

B 7a/7 AL 66/04 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung

7a
1. Instanz
SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen
S 21 AL 889/01

Datum
15.07.2002

2. Instanz
Sächsisches LSG

Aktenzeichen
L 3 AL 194/02

Datum
23.10.2003

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

B 7a/7 AL 66/04 R
Datum

18.08.2005

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zur Rechtsnatur der Zuweisung bei Arbeitsbeschaffungs- und Strukturanpassungsmaßnahmen.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 23. Oktober 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Im Streit ist die Zahlung von Lohnkostenzuschüssen im Rahmen einer Strukturanpassungsmaßnahme in der Zeit vom 13. November 2000 bis 9. März 2001.

Der Kläger betreibt seit 1993 mehrere Unternehmen, ua seit 1998 einen Montage- und Baustellenservice. Auf Grund eines von ihm der Beklagten erteilten Vermittlungsauftrags übersandte diese an die Arbeitnehmer S. und H. Vermittlungsangebote für dessen Montage- und Baustellenservice. Obwohl H. vom Kläger eine Zusage erhalten hatte, spätestens bis Ende Oktober eingestellt zu werden, kam es nicht zu entsprechenden Arbeitsverträgen mit S. und H. Vielmehr meldete der Kläger am 1. November 2000 als Gewerbebetrieb einen "Hausmeisterservice (Reparaturarbeiten aller Art)" an und wandte sich am 10. November 2000 telefonisch zwecks Förderung dieser Maßnahme durch Zuschüsse für die Arbeitnehmer S. und H., die am 13. November 2000 eingestellt werden sollten, an das zuständige Arbeitsamt (ArbA). Im zuvor dem ArbA erteilten Vermittlungsauftrag vom 7. November 2000 war die Tätigkeit mit "Ausbessern und Verputzen von Fassaden, Mauerwerk und kleinere Trockenbauarbeiten" beschrieben.

Am 13. November 2000 schloss der Kläger sodann mit den Arbeitnehmern S. und H. Arbeitsverträge und stellte sie am selben Tage ein (Stundenlohn für H.: 14,00 DM; Stundenlohn für S. zunächst ebenfalls 14,00 DM, ab 12. Dezember 2000 16,60 DM). Erst am 27. Dezember 2000 ging bei der Beklagten ein Formblattantrag zur Förderung einer Strukturanpassungsmaßnahme nebst Anlagen ein. Darin wurden die Arbeitsstellen wie folgt beschrieben: "Hausmeisterservice, Instandhaltung, Wartung und Reparaturen aller Art, Altbauwartung, vielseitige Erfahrung verschiedener Gewerke (oberflächlich)". Der Kläger bat erneut um Zuweisung der Arbeitnehmer S. und H. und Gewährung von Zuschüssen für ein Jahr, beginnend ab 13. November 2000. In einem Begleitschreiben, das "zum Austausch" des früheren Vermittlungsauftrags beigelegt war, hieß es unter Stellenbeschreibung: "Hausmeisterservice - Reparaturen aller Art - berührt vielseitige Branchen, Pflege der baulichen Anlagen - teilweise Erneuerung."

Die Beklagte lehnte die Gewährung von Leistungen ab, weil der Kläger den Antrag erst im Dezember 2000 gestellt und dadurch eine vorherige Zuweisung der Arbeitnehmer S. und H. verhindert habe. Eine telefonische Zuweisung bereits am 10. November 2000 habe nicht erfolgen können, weil nach den Angaben des Klägers im Vermittlungsauftrag vom 7. November 2000 vorwiegend Tätigkeiten im Bauhaupt- und Baunebengewerbe hätten verrichtet werden sollen, der Kläger aber zur Zahlung des tariflich festgesetzten Mindestlohns im Baugewerbe nicht bereit gewesen sei (Bescheid vom 8. Februar 2001; Widerspruchsbescheid vom 5. Juni 2001). Zum 9. März 2001 kündigte der Kläger die Arbeitsverhältnisse; die Arbeitnehmer S. und H. waren deshalb ab 10. März 2001 nicht mehr bei ihm beschäftigt.

Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (Gerichtsbescheid des Sozialgerichts (SG) vom 15. Juli 2002; Urteil des Landessozialgerichts (LSG) vom 23. Oktober 2003). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, ein Anspruch auf Zuweisung scheitere an [§§ 415 Abs 3, 272, 277 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III), weil eine Zuweisung der bis 9. März 2001 beschäftigten

Arbeitnehmer S. und H. im Ermessen der Beklagten stehe, diese aber ihr Ermessen pflichtgemäß ausgeübt habe. Eine Zuweisung zum 13. November 2000 sei am 10. November 2000 nach den zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Unterlagen nicht möglich gewesen; der Kläger sei zur Zahlung des tarifvertraglichen Mindestlohnes nicht bereit gewesen. Welche genauen Tätigkeiten die Arbeitnehmer verrichtet hätten, sei nach den Ausführungen des Klägers bis zur letzten mündlichen Verhandlung unklar. Nur wenn der Kläger hierüber eindeutige Angaben gemacht hätte, hätte die Mitarbeiterin der Beklagten über den Inhalt des Telefonats vom 10. November 2000 als Zeugin gehört werden müssen. Selbst wenn jedoch ein grundsätzlich förderungsfähiges Arbeitsverhältnis hätte bejaht werden können, scheitere eine Zuweisung zum 13. November 2000 (einem Montag) daran, dass der schriftliche Vermittlungsauftrag - bedingt durch die Postlaufzeit - von der Beklagten nicht bis Sonntag, den 12. November 2000, hätte bearbeitet werden können. Bei der Zuweisung als besonderer, qualifizierter Form der Arbeitsvermittlung sei zudem [§ 36 Abs 1 SGB III](#) anwendbar, wonach eine Vermittlung nicht erfolgen dürfe, wenn ein Arbeitsverhältnis begründet werden solle, das gegen ein Gesetz oder die guten Sitten und damit auch gegen allgemeinverbindliche Tarifverträge oder solche, die für Tarifgebundene bestünden, verstoße. Am 10. November 2000 sei noch davon auszugehen gewesen, dass der Kläger nicht mindestens die Tariflöhne zahlen werde. Auch unter Berücksichtigung der am 27. Dezember 2000 eingegangenen Unterlagen (mit der geänderten Stellenbeschreibung) lägen die Voraussetzungen für eine Förderung nicht vor, obwohl unter Zugrundelegung dieser Angaben eine Verletzung des [§ 36 Abs 1 SGB III](#) nicht mehr zu bejahen sei. Die Zuweisung müsse der Begründung der Arbeitsverhältnisse vorausgehen. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folge, sei zu berücksichtigen, dass der Beklagten von vornherein die Möglichkeit versagt gewesen sei, eine positive Ermessensentscheidung zu treffen ([§ 242](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). Die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer dürfe sich nämlich gemäß [§ 415 Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) während des beantragten Förderungszeitraumes nicht verringern. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt, weil die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer S. und H. bereits zum 9. März 2001 gekündigt worden seien. Zu dem für die Entscheidung über die Förderung maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung sei deshalb im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null ausschließlich die Ablehnung einer Zuweisung und damit auch der Leistung möglich gewesen.

Der Kläger rügt eine Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das LSG habe die Pflicht zur Sachaufklärung verletzt, weil es trotz eines Beweisantrags in der mündlichen Verhandlung die Mitarbeiterin der Beklagten L. nicht als Zeugin über den Inhalt des Telefonats vom 10. November 2000 vernommen habe. Die Beklagte habe in diesem Telefonat eine Zuweisung zugesagt; dies setze einen Vertrauenstatbestand, an den sie gebunden sei. Das LSG habe auch gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und der Mündlichkeit verstoßen. Es habe, obwohl es erkannt habe, dass der genaue Inhalt der beiden Beschäftigungsverhältnisse nicht aufgeklärt sei, keinen entsprechenden rechtlichen Hinweis gegeben. Es hätte sich einen persönlichen Eindruck von der angebotenen Zeugin machen müssen und sein Urteil nicht allein auf den Inhalt eines schriftlichen Vermerks stützen dürfen. Zwar sei richtig, dass geförderte Arbeitnehmer grundsätzlich für den gesamten Förderungszeitraum beschäftigt werden müssten. Er - der Kläger - habe aber die Arbeitnehmer im Vertrauen auf die Zusage der Förderung am 10. November 2000 eingestellt und sie nur wieder entlassen müssen, weil die Beklagte die zugesagte Förderung abgelehnt und dadurch das Unternehmen in seiner Existenz gefährdet habe. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ([§ 242 BGB](#)), wie vom LSG angenommen, könne darin nicht gesehen werden.

Der Kläger beantragt sinngemäß, das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 23. Oktober 2003 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 15. Juli 2002 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 8. Februar 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 5. Juni 2001 zu verurteilen, ihm Zuschüsse für die Zeit vom 13. November 2000 bis 9. März 2001 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Sie verweist zusätzlich zu den Ausführungen des LSG darauf, dass die Förderung als Strukturanpassungsmaßnahme einen unmittelbaren kausalen Zusammenhang zwischen der Förderung und der Einstellung von Arbeitnehmern voraussetze. Der Kläger habe die Arbeitnehmer S. und H. jedoch auch ohne entsprechende Förderungsentscheidung der Beklagten eingestellt.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt ([§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)).

II

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung der Entscheidung des LSG und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Das LSG hat die Prüfung zu Unrecht allein auf die Förderung als Strukturanpassungsmaßnahme nach §§ 272 ff iVm [§ 415 SGB III](#) beschränkt; wegen des Meistbegünstigungsprinzips sind auch die Voraussetzungen anderer Arbeitsförderungsleistungen zu überprüfen, mit denen der Kläger sein Anliegen verwirklichen könnte (hierzu unter 2.). Allein die verspätete Antragstellung konnte dem Kläger nicht entgegen gehalten werden (hierzu unter 3.). Die Rechtsgrundlagen für die vom Kläger ausdrücklich begehrte Förderung einer Strukturanpassungsmaßnahme finden sich zunächst in [§§ 272 ff SGB III](#) (hierzu unter 4.), die in Bezug auf Strukturanpassungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet allerdings in [§ 415 SGB III](#) erheblich abgewandelt werden (hierzu unter 5.). Von grundlegender Bedeutung für eine Entscheidung der Beklagten über die vom Kläger begehrte Förderung ist, ob die Beklagte bereits eine Zuweisung förderungsfähiger Arbeitnehmer ausgesprochen hat; insbesondere zur Entscheidung dieser Frage fehlen ausreichende Feststellungen des LSG (hierzu unter 6.). Entgegen der Ansicht der Beklagten scheitert die vom Kläger beantragte Förderung letztlich aber auch nicht am Fehlen einer wirksamen Zuweisung (hierzu unter 7.). Darüber hinaus konnte das LSG auf der Grundlage der von ihm festgestellten Tatsachen die Ablehnung eines Förderanspruchs nicht mit der vom Kläger beabsichtigten untertariflichen Bezahlung begründen (hierzu unter 8.). Schließlich wird das LSG zu prüfen haben, ob das Ermessen der Beklagten durch die telefonische Zusage einer Förderung auf Null reduziert war (hierzu unter 9.).

1. Von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrensmängel stehen einer Sachentscheidung nicht entgegen. Insbesondere war die Berufung zulässig; der Beschwerdewert von 500,00 EUR ([§ 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG](#)) war überschritten (vgl nur [§ 275](#) ggf iVm [§ 415 Abs 3 Satz 8 SGB III](#)). Mit der Klage begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Zuschüssen anlässlich der Beschäftigung der Arbeitnehmer S. und H. im Zeitraum vom 13. November 2000 bis 9. März 2001. Hierbei handelt es sich regelmäßig um eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ([§§ 54 Abs 1, 56 SGG](#)). Auch der Kläger hat nach den zu Grunde liegenden Vorschriften der [§§ 272 ff, 415 Abs 3 SGB III](#) bzw ggf auch der [§§ 260 ff SGB III](#) und [§§ 217 ff SGB III](#) oder [§§ 225 ff SGB III](#) grundsätzlich keinen Anspruch auf die Zahlung eines Zuschusses, sondern nur einen solchen auf eine pflichtgemäße Ermessensausübung nach [§ 39 Abs 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil - \(SGB I\)](#).

Neben dieser Klage bedarf es keiner Klage auf Verurteilung der Beklagten zur Zuweisung der Arbeitnehmer S. und H. für den Fall, dass eine solche Zuweisung nicht bereits im Telefonat vom 10. November 2000 erfolgt ist (hierzu später). Zwar setzt eine Förderung als Strukturanpassungsmaßnahme (§§ 272 ff iVm [§ 415 SGB III](#) bzw als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (ABM) gemäß [§§ 260 ff SGB III](#)) grundsätzlich die Zuweisung bestimmter Arbeitnehmer als Verwaltungsakt voraus; doch ist eine solche gesonderte, ausdrückliche Entscheidung nicht mehr erforderlich, wenn ohnedies im Rahmen des Gerichtsverfahrens oder im Rahmen des Verwaltungsverfahrens nachträglich über einen Förderungsanspruch zu entscheiden ist, das Arbeitsverhältnis mit den zu fördernden Arbeitnehmern - wie vorliegend - nicht mehr besteht und von der Zuweisung keine Rechtsfolgen für das Arbeitsverhältnis (etwa besondere Kündigungsrechte, [§ 270 SGB III](#)) mehr ausgehen können. In diesem Falle wäre das Verlangen nach einer nachträglichen förmlichen Zuweisung unnötige Förmerei. Eine andere Frage ist, ob die Förderung einer Strukturanpassungsmaßnahme bzw einer ABM überhaupt ohne vorhergehende Zuweisung erfolgen darf (hierzu später). Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Zuweisung können jedenfalls ebenso wie die bei der Zuweisung zu beachtenden Ermessensgesichtspunkte bei der Entscheidung über die Förderung inzident mitbeachtet werden.

2. Neben der vom Kläger konkret beantragten Förderung als Strukturanpassungsmaßnahme nach §§ 272 ff iVm [§ 415 SGB III](#) könnten noch weitere Fördertatbestände erfüllt sein. Ihre Voraussetzungen sind jedoch auch im Verwaltungsverfahren nicht überprüft worden. Dies berechtigt die Gerichte jedoch nicht, sie aus der Prüfung von vornherein auszuschließen. Nach dem von der Rechtsprechung entwickelten Meistbegünstigungsprinzip (vgl dazu Eicher in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 40 RdNr 16 mwN zur Rechtsprechung) ist vielmehr bei der Auslegung des Klageantrags unabhängig vom Wortlaut der wirkliche Wille zu erforschen; das Gericht wird grundsätzlich von der für den Kläger optimalen Leistung ausgehen müssen, wenn jeder vernünftige Antragsteller mutmaßlich seinen Antrag bei sachgerechter Beratung entsprechend anpassen würde und keine Gründe für ein anderes Verhalten vorliegen (BSG SozR 3-6050 Art 71 Nr 11 S 57; [SozR 3-4100 § 104 Nr 11](#) S 47 mwN). Dies wird das LSG bei seiner erneuten Entscheidung zu beachten und mit dem Kläger zu klären haben, ob dieser ggf auch - hilfsweise - Leistungen zur Förderung einer ABM ([§§ 260 ff SGB III](#)), Eingliederungszuschüsse ([§§ 217 ff SGB III](#)) oder einen Einstellungszuschuss bei Neugründungen ([§§ 225 ff SGB III](#)) begehrt.

Allerdings dürfte eine Förderung als ABM - jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen - schon daran scheitern, dass die Maßnahme nicht im öffentlichen Interesse liegt (§ 261 Abs 1 in der hier maßgeblichen Fassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#))). Für die zur Gewährung von Eingliederungszuschüssen erforderliche Minderleistung der Arbeitnehmer S. und H. ([§ 217 SGB III](#) ebenfalls in der Fassung des AFRG, aaO; vgl zu der hierzu in [§ 218 SGB III](#) in der Fassung des 2. SGB III-Änderungsgesetzes (2. SGB III-ÄndG) vom 21. Juli 1999 ([BGBl I 1648](#)) vorgesehenen Vertypung Armbrust in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 16 RdNr 7) ergeben sich gegenwärtig keine Anhaltspunkte. Für einen denkbaren Anspruch aus [§ 225 SGB III](#) (ebenfalls in der hier maßgeblichen Fassung des AFRG, aaO) ist rechtlich zweifelhaft, ob der Kläger die Voraussetzungen einer Neugründung (Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit vor nicht mehr als zwei Jahren) erfüllt. Der Kläger betreibt bereits seit 1993 mehrere gewerbliche Unternehmungen und insbesondere seit 1998 einen Montage- und Baustellenservice, so dass er bereits mehr als zwei Jahre vor dem 13. November 2000 überhaupt eine selbstständige Tätigkeit mit anderen Betrieben aufgenommen hatte. Ob in diesem Fall eine Neugründung bereits in der Gründung eines neuen Betriebes zu sehen ist, ist nach der Begründung zum Gesetzentwurf des AFRG der Fraktionen CDU/CSU und FDP vom 18. Juni 1996 ([BT-Drucks 13/4941 S 193](#) zu § 223) eher zu verneinen. Danach soll der Zuschuss nur bei echten Existenzgründungen geleistet werden, dh nicht bei bloßen Umgründungen von bereits bestehenden Betrieben. Nichts anderes dürfte dann für die Erweiterung einer Selbstständigkeit durch die Gründung neuer Betriebe gelten. Der Senat sieht jedoch von einer endgültigen Entscheidung hierüber und über die bezeichneten Leistungen der ABM und der Eingliederungszuschüsse im Hinblick darauf ab, dass die Förderung nach anderen Vorschriften als den [§§ 272 ff, 415 SGB III](#) im gesamten Rechtsstreit nicht erörtert worden ist und somit jede Entscheidung des Senats eine unzulässige Überraschungsentscheidung ([§ 62 SGG, Art 103 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#), Art 6 Abs 1 Europäische Menschenrechtskonvention) darstellen würde.

3. Dem geltend gemachten Anspruch steht jedenfalls eine verspätete Antragstellung nicht entgegen. Nach [§ 323 Abs 1 SGB III](#) bedarf jede Leistung der Arbeitsförderung eines Antrags bzw eine Leistung der aktiven Arbeitsförderung (dazu [§ 3 Abs 4 SGB III](#)), die - wie hier allerdings nicht geschehen - auch von Amts wegen erbracht werden kann, einer Zustimmung, die als Antrag gilt. Ein solcher Antrag ist gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) (Ausnahme: unbillige Härte iS des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)) bereits vor Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses zu stellen. Vorliegend bedarf die Streitfrage, ob das leistungsbegründende Ereignis im Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem zu fördernden Arbeitnehmer oder erst in der tatsächlichen Aufnahme der Beschäftigung zu sehen ist (vgl Leitherer in Eicher/Schlegel, SGB III, § 324 Rz 28 mwN, Stand August 2004), keiner Entscheidung, weil beide Zeitpunkte zusammenfallen (Abschluss des Arbeitsvertrages und Beschäftigungsbeginn am 13. November 2000) und die Leistung am 10. November 2000 beantragt worden ist.

Der Kläger hat bereits an diesem Tag telefonisch deutlich gemacht, dass er eine Förderung der am 13. November 2000 beginnenden Maßnahme und eine Zuweisung der Arbeitnehmer S. und H. wünscht. Hierin ist der erforderliche Antrag zu sehen. Denn nach [§ 9 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - \(SGB X\)](#) kann ein Leistungsantrag formlos gestellt werden (Leitherer, aaO, § 323 Rz 28 sowie § 324 Rz 29). Der Kläger hat mit den im Dezember 2000 vorgelegten Unterlagen und dem geänderten Vermittlungsauftrag keinen neuen Antrag gestellt. Damit ist der Kläger allenfalls seinen Mitwirkungspflichten nach [§ 60 ff SGB I](#) nachgekommen, indem er sein Begehren weiter begründet und die von der Beklagten übersandten Formblätter zu Prüfungs- und Beweis Zwecken übersandt hat.

4. Rechtsgrundlage für die vom Kläger ausdrücklich begehrte Förderung einer Strukturanpassungsmaßnahme ist [§ 272 SGB III](#) (hier idF, die die Norm durch das 2. SGB III-ÄndG vom 21. Juli 1999 - [BGBl I 1648](#) - erhalten hat) iVm [§ 422 Abs 1 Nr 3 SGB III](#). Die Förderung durch Leistungen der aktiven Arbeitsförderung erfolgt damit insgesamt trotz einzelner Gesetzesänderungen durch das Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz vom 21. Dezember 2000 ([BGBl I 1971](#)) mit Wirkung ab 1. Januar 2001 nach dem vor dem 1. Januar 2001 geltenden Recht, weil die Maßnahme bereits am 13. November 2000 begonnen hat und der Kläger die Leistungen vor Beginn der Maßnahme beantragt hat. Die Frage, ob bzw wann auch eine nachträgliche Antragstellung genügt, kann deshalb offen bleiben (vgl dazu Wissing in Praxiskommentar SGB III, 2. Aufl 2004, § 422 RdNr 50).

Nach [§ 272 SGB III](#) können Träger von Strukturanpassungsmaßnahmen für die Beschäftigung von zugewiesenen Arbeitnehmern durch Zuschüsse gefördert werden, wenn die Träger oder durchführenden Unternehmen Arbeitsverhältnisse mit vom ArbA zugewiesenen förderungsbedürftigen Arbeitnehmern begründen und

1. die Durchführung der Maßnahme dazu beiträgt, neue Arbeitsplätze zu schaffen, oder
2. dies zum Ausgleich von Arbeitsplatzverlusten erforderlich ist, die infolge von Personalanpassungsmaßnahmen in einem erheblichen Umfang entstanden sind oder entstehen und sich auf den örtlichen Arbeitsmarkt erheblich nachteilig auswirken.

Die Förderungsfähigkeit der Maßnahme wird näher definiert in [§ 273 SGB III](#) (idF des 2. SGB III-ÄndG, aaO), die Förderungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers in [§ 274 SGB III](#) (idF des AFRG, aaO), wobei allerdings mit der Zuweisung eine Entscheidung über die Förderungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers erfolgt ([§ 277 SGB III](#) ebenfalls idF des AFRG, aaO). Die Vorschrift des [§ 272 SGB III](#) wird ergänzt durch die Regelung des [§ 415 Abs 3 SGB III](#) (idF des Haushalts-Sanierungsgesetzes vom 22. Dezember 1999 - [BGBl I 2534](#)). Insoweit erweitert [§ 415 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) zwar den Bereich der förderungsfähigen Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen, die andererseits aber allgemeine Förderungsvoraussetzungen (Begründung von Beschäftigungsverhältnissen, die Förderungsbedürftigkeit von Arbeitnehmern) verschärfen.

Die Förderung einer allgemeinen Strukturanpassungsmaßnahme nach [§§ 272 ff SGB III](#) hat mithin folgende Voraussetzungen, damit die Beklagte überhaupt das ihr zustehende Ermessen (Entschließungs- und Auswahlmessen; vgl zu letzterem [§§ 275, 276 SGB III](#)) auszuüben hat:

- Durchführung einer förderungsfähigen Maßnahme iS des [§ 273 SGB III](#),
- durch einen Träger, wobei in Fällen des [§ 273 Nr 4 bis 6](#) nur Maßnahmen förderungsfähig sind, die an Wirtschaftsunternehmen vergeben werden ([§ 273 Satz 2 SGB III](#)),
- die Beschäftigung von Arbeitnehmern,
- die Begründung entsprechender Arbeitsverhältnisse mit förderungsbedürftigen Arbeitnehmern (zu den Voraussetzungen siehe im Einzelnen [§ 274 SGB III](#)),
- eine im Ermessen der Bundesagentur für Arbeit (BA) stehende, die eigenständige Prüfung der Förderungsbedürftigkeit ersetzende Zuweisung ([§ 277 Satz 1 SGB III](#)) dieses förderungsbedürftigen Arbeitnehmers, die ihrerseits nur unter bestimmten Voraussetzungen ergehen darf ([§ 277 SGB III](#): Keine vorausgegangene Zuweisung in andere Strukturanpassung oder vergleichbare Maßnahme für die maßgebliche Zuweisungsdauer) und den Grundsätzen der Vermittlung - [§ 36 SGB III](#) - entsprechen muss,
- das Vorliegen arbeitsmarktlicher Gesichtspunkte ([§ 272 SGB III](#): Durchführung der Maßnahme trägt zur Schaffung neuer Arbeitsplätze bei oder ist zum Ausgleich von Arbeitsplatzverlusten erforderlich, die infolge von Personalanpassungsmaßnahmen in einem erheblichen Umfang entstanden sind oder entstehen und sich auf den örtlichen Arbeitsmarkt erheblich nachteilig auswirken).

Vorliegend handelt es sich nach dem eigenen Vortrag des Klägers und dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG nicht um eine förderungsfähige Maßnahme iS des [§ 273 SGB III](#). Die Nr 1 bis 3 (Erhaltung und Verbesserung der Umwelt, Verbesserung des Angebots bei den sozialen Diensten und in der Jugendhilfe, Erhöhung des Angebots im Breitensport und in der freien Kulturarbeit) sind nicht einschlägig; die Maßnahmen der Nr 4 bis 6 (Vorbereitung und Durchführung der Denkmalpflege, der städtebaulichen Erneuerung und des städtebaulichen Denkmalschutzes, Verbesserung des Wohnumfeldes und Verbesserung der wirtschaftsnahen Infrastruktur einschließlich der touristischen Infrastruktur) hätten nach [§ 273 Satz 2 SGB III](#) einer Vergabe durch den Kläger an ein anderes Wirtschaftsunternehmen bedurft. Da dies nicht erfolgt ist, scheidet eine Förderung des Klägers unmittelbar nach den [§§ 272 ff SGB III](#) aus.

5. Eine Förderung als Strukturanpassungsmaßnahme ist somit allenfalls iVm [§ 415 SGB III](#) möglich. Sie hat nach dessen Abs 3, der eine Erweiterung der in [§ 273 SGB III](#) enthaltenen abschließenden Aufzählung der förderungsfähigen Maßnahmen enthält, folgende weitere bzw von den [§§ 272 ff SGB III](#) abweichende Voraussetzungen:

- es genügt jede Beschäftigung bei einem Wirtschaftsunternehmen im gewerblichen Bereich im Beitrittsgebiet oder Berlin - West - ,
- Zusätzlichkeit der bereits von [§ 272 SGB III](#) geforderten Beschäftigung, näher definiert in Abs 3 Satz 2 Nr 1 (keine Personalreduzierung) und Abs 3 Satz 5 (Beschränkung der Anzahl geförderter Personen),
- berufliche Qualifizierung, die die Vermittlungschancen der Arbeitnehmer im Anschluss an die Zuweisung verbessern, als eigenständige, über die [§§ 272 ff SGB III](#) hinausgehende Voraussetzung (Abs 3 Satz 2 Nr 2),
- Förderungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers abweichend von [§ 274 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) nur bei vorausgegangener Arbeitslosigkeit ([§ 415 Abs 3 Satz 1 SGB III](#)) und weiteren über [§ 274 Abs 1 Nr 2](#) und 3 SGB III hinausgehenden Voraussetzungen (vgl im Einzelnen [§ 415 Abs 3 Satz 1 Nr 1 bis 4](#)).

a) Wie bei [§§ 272 ff SGB III](#) werden alle Voraussetzungen der Förderungsbedürftigkeit der Arbeitnehmer mit der Zuweisung festgestellt. Die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen des [§ 272 SGB III](#) haben neben [§ 415 Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) keine eigenständige Bedeutung (vgl unter 5c). Für einzelne der genannten Voraussetzungen ist die genaue Kenntnis der BA über Art, Umfang und Bezahlung der zu fördernden Tätigkeit von Bedeutung. Dabei ist die BA auf die Angaben des Klägers angewiesen. Eine solche Mitwirkung kann nach [§ 60 SGB I](#) eingefordert werden, die Folgen der fehlenden Mitwirkung ergeben sich aus [§ 66 SGB I](#). Gleichwohl beurteilen sich die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen entgegen der Ansicht der Beklagten und wohl auch des LSG nicht nach den Angaben des Klägers, sondern nach den tatsächlichen Gegebenheiten, die von Amts wegen zu ermitteln sind ([§ 20 SGB X](#), [§ 103 SGG](#)), wenn die Leistung wegen fehlender Anspruchsvoraussetzungen abgelehnt werden soll; allenfalls ist nach hinreichenden Ermittlungen an eine Beweislastentscheidung zu denken. Daneben kann durchaus die Leistungsgewährung in Ausübung des Ermessens bereits vor Ausermittlung der Voraussetzungen abzulehnen, wenn und weil der Antragsteller widersprüchliche Angaben macht, die die Ermittlung erschweren. Dann aber muss erkennbar eine Ermessensentscheidung getroffen werden - und zwar für den Fall, dass die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen sollten. Eine solche Ermessensentscheidung hat die Beklagte jedoch nicht getroffen. Das Gericht darf sein Ermessen nicht an die Stelle des

Behördenermessens setzen. Für eine Ermessensreduzierung auf Null - etwa, weil der Kläger sich geweigert hätte, an der Klärung von Widersprüchen mitzuwirken - oder wegen anderer Umstände, die nicht zu den Anspruchsvoraussetzungen zählen (dazu später), sind keine hinreichenden Tatsachen festgestellt.

b) Ob es sich bei dem Kläger, einem Maßnahmeträger iS des [§ 21 SGB III](#), um ein Wirtschaftsunternehmen im gewerblichen Bereich handelt, lässt sich nicht sicher beurteilen. Der Kläger übt zwar eine Tätigkeit aus, die auf Gewinnerzielung durch Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr gerichtet ist (vgl. zum Begriff des Wirtschaftsunternehmens Schlegel/Eicher in Eicher/Schlegel, § 279a RdNr 38, Stand Juli 2005; ansatzweise Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 18. Dezember 2003 - [B 11 AL 21/03 R](#)). Gewerblich wäre die Tätigkeit nach der allgemeinen Definition des Gewerbes jedoch nur, wenn es sich insoweit um eine erlaubte, auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit mit Ausnahme von Urproduktionen, freien Berufen und bloßer Verwaltung eigenen Vermögens handelt (vgl. Kahl in Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, Einleitung RdNr 32 ff mwN, Stand August 1993). Welche Tätigkeiten der Kläger im betroffenen Unternehmen ausübt, ist jedoch nicht festgestellt. Insbesondere fehlen Feststellungen zur Organisationsform der vom Kläger insgesamt geführten Betriebe und des betroffenen Betriebs, die eine Überprüfung nach dem Gewerberecht erlauben (etwa fehlende Erlaubnisse). Dabei wäre bereits anspruchsvernichtend, wenn die Tätigkeit bezogen auf den konkreten Betrieb (zum Betriebsbegriff etwa: Ruppelt in Küttner, Personalbuch 2004, Ordnungsnr 101 RdNr 20 ff) nicht erlaubt gewesen wäre, selbst wenn der Gesetzeswortlaut auf das Unternehmen insgesamt (zu Unternehmensbegriff etwa: Röller in Küttner, Personalbuch 2004, Ordnungsnr 421 RdNr 1 f) abstellt. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber die Förderungsfähigkeit einer Beschäftigung statuieren wollte, die sich zwar in einem "rechtmäßigen Gesamtrahmen" bewegt, selbst aber rechtswidrig ist. Abzustellen ist jedoch darauf, ob das Verbot die Tätigkeit als solche, nicht nur eine bestimmte Ausübungsform betrifft.

c) Ob die Arbeitnehmer S. und H., mit denen der Kläger Arbeitsverträge geschlossen hat, im Beitrittsgebiet zusätzlich beschäftigt waren, kann nach den Feststellungen des LSG ebenfalls nicht beurteilt werden. Zwar bedarf es keiner Überprüfung, ob die Beschäftigung die Voraussetzungen einer Maßnahme (vgl. zu diesem Begriff Eicher in Eicher/Schlegel, § 327 Rz 45, Stand August 2004) erfüllt, weil [§ 415 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) als Maßnahme jegliche Beschäftigung definiert und eine solche jedenfalls zu bejahen ist. Allerdings muss die Beschäftigung nach der ausdrücklichen Bestimmung des [§ 415 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) zusätzlich sein. Dieser Zusätzlichkeit kommt neben den Voraussetzungen des Abs 3 Satz 2 Nr 1 keine eigenständige Bedeutung zu (so im Ergebnis wohl auch Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III [§ 415 Rz 43](#), Stand Dezember 1999; Kopp, NZS 1997, 456, 458). Denn das Verbot des Personalabbaus dient gerade der Ermittlung, ob Neueinstellungen vorgenommen worden sind.

Nach [§ 415 Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) kann der Arbeitgeber (der Gesetzeswortlaut ist insoweit ungenau, da Anspruchsinhaber immer der Träger der Maßnahme ist, dieser aber uU die Maßnahme vergeben kann oder muss; s. dazu Becker in Eicher/Schlegel, § 21 Rz 25 ff, Stand Oktober 2005) den Zuschuss nur erhalten, wenn er in einem Zeitraum von mindestens sechs Monaten vor der Förderung die Zahl der in dem Betrieb bereits beschäftigten Arbeitnehmer nicht verringert hat und während der Dauer der Zuweisung nicht verringert. Die Vorschrift verlangt einen Vergleich des Personalstands an drei Stichtagen (BSG [SozR 3-4300 § 415 Nr 1 S 7](#)), und zwar sechs Monate vor Beginn der Förderung, zu Beginn der Förderung und zum Ende der Förderung. Der Personalbestand darf am zweiten Stichtag nicht niedriger sein als am ersten und am dritten nicht gegenüber dem zweiten gefallen sein; nur so sind Mitnahmeeffekte zu vermeiden. Dabei hat die Formulierung "mindestens" für den ersten Stichtag keine Bedeutung im Sinne einer Anspruchsvoraussetzung (noch offen gelassen in BSG aaO); nach der Teleologie der Norm kann ein Erhalt des Personalbestands über einen längeren Zeitraum vielmehr nur beim Ermessen berücksichtigt werden. Entsprechende tatsächliche Feststellungen durch das LSG fehlen.

d) Zu Unrecht ist jedoch das LSG bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass diese Voraussetzungen schon deshalb nicht erfüllt seien, weil der Kläger die beiden Arbeitnehmer S. und H. bereits während des Zeitraums der beantragten Förderung wieder entlassen hatte. Bei der Regelung des [§ 415 Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) geht es nur darum sicherzustellen, dass der Arbeitgeber nicht ungeförderstes Personal entlässt, um sodann gefördertes Personal einzustellen (Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III [§ 415 Rz 41](#), Stand Dezember 1999). Diese Zielsetzung macht zum einen deutlich, dass beim erforderlichen Vergleich des Personalstands zugewiesene bzw. Arbeitnehmer, die noch nachträglich zugewiesen werden sollen, nicht mitgezählt werden. Sie zeigt aber zum anderen, dass die Zusätzlichkeit keine Beschäftigung der beiden zu fördernden Arbeitnehmer neben weiteren Arbeitnehmern verlangt. Denn bei [§ 415 SGB III](#) handelt es sich um ein großzügiges Angebot an Träger im gesamten gewerblichen Bereich (BSG [SozR 3-4300 § 415 Nr 1 S 4 f](#)). Beide Umstände sind nur im Rahmen des Ermessens zu beachten, das entgegen der Ansicht des LSG nicht bereits auf Null geschrumpft ist (iS einer Ablehnung), weil der Kläger die Arbeitnehmer vor Ablauf von vier Monaten, also vor Ablauf der beantragten Förderungszeit, wieder entlassen hat. Die Norm verlangt keinen Mindestbeschäftigungszeitraum. Darüber hinaus hat der Kläger vorgetragen, zur Entlassung gezwungen gewesen zu sein, weil die Beklagte ihre Förderungszusage nicht eingehalten habe.

e) Allerdings sind die Voraussetzungen des [§ 415 Abs 3 Satz 5 SGB III](#) erfüllt. Danach darf in einem Unternehmen mit nicht mehr als 20 beschäftigten Arbeitnehmern oder Auszubildenden gleichzeitig die zusätzliche Beschäftigung von nur zwei Arbeitnehmern gefördert werden; in Betrieben mit einer höheren Beschäftigtenzahl dürften gleichzeitig mehr als zwei Arbeitnehmer gefördert werden, jedoch nicht mehr als 10 % der Beschäftigten und nicht mehr als zehn Arbeitnehmer. Einer Aufklärung über die Anzahl der vom Kläger beschäftigten Arbeitnehmer bedarf es nicht, weil lediglich die Förderung zweier Arbeitnehmer begehrt wird und diese Förderung selbst dann zulässig wäre, wenn der Kläger keine weiteren Arbeitnehmer mehr beschäftigen würde. Es kann deshalb dahinstehen, ob der Gesetzgeber die Begriffe des Unternehmens und des Betriebs - bewusst oder unbewusst - synonym verwendet.

f) Andererseits steht wiederum nicht fest, ob die Voraussetzungen des [§ 415 Abs 3 Satz 2 Nr 2 SGB III](#) für die Annahme einer förderungsfähigen Maßnahme erfüllt sind. Danach müsste der Kläger für die Arbeitnehmer eine berufliche Qualifizierung für die Zeit der Zuweisung vorgesehen haben, die die Vermittlungschancen der Arbeitnehmer im Anschluss an die Zuweisung verbessern kann. Es könnte nahe liegend für das LSG sein, zunächst diese Voraussetzung zu prüfen, weil bei deren Verneinung jegliche weitere Untersuchung - jedenfalls soweit es die Förderung als Strukturanpassungsmaßnahme betrifft - unterbleiben kann. Dabei wird zu beachten sein, dass im Falle einer fehlenden Zuweisung (zur Förderungsmöglichkeit bei fehlender Zuweisung unter 7.) an die Stelle der "Zeit der Zuweisung" die "Zeit der Förderung" treten muss. Nach [§ 277 Satz 1 SGB III](#) iVm [§ 278 SGB III](#) sind Zuweisungs- und Förderungszeitraum identisch.

6. Würden die Voraussetzungen einer förderungsfähigen Maßnahme im oben beschriebenen Umfang vorliegen, bedürfte es zunächst der Prüfung, ob die Beklagte die Arbeitnehmer S. und H. wirksam zugewiesen hat; nur wenn dies nicht der Fall wäre, müssten die die

Förderungsbedürftigkeit der Arbeitnehmer betreffenden Voraussetzungen ebenso wie die sonstigen Voraussetzungen einer Zuweisung inzident im Rahmen des Förderungsanspruchs geprüft werden (hierzu unter 7.). Ob eine Zuweisung ausgesprochen ist, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Ausdrücklich hat das LSG jedenfalls die dafür notwendigen Tatsachenfeststellungen nicht getroffen. Eine solche Zuweisung könnte im Verlauf des Telefongesprächs vom 10. November 2000 vorgenommen worden sein. Der genaue Inhalt dieses Telefongesprächs lässt sich dem Urteil des LSG nicht entnehmen. Das LSG hat lediglich ausgeführt, nach einem Telefonvermerk sei dem Kläger durch seine Gesprächspartnerin, Frau L., erklärt worden, dass eine Vermittlung der Arbeitnehmer S. und H. nicht möglich sei, weil erst Vermittlungsvorschläge ausgehändigt werden müssten und die Vorstellung frühestens am Montag möglich sei. Sofern er (der Kläger) jedoch Personen habe, die er einstellen wolle, könne er dies tun, jedoch ohne Förderzusage.

Mit diesen Ausführungen hat das LSG nicht hinreichend deutlich gemacht, ob es lediglich den Inhalt des Telefonvermerks wiedergeben, oder - was erforderlich gewesen wäre - auch die Richtigkeit dieses Inhalts feststellen wollte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das LSG seine Wertung, eine Zuweisung zum 13. November 2000 sei nicht erfolgt, darauf stützt, dass nach den im November 2000 vorliegenden Unterlagen eine Zuweisung gegen geltendes Tarifvertragsrecht verstoßen hätte. Für die Beurteilung, ob eine Zuweisung erfolgt ist, kommt es jedoch nicht auf deren Rechtmäßigkeit an. Wenn das LSG darüber hinaus argumentiert, eine Abklärung des Inhalts des Telefongesprächs wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn der Kläger den genauen Inhalt dieses Telefongesprächs mitgeteilt hätte, dann verdeutlicht dies, dass das Gericht offenbar keine Feststellungen dazu treffen wollte. Zur Beurteilung, ob eine Zuweisung erfolgt ist, sind sie jedoch unerlässlich. Allenfalls wäre an eine Beweislastentscheidung nach Durchführung aller zumutbaren Ermittlungen zu denken. Abgesehen davon, wären, falls eine Zuweisung nicht erfolgt sein sollte, ohnedies - wie noch auszuführen sein wird - an Stelle der nicht erfolgten Zuweisung deren Voraussetzungen inzident im Rahmen des Förderungsanspruchs zu prüfen.

Für die Klärung, ob eine Zuweisung zu bejahen ist, kommt es auf die Rechtsnatur der Zuweisung an; sie ist Grundlage für eine korrekte Bewertung des am 10. November 2000 geführten Telefongesprächs. Für den Begriff der Zuweisung fehlt es an einer Legaldefinition. Bei der Zuweisung handelt es sich um einen Verwaltungsakt (allgemeine Ansicht; vgl nur: Schlegel/Eicher in Eicher/Schlegel, SGB III, § 279a Rz 50, Stand Juli 2005; Kummer, Handbuch der Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, 1998, RdNr 154 ff; Bieback in Gagel, SGB III, § 260 RdNr 130 und 152, Stand Juli 2004; Lauterbach in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 19 RdNr 94 ff; Düe in Niesel, SGB III, 3. Aufl 2005, § 267a RdNr 2 f und 12 ff; Schmidt-De Caluwe in PK-SGB III, 2. Aufl 2004, § 260 RdNr 80). Dabei kann vorliegend offen bleiben, ob es sich bei dem Verwaltungsakt, der gegenüber den zuzuweisenden Arbeitnehmern Drittwirkung erzielt, um einen solchen gegenüber dem Träger oder - bei Vergabearbeiten - gegenüber dem Arbeitgeber handelt. Der Kläger ist sowohl Träger der Maßnahme (vgl § 21 SGB III) als auch Arbeitgeber der Arbeitnehmer S. und H. Allerdings spricht die Struktur der Leistung als Trägerleistung gegen die Annahme eines Verwaltungsaktes gegenüber dem Arbeitgeber (vgl dazu Becker in Eicher/Schlegel, SGB III § 21 Rz 25 ff, Stand Oktober 2005).

Mit der Zuweisung wählt die BA im Rahmen eines ihr zustehenden Ermessens zwischen den in Frage kommenden förderungsbedürftigen Arbeitnehmern aus; dabei trifft sie über folgende Gesichtspunkte eine abschließende Verfügung:

- alle die Förderungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers betreffenden Umstände (s dazu

die Formulierung in § 277 SGB III),

- die Auswahlentscheidung, dass gerade dieser Arbeitnehmer zur Verrichtung der geförderten Arbeiten herangezogen werden soll,

- die Dauer seiner Zuweisung.

Hieraus ergibt sich gleichzeitig, dass das zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitslosen begründete Beschäftigungsverhältnis besonderen Kündigungsrechten unterliegt (§ 278 SGB III iVm § 270 SGB III; vgl dazu Schlegel/Eicher in Eicher/Schlegel, SGB III § 279a Rz 51, Stand Juli 2005).

Die Zuweisung unterliegt keiner besonderen Form; sie kann mithin mündlich erteilt werden. Sie ist jedoch abzugrenzen von der (schriftlichen) Zusicherung der Förderung, der mündlichen Zusage einer solchen und der bloßen Zusicherung oder mündlichen Zusage einer Zuweisung. Eine Zuweisung liegt bereits dann vor, wenn die BA dem Maßnahmeträger auf entsprechende Anfrage erklärt, er könne bestimmte Arbeitnehmer ohne Bedenken einstellen, die Förderungsfähigkeit der Maßnahme selbst werde jedoch erst später geprüft. In dieser Erklärung liegt bereits die für eine Zuweisung charakteristische Regelung, die sich von der Zusicherung der Förderung iS des § 34 SGB X unterscheidet. Die Zuweisung enthält also nicht zwingend die Zusicherung einer Förderung; allerdings kann sich diese aus der Auslegung einer schriftlichen Zuweisung ergeben. Die Zuweisung führt auch nicht zwangsläufig zu einer Ermessensreduzierung der Entscheidung über die Förderung der Maßnahme selbst. Auch diese Rechtsfolge kann allenfalls im Wege der Auslegung im Einzelfall eintreten. Abzugrenzen ist die Zuweisung auch von der (nur schriftlich möglichen) Zusicherung einer Zuweisung und der auch mündlich möglichen Zusage einer Zuweisung. Letzteres kann allenfalls zu einer Ermessensreduzierung auf Null bei einer späteren Entscheidung über die Zuweisung führen (vgl allgemein zu dieser Problematik Grosser, SGB 1994, 610 ff). Hiervon ausgehend wird das LSG den Inhalt des Telefongesprächs vom 10. November 2000 zu ermitteln und rechtlich zu bewerten haben.

Kommt das LSG zur Erkenntnis, dass eine Zuweisung im bezeichneten Sinne vorliegt, bedarf es, solange der Verwaltungsakt der Zuweisung als solcher wirksam ist (§ 39 Abs 2 SGB X), keiner weiteren Prüfung mehr über die Rechtmäßigkeit dieser Zuweisung. Sie beinhaltet die Feststellung, dass die Arbeitnehmer förderungsbedürftig sind (vgl BSG SozR 4150 Art 1 § 2 Nr 5 S 15; SozR 4100 § 14 Nr 5 S 5; BAG AP Nr 114 zu § 620 BGB). Ebenso wenig bedarf es dann der weiteren Prüfung, ob die Zuweisung als besondere, qualifizierte Form der Arbeitsvermittlung (Kummer, Handbuch der Förderung von ABM, 1998 Rz 154; Schlegel/Eicher in Eicher/Schlegel, SGB III, § 279a Rz 50, Stand Juli 2005; Schmidt-De Caluwe, PK-SGB III, 2. Aufl 2004, Vor §§ 260 bis 271 RdNr 80; Kaltenstein in Hauck/Noftz, SGB III, § 269 RdNr 8 f und 10 f, Stand April 2003; Düe in Niesel, SGB III, 3. Aufl 2005, § 267a RdNr 2) den allgemeinen Grundsätzen der Arbeitsvermittlung (§§ 35, 36 SGB III) entspricht (vgl zu diesen Grundsätzen allgemein BSG SozR 4100 § 14 Nr 5 S 6 f). Allerdings müsste das LSG ggf prüfen, ob der angefochtene Bescheid vom 8. Februar 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 5. Juni 2001 in entsprechender Anwendung des § 43 SGB X durch das Gericht in eine Rücknahme der Zuweisung (§ 45 SGB X iVm § 330 SGB III) umzudeuten ist.

7. Fehlt es an einer wirksamen Zuweisung, scheitert die vom Kläger beantragte Förderung entgegen der Ansicht der Beklagten nicht bereits hieran. Zwar hat der 11. Senat des BSG zum ABM-Recht des Arbeitsförderungsgesetzes entschieden, dass bei einer vor Erlass des Anerkennungsbescheides eigenmächtig durchgeführten Maßnahme kein Anspruch auf nachträgliche Entscheidung über Anerkennung und Kostenerstattung besteht (BSG [SozR 3-4100 § 91 Nr 1](#)). Diese Entscheidung beruht jedoch maßgeblich auf den Verfahrensregelungen der früheren ABM-Anordnung vom 13. Dezember 1984 (ANBA 1985, 71 ff); die mittlerweile (mit Wirkung ab 1. Januar 2004) wieder aufgehobene ABM-Anordnung vom 23. Oktober 1997 (vgl ANBA 2005, 1) zum SGB III enthält jedoch die entsprechenden Verfahrensregelungen nicht, sodass diese Rechtsprechung schon für die ABM unter Geltung des SGB III nicht mehr maßgeblich sein kann. Darüber hinaus hat die BA ohnedies in der Praxis in beschränktem Umfang einen schriftlichen Dispens vom Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns zugelassen (BSG, aaO, S 5).

Für die Strukturanpassungsmaßnahme ist diese Rechtsprechung ohnedies nicht einschlägig; hier fehlt es an der für die Rechtsprechung maßgeblichen Ausgangslage in Form entsprechender verfahrensrechtlicher Regelungen in einer Anordnung. Es ist auch kein Grund ersichtlich, nach Sinn und Zweck der Vorschrift eine Förderung darauf zu beschränken, dass die Zuweisung von Arbeitnehmern bereits vor Beginn der Arbeiten erfolgt ist. Das bei der Zuweisung auszuübende Ermessen kann in gleicher Weise auch nach Beginn der Arbeiten noch ausgeübt werden. Dem widerspricht nicht, dass durch die Zuweisung ein Arbeitsverhältnis mit besonderen Kündigungsrechten entsteht. Erfolgt die Zuweisung nachträglich, treten diese Rechtsfolgen erst mit Wirkung ex nunc ein. Sollte im Zeitpunkt einer Entscheidung über die Förderung - wobei die Voraussetzungen einer Zuweisung mit zu überprüfen sind - das Arbeitsverhältnis bereits - wie vorliegend - beendet sein, bedarf es allerdings einer Zuweisung nicht mehr; gleichwohl sind keine Gesichtspunkte erkennbar, alleine schon deshalb eine nachträgliche Förderung zu versagen, obwohl bzw wenn alle Förderungsvoraussetzungen im maßgeblichen Zeitraum vorlagen und gewährleistet ist, dass das der Beklagten zustehende Ermessen noch nachträglich ausgeübt wird bzw ausgeübt werden kann.

Für den Fall einer fehlenden Zuweisung wird deshalb zu prüfen sein, ob die beiden Arbeitnehmer S. und H. abweichend von [§ 274 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) gemäß [§ 415 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) zuvor arbeitslos waren. Hierzu fehlen Feststellungen des LSG ebenso wie zu den Voraussetzungen des [§ 274 Abs 1 Nr 2](#) und 3 SGB III sowie zu den für die Strukturanpassungsmaßnahme-Ost zusätzlichen Voraussetzungen für die Förderungsbedürftigkeit von Arbeitnehmern in [§ 415 Abs 3 Satz 1 Nr 1 bis 4 SGB III](#). Überprüfbar ist mangels tatsächlicher Feststellungen auch nicht, ob S. und H. in dem Wirtschaftsunternehmen des Klägers, dh über den konkreten, neu gegründeten Betrieb hinaus, bereits beschäftigt waren; dann jedenfalls ergibt sich aus [§ 415 Abs 3 Satz 4 SGB III](#) ein Förderungs Ausschluss. Bei der Prüfung des [§ 274 Abs 1 Nr 3 SGB III](#), ob die Arbeitnehmer S. und H. ohne die Zuweisung auf absehbare Zeit nicht hätten in Arbeit vermittelt werden können, wird der von der Beklagten in der Revisionsinstanz vorgetragene rechtliche Gesichtspunkt zu beachten sein, dass die Beschäftigung beim Kläger und die begehrte Förderung dadurch miteinander kausal verknüpft sein müssen, dass eine anderweitige Vermittlung in absehbarer Zeit nicht möglich sein darf. Vorliegend muss deshalb der Umstand beachtet werden, dass die Arbeitnehmer S. und H. bereits vor dem hier maßgeblichen Zeitraum auf entsprechenden Vermittlungsauftrag des Klägers Arbeitsangebote durch die Beklagte für einen anderen Betrieb des Klägers erhalten hatten und der Kläger dem Arbeitnehmer H. sogar zugesagt hatte, ihn spätestens bis Ende Oktober 2000 im Montage- und Baustellenservicebetrieb einzustellen. Schließlich fehlen neben den Feststellungen zu den Voraussetzungen der [§§ 274 Abs 2, 277 Satz 2 SGB III](#) auch ausreichende Feststellungen des LSG dazu, ob die allgemeinen Grundsätze der Vermittlung bei einer Zuweisung der Arbeitnehmer S. und H. an den Kläger für den streitigen Zeitraum eingehalten wären. Dies gilt insbesondere für die Regelung des [§ 36 Abs 1 SGB III](#). Danach darf das ArbA ua nicht vermitteln, wenn ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll, dass gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Um dies beurteilen zu können, wären Feststellungen über die konkrete Beschäftigung der Arbeitnehmer erforderlich. Wie bereits oben ausgeführt, genügt es nicht, auf die Angaben des Klägers abzustellen. Vielmehr ist der Inhalt der Beschäftigungsverhältnisse von Amts wegen zu ermitteln; unterschiedliche Angaben sind allenfalls bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. An Feststellungen zum Inhalt der Arbeitsverhältnisse fehlt es indes vorliegend.

8. Es kann deshalb weder beurteilt werden, ob die Tätigkeit der Arbeitnehmer S. und H. gegen allgemeine Gesetze (hier in Abweichung von der oben dargelegten Problematik der Gewerblichkeit auch für Gesetze, die eine bestimmte Art der Tätigkeit, nicht nur die Tätigkeit als solche verbieten) noch gegen besondere Gesetze in Form der normativen Teile von Tarifverträgen verstoßen. Soweit es Tarifverträge betrifft, wäre hierfür jedoch erforderlich, dass die für die jeweilige Tätigkeit maßgeblichen Tarifverträge entweder allgemeinverbindlich erklärt sind ([§ 5 Tarifvertragsgesetz \(TVG\)](#)) oder beide Vertragsparteien tarifgebunden sind ([§§ 2, 3 TVG](#)).

Ein Verstoß in diesem Sinne käme etwa in Betracht, wenn der Kläger einen untertariflichen Lohn bezahlen würde. Ob dies immer einen Gesetzesverstoß iS des [§ 36 Abs 1 SGB III](#) darstellt oder ob nicht im Zusammenhang mit ABM bzw Strukturanpassungsmaßnahmen wegen der sog Lohnabstandsklauseln der [§ 275 Abs 2 iVm § 265 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) oder bei einem Einverständnis des Arbeitnehmers mit Rücksicht auf das Günstigkeitsprinzip ([§ 4 Abs 3 TVG](#)) ein weniger strenger Maßstab anzulegen ist, lässt der Senat gegenwärtig noch offen. Bei der Vielzahl der noch ungeklärten Anspruchsvoraussetzungen und im Hinblick darauf, dass ohne weitere tatsächliche Aufklärung nicht zu beurteilen ist, ob überhaupt ein Tarifvertrag bzw welcher Tarifvertrag anwendbar ist, hält es der Senat für unzulässig ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)), schon jetzt diese Frage abstrakt zu beantworten (vgl aber zur Verfassungsmäßigkeit der sog Lohnabstandsklauseln [BVerfGE 100, 271 = SozR 3-4300 § 275 Nr 1](#)).

Einer Prüfung des [§ 272 Nr 1](#) und 2 SGB III bedarf es bei sog Strukturanpassungsmaßnahmen-Ost, die [§ 415 SGB III](#) unterfallen, nicht. Der in [§ 272 Nr 1 SGB III](#) formulierten Voraussetzung, dass die Durchführung der Maßnahme dazu beitragen muss, neue Arbeitsplätze zu schaffen, ist bereits genügt, wenn die Voraussetzungen des [§ 415 Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) (keine Reduzierung des Personalbestands; s dazu oben) erfüllt sind (im Ergebnis wohl auch Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III [§ 415](#) Rz 42 f, Stand Dezember 1999). Dann nämlich trägt die Durchführung der Maßnahme dazu bei, dass zumindest beim Kläger selbst neue Arbeitsplätze geschaffen werden. Weitere den Arbeitsmarkt belebende Folgen sind nicht zu verlangen; insbesondere ist die Prüfung der in [§ 272 Nr 2 SGB III](#) geregelten Alternative nicht mehr erforderlich.

9. Sollten alle Voraussetzungen für die Förderung einer Strukturanpassungsmaßnahme vorliegen, wäre im Rahmen des dann von der Beklagten auszuübenden Ermessens, das sich bei fehlender Zuweisung sowohl auf die zu ersetzende Zuweisung der Arbeitnehmer S. und H. als auch auf die Frage erstreckt, ob die Maßnahme überhaupt gefördert werden soll, vom LSG weiter zu prüfen, ob nicht eine Ermessensreduzierung "auf Null" dahin eingetreten ist, dass nur die Förderung der Maßnahme unter Beschäftigung der Arbeitnehmer S. und H. rechtmäßig ist - für eine Ermessensreduzierung im umgekehrten Sinne liegen keine Anhaltspunkte vor. Eine solche Ermessensreduzierung zu Gunsten des Klägers wäre anzunehmen, wenn dem Kläger im Telefongespräch vom 10. November 2000 bereits

mündlich eine Förderung bezogen auf die Arbeitnehmer S. und H. zugesagt worden wäre. Dem kann nicht entgegengehalten werden, eine Zusicherung nach [§ 34 SGB X](#) setze Schriftlichkeit voraus, und eine mündliche Zusage könne deshalb keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen. Der Unterschied zur Zusicherung liegt darin, dass eine mündliche Zusage nur bei der Ausübung des Ermessens bindet, während die den Voraussetzungen des [§ 34 SGB X](#) entsprechende Zusicherung eine Bindung auch im Rahmen der Anspruchsvoraussetzungen erzeugt. Auch ohne schriftliche Zusicherung bindet mithin eine mündliche Zusage das Ermessen im Rahmen dessen, was zugesagt ist (vgl dazu Grosser, SGB 1994, 610 ff). Sollte bei Vorliegen aller Förderungsvoraussetzungen eine mündliche Zusage nicht ausgesprochen werden oder nachweisbar sein, wäre die Beklagte (nur) zur Neubescheidung des Klägers zu verurteilen. Dabei wird insbesondere zu beachten sein, dass die beiden Arbeitnehmer S. und H nicht einmal vier Monate beschäftigt waren und somit der Eingliederungseffekt wohl nur gering war. Andererseits wird dies für eine Ablehnung nicht entscheidend sein dürfen, wenn, wie der Kläger behauptet, die Entlassung der beiden Arbeitnehmer auf einem Fehlverhalten der Beklagten beruht. Bei der Ermessensausübung kann außerdem das Verhalten des Klägers im Verlauf des Verwaltungsverfahrens und Gerichtsverfahrens (insbesondere seine unterschiedlichen Angaben zur Tätigkeit der Arbeitnehmer) von Bedeutung sein. Wegen der ohnedies erforderlichen Zurückverweisung der Sache an das LSG bedarf es keiner Entscheidung, ob die vom Kläger gerügten Verfahrensfehler vorliegen. Das LSG wird ggf auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2006-03-27