

L 10 AL 296/07

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

10

1. Instanz

SG Nürnberg (FSB)

Aktenzeichen

S 19 AS 1101/06

Datum

09.05.2007

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 10 AL 296/07

Datum

25.02.2010

3. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Aufsichtsrechtliche Weisung erfordert Ermessensausübung, die aus dem die Weisung erteilenden Verwaltungsakt erkennbar sein muss

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 09.05.2007 aufgehoben.

II. Es wird festgestellt, dass die aufsichtliche Weisung der Beklagten vom 05.12.2006 rechtswidrig war.

III. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Berechtigung einer aufsichtsrechtlichen Weisung der Beklagten gegenüber der Klägerin.

Mit dem Vierten Gesetz zur Modernisierung des Arbeitsmarktes und dem In-Kraft-Treten des Sozialgesetzbuches Zweites Buch (SGB II) - Grundsicherung für Arbeitsuchende - (Artikel 1 des Gesetzes vom 24.12.2003, [BGBl. I S. 2954](#)) wurde im dortigen § 46 Abs 4 geregelt:

"Die Bundesagentur erstattet dem Bund jeweils zum 15. Februar, 15. Mai, 15. August und 15. November einen Aussteuerungsbetrag, der dem Zwölfwachen der durchschnittlichen monatlichen Aufwendungen für Arbeitslosengeld II, Sozialgeld und Beiträge zur Sozialversicherung im vorangegangenen Kalendervierteljahr für eine Bedarfsgemeinschaft, vervielfältigt mit der Zahl der Personen, die im vorangegangenen Kalendervierteljahr innerhalb von drei Monaten nach dem Bezug von Arbeitslosengeld einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II erworben haben, entspricht."

In einer Sitzung des Verwaltungsrates der Klägerin wurde das Präsidium des Verwaltungsrates damit beauftragt, die Verfassungsmäßigkeit des Aussteuerungsbetrages mit Experten vorzusondieren und die Frage zu prüfen, ob die Erstellung eines Rechtsgutachtens Erfolg versprechend sein könnte.

Während die Klägerin die Auffassung vertrat, die Aufgabe des Verwaltungsrates, den Vorstand zu überwachen ([§ 373 Abs 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - SGB III](#)) und zu beraten ([§ 371 Abs 2 SGB III](#)), rechtfertige, einen externen Sachverständigen mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens (Honorarobergrenze: 50.000,00 EUR) hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) zu beauftragen (Vermerk vom 23.09.2005), gelangte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) - die im Oktober 2005 noch zuständige Aufsichtsbehörde der Beklagten - demgegenüber zu der Ansicht, dass unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Gutachtensvergabe zulässig erscheine.

Mit Schreiben vom 13.12.2005 und 06.11.2006 des - zuständig gewordenen - Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) wies die Beklagte den Vorstandsvorsitzenden der Klägerin auf die bereits mit Schreiben vom 03.11.2005 mitgeteilte Rechtsauffassung der Beklagten zur Gutachtensvergabe hin und bat darauf hinzuwirken, dass ein entsprechender Beschluss des Verwaltungsrates nicht gefasst werde, denn dieser wäre im Rahmen der Rechtsaufsicht zu beanstanden.

In einer Sitzung am 10.11.2006 beschloss der Verwaltungsrat der Klägerin die Vergabe eines Rechtsgutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des Aussteuerungsbetrages. Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 29.11.2006 auf, das Gutachten nicht zu vergeben. Allein aufgrund dieses Schreibens sah sich der Vorstand der Klägerin außer Stande, den Beschluss des Verwaltungsrates auszusetzen, und bat die Beklagte um Erteilung einer formellen Weisung.

Die Beklagte übersandte daraufhin der Klägerin unter dem 05.12.2006 folgendes Schreiben:

" Sehr geehrter Herr Weise,

wie Ihnen bereits aufgrund des bisherigen Schriftverkehrs bekannt ist, vertritt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Auffassung, dass die Vergabe eines Rechtsgutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des Aussteuerungsbetrages durch die Bundesagentur für Arbeit nicht zulässig ist. Es gehört gemäß [§ 368](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch nicht zu den Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit, die Rechtmäßigkeit bestehender Gesetze zu überprüfen.

Aus diesem Grund untersage ich der Bundesagentur gemäß [§ 393](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch, ein solches Gutachten in Auftrag zu geben.

Mit freundlichen Grüßen"

Am 27.12.2006 hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht Nürnberg (SG) erhoben und beantragt, den rechtsaufsichtlichen Verwaltungsakt der Beklagten vom 05.12.2006 aufzuheben. Die Voraussetzungen für eine rechtsaufsichtliche Weisung seien nicht gegeben, insbesondere könne die Vergabe des Rechtsgutachtens nicht mit der Begründung untersagt werden, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit bestehender Gesetze gehöre nicht zu den Aufgaben der Klägerin. Die Gutachtensvergabe sei erforderlich, um den Verwaltungsrat in die Lage zu versetzen, seinem gesetzlichen Auftrag nachzukommen, die Verwaltung der Klägerin zu überwachen und in aktuellen Fragen des Arbeitsmarktes zu beraten. Der Verwaltungsrat der Klägerin halte den durch den Aussteuerungsbetrag bewirkten Abfluss von Beitragsmitteln in den Bundeshaushalt für verfassungsrechtlich unzulässig. Die Vergabe eines Rechtsgutachtens diene der fachlichen Vergewisserung und sei für die Kontrolle einer effizienten Beitragsverwendung unverzichtbar. Der Überwachungsfunktion des Verwaltungsrates erstreckte sich nicht nur auf die Umsetzung der Rechtsvorschriften sondern auch auf deren Verfassungskonformität. Ein entsprechendes Rechtsgutachten könnte auch erheblichen Einfluss im Rahmen einer fachgerichtlichen Prüfung und einer eventuell anschließenden konkreten Normenkontrolle ([Art 100 GG](#)) haben. Die Beklagte räume selbst ein, dass die Klägerin die Beklagte auf die Verfassungswidrigkeit der Regelung hinweisen und auf diesem Weg auf eine abstrakte Normenkontrolle ([Art 93 Abs 1 Nr. 2 GG](#)) hinwirken könne. Hierbei beschränke sich das Prüfungsrecht - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht allein auf interne Vorgänge bei der Klägerin. Soweit der Klägerin dieses Prüfungsrecht zugestanden werde, habe sie auch das Recht externen Sachverständigen hinzuziehen, denn der Verwaltungsrat der Klägerin sei kein wissenschaftlicher Beirat, der Kompetenz in allen Disziplinen vorhalte. Der Überwachungs- und Beratungsauftrag des Verwaltungsrates erfordere Kenntnisse, die über die höchstpersönlichen Kompetenzen der Verwaltungsratsmitglieder hinausgehe. Dies habe die Beklagte bislang auch nie in Frage gestellt. Im Rahmen seiner Beratungsfunktion sei der Verwaltungsrat nicht gehindert Sachverständige heranzuziehen, denn lediglich die Übertragung von Aufgaben - wie dies für die Überwachung in [§ 373 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) geregelt ist - bedürfe einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Zuletzt habe die Beklagte selbst - im Rahmen der internen Prüfung - eine Gutachtensvergabe nicht gänzlich ausgeschlossen. Lediglich im Rahmen der Korrespondenz zwischen Klägerin und Beklagter sei - ohne nachvollziehbare Begründung - die Vergabe eines Rechtsgutachtens als unzulässig angesehen worden.

Dem hielt die Beklagte entgegen, die Klage sei bereits unzulässig, weil eine Beschwerde nicht vorliege. Bei der Ausführung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) unterliege die Klägerin der Fachaufsicht und werde nicht im Rahmen der Selbstverwaltung tätig. Zudem sei die Klage unbegründet, denn weder die Klägerin noch ihr Verwaltungsrat seien mangels gesetzlicher Aufgabenzuweisung befugt, aus Beitragsmitteln Rechtsgutachten in Auftrag zu geben, um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu überprüfen. Im Rahmen hierarchisch geordneter Verwaltungsstrukturen sei es allein Aufgabe der Bundesregierung eine verfassungsrechtliche Überprüfung von formellen Gesetzen in die Wege zu leiten und hierfür - gegebenenfalls - externen Sachverständigen heranzuziehen. Nachdem der Klägerin diese Befugnis im Außenverhältnis nicht zukomme, könne auch ihr Verwaltungsrat im internen Verhältnis zu den übrigen Organen der Selbstverwaltung dieses Recht nicht in Anspruch nehmen. Die Selbstverwaltungsorgane hätten kein Selbstbefassungsrecht mit gesetzlich der Klägerin nicht zugewiesenen Aufgaben. Auch soweit die Klägerin im Rahmen der Selbstverwaltung tätig wäre, rechtfertigen die Regelungen über die Beratungs- und Überwachungsfunktion des Verwaltungsrates nicht die Vergabe eines Rechtsgutachtens in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung. Der Verwaltungsrat habe lediglich das Handeln des Vorstandes und der Verwaltung auf Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, nicht jedoch die gesetzlichen Grundlagen deren Handelns. Die Bevollmächtigten der Beklagten haben im Schriftsatz vom 23.04.2007 vorgetragen, die aufsichtsrechtliche Weisung der Beklagten sei - nach Abwägung aller Gesichtspunkte - auch angemessen und geboten gewesen. Sowohl das Entschließungs- als auch das Auswahlermessen in Bezug auf das gewählte Aufsichtsmittel sei sachgerecht ausgeübt worden, weil andere Mittel nicht zur Verfügung gestanden hätten und der Beschluss des Verwaltungsrates im Falle der Umsetzung durch die Klägerin eine erhebliche Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse dargestellt hätte. Die dahingehenden Überlegungen der Beklagten würden sich aus deren Verwaltungsvorgang ergeben.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 09.05.2007 abgewiesen. Die Klage sei zulässig, weil die Weisung der Beklagten gegenüber der Klägerin Außenwirkung unabhängig davon entfalte, ob die Frage der Selbstverwaltung tangiert werde. Die rechtsaufsichtliche Weisung der Beklagten sei jedoch insbesondere materiell rechtmäßig, denn der Verwaltungsrat habe durch seinen Beschluss gegen [§ 368 Abs 1](#) Sätze 1 und [2 SGB III](#) sowie den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung verstoßen. Der Klägerin sei verwehrt, Beitragsmittel zur Überprüfung formeller Gesetze zu verausgaben, denn sie habe den Aussteuerungsbetrag - unabhängig von dessen Verfassungsmäßigkeit - an den Bundeshaushalt abzuführen. Auch mit der Beratungsfunktion des Verwaltungsrates sei die Gutachtensvergabe nicht zu begründen, denn der Verwaltungsrat habe den Vorstand der Klägerin, nicht jedoch die Bundesregierung in arbeitsmarktpolitischen Fragen zu beraten. Zudem werde das Selbstverwaltungsrecht der Klägerin durch [§ 46 Abs 4 SGB II](#) nicht tangiert, denn sowohl die Einnahmenerhebung als auch die Zuweisung der Aufgaben erfolge durch den Gesetzgeber, der das durch einfache Gesetz verliehene Selbstverwaltungsrecht auf diesem Weg - wie mit [§ 46 Abs 4 SGB II](#) geschehen - auch einschränken könne. Es gebe auch keinen Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber der Klägerin weitergehende Rechte einräumen wollte als jeder anderen Anstalt des öffentlichen Rechtes, die, wie die Klägerin, Aufgaben des Bundes ausführt. Auch wenn der Verwaltungsrat der Klägerin demokratisch legitimiert sein

mag, seien ihm keine einfachgesetzlich Grundrechtspositionen verliehen worden, auf die er sein Anliegen, nach verfassungsrechtlicher Überprüfung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) stützen könne. Im übrigen benötige der Verwaltungsrat der Klägerin kein Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Aussteuerungsbetrages, denn ein solches Gutachten sei in keiner Weise dienlich, den Verwaltungsrat der Klägerin in die Lage zu versetzen, den Vorstand in aktuellen Frage des Arbeitsmarktes zu beraten. Das Vorgehen zielen allenfalls auf eine Beratung der Bundesregierung ab. Dies sei vom Gesetzeszweck des [§ 373 SGB III](#) jedoch nicht gedeckt.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht eingelegt. Die Entscheidung verletze ihr Recht auf ihren gesetzlichen Richter, denn die 19. Kammer des Sozialgerichtes Nürnberg sei für Angelegenheiten nach dem SGB III nicht zuständig. Um eine solche Angelegenheit handele es sich jedoch, denn nicht der Vollzug des [§ 46 SGB II](#) sei streitig, sondern Umfang und Reichweite des Selbstverwaltungsrechtes der Klägerin. In der Sache hat sie das Vorbringen aus dem Klageverfahren wiederholt und ergänzend ausgeführt, die Rechtsaufsicht der Beklagten sei eingeschränkt, weil die Kontrolldichte in Bezug auf Entscheidungen, die durch ein fachkundig und ausgewogen zusammengesetztes Gremium getroffen worden seien, einer eingeschränkten Rechtskontrolle unterliege. Die in diesem Zusammenhang bestehenden Beurteilungsspielräume habe auch die Rechtsaufsicht zu respektieren. Die weitergehende Argumentation des SG, eine Auftragsvergabe für ein Gutachten verstoße gegen die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, entbehre jeder Grundlage. Durch die Einholung des Gutachtens sollte vielmehr einer Fehlleitung von Beitragsmitteln entgegengewirkt werden. Darüber hinaus schränke die Beklagte mit ihrer Weisung das Selbstverwaltungsrecht der Klägerin ein, denn es stehe nicht die Ausführung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) im Streit, sondern die Handlungsbefugnisse der Selbstverwaltungsorgane. Eine Zweckmäßigkeitskontrolle des Verwaltungshandelns sei im Wege Rechtsaufsicht jedoch unzulässig.

Mit Art 2 des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (Gesetz vom 22.12.2007 [BGBl. I S 3245](#)) hat [§ 46 Abs 4 SGB II](#) mit Wirkung zum 01.01.2008 folgende Fassung erhalten:

"Die Bundesagentur leistet an den Bund einen Eingliederungsbeitrag in Höhe der Hälfte der jährlichen, vom Bund zu tragenden Aufwendungen für Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und Verwaltungskosten nach Absatz 1 Satz 5 und § 6b Abs. 2. Jeweils zum 15. Februar, 15. Mai, 15. August und 15. November leistet die Bundesagentur an den Bund Abschlagszahlungen in Höhe von einem Achtel des im Bundeshaushaltsplan veranschlagten Betrags für Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und Verwaltungskosten nach Absatz 1 Satz 5 und § 6b Abs. 2. Bis zum 30. Januar des Folgejahres sind die geleisteten Abschlagszahlungen den hälftigen tatsächlichen Aufwendungen des Bundes für Eingliederungsleistungen und Verwaltungskosten des Vorjahres gegenüberzustellen. Ein zu hoch gezahlter Eingliederungsbeitrag ist mit der Zahlung zum 15. Februar des Folgejahres zu verrechnen, ein zu gering gezahlter Eingliederungsbeitrag ist mit der Zahlung zum 15. Februar des Folgejahres zusätzlich an den Bund abzuführen. Ist der Haushaltsplan des Bundes noch nicht in Kraft getreten, sind die Abschlagszahlungen nach Satz 2 auf der Grundlage des Haushaltsplans des Vorjahres zu bemessen."

Daraufhin hat die Klägerin erklärt, mit der Abschaffung des Aussteuerungsbetrages sei das Klagebegehren, die Weisung der Beklagten zu beseitigen, gegenstandslos geworden, weil der Verwaltungsrat aufgrund der Rechtsänderung kein Vergabeinteresse mehr habe. Die Weisung sei gleichwohl rechtswidrig gewesen und es bestehe ein berechtigtes Interesse diese Rechtswidrigkeit festzustellen, weil die dem Rechtsstreit zugrundeliegende Konstellation keine singuläre Situation darstelle. Es bestehe jederzeit die konkrete Gefahr der Wiederholung eines vergleichbaren rechtsaufsichtlichen Vorgehens. Zudem habe sie ein Interesse rehabilitiert zu werden, denn die rechtsaufsichtliche Weisung impliziere, sie habe ihre Selbstverwaltungskompetenzen überschritten. Die Beklagte habe mit ihrer rechtsaufsichtlichen Weisung in unzulässiger Weise in die Kernkompetenz des Verwaltungsrates eingegriffen und damit das Selbstverwaltungsrecht, das in der Beratung und Überwachung des Vorstandes seinen Ausdruck findet, erschwert bzw. unmöglich gemacht.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des Urteiles des Sozialgerichtes Nürnberg vom 09.05.2007 festzustellen, dass die aufsichtliche Weisung der Beklagten vom 05.12.2006 rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen.

Mit der Aufhebung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) (in der bis 31.12.2007 maßgeblichen Fassung) sei ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin entfallen und ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht zu belegen, denn es sei weder eine Wiederholungsgefahr dargelegt, noch könne sich die Klägerin als Behörde auf ein Rehabilitationsinteresse berufen. Zudem sei die Weisung vom 05.12.2006 in rechtmäßiger Weise erteilt worden, denn dem Verwaltungsrat der Klägerin obliege es nicht, die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Regelungen zu überprüfen. Weder die Befugnis den Vorstand der Klägerin zu überwachen, noch die Pflicht diesen zu beraten, rechtfertige es Beitragsmittel dafür zu verwenden, ein Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Regelungen einzuholen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die Akten der Beklagten sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerechte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-](#)). Insbesondere steht dem nicht entgegen, dass ursprünglich die Weisung der Beklagten vom 05.12.2006 angefochten war und zuletzt nur noch die Feststellung deren Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Die Zulässigkeit des als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführten Berufungsverfahrens scheitert nicht an einem Widerspruch der Beklagten oder der fehlenden Sachdienlichkeit des Antrages ([§ 99 SGG](#)), denn die Umstellung des Klageantrags im Sinne des [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#) stellt keine Klageänderung dar und ist auch im Berufungsverfahren zulässig (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG,

9. Aufl., § 131 Rdnr. 8a; BSG, Urteil vom 11.12.2002 - [B 6 KA 32/01 R](#) - [SozR 3 - 1500 § 54 Nr. 47](#)).

Die Klägerin kann auch nur noch in Form der Fortsetzungsfeststellungsklage Rechtsschutz in Anspruch nehmen, denn der ursprüngliche prozessuale Anspruch hat sich durch die Änderung der im Streit stehenden gesetzlichen Regelung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) zum 31.12.2007 und dem damit verbundenen Wegfall des Interesses der Klägerin, diese Regelung einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterziehen, erledigt.

Hat sich der angefochtene Verwaltungsakt erledigt, spricht das Gericht nach [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#) auf Antrag aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.

Das berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes ist wie das berechtigte Interesse bei der allgemeinen Feststellungsklage zu behandeln (vgl. BSG, Urteil vom 28.08.2007 - Az. B [7/7a AL 16/06 R](#) - [SozR 4 - 1500 § 131 Nr. 3](#)) und ist damit Zulässigkeitsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage. Ein für diese Feststellung vorausgesetztes schutzwürdiges Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art sein. Es kommt damit in Betracht bei Präjudizialität, d.h. wenn die Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit von Bedeutung sein kann, bei einem Schadensinteresse, Rehabilitationsinteresse sowie Wiederholungsgefahr (vgl. BSG, Urteil vom 28.08.2007 [aaO](#))

Vorliegend ist aus Sicht des Senates ein berechtigtes Interesse - im obengenannten Sinne - wegen der Wiederholungsgefahr zu bejahen, wie sich aus der ähnlichen Struktur und Wirkung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) nF ergibt. In diesem Zusammenhang ist zwar nicht ausreichend, dass das Urteil des Senates abstrakt eine bestehende rechtliche Unsicherheit beenden bzw. Richtschnur für künftiges Verhalten werden könnte. Generell unzureichend ist auch das abstrakte Interesse an der Klärung der Rechtslage; die Wiederholungsgefahr setzt vielmehr eine hinreichend bestimmte (konkrete) Gefahr voraus, dass unter im wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung wieder ergehen wird, oder dass trotz veränderter Verhältnisse zumindest eine auf gleichartigen Erwägungen beruhende Entscheidung zu erwarten ist, weil die Behörde eine entsprechende Absicht zu erkennen gegeben hat. Bei Ungewissheit, ob künftig gleiche tatsächliche Verhältnisse vorliegen werden, besteht kein Feststellungsinteresse. Nur wenn die Klägerin hinreichend bestimmten Anlass haben muss, mit einer Wiederholungsgefahr zu rechnen, kann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bejaht werden (vgl. BSG, Urteil vom 22.06.1994 - [6 RKa 22/93](#) - [BSGE 74, 257](#), 258; OVG Celle, Urteil vom 19.02.1997 - [13 L 4115/95](#) - [NVwZ-RR 1998, 236-237 mwN](#))

Es kann dahinstehen, dass sich die Ausführungen der Klägerin zum Feststellungsinteresse, insbesondere der Frage der Wiederholungsgefahr, weitgehend auf die rechtlichen Voraussetzungen beschränken, unter denen eine Wiederholungsgefahr anzunehmen wäre. Ausreichend ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Klägerin entsprechende Tatsachen vorträgt, die eine Wiederholungsgefahr begründen können, ohne dass große Anforderungen an die Substantiierungspflicht zu stellen sind (vgl. BSG, Urteil vom 28.08.2007 [aaO](#) mwN).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist eine Wiederholungsgefahr anzunehmen, denn unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten zum Umfang der Überwachungs- und Beratungsbefugnisse des Verwaltungsrates der Klägerin, wie sie in den Vorschriften der [§§ 371, 373 SGB III](#) geregelt sind, dreht sich die Frage im Kern um die Problematik, ob und in welchem Umfang die Klägerin - selbst oder mittelbar verpflichtet durch ihre Selbstverwaltungsorgane - berechtigt sein soll, Mittel der Beitragszahler dafür zu verwenden, Regelungen, die durch den parlamentarischen Gesetzgeber in einem politischen Willensbildungsprozess verabschiedet worden sind, einer verfassungsrechtlichen Überprüfung außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens zuzuführen, und somit der Verwaltungsrat eventuell jedes Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen lassen kann.

Die so verstandene Problematik, die dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegt, stellt - entgegen der Auffassung der Beklagten - kein singuläres Problem dar, denn der durch den Gesetzgeber erkannte Reformbedarf des Arbeitsförderungsrechtes führte in den letzten Jahren in regelmäßigen Zeitabständen zu Änderungen des SGB II und SGB III, die für die Klägerin - mehr oder weniger - haushaltsrelevante Bedeutung hatten, zuletzt die Neuregelung des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) (i.d.F. des Gesetzes vom 22.12.2007 [BGBl. I 3245](#)), die zwischenzeitlich Gegenstand eines abstrakten Normenkontrollverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht ist ([1 BvR 2393/08](#), [1 BvR 2580/08](#), [1 BvR 2606/08](#),

[1 BvR 3485/08](#)). Darüber hinaus ist derzeit auch nicht abzusehen, dass der Gesetzgeber seine Reformvorhaben als abgeschlossen ansieht, so dass auch in Zukunft realistischerweise mit Rechtsänderungen zu rechnen ist, durch die sich die Klägerin - bei erheblicher Haushaltsrelevanz - in ihrem Selbstverwaltungsrecht soweit eingeschränkt sehen kann, dass ihre Handlungsfähigkeit in Frage gestellt wird, womit - zumindest aus Sicht der Klägerin - verfassungsrechtliche Prüfungen solcher Regelungen geboten erscheinen müssen. Dies macht die Klägerin - zumindest andeutungsweise - auch geltend, wenn sie vorträgt, dass die Vergabe eines Rechtsgutachtens nicht losgelöst von der den Rechtsstreit auslösenden Vorschrift des [§ 46 Abs 4 SGB II](#) betrachtet werden dürfte. Hierin ist das Anliegen der Klägerin zu erkennen, auch künftig Rechtsvorschriften, die existenziell in eine Grundlage des Selbstverwaltungsrechtes eingreifen, einer kritischen Prüfung zu unterziehen und gegebenenfalls externen Sachverstand für die Prüfung der damit zusammenhängenden Fragen in Anspruch zu nehmen. Diese Ausgangslage zugrunde gelegt lässt ohne weiteres erwarten, dass die Beklagte erneut eine Weisung erteilen wird, eine externe verfassungsrechtliche Überprüfung einfachgesetzlicher Regelungen zu unterlassen, weil dies nicht zum Aufgabenbereich der Klägerin gehöre und die Vorschriften der [§§ 371, 373 SGB III](#) keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine solche Prüfung darstellen würden.

Die Berufung der Klägerin ist auch begründet, denn die aufsichtsrechtliche Weisung der Beklagten vom 05.12.2006 war rechtswidrig. Es ist nicht zu erkennen, dass die Beklagte von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht hat.

In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, dass das SG bei seinem Urteil vom 09.05.2007 nicht ordnungsgemäß besetzt war, denn die Angelegenheit ist der Arbeitsförderung einschließlich der sonstigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit ([§ 51 Abs 1 Nr. 4 SGG](#)) und nicht der Grundsicherung für Arbeitssuchende ([§ 51 Abs 1 Nr. 4a SGG](#)) zuzuordnen. Insoweit genügt es nicht, dass die Geschäftsverteilung des Sozialgerichtes Nürnberg am 09.05.2007 auch die Zuweisung von Angelegenheiten der Arbeitsförderung (einschließlich der sonstigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit) an die 19. Kammer vorgesehen hat und der Kreis der ehrenamtlichen Richter für beide Aufgabengebiete identisch ist ([§ 12 Abs 5 Satz 1 SGG](#)). Eine willkürliche Zuweisung des Rechtsstreites an die 19. Kammer des SG, die allein als wesentlicher Verfahrensmangel anzusehen wäre, (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 6 Rdnr 9) ist jedoch nicht

zu erkennen.

Die Aufsichtsklage ([§ 54 Abs 3 SGG](#)) der Klägerin als rechtsfähiger bundesunmittelbarer Körperschaft des öffentlichen Rechts ([§ 367 Abs 1 SGB III](#)) war zulässig, denn insoweit genügte die schlüssige Behauptung, die Aufsichtsbehörde habe rechtswidrig in das Selbstverwaltungsrecht der Klägerin eingegriffen (vgl. hierzu Keller aaO § 54 Rdnr.18).

Es kann offen bleiben, ob die Weisung vom 05.12.2006 der Fachaufsicht ([§ 373 Abs 4 SGB III](#)) zuzuordnen ist, oder ob die Verwendung der Beitragsmittel für die Einholung eines Rechtsgutachtens allein an [§ 367 SGB III](#) gemessen werden muss und damit der Rechtsaufsicht ([§ 393 Abs 1 SGB III](#)) unterliegt.

Vorliegend hat die Beklagte der Klägerin durch Verwaltungsakt, d.h. durch eine Regelung für den Einzelfall mit Außenwirkung, untersagt, ein Rechtsgutachten in Auftrag zu geben.

Diese Weisung in der Form der Untersagung richtet sich ausschließlich an den Vorstand, der gemäß [§ 381 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) im Rahmen der Geschäftsführung Beschlüsse des Verwaltungsrates umzusetzen hat, also die Gutachtensvergabe betreiben muss. Die Weisung richtet sich nicht gegen den Beschluss des Verwaltungsrates.

Wird durch das Handeln oder Unterlassen eines Versicherungsträgers das Recht verletzt, soll die Aufsichtsbehörde zunächst beratend darauf hinwirken, dass der Versicherungsträger die Rechtsverletzung behebt, [§ 89 Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#). Kommt der Versicherungsträger dem innerhalb angemessener Frist nicht nach, kann die Aufsichtsbehörde den Versicherungsträger verpflichten, die Rechtsverletzung zu beheben, [§ 89 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#).

Eine Weisung der Beklagten als Aufsichtsmittel iSd [§ 89 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) ist aufgrund der eigenständigen Rechtspersönlichkeit der Klägerin, wie sie in [§ 367 Abs 1 SGB III](#) verankert ist, stets eine Regelung im Außenverhältnis, d.h. ein Verwaltungsakt iSd [§ 35 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch \(SGB X\)](#), denn auch im Rahmen der Fachaufsicht ist die Klägerin nicht in den Behördenaufbau der Beklagten eingegliedert.

Hierbei ist zu beachten, dass die Beklagte als Aufsichtsbehörde in Bezug auf den Erlass einer aufsichtsrechtlichen Weisung sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen hat (vgl. Schütte-Geffers in Kreikebohm, SGB IV, § 89 Rdnr. 18), wobei eine Weisung als belastender Verwaltungsakt den Erfordernissen des SGB X genügen muss.

Nach [§ 35 Abs 1 Satz 3 SGB X](#) muss die Begründung eines schriftlichen Verwaltungsaktes, der eine Ermessensentscheidung zum Inhalt hat, auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Die Begründung einer solchen Entscheidung muss zunächst deutlich machen, dass die Beklagte überhaupt eine Ermessensentscheidung getroffen hat (BSG, Urteil vom 31.10.1991 - Az. [7 RAr 60/89 - SozR 3-1300 § 45 Nr. 10](#))

Auch wenn das SG mit seinem Urteil - inzident - davon ausgegangen ist, die Beklagte habe ermessensfehlerfrei gehandelt, so hätte dies die Beklagte in ihrer Weisung vom 05.12.2006 darzulegen gehabt. Wie bei einer gebundenen Entscheidung ([§ 35 Abs 1 Satz 2 SGB X](#)) haben Ermessensentscheidungen zuerst die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe anzuführen; darüber hinaus muss die Behörde jedoch auch die Gründe für die - darauf beruhende und somit erst daran anschließende - Ausübung des Ermessens erkennen lassen (vgl. Krasney in KassKomm, SGB X, § 35 Rdnr. 6).

Formelhafte Wendungen reichen für die vorgeschriebene Begründung von Ermessensentscheidungen nicht aus, weil bei derartigen "Leerformeln" nicht nachgeprüft werden kann, ob die Verwaltung von ihrem Ermessen überhaupt und gegebenenfalls in einer dem Zweck der ihr erteilten Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BSG, Urteil vom 12.12.1990 - Az. [9a/9 RV 27/89](#) - SozR 1300 § 35 Nr. 3 mwN; Krasney in KassKomm, aaO).

Erforderlich ist vielmehr eine auf den Einzelfall eingehende Darlegung, dass und welche Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen stattgefunden hat und welchen Erwägungen dabei die tragende Bedeutung zugekommen ist, damit dem Betroffenen bzw. dem Gericht die Prüfung ermöglicht wird, ob die Ermessensausübung den gesetzlichen Vorgaben entspricht. (BSG, Urteil vom 18.04.2000 - [B 2 U 19/99 R - SozR 3-2700 § 76 Nr. 2](#)).

Hieran fehlt es, so dass der Ermessensfehler - in Form der sog. Ermessensunterschreitung (vgl. Keller aaO, § 54 Rdnr. 30) - zur Rechtswidrigkeit der aufsichtsrechtlichen Weisung vom 05.12.2006 führt. Diese ist auch gegeben, soweit die Behörde, Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, jedoch die gesetzlichen Grenzen dieses Ermessens überschritten sind oder - wie hier - von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wird, [§ 54 Abs 2 Satz 2 SGG](#).

Eine Ermessensentscheidung war auch nicht in der Sache entbehrlich, selbst wenn die Beklagte kein anderes Aufsichtsmittel gesehen haben mag. Auch bei Alternativlosigkeit des Handelns entbindet dies die Beklagte nicht von einer Begründung, die die wesentlichen Gesichtspunkte erkennen lässt, aufgrund welcher Überlegungen das Entschließungsermessen dahingehend ausgeübt wurde, die aufsichtsrechtliche Weisung überhaupt zu erteilen. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Die von der Beklagten im Schriftsatz vom 23.04.2007 vorgetragenen Argumente sind nicht geeignet, die fehlenden Erwägungen im Bescheid vom 05.12.2006 zu ersetzen, denn sie sind nicht in Bescheidform nachgeschoben sondern finden sich lediglich in einem Schriftsatz der Bevollmächtigten der Beklagten.

Im weiteren bestand auch keine Veranlassung das Verfahren auszusetzen, um der Beklagten die Möglichkeit zu geben, das Ermessen nachzuholen. Zum Einen hat die Beklagte keinen entsprechenden Antrag gestellt, sondern lediglich darauf verwiesen, die Ermessenserwägungen ergäben sich aus dem Verwaltungsvorgang und müssten keinen Eingang in die Verwaltungsentscheidung finden. Zum Anderen handelt es sich vorliegend um eine reine Anfechtungsklage gegen die Weisung vom 05.12.2006, so dass maßgeblich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ist (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO § 54 Rdnr. 33). Das "Nachschieben" von Gründen, insbesondere von Ermessenserwägungen, würde insofern nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung des streitgegenständlichen Verwaltungsaktes führen, sondern einen neuen Verwaltungsakt setzen, der eigenständig zu beurteilen wäre und

allenfalls Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens werden würde, soweit die Ermessensbegründung nachgeholt würde. Im Falle einer fehlenden Ermessensbetätigung wäre eine Nachholung ohnehin ausgeschlossen (vgl. Schütze in von Wulffen, SGB X, 6. Aufl., § 41 Rdnr.11). Für einen solchen Verwaltungsakt bestand jedoch keine Notwendigkeit, denn die Klägerin hat im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage bereits dargelegt, das Interesse an der Gutachtensvergabe aufgegeben zu haben, so dass es keiner weiteren Untersagung seitens der Beklagten bedurfte.

Unabhängig von diesen Überlegungen teilt der Senat jedoch nicht die Auffassung der Beklagten, die aufsichtsrechtliche Weisung sei ohne Alternative gewesen, denn es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte im Vorfeld sämtliche Möglichkeiten ausgeschöpft hätte, die Klägerin von ihrem Vorhaben abzubringen. In diesem Zusammenhang wäre - als milderer Mittel - denkbar gewesen, die Klägerin aufzufordern statt oder zumindest vor der Einholung des in Betracht gezogenen Rechtsgutachtens, die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen [§ 46 Abs 4 SGB II](#) im Rahmen einer hausinternen Prüfung durch die Rechtsabteilung der Klägerin formulieren und der Beklagten zukommen zu lassen. Nach Lage der Akten hat jedoch weder die Klägerin noch die Beklagte eine interne Prüfung überhaupt in Betracht gezogen.

Die Frage, welche Ermessenserwägungen tragfähig gewesen wären, kann jedoch im Ergebnis offen bleiben, denn die Rechtswidrigkeit der Weisung vom 05.12.2006 war bereits aus den oben genannten formalen Gründen der fehlenden Ermessensausübung festzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und folgt aus dem Unterliegen der Beklagten. In diesem Zusammenhang war nicht zu berücksichtigen, dass die Weisung der Beklagten lediglich aus formalen Gründen rechtswidrig war, in der Sache nach Auffassung des Senates jedoch zurecht ergangen ist. Der Senat teilt nämlich die formalistische Betrachtungsweise der Klägerin nicht, die Gutachtensvergabe hätte im Rahmen der [§§ 371, 373 SGB III](#) erfolgen können, denn im Kern des Rechtsstreites ging es nicht um die Reichweite des Selbstverwaltungsrechtes des Verwaltungsrates, sondern um die Frage, ob die Klägerin - aus eigenem Entschluss oder mittelbar verpflichtet durch ihre Selbstverwaltungsorgane - berechtigt ist, ein formelles Parlamentsgesetz - außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens - einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Die Klägerin ist im Rahmen der hierarchisch geordneten Verwaltungsstruktur zwar berechtigt und verpflichtet, (verfassungs-) rechtliche Bedenken - auch in Bezug auf Rechtsvorschriften - gegenüber der Aufsichtsbehörde vorzutragen. Diese Pflicht hat sie jedoch selbständig, d.h. ausschließlich mit eigenen personellen Mitteln durchzuführen, so dass insoweit eine interne verfassungsrechtliche Prüfung durch die Rechtsabteilung der Klägerin nicht zu beanstanden gewesen wäre. Ein darüber hinausgehender Einsatz von Beitragsmitteln zur externen Vorbereitung einer "Remonstration" verstößt nach Auffassung des Senates - insbesondere vor dem Hintergrund der Vorhaltung erheblicher personeller Mittel durch die Beklagte zu dem Zweck rechtliche Fragen zu prüfen - jedoch gegen den Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Beitragsverwaltung, denn ausgehend vom Kern der Problematik - der Prüfungsbefugnis der Klägerin in Bezug auf Rechtsvorschriften - überschreitet die Vergabe eines Rechtsgutachtens die Grenzen des [368 Abs 1 SGB III](#), denn Aufgabe der Klägerin ist es, die gesetzlichen Regelungen auszuführen, nicht sie zu überprüfen. Anders als im Rahmen des [§ 193 SGG](#) spielen allgemeine Billigkeitserwägungen, insbesondere das Veranlassungsprinzip, bei der Kostenentscheidung nach den [§§ 154 ff VwGO](#) im Falle des formalen Unterliegens keine Rolle.

Gründe, die Revision gemäß [§ 160 Abs 2 Nr.1](#) und [2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor. Die entscheidungserheblichen Fragen zum besonderen Feststellungsinteresse und zur Begründung einer Ermessensentscheidung im Verwaltungsakt selbst sind hinreichend geklärt.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2010-05-07