 1247 RVO Nr. 15, 19 f., 27; SozRecht 2200, § 1237 RVO Nr. 23, 71 f.; SozRecht 2200, § 1237 a RVO Nr. 11, 23, 25, 26; SozRecht 3-5765,

Im Ergebnis ist der im neuen SGB III zu zahlreichen Mißverständnissen Anlaß gebende Ermessensspielraum somit als Spielraum der Gesamtabwägung von Entscheidungsbelangen aufzufassen. Er besitzt nur noch prinzipielle Signalwirkung bei der Aufteilung der Entscheidungsmasse unter dem Aspekt der Rechtsschutzgarantie, Gewaltenteilung, Grundrechtsbindung und Sachdienlichkeit. Von richtungweisender Bedeutung erscheint das im Planungsrecht entwickelte Abwägungsgebot. Danach liegt der eigentliche Entscheidungsspielraum der Verwaltung im "konkreten" Gewichten und Ausgleichen der abwägungsbedürftigen Belange.<sup>34</sup> Auf einer gleitenden Abwägungsskala werden diese sich überdies zwischen den beiden Polen eines berufsfreiheitlichen Sozialschutzes und einer ressourcenabhängigen Arbeitsmarktpolitik zu positionieren haben.<sup>35</sup>

### c) Individuelle Rechts(schutz-)position

Erst an dieser Stelle manifestiert sich im übrigen die besondere Bedeutung des Abwägungsmodells für die individuelle Rechtsschutzposition. Nur allzu häufig wird die ausgeprägte Ressourcen- und Konjunkturabhängigkeit aktiver Arbeitsförderung den Berufsberater - bildlich gesprochen - in die Position eines Vollstreckers von Haushalts- und Arbeitsmarktdaten drängen. Anstatt einer ausgewogenen Sicht der Dinge dominiert die Haushaltsüberwachungsliste. Dieser Trend wird noch dadurch verschärft, als das SGB III - abgesehen von der Eingliederung Behinderter (§ 97 Abs. 2 SGB III) - im Unterschied zu den berufsfördernden Leistungen der rentenrechtlichen Rehabilitation (§ 16 Abs. 2 SGB VI) auf Kriterien wie Neigung und bisherige Tätigkeit ansonsten keinerlei Rücksicht nimmt.<sup>36</sup> Außerdem sind Personen mit höherer Eingliederungsfähigkeit bei der Leistungsvergabe be-

---

§ 10 KfzHV Nr. 1, 3 - 5; SozRecht 3-5765, § 10 KfzHV Nr. 1, 4, 5 ("abwägende" Entscheidung); SozRecht 3-1200, § 39 SGB I Nr. 1, 4, 9 f.

<sup>34</sup> Anstatt vieler: Schultze-Fielitz, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jura 1992, 201 ff.; zur Überprüfbarkeit von Bedarfsanalysen im Krankenhausbereich: BVerwGE 72, 38 (48 f.); Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 3. Teil, II und III.

<sup>35</sup> Unhaltbar die Auffassung des Bundessozialgerichts in SozR 4100, § 23 AFG Nr. 2, 9: Art. 12 GG "gibt jedoch weder einen Anspruch darauf, in dem frei gewählten Beruf Beschäftigung zu finden, noch schützt Art. 12 vor ungünstigen Folgen, die sich für den Einzelnen aus der von ihm getroffenen Berufswahl ergeben können" ... "Infolge dessen wird das Recht aus Art. 12 GG auch dann nicht berührt, wenn eine Förderung seitens der Beklagten zur Ausbildung in dem selbst frei gewählten Beruf des Antragstellers unterbleibt; denn die Ausübung des durch Art. 12 GG garantierten Berufswahlrechts wird dadurch nicht behindert". Das Gericht verkennt, daß es hier nicht um die subjektivrechtliche Abwehrdimension geht, sondern allein um die objektive Leitbildfunktion der Berufsfreiheit als einer auf den sozialen Raum bezogenen Betätigungsebene individueller Identitätsbildung.

<sup>36</sup> Hierzu die Fundamentalkritik von H. A. Hesse, Der Einzelne und sein Beruf: Die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus berufssoziologischer Sicht, AöR 95 (1970), 449; auch Hesse/Filthuth, Beruf und Verweisbarkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der privaten Berufsunfähigkeitsversicherung, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 1993, 529.

vorzugt zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 2 SGB III). Das alles kann dazu führen, daß sich die nunmehr offen zum Erfolg verdammt Arbeitämter die sprichwörtlichen Rosinen aus dem Kuchen herauspicken und eine Positivselektion unter den Bewerbern betreiben. Es wird nicht ganz einfach sein, den sich hier zeigenden Tendenzen einer Verplanung des einzelnen Berufsinhabers im Sinne übergeordneter Interessen Paroli zu bieten. Denn im neuen Arbeitsförderungsgesetz wurde die Solidarpflichtigkeit des Einzelnen durch das besondere Gewicht jener Symbiose von Haushalt und Arbeitsmarktbedürfnis in bislang unbekannte Höhen getrieben. Vor diesem Hintergrund sind es vor allem drei Aspekte, die in der Gegengewichtung durch das objektivrechtliche Berufsfreiheitsverständnis zukünftig stärkere Beachtung verdienen:

Erstens sind berufssoziologische Forschungen gefragt, die den Beruf in seinem ausgeprägten personalen Bezug auch in Zeiten dynamischer Berufsbildentwicklungen und gebrochener Erwerbsbiographien als "die" Konstitutionsbedingung individueller Identitätsbildung im sozialen Raum hervortreten lassen.<sup>37</sup> Zweitens wäre in Rechnung zu stellen, daß der Staat unter der Devise des lebenslangen Lernens eine besondere Verantwortung besitzt. Der unter Möglichkeitsvorbehalt stehende Teilhabeanspruch des Einzelnen läßt sich heute nicht mehr auf die akademische Ausbildung begrenzen; der hier zugrunde liegende Gedanke des staatlichen Ausbildungsmonopols hat sich für die Bevölkerungsgruppe Arbeitsloser auch auf die staatlich monopolisierte Arbeitsmarktförderung zu erstrecken. Drittens muß an das abwägungsrechtliche Transparenzgebot insbesondere im Begründungsvorgang erinnert werden. Dieses verpflichtet den Rechtsanwender zur Ermittlung und Gewichtung aller abwägungserheblichen Gesichtspunkte, mithin auch zur Beachtung der Entscheidungswirkungen auf die individuelle Grundrechtsposition.

#### d) Bedeutung arbeitsmarktpolitischer Schwerpunktsetzungen

Im Rahmen einer hinreichend transparenten und in sich ausgewogenen Abwägungsentscheidung wird man von den Arbeitämtern schließlich auch die Offenlegung ihrer arbeitsmarktpolitischen Schwerpunkte (einschließlich der darauf gestützten Haushaltsdaten) verlangen müssen, weil nur so im Außenbezug verdeutlicht werden kann, wer aus welchen Gründen mit entsprechenden Leistungen rechnen darf. Erfolgt die Ablehnung von

---

<sup>37</sup> Hierzu einstweilen Hesse/Filthuth, Beruf und Verweisbarkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der privaten Berufsunfähigkeitsversicherung, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 1993, 529.

Leistungen aus wirtschaftlichen Gründen, so wird man die bisherige Rechtsprechungslinie, die das Wirtschaftlichkeitspostulat bislang nur bei rationaler Haushaltsführung in der Vergangenheit anerkennen will, angesichts des untrennbaren Zusammenhangs hauswirtschaftlicher und arbeitsmarktpolitischer Belange insofern fortzuschreiben haben, als nunmehr auch bei den behördlichen Arbeitsmarktplanungen ein schlüssiges Gesamtkonzept nachweisbar sein muß.<sup>38</sup> Ist dies der Fall, so ließe sich ferner über eine Bindung der Gerichte an die Planerwägungen nachdenken. Sämtliche dieser Konsequenzen - dazu im einzelnen später - beruhen jedoch auf einer voraussetzungsvollen Annahme: daß die behördliche Planungsaktivität mit der Lehre vom Gesetzesvorbehalt im Einklang steht.

#### 4. Arbeitsmarktprogramme und Gesetzesvorbehalt

Von der Sache her sind Arbeitnehmer, Arbeitgeber sowie private Maßnahmeträger seit der Aufhebung der meisten Anordnungen der Bundesanstalt dringend auf präzise Informationen über die geförderten Maßnahmen angewiesen. Von daher erscheint es konsequent, wenn die Arbeitsämter in der neugefaßten Grundsatzung der Bundesanstalt nunmehr zur jährlichen Aufstellung eines "Arbeitsmarktprogramms" verpflichtet werden, das eine Begründung zur Aufteilung der Mittel unter Berücksichtigung der Eingliederungsbilanz enthalten muß. Die erforderliche Beteiligung des Verwaltungsausschusses ließe insofern auf den ersten Blick auf eine Satzung schließen. In formaler Hinsicht spricht hiergegen jedoch die fehlende gesetzliche Satzungsermächtigung.<sup>39</sup> Zwar ist das Arbeitsmarktprogramm für sich genommen nicht auf einen Direktvollzug im Einzelfall angelegt. Durch die enge Verknüpfung der Ausgabenansätze mit den planerischen Erwägungen (§ 71 Abs. 3 SGB IV) tritt jedoch ein unmittelbarer Außensteuerungseffekt ein. Die sich hieraus ergebenden materiellen Auswirkungen sind in ihrer Grundrechtsrelevanz indes kaum zu überschätzen.

##### a) Grundrechtsrelevanz

---

<sup>38</sup> Planungsspielräume der Verwaltung inbegriffen; zum Einfluß von Haushaltserwägungen auf das Förderermessen: BSG, SozRecht 3-4100; § 55 a Nr. 1

<sup>39</sup> Das Gesetz regelt in §§ 374 Abs.2, 378 Abs. 3 SGB III lediglich die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsausschusses. Hieraus erfolgt jedoch noch keine Befugnis zum Erlaß von Satzungen. Zu Art. 10 Abs. 4 der Satzung der Bundesanstalt vom 16.07.98 vgl. BAnz, S. 15000.

Zu erinnern ist zunächst an das Berufsfreiheitsrecht der versicherten Arbeitnehmer, das als objektives Gebot auch in der Leistungsverwaltung Geltung beansprucht und einen arbeitsmarkt- und bedarfsgerechten Umgang mit verfügbaren Mitteln erzwingt.<sup>40</sup> - Kennzeichen sozialversicherungsrechtlicher Leistungen mit eigentumsrechtlicher Verfestigung ist zudem die untrennbare Wechselwirkung von Leistung und Eingriff<sup>41</sup> in Ansehung sozialrechtlicher Mitwirkungspflichten, die arbeitsförderungsrechtlich in Sperrzeiten (§ 144 Abs. 1 i. V. m. § 128 Abs. 1 Ziff. 3 SGB III) oder in gänzlicher Leistungsvergabung münden, wenn der Betroffene seine Mitwirkung an Fördermaßnahmen verweigert.<sup>42</sup> Allein dies erfordert eine willkürfreie Auswahl der Mitwirkungspflichtigen nach Maßgabe in sich schlüssiger und im Außenvollzug begründungswirksamer Planungsvorgaben. - Schließlich kommt die Begünstigung von Arbeitgebern und privaten Maßnahmeträgern einer zumindest mittelbaren Beeinflussung berufsfreiheitlich relevanter Markt- und Konkurrenzbeziehungen gleich. Der nicht geförderte Arbeitgeber oder Maßnahmeträger benötigt Gewißheit, daß die Fördermaßnahme seinem Konkurrenten nur zum Ausgleich des spezifisch sozialen Kostenfaktors bzw. zur Erzielung unabdingbarer Anreizwirkungen gewährt wurde und die Arbeitsverwaltung ausreichend Vorsorge getroffen hat, das Risiko wettbewerbsschädlicher Mitnahmeeffekte beim Begünstigten größtmöglich zu minimieren.<sup>43</sup> Der private Maßnahmeträger wiederum, der gleichsam als "Nutznieser"<sup>44</sup> eines sozialen Leistungssystems sich zwar in verstärktem Maße Einschränkungen seiner Berufsfreiheit gefallen lassen muß<sup>45</sup>, hat gleichwohl Anspruch auf allgemeine Auftragsvergabe nach sachlichen Gesichtspunkten (Art. 12, Art. 3 GG; GWB).<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> BVerfGE 81, 242 (255); BVerfG, NJW 1991, 1667; BVerfGE 92, 26 (46: Objektive Schutzpflicht des Staates zugunsten von Art. 12 GG); Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), 212 (230 f.: Staatlicher Auftrag zur Bereitstellung von Fördermaßnahmen).

<sup>41</sup> Schnapp, in: von Münch/Kunig (Hg.), a. a. O., Art. 20, Nr. 44 (sog. Interdependenzlehre); Luthe, Rechtsetzungs Kompetenzen im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung, SGB 1992, 580 (584); Sterzel, Grundrechtsschutz im Sozialhilferecht, KJ 1986, 117; zum Eigentumsschutz des Arbeitslosengeldes: BVerfGE 72,9; 74, 203 (213).

<sup>42</sup> Erschwerend tritt hinzu, daß die rentenrechtliche Anrechnungszeit den Bezug der Leistung voraussetzt, vgl. § 58 Abs. 1 Nr. 3 SGB VI.

<sup>43</sup> Nach Schätzungen des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung in Mannheim zeigen sich Mitnahmeeffekte vor allem bei den Strukturanpassungsmaßnahmen, bei den Eingliederungszuschüssen (in Westdeutschland liegen diese bei 33,8 %, in Ostdeutschland bei 57,1 %), beim Sofortprogramm der Bundesregierung zum Abbau der Jugendarbeitslosigkeit sowie beim Überbrückungsgeld zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit (die Effekte bewegen sich hier zwischen 10 % und 50 %), vgl. Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Von der Finanzierung der Arbeitslosigkeit zur Förderung von Arbeit, Endbericht an das Bundesministerium der Finanzen, vom 28. Februar 2000.

<sup>44</sup> BVerfGE 70, 1 (30 f.); 68, 193 (220 f.).

<sup>45</sup> Die Frage, ob gemeinnützige Privatanbieter den Schutz der Berufsfreiheit genießen, weil sie - aus früherer Sicht - nicht an einem Wettbewerbsmarkt teilnehmen, ist heute obsolet, da das neue bundesrepublikanische System entgeltfinanzierter Einrichtungsleistungen und das Europarecht insofern mittlerweile für Wettbewerb gesorgt haben: Luthe, Privilegien der Freien Wohlfahrtspflege in gemeinschaftsrechtlicher Sicht, SGB 2000,

Dies alles sind deutliche Kennzeichen einer Grundrechtsrelevanz regionaler Arbeitsmarktprogramme, und die Frage kann nur noch sein, ob der Gesetzesvorbehalt (Art. 20 GG, § 31 SGB I) die fehlende Legitimation in Gestalt einer gesetzlichen Anordnungsbefugnis verkraftet.

#### b) Zum Erfordernis einer gesetzlichen Regelung

"Gegen" das Erfordernis besonderer gesetzlicher Legitimation spricht erstens, daß für Subventionen<sup>47</sup> ihre haushaltsrechtliche Deckung und Verteilung nach Verwaltungsvorschriften nach geläufiger Meinung als ausreichend erachtet wird<sup>48</sup> sowie - zweitens -, daß eine gesetzliche Grundlage nach neuerer Meinung allenfalls für erforderlich gehalten wird, wenn das staatliche Subventionsgebaren in prägender Weise auf berufliche Wettbewerbssegmente Einfluß genommen hat und zu beachtlichen Abhängigkeiten der Unternehmen führt.<sup>49</sup> Das ist letztlich Tatfrage.

"Für" das Erfordernis besonderer gesetzlicher Legitimation spricht erstens die Tatsache, daß die vorhandenen subventionsrelevanten Vorschriften im SGB III<sup>50</sup> sich inhaltlich lediglich auf die Maßnahmequalität beziehen, die an sich entscheidende Frage der Verteilung des Fördervolumens auf die einzelnen Leistungsarten indes gänzlich offen lassen; zweitens, daß die in der Facharztentscheidung seitens des Bundesverfassungsgerichts ge-

---

506 (Teil 1), 580 (Teil 2) sowie ders., Gemeinnützige Sozialunternehmen im europäischen Wettbewerb, NDV 2000, 361.

<sup>46</sup> Dies nicht nur wegen der unmittelbar erlittenen Einbußen, sondern auch wegen des besonderen Wettbewerbschadens durch Unterstützung von Konkurrenten: BVerfGE 18, 1; zu den in diesem Zusammenhang bedeutsamen wettbewerbsrechtlichen Problemstellungen vgl. Mühlhausen, Beitragsökonomische Steuerung der Leistungserbringung durch die Krankenkassen im Lichte des Kartellrechts, SGB 2000, 528 (insbesondere zur Frage, ob die wettbewerbsrechtliche Abwägung des staatlichen Nachfrageverhaltens auch wirtschaftslenkende Aspekte enthalten darf, die über eine rein "kaufmännische" Betrachtung des Anbieters hinausweisen, was im SGB III-Bereich vor allem besondere Lenkungswirkungen des Arbeitsmarktprogramms betreffen kann).

<sup>47</sup> Einen guten Überblick über unterschiedliche Versuche der Definition des Subventionsbegriffs gibt Bleckmann, Subventionsrecht, 1978, 9 ff.

<sup>48</sup> So BVerfGE 6, 282 (287 f.); 39, 96 (110); 41, 291 (304).

<sup>49</sup> Zum faktischen Grundrechtseingriff beim ungeforderten Konkurrenten im Falle gesteigerter Lenkungsintensität staatlicher Förderung: Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1989, § 148, Rn. 76; Ebsen, Zeitschrift für Sozialreform 1992, 328 ff.; Luthé, Sozialplanungsrecht, Teil 2, Zeitschrift für Sozialreform 1994, 842 f.

<sup>50</sup> Bei der Förderung von Arbeitgebern (§§ 217 - 234, auch § 57 SGB III), bei der Förderung von Maßnahmeträgern (§ 21, §§ 240 - 279 SGB III) sowie bei den Qualitätskriterien für Weiterbildungsmaßnahmen (§§ 86, 94 SGB III).

machten Zugeständnisse an den Selbstverwaltungsgedanken jedenfalls nicht als völlige Freistellung von gesetzlicher Bindung verstanden werden dürfen<sup>51</sup>; für die gesetzliche Legitimationsbasis spricht schließlich drittens, und dies ist das Hauptargument, daß derzeit letztlich eine rein behördeninterne Arbeitsmarktplanung darüber entscheidet, ob der Arbeitnehmer seinen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Arbeitslosengeld verliert.<sup>52</sup>

### c) Grundrechtseingriff beim Sozialeigentümer

Man wird in dieser Hinsicht sogleich einwenden wollen, nicht das Leistungsangebot, sondern allein die Weigerung des Betroffenen aktiviere die gesetzliche Sanktionsdrohung. Das Leistungsangebot sei insofern weder kausal noch final für den Grundrechtseingriff. Gleichwohl aber legt es den Betroffenen - einer Zwangsnutzung gleich -<sup>53</sup> auf die Alternative fest, sich entweder vollständig zu unterwerfen oder alles zu verlieren.<sup>54</sup> Es zwingt den Sozialeigentümer in die Bahnen übergeordneter Arbeitsmarktinteressen<sup>55</sup>, die aber mit seinem persönlichen Interesse an beruflicher Entfaltung nun keineswegs identisch sein müssen. Im Zuge der neueren Grundrechtslehre wird man dies als zumindest mittelbaren Eingriff bewerten können. Denn die Verhängung einer Sperrzeit ist - definitionsgemäß - eine staatlicherseits bewußt in Kauf genommene Nebenfolge der solchermaßen eingriffintensiven Fördermaßnahme.<sup>56</sup>

### d) Ausgestaltung des Sozialeigentums

---

<sup>51</sup> BVerfGE 33, 157 (158: Insofern wurde hervorgehoben, daß der Gesetzgeber seine Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig zugunsten körperschaftlicher Organe aufgeben darf. Das gelte "besonders" bei Eingriffen; vgl. hierzu auch Luthe, Rechtsetzungskompetenzen im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung, SGB 1992, 580 ff.

<sup>52</sup> BVerfGE 72, 9; 74, 203 (213).

<sup>53</sup> Ähnlich auch Löwer, DVBl. 1985, 928: "Wo die Leistungserbringung ausnahmsweise mit durchaus tiefgreifenden Eingriffsakten unlöslich verknüpft ist, also im Schulverhältnis oder bei Zwangsnutzungen, unterliegen die Anstalten auch voll inhaltlich dem Prinzip des Eingriffsvorbehalts hinsichtlich des Eingriffsinstrumentariums und seiner Tatbestandsvoraussetzungen."

<sup>54</sup> Bei genereller Weigerung gilt der Arbeitnehmer als nicht mehr verfügbar. Damit entfällt eine wesentliche Voraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld: LSG Saarland vom 10.07.97, L 6/1 Ar 76/95 (Internet).

<sup>55</sup> Zum Verfassungsrang des staatlichen Zieles der Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit: BVerfGE 100, 271.

<sup>56</sup> BVerfGE 87, 37 (43); 90, 112 (120); hierzu auch Albers, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, 233 ff.; Lege, Nochmals: Staatliche Warnungen, DVBl. 1999, 569. Insbesondere muß davon ausgegangen werden, daß der mögliche Eintritt einer Sperrzeit bedingt durch den überindividuellen Charakter staatlicher Förderung im Bereich des objektiv Erwartbaren liegt.

Wir finden hier für den modernen Eingriffsbegriff einen bislang unerprobten und deshalb erläuterungsbedürftigen Anwendungsfall vor. Daß ausgerechnet ein Leistungsangebot bereits im Keim belastende Züge tragen kann, die am Ende mit klaren Eingriffswirkungen verbunden sind, ist eine ungewohnte Vorstellung. Doch die Situation ist spezifisch. Es geht eben nicht um den selbstbestimmten Verbrauch staatlicher Leistungsmittel, nicht um Rehabilitation oder Restitution im ureigenen Individualinteresse. Es geht - deutlich etwa bei den Trainingsmaßnahmen zur Überprüfung der Arbeitsbereitschaft (§ 48 SGB III) - ganz unpathetisch um Formen der Einübung in zumeist fremdbestimmte Verwertungszusammenhänge von Arbeitskraft. Hier zerfließen die Grenzlinien von Leistung und Eingriff bereits im Anfangsstadium sozialstaatlicher Intervention.

Dem behaupteten Eigentumseingriff ließe sich jedoch entgegenhalten, daß der Gesetzgeber mit der Verhängung einer Sperrzeit nur eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Sozialeigentums vorgenommen hat (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG). Hieran ist zunächst richtig, daß das Eigentum im Sinne von Art. 14 von vornherein durch die Sozialbindung des Abs. 2 und die Ausgestaltungsbefugnisse des Gesetzgebers definiert wird.<sup>57</sup> Und die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ist umso weiter, je mehr die Eigentumsposition in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht.<sup>58</sup> Ebenso unbestreitbar ist, daß der Möglichkeit der Sperrzeitverhängung innerhalb eines solidarischen Zwangsversicherungssystems eine besonders ausgeprägte soziale Funktion beizumessen ist. Versteht man das Eigentumsgrundrecht mit dem Bundesverfassungsgericht zudem als besondere Ausprägung des rechtsstaatlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes für die vermögenswerten Güter<sup>59</sup>, so ließe sich ferner einwenden, daß der Betroffene sein Vertrauen auf ungeschmälertes Sozialeigentum im Falle seiner Weigerung durch eigenes Zutun rechtswirksam verspielt hat.

### c) Gleichheitsrechtliche Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis

Gleichwohl hat der Gesetzgeber von seiner Ausgestaltungsbefugnis bislang nur bei der Sperrzeitregelung Gebrauch gemacht. Er hat damit nur einen Teil der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Sozialeigentums zum Gesetz gemacht. Den anderen Teil, insbesondere das zeitlich vorgelagerte Leistungsangebot, das sich im Zusammenhang mit der ge-

---

<sup>57</sup> von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, a. a. O., Art. 14, Rn. 11.

<sup>58</sup> BVerfGE 53, 257 (292); 50, 290 (340).

<sup>59</sup> BVerfGE 31, 275 (293; 53, 257 (309)).

setzlichen Sanktionsdrohung wie eine Zwangsnutzung auswirkt, hat er hingegen keiner expliziten gesetzlichen Regelung unterworfen. In dieser Hinsicht wurde der Arbeitsverwaltung vielmehr ein weites Gestaltungsermessen auf der Basis verfügbarer Haushaltsmittel und regionaler Arbeitsmarktschwerpunkte eingeräumt. Allein dies ist mit den Verfassungsgeboten rechtsstaatlicher Bestimmtheit und demokratischer Entscheidungsverantwortung nur schwer zu vereinbaren. Hieraus ergibt sich ein weiteres Problem. Namentlich der Gleichheitssatz gehört zu den wichtigsten Grenzen für den inhaltsbestimmenden Gesetzgeber.<sup>60</sup> Hingegen läßt die neue Gestaltungsaufgabe des Arbeitsamtes ohne gesetzliche Regelung gewisser Grundlinien hohe Rechtsunsicherheit und Rechtsanwendungungleichheit entstehen. Ob der Betroffene mit einer Sperrzeit rechnen muß, wird letztlich von den jeweils zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln und den nur behördenintern wirkenden Schwerpunktsetzungen, nicht aber von einem hinreichend bestimmten Entscheidungsanlaß abhängig. Selbst in rein begünstigenden Konstellationen wird dem Behördenargument der Mittelerschöpfung von den Sozialgerichten nur dann zum Durchbruch verholfen, wenn ein planvolles und insgesamt rationales Ausgabeverhalten nachgewiesen werden konnte.<sup>61</sup> Das aber muß erst recht gelten, wenn Eingriffe auf dem Spiel stehen und das neue Gesetz weniger als alle seine Vorgänger zu erkennen gibt, wie zu entscheiden ist. Allein die sich abzeichnende Dominanz haushaltswirtschaftlicher Überlegungen bei der Frage, wer im Zuge haushaltsjährlich wachsender Mittelerschöpfung dem Grunde nach noch gefördert werden kann, hat im Rahmen verhältnismäßiger Gleichbehandlung nicht das Gewicht, die unterschiedliche Behandlung geförderter und nicht geförderter Personen vor dem Hintergrund möglicher Eigentumseingriffe zu rechtfertigen. Ohne Zweifel erfordert das legitime Ziel der Beseitigung von Massenarbeitslosigkeit<sup>62</sup> unter prinzipiell knappen Ressourcen ein gehobenes Maß an Rücksichtnahme des Versicherten auf die Solidargemeinschaft.<sup>63</sup> Jedoch muß der Solidarbezug auch mit ausreichender Deutlichkeit nach außen in Erscheinung treten können. Allein ein inhaltlich ausgewogenes Arbeitsmarktprogramm führt dem Solidarverpflichteten mit hinreichender Deutlichkeit vor Augen, warum er zu solidarischer Rücksichtnahme verpflichtet ist und er sich der angebotenen Fördermaßnahme bei Strafe des Leistungsentzuges zu unterwerfen hat. Einzig als materielle Rechtsätze mit hieran gekoppelten Publikations- oder Bekanntgabepflichten<sup>64</sup> bieten die Ar-

---

<sup>60</sup> Bryde, in: von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, a. a. O., Art. 14, Rn. 62

<sup>61</sup> BSG, SosR 3-4100, § 55 a Nr. 1.

<sup>62</sup> BVerfGE 100, 271.

<sup>63</sup> Zur Rechtmäßigkeit von Leistungskürzungen, die dazu dienen, "die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Arbeitsförderung ... im Interesse aller zu erhalten": BVerfGE 76, 239.

<sup>64</sup> Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 24, Rn. 19 f.

beitsmarktprogramme den gebotenen Schutz vor behördlicher Haushaltswillkür. Diesbezüglich hat der Gesetzgeber jedoch keinerlei Vorkehrungen getroffen.

Ganz abgesehen von der Problematik mangelnder gesetzlicher Legitimation würde dies im Arsenal zulässiger Rechtsetzungsformen zunächst für die Satzung sprechen. Turbulente Arbeitsmärkte sind hingegen nur begrenzt normierbar.<sup>65</sup> Zeitraubende Satzungsänderungen schießen am Ziel vorbei. So muß der Arbeitsamtsdirektor zu kurzfristigen Mittelumschichtungen während des Haushaltsjahres in der Lage sein.<sup>66</sup> Die von der Sache her gebotene Stärkung der Reaktionsfähigkeit der Verwaltung läßt sich jedoch auch unter Grundrechtsgesichtspunkten rechtfertigen. Dem Arbeitslosen ist mit veralteten Programmen kaum gedient. Die Offenheit des Gesetzes für den Wandel der Anforderungen präsentiert sich als Kehrseite eines dynamischen Grundrechtsschutzes. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt hätte sich mit einem schlichten Rechtssatzvorbehalt zufriedenzugeben. Einen numerus clausus zulässiger Rechtsetzungsformen kennt das Grundgesetz nicht.<sup>67</sup> Es dürfte demnach ausreichen, wenn das Gesetz eine sog. dynamische Verweisung auf die jeweils geltenden Inhalte des Arbeitsmarktprogramms enthält.<sup>68</sup> Bei großzügigster Betrachtung ließe sich insofern an § 71 b Abs. 3 SGB IV denken, wonach die Arbeitsämter für die Ermessensleistungen aktiver Arbeitsförderung Mittel unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Lage und Entwicklung des regionalen Arbeitsmarktes bereitzustellen haben. Die Vorschrift enthält jedoch keinen Hinweis auf eine irgendwie geartete untergesetzliche Vorschriftenebene. Das Arbeitsmarktprogramm kommt lediglich in der Grundsatzung der Bundesanstalt für Arbeit (§ 375 Abs. 1 SGB III), nicht jedoch im Paragrafengesetz selbst zur Sprache. Ein Vergleich mit den Behandlungsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen scheidet von daher aus.<sup>69</sup>

## 5. Schluß

### a) Administrative Rechtsetzung und Bindung der Gerichte

---

<sup>65</sup> "Soziale Funktionsgrenzen" bei der Normgestaltung im Leistungsrecht benennt Schulze-Fielitz, DÖV 1988, 764; auch Hennecke, DÖV 1988, 778 sowie Luthé, Zeitschrift für Sozialreform 1994, 841.

<sup>66</sup> Nach Art. 10 Abs. 4 Satz 3 der Satzung der Bundesanstalt kann der Arbeitsamtsdirektor von der durch den Verwaltungsausschuß vorgegebenen Mittelaufteilung im Rahmen von Umschichtungen abweichen, um flexibel auf die Anforderungen des Arbeitsmarktes reagieren zu können. Bei erheblichen Abweichungen von der Mittelaufteilung innerhalb des laufenden Haushaltsjahres entscheidet jedoch der Verwaltungsausschuß (Art. 10 Abs. 4 Satz 4 Satzung BA). Der Verwaltungsausschuß ist verpflichtet, bei wesentlichen Änderungen der Arbeitsmarktbedingungen das beschlossene Arbeitsmarktprogramm entsprechend anzupassen (Satz 5).

<sup>67</sup> BSG, SGB 1999, 30 (34 f.).

<sup>68</sup> Zu den Anforderungen an dynamische Verweisungen: BSG, SGB 1999, 31 (35); Schnapp, Aktuelle Rechtsquellenprobleme im Vertragsarztrecht, SGB 1999, 65.

<sup>69</sup> Hierzu BSG, SGB 1999, 30: Als autonomes Satzungsrecht ließen sich die Richtlinien nicht qualifizieren. Gleichwohl ist das Bundessozialgericht hier von Normen mit außenwirksamer Rechtssatzqualität ausgegangen. Vgl. hierzu die Kritik von Francke, Richtlinien, Normsetzungsverträge und neue Behandlungsmethoden im Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts, SGB 1999, 5; Gitter/Köhler-Fleischmann, Gedanken zur Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit von Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung und zur Funktion des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, SGB 1999, 1; Neumann, Der Anspruch auf

Es ist nicht zu sehen, wie der Mangel an gesetzlicher Legitimation derzeit ausgeglichen werden könnte. Der Konstruktion einer "dynamischen Verweisung" auf die jeweils geltenden Inhalte des Arbeitsmarktprogramms steht im Wege, daß eine gesetzliche Verweisungsnorm einstweilen nicht zur Verfügung steht. Eine Deutung als sog. antizipiertes Sachverständigengutachten ist ebenfalls abzulehnen.<sup>70</sup> Die Auswirkungen des Arbeitsmarktprogramms sind zu weitreichend. Denn es wird nicht nur ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, sondern der gesamte Entscheidungsanlaß von Fördermaßnahmen durch das Verwaltungsprogramm determiniert. Eine derart ausufernde Auffassung der Lehre vom originären Administrativrecht ginge umgekehrt weit über das hinaus, was bislang als Kompromiß zwischen gesetzlicher Bindung und behördlichem Sachverstand im Sinne normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften für tragbar erachtet wurde. Auch der Selbstverwaltungsgedanke kann - gerade in Ansehung lediglich gruppenlegitimatorischer Rückbindung - die vorfindliche Lücke nicht füllen.<sup>71</sup> Einen vollständigen Rückzug des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht selbst bei körperschaftlichen Organen nicht zugelassen. Eine strikte Bindung der Gerichte an die Arbeitsmarktprogramme, wie wir sie derzeit etwa bei den außenwirksamen Behandlungsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vorfinden, ist nach Lage der Dinge somit abzulehnen. Unabhängig von der Vorbehaltsproblematik sind die Gerichte jedoch zu Detailüberprüfungen insbesondere im Bereich prognostischer und konkret-wertender Gestaltungstätigkeit der Arbeitsverwaltung aus funktionellrechtlichen Gründen nicht befugt (s. o.). Die Gerichte haben sich auf den bloßen "Nachvollzug" der Gesamtabwägung individueller und konzeptioneller Entscheidungsbelange zu beschränken.<sup>72</sup>

## b) Budgetierung

---

Krankenbehandlung - ein Rahmenrecht?, SGB 1988, 609; Luthe, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., Teil 1, B, II, 3, c.

<sup>70</sup> vgl. hierzu (m. w. N.) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 535; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 24, Rn. 26.

<sup>71</sup> Luthe, Rechtsetzungskompetenzen im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung, a. a. O., 581, insofern zu BVerfGE 33, 157 (158).

<sup>72</sup> Anstatt vieler: Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verwaltungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl. 1997, 281; ders./Gross, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschulentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 1993, 617. Insofern ließe sich an eine Erhöhung von Begründungsanforderungen der Verwaltung bei Abweichung von generalisierbaren Erfahrungssätzen nationaler und internationaler Arbeitsmarktpolitik denken. Denn erst hierdurch gerät der spezifische Regionalcharakter des Arbeitsmarktprogramms hinreichend deutlich zu Bewußtsein und wird das gesetzliche

Der hier favorisierte Rechtsanwendungsmodus der Abwägung sorgt jedoch auch in anderer Hinsicht für Bewegung und stellt jedenfalls keine prinzipielle Begrenzung für Budgetierungsansätze mehr dar. Nimmt man das neue Gesetzeskonzept ernst und will man den Arbeitsämtern größere Flexibilität bei der Bewältigung ihrer spezifischen Arbeitsmarktprobleme einräumen, so muß auch der äußerste Grenzfall möglich sein, daß insbesondere bestimmte gesetzliche Ermessensleistungen von vornherein nicht mit Haushaltsmitteln ausgestattet werden und das Gesetz in Teilbereichen auf diese Weise faktisch leerläuft. So oder so macht es keinen Sinn, die Mittel nach dem Gießkannenprinzip auszuwerfen, erst recht nicht, wenn das Gesamtvolumen aktiver Arbeitsförderung im Falle geringerer Bundeszuschüsse oder Beitragseinnahmen zurückgefahren werden muß.<sup>73</sup> Gegen derartige Budgetierungsmaßnahmen konnte bisher immer die grundsätzliche Vollzugspflichtigkeit gesetzlicher Aufgaben (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie der Individualisierungsgrundsatz angeführt werden.<sup>74</sup> Das in der Abwägungskonstellation nunmehr mögliche Nichtbedienen an sich vorgegebener Gesetzaufgaben ist jedoch zumindest abstrakt denkbar auf der Basis eines Abwägungsergebnisses, bei dem das Gewicht der arbeitsmarktpolitischen Ressourcenlage in Ansehung des vorfindlichen Aufgabendrucks von vornherein so groß ist, daß alle denkbaren Individualbetroffenheiten dahinter zurückzutreten haben. Es dürfte sich hierbei aber wohl eher um einen Grenzfall handeln, dem das neue Dezentralisierungskonzept des SGB III (§ 3 Abs. 5, 10, 11 SGB III, § 71 b SGB IV) aber durchaus offen gegenübersteht, insbesondere, wenn für näher definierte Härtefälle entsprechende Ausnahmeregelungen geschaffen werden.

### c) Verfassungswidrigkeit der Sperrzeitverhängung

Von ungleich größerer Praxisbedeutung aber sind die beschriebenen Beeinträchtigungswirkungen aktiver Fördermaßnahmen beim Sozialeigentümer. Gelingt es nicht, das Leistungsangebot von den Zufällen jeweils verfügbarer Finanzen zu befreien und in eine arbeitsmarktpolitisch rechtfertigungsfähige und formell abgesicherte Begründungsstruktur zu überführen, so erscheint die Verfassungsmäßigkeit der Sperrzeitverhängung wegen Nichtteilnahme an einer Maßnahme (insbesondere §§ 48 ff., 59 ff., 77 ff., 97 ff., i. V. m. § 144

---

Dezentralisierungskonzept zur Vollendung geführt. Neuere Ergebnisse der Arbeitsmarktforschung etwa liefern Kröger/Suntum, Mit aktiver Arbeitsmarktpolitik aus der Beschäftigungsmisere?, 1999.

<sup>73</sup> § 71 b Abs. 4 dürfte dem bei strenger Wortlautauslegung entgegenstehen, nicht allerdings bei Auslegung nach der gesamten Zweckrichtung aktiver Arbeitsförderung.

<sup>74</sup> BSG, SGB 1991, 487 (490 f.); vgl. dagegen Luthé, Optimierende Sozialgestaltung, a. a. O., 2. Teil, A. III., 6.

Abs. 1 Ziff. 3 u. 4 sowie §§ 217 ff., 225 ff., 229 ff., 235 ff., 260 ff. i. V. m. § 144 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 SGB III) mehr als fraglich.