

Abweichende Meinung  
des Richters Broß, der Richterin Osterloh und  
des Richters Gerhardt  
zum Urteil des Zweiten Senats vom 20. Dezember 2007

- 2 BvR 2433/04 -  
- 2 BvR 2434/04 -

Der Entscheidung der Mehrheit des Senats können wir nicht folgen. § 44b SGB II begegnet im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang einer Regelung sowie deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist allein diese zulässig und geboten (vgl. BVerfGE 69, 1 <55>; 83, 201 <214 f.>; 86, 288 <320 f.>; 88, 145 <166>; 95, 64 <81, 93>).

Hiervon ausgehend ist Folgendes festzustellen:

1. § 44b SGB II ermöglicht, wie letztlich auch die Senatsmehrheit unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung der zuständigen Fachgerichte (vgl. Umdruck S. 55) nicht bestreitet, eine Auslegung, nach der die Sachkompetenz bei dem jeweiligen Träger verbleibt und die Arbeitsgemeinschaft nur mit der Durchführung der Aufgaben betraut wird. Diese werden von den Arbeitsgemeinschaften lediglich aus Gründen der Optimierung der Verwaltungsabläufe wahrgenommen (so namentlich Rixen, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 1. Aufl. 2005, § 44b Rn. 7 und 19; ders., in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 1. September 2007, § 44b SGB II Rn. 6; Berlit, in: LPK-SGB II, 2. Aufl. 2007, § 44b Rn. 42; Weiß, in: Estelmann, Sozialgesetzbuch Zweites Buch, Stand: Dezember 2005, § 44b Rn. 1, 23; Hoehl, in: Schlegel/Voelzke, SGB II,

2005, § 44b Rn. 10; Quaas, SGB 2004, S. 723 <724 ff.>; Breitzkreuz, SGB 2005, S. 141 <144 f.>; Kersten, ZfPR 2005, S. 130 <131, 136>; Adolph, in: Linhart/Adolph, Sozialgesetzbuch II, Sozialgesetzbuch XII, Asylbewerberleistungsgesetz, Ordner I, Stand: April 2007, § 44b Rn. 1; vgl. auch BTDrucks 15/4709, S. 4). Die Aufgabe der Arbeitsgemeinschaft besteht danach allein in der einheitlichen Durchführung der Aufgaben der Träger der Leistungen. Die Arbeitsgemeinschaft wird dadurch nicht selbst zum Träger der Aufgaben; deren Erfüllung obliegt vielmehr weiterhin den nach § 6 SGB II zuständigen Agenturen für Arbeit und den kommunalen Trägern. Diese verlieren durch die Wahrnehmung der Aufgaben in der Arbeitsgemeinschaft auch nicht ihre Eigenständigkeit als Träger der jeweiligen Aufgabenzuständigkeit (vgl. näher Kersten, a.a.O., S. 130 <131>).

Unterstrichen wird die fortbestehende Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Träger in der Arbeitsgemeinschaft unter anderem auch durch die Informationspflicht nach § 44b Abs. 4 SGB II (vgl. BTDrucks 15/4709, S. 4), nach der sich die Agentur für Arbeit und die kommunalen Träger alle Tatsachen mitteilen, von denen sie Kenntnis erhalten und die für die Leistungen des jeweils anderen Trägers erheblich sein können. Die Arbeitsgemeinschaften selbst erhalten danach keine Befugnis zur Erfüllung der den beiden Trägern der Grundsicherung für Arbeitsuchende obliegenden Aufgaben. Vielmehr wird in ihnen nur die Kompetenz zur Wahrnehmung dieser Aufgaben gebündelt (so auch die eingangs erwähnte Rechtsprechung der Sozialgerichte: Bundessozialgericht, Urteil des 7b. Senats vom 7. November 2006 - B 7b AS 6/06 R -, FEVS 58, 347 <349>; Urteil des 11b. Senats vom 23. November 2006 - B 11b AS 1/06 R -, FEVS 58, 353 <354 f.>; Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22. August 2006 - L 1 AS 4/06 -, JURIS Rn. 19; Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 30. Juni 2005 - L 8 AS 2374/05 ER - B -, FEVS

57, 40 f.; Beschluss des Sozialgerichts Leipzig vom 2. August 2006 - S 1 AS 411/05 ER -, JURIS Rn. 21; Beschluss des Sozialgerichts Hannover vom 25. Januar 2005 - S 5 AL 32/05 ER -, NVwZ 2005, S. 976).

Ebenso wenig steht die Ermächtigung der Arbeitsgemeinschaften zum Erlass von Verwaltungsakten und Widerspruchsbescheiden in § 44b Abs. 3 Satz 3 SGB II der vorgenannten Einordnung entgegen. Die Arbeitsgemeinschaft erhält insoweit lediglich die Befugnis, als Ausgangsbehörde mit Wirkung für den Leistungsträger, dessen Aufgabenzuständigkeit wahrgenommen wird, Einzelfallregelungen im Sinne des § 31 Satz 1 SGB X zu treffen und als Widerspruchsbehörde Widerspruchsbescheide zu erlassen (§§ 78 SGG ff. i.V.m. § 62 f. SGB X). Verantwortlich für die Entscheidungen bleiben stets die jeweils zuständigen Verwaltungsträger in der Arbeitsgemeinschaft, die der Arbeitsgemeinschaft auch im Einzelfall verbindlich eine Entscheidung vorgeben können (vgl. auch Rixen, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, a.a.O., § 44b SGB II Rn. 21).

Die den Landkreisen in Art. 28 Abs. 2 GG garantierte eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung wird auch durch die Regelungen über eine einheitliche Entscheidung (§§ 44a ff. SGB II) nicht beeinträchtigt. Das Verfahren bei unterschiedlicher Bewertung der Erwerbsfähigkeit (§ 8 SGB II) und der Hilfebedürftigkeit des Arbeitsuchenden (§ 9 SGB II) führt zwar zu einer einheitlichen Entscheidung der Träger der Grundsicherung über die Anspruchsvoraussetzungen und unterwirft sie der Mehrheitsentscheidung der gemeinsamen Einigungsstelle (§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB II). Jedoch handelt die Verwaltung insoweit in voller Rechtsbindung. Die Einigung über die Anspruchsvoraussetzungen zwischen den Leistungsträgern stellt sich nicht als Verständigung mit Kompromisscharakter dar, sondern als Entscheidung zwischen rechtmäßigem

und rechtswidrigem Verwaltungshandeln, über die letztlich die Sozialgerichte befinden. Somit nimmt nicht ein Träger der Grundsicherung unmittelbar Einfluss auf die Leistungsgewährung des anderen, vielmehr erleichtert das Einigungsverfahren es lediglich, die gesetzlich determinierte Entscheidung zu finden.

Auch die Vorschriften über die Aufsicht über die in den Arbeitsgemeinschaften tätigen Verwaltungsträger zwingen zu keiner anderen Beurteilung. Nach § 44b Abs. 3 Satz 4 SGB II führt die Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaft die zuständige oberste Landesbehörde im Benehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales. § 44b Abs. 3 Satz 4 SGB II betrifft jedoch nur die Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaft als solche. Diese tritt neben die Aufsicht über die einzelnen Leistungsträger (vgl. Ehrhardt, in: Mergler/Zink, Sozialgesetzbuch II, Stand: Juli 2004, § 47 Rn. 4; Weiß, a.a.O., § 44b Rn. 54). Den jeweiligen Leistungsträgern verbleiben somit die Aufsicht und die Weisungsbefugnis für den jeweils von ihnen zu verantwortenden Bereich. Die Weisungsbefugnis besteht für den jeweiligen Verwaltungsträger grundsätzlich auch in den Fällen, in denen die Arbeitsgemeinschaften Verwaltungsakte oder Widerspruchsbescheide erlassen. Verantwortlich für diese Entscheidungen bleiben die jeweils zuständigen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft, die der Arbeitsgemeinschaft auch im Einzelfall verbindlich eine Entscheidung vorgeben können. Die Möglichkeit verbindlicher Weisungen im Einzelfall folgt aus § 94 Abs. 4 SGB X in Verbindung mit § 88 Abs. 2 Satz 1, § 89 Abs. 5 SGB X (vgl. hierzu näher Breitzkreuz, in: LPK-SGB X, 2. Aufl. 2007, § 94 Rn. 15). Damit ist – entgegen der Auffassung der Senatsmehrheit (vgl. Umdruck S. 64) – die Letztentscheidungskompetenz und Letztverantwortlichkeit der beteiligten Träger für den jeweils eigenen Aufgabenbereich gewahrt. Eine freiwillige Selbstbeschränkung im Einzelfall

darf mit der Nichtwahrnehmung der eigenen Verantwortung nicht gleichgesetzt werden (so aber die Mehrheitsmeinung, vgl. Um-druck S. 65; s. dazu auch unten 3.). Vielmehr zeigt sich gerade in einer partiellen Zurückstellung eigener Vorstellungen und der darin zum Ausdruck kommenden Fähigkeit zum Kompromiss die Übernahme von Verantwortung für das Ganze.

Nach allem bestehen in jeder Hinsicht ausreichende Regelungen, die eine Zuordnung der Verantwortlichkeit zu dem jeweiligen Leistungsträger ermöglichen. Die Arbeitsgemeinschaft nimmt die Aufgaben der Leistungsträger nur im Sinne einer gebündelten Komplementärzuständigkeit wahr. Die einzelnen Träger bleiben Zurechnungssubjekte der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben, ihre Finanzierungs- und Gewährleistungsverantwortung wird nicht tangiert, lediglich die Wahrnehmungszuständigkeit und Durchführungsverantwortung, nicht aber die sachliche Zuständigkeit geht auf die Arbeitsgemeinschaften über. Eine Einräumung von Mitwirkungsrechten in Kompetenzbereichen des jeweils anderen Trägers findet von vornherein nicht statt. Die Arbeitsgemeinschaften handeln, dem Tätigwerden z.B. einer bayerischen Verwaltungsgemeinschaft bei der Wahrnehmung von Aufgaben des eigenen Wirkungskreises ihrer Mitgliedsgemeinden (vgl. hierzu näher Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 2001, § 9 Rn. 11 m.w.N.) nicht unähnlich und den Antragstellern damit aus dem eigenen Rechtskreis durchaus vertraut, lediglich „als Büro“ beider Träger. Sie sind nicht mehr und nicht weniger als der „Mantel“, in den die Leistungsträger gemeinsam schlüpfen, ohne sich dadurch ihrer Eigenständigkeit als Träger der jeweiligen Aufgabe zu entkleiden (so treffend Weiß, a.a.O., § 44b Rn. 23).

Mangels eigener Sachkompetenz der Arbeitsgemeinschaften kann entgegen der Senatsmehrheit von einer Abweichung vom Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung oder einer Verwischung von Verantwortlichkeiten - jedenfalls nach

der vom Grundgesetz gebotenen und auch in Literatur (vgl. näher Rixen, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, a.a.O., § 44b SGB II Rn. 26; Weiß, a.a.O., § 44b Rn. 25; Quaas, a.a.O., S. 723 <724 ff.>; Breitzkreuz, a.a.O., S. 141 <144 f.>; Kersten, a.a.O., S. 130 <136 f.>) und Rechtsprechung (siehe nur Bundessozialgericht, Urteil des 7b. Senats vom 7. November 2006 - B 7b AS 6/06 R -, FEVS 58, 347 <349> sowie Urteil des 11b. Senats vom 23. November 2006 - B 11b AS 1/06 R -, FEVS 58, 353 <354 f.>) überwiegend befürworteten verfassungskonformen Auslegung - keine Rede sein.

Die Senatsmehrheit verhält sich zur Frage einer verfassungskonformen Auslegung nicht. Mit den in Literatur und Rechtsprechung insoweit zahlreich vorgebrachten Argumenten (vgl. statt aller Kersten, a.a.O., S. 130 <136 f.>; Breitzkreuz, a.a.O., S. 141 <144 f.>; Quaas, a.a.O., S. 723 <725 f.> jeweils m.w.N.) befasst sie sich nicht, sondern hält sie ohne weitere Begründung für „irrelevant“ (vgl. näher Umdruck S. 55). Stattdessen erörtert die Senatsmehrheit einfachrechtliche Fragen unter anderem des Vollstreckungs- und des Datenschutzrechts (vgl. Umdruck S. 69 ff.), die vorrangig der Beantwortung durch die Fachgerichte vorbehalten sind (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 f.>; 99, 361 <366>) und hier allenfalls dann erheblich wären, wenn feststünde, dass sie einer verfassungskonformen Lösung nicht zugänglich wären. Dafür allerdings bringt die Senatsmehrheit nichts vor.

Lässt sich, wie die Mehrheitsmeinung einräumt, nach alledem bestimmen, welcher der beiden Träger der Grundsicherung für die jeweilige Leistung zuständig sei (so ausdrücklich Umdruck S. 69), genügt dies für eine Zurechnung der Verwaltungsverantwortung (so zutreffend Weiß, a.a.O., § 44b Rn. 25). Das entzieht allen weiteren Überlegungen, namentlich solchen nicht ausreichend gewährleisteter Verantwortungszu-

ordnung unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips (siehe Umdruck S. 52 und 69) die Grundlage.

2. Anders als die Mehrheit der Senatsmitglieder meint, muss § 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II auch keine Verpflichtung der Kommunen entnommen werden, ihre Aufgaben auf die Arbeitsgemeinschaften zu übertragen. Die Gesetzesformulierung „sollen“ postuliert kein zwingendes Gebot; sie bringt lediglich eine in rechtlicher Hinsicht nicht strikt verbindliche Erwartung des Normgebers zum Ausdruck (so im Ergebnis auch Münder, NJW 2004, S. 3209 <3213>; Rixen, in: Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 44b Rn. 21). Das Wort „sollen“ ist vom Gesetzgeber bewusst gewählt worden, um eine ansonsten absehbare verfassungsrechtliche Konfliktlage mit der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG) zu vermeiden. Das Ob, der Zeitpunkt, der Umfang und die Dauer der Übertragung stehen deshalb im pflichtgemäßen Ermessen der kommunalen Träger (so zutreffend Berlit, a.a.O., § 44b Rn. 50). § 44b SGB II hätte jedenfalls im Wege verfassungskonformer Auslegung (siehe hierzu Berlit, a.a.O., § 44b Rn. 13 u. 50; Kersten, a.a.O., S. 130 <135> m.w.N.) unter der Maßgabe, dass die Kommunen zu einer Übertragung ihrer Aufgaben nicht verpflichtet sind, für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt werden müssen, sofern man die Verfassungsbeschwerden nicht bereits wegen Fehlens der Beschwerdebefugnis für unzulässig hält. Damit hätte sich dem Senat die – im Grunde unbeantwortet gebliebene – Frage nicht gestellt, in welchem Verhältnis die Gewährleistungen des Art. 28 Abs. 2 GG zu denen der Art. 83 ff. GG stehen und inwieweit letztere Prüfungsmaßstab in einem Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde sein können. In den Ausführungen der Senatsmehrheit ist angelegt, dass die Kommunalverfassungsbeschwerde entgegen ihrer Intention zur abstrakten Normenkontrolle wird (vgl. hierzu näher Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 91 Rn. 62 f.

m.w.N.). Auch gerät die Auffassung der Senatsmehrheit in Widerspruch zu Art. 83 GG, der im zweigliedrigen Bundesstaat des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 13, 54 <77 f.>) ausschließlich das Verhältnis von Bund und Ländern betrifft und bereits allein deshalb ungeeignet ist, das verfassungsrechtliche Bild der kommunalen Selbstverwaltung (siehe hierzu näher BVerfGE 1, 167 <181>; 56, 298 <310>; 71, 25 <37>; 91, 228 <242>) mitzubestimmen.

3. Die Senatsmehrheit fordert für das Zusammenwirken von Körperschaften des Bundes und der Länder mit dem Ziel, außerordentlich bedeutsame sozialstaatliche Leistungen aus einer Hand zu erbringen, eine rechtliche Durchnormierung, die unserer Ansicht nach verfassungsrechtlich nicht geboten, der vom Gesetzgeber zu lösenden Aufgabe unangemessen und der Weiterentwicklung eines lebendigen Föderalismus abträglich ist.

Die Senatsmehrheit entwickelt keine subsumtionsfähigen verfassungsrechtlichen Maßstäbe, an denen die Organisationsform der Arbeitsgemeinschaft, um die es hier ungeachtet aller Besonderheiten geht, gemessen werden könnte. Sie orientiert sich im Wesentlichen an einem Präjudiz zur geschäftsführenden Wahrnehmung von Bundesaufgaben durch eine bestimmte Landesbehörde (BVerfGE 63, 1), dessen Aussagen offensichtlich nicht ohne weiteres zur Beurteilung von Kooperationsformen wie Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b Abs. 2 SGB II herangezogen werden können. Insbesondere fehlt es an einer Maßstabsbildung für die Frage, inwiefern rein tatsächliche Risiken des Zusammenarbeitens verschiedener Träger öffentlicher Verwaltung in einer Arbeitsgemeinschaft für eine effektive und transparente Wahrnehmung der jeweiligen Verantwortlichkeiten verfassungsrechtlich bedeutsam sind. Die Senatsmehrheit lässt sich von vermeintlich drohenden Gefahren für eine rechtsstaatliche und demokratisch legitimierte Aufgabenwahrnehmung leiten, ohne sich auch nur ansatzweise mit der Leistungsfähigkeit der



- namentlich von der Bundesagentur für Arbeit eingesetzten - neueren Steuerungsinstrumente zu befassen. Die Möglichkeiten demokratischer Legitimation moderner Verwaltungsstrukturen werden schlicht durch den Rückgriff auf das Bild der Legitimationskette ausgeblendet, was dem komplexen Konzept des hinreichenden Legitimationsniveaus (vgl. dazu Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle <Hrsg.>, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Aufl. 2006, Bd. 1, § 6 Rn. 14), das die Senatsmehrheit auch heranzieht (Umdruck S. 51 f.), nicht gerecht wird. Die Forderung nach detaillierter gesetzlicher Durchnormierung im Bereich der Verwaltungsorganisation führt nicht weiter und beruht auf der verfehlten Prämisse, die Träger der vollziehenden Gewalt seien angesichts praktischer Schwierigkeiten nicht in der Lage, die ihnen zugewiesenen Aufgaben in verfassungskonformer Weise zu erfüllen.

Wie die Senatsmehrheit bei der Erörterung des Rechtsfolgenausspruchs zutreffend darstellt, stand der Gesetzgeber bei der Hartz IV-Gesetzgebung vor der äußerst schwierigen Aufgabe, gewachsene Sozialsysteme im Interesse der Arbeitsuchenden zusammenzuführen. Er hat - auch, um ein von allen Seiten für notwendig erachtetes Reformwerk politisch realisieren zu können - verwaltungsorganisatorisch Neuland beschritten und dafür einen rechtlichen Rahmen festgelegt, der auf Ausfüllung durch die beteiligten Körperschaften angelegt ist. Das Gesetzgebungswerk ist, wie namentlich die Option kommunaler Trägerschaft belegt, darauf angelegt, Erfahrungen zu sammeln und diese zu gegebener Zeit in der gebotenen Weise zu berücksichtigen, was die Möglichkeit ergänzender Gesetzgebung einschließt. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle darf diesen Aspekt nicht ausklammern. An der grundsätzlichen Zulässigkeit der Zusammenarbeit von Trägern öffentlicher Gewalt des Bundes mit solchen der Länder kann nicht gezweifelt werden. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht zwar die

bundesstaatlichen Grenzen einer solchen Zusammenarbeit aufzuzeigen. Das Gebot, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu respektieren, steht aber der Verwerfung einer Regelung entgegen, die vordergründig fragmentarisch, in der Sache wegen des Fehlens belastbarer Entscheidungsgrundlagen und im Hinblick auf die plausible Erwartung angemessenen Zusammenwirkens der beteiligten Stellen hingegen zu Recht entwicklungs offen formuliert und, soweit geboten, verfassungskonform auslegbar ist.

Die Zusammenlegung von Sozial- und Arbeitslosenhilfe ist wesentlicher Teil einer groß angelegten und allgemein befürworteten Reform, die naturgemäß nicht alle Fragen mit jener Akribie beantworten kann, die in anderen, etablierten Rechtsgebieten zum rechtsstaatlichen Maßstab geworden ist. Allein in dem Fehlen gesetzlicher Detailvorgaben für die verwaltungsorganisatorische Ausgestaltung der Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II als Regelverwaltungsform eine Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie der an abweichenden Gestaltungen interessierten Landkreise zu sehen, läuft dem Anliegen des Verfassungsgesetzgebers zuwider, den Föderalismus zu stärken: Die Haltung der Senatsmehrheit hat absehbar zur Folge, dass die Bereitschaft der gesetzgebenden Körperschaften schwindet, neue Formen der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern unter Inkaufnahme vorübergehender Unschärfen und Phasen des Experimentierens zu entwickeln.

Broß

Osterloh

Gerhardt