

Neue Zeitschrift für Sozialrecht

Monatsschrift für die anwaltliche, betriebliche, behördliche und gerichtliche Praxis

Schriftleitung: Ministerialdirigent Dr. Gerhard Knorr, Merseburger Str. 8 a, 80993 München

NZS 5/2005

15. Mai · 14. Jahrgang 2005 · Seite 225–280

Aufsätze und Berichte

Das Verbot der Ausgrenzung einzelner Bevölkerungsgruppen – Existenzminimum und Arbeitslosengeld II

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einleitung

Das am 1. 1. 2005 in Kraft getretene SGB II regelt die „Grundsicherung für Arbeitsuchende.“ Es betrifft hilfebedürftige Personen zwischen dem 15. und dem 65. Lebensjahr, die erwerbsfähig sind (vgl. § 7 I SGB II), während für nicht erwerbsfähige Menschen weiterhin das Sozialhilferecht eingreift, das nunmehr im SGB XII geregelt ist.

Was die existenzsichernden Leistungen betrifft, so hat das SGB II Sozialhilfestrukturen „importiert“, doch weichen diese in einigen Punkten zu Lasten der ALG-II-Empfänger vom allgemeinen Sozialhilfestandard ab. Dies betrifft beispielsweise die Höhe des Regelsatzes, im SGB II „Regelleistung“ genannt. Nach § 20 II SGB II ist sie für Alleinstehende unmittelbar im Gesetz auf 345,00 € festgelegt, während § 28 I 2 SGB XII auch einen höheren Betrag zulässt, wenn der unabweisbare Bedarf erheblich vom Durchschnitt abweicht.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob das ALG II der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Existenzminimums (noch) entspricht. Hierfür muss zunächst geklärt werden, wie die grundgesetzlichen Anforderungen beschaffen sind (unten II). Anschließend wird der Frage nachzugehen sein, welche Lebens- und Konsummöglichkeiten das ALG II eröffnet und ob diese dem Anspruch der Verfassung gerecht werden (unten III).

II. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Sicherung des Existenzminimums

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der Text des Grundgesetzes erwähnt das Existenzminimum nicht. Die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* hat jedoch aus der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 I GG die staatliche Pflicht hergeleitet, „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“ zu schaffen. Dies wurde mit hinreichender Deutlichkeit zunächst in der Entscheidung vom 18. 6. 1975 zum Ausdruck

gebracht, die sich auf die Hilfe für Behinderte bezog. Dort wird im Einzelnen ausgeführt:¹

„Gewiss gehört die Fürsorge für Hilfebedürftige zu den selbstverständlichen Pflichten eines Sozialstaates ... Dies schließt notwendig die soziale Hilfe für die Mitbürger ein, die wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen an ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung gehindert und außerstande sind, sich selbst zu unterhalten. Die staatliche Gemeinschaft muss ihnen jedenfalls die Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie soweit möglich in die Gesellschaft einzugliedern, ihre angemessene Betreuung in der Familie oder durch Dritte zu fördern sowie die notwendigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen.“

Zu den „Voraussetzungen für ein „menschenwürdiges Dasein“ kommt daher die Bemühung um Eingliederung in die Gesellschaft hinzu. Im Folgenden wird betont, diese allgemeine Schutzpflicht des Staates müsse dem jeweils vorhandenen Bedarf an sozialer Hilfe entsprechen, jedoch bestünden vielfältige Möglichkeiten, den gebotenen Schutz zu verwirklichen.

Im Zusammenhang mit dem vom Steuerrecht zu wahren Existenzminimum wurden diese Aussagen in der Entscheidung vom 29. 5. 1990 bekräftigt. Dort heißt es:²

„Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Beurteilung ist der Grundsatz, dass der Staat dem Steuerpflichtigen sein Einkommen insoweit steuerfrei belassen muss, als es zur Schaffung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein benötigt wird. Dieses verfassungsrechtliche Gebot folgt aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG. Ebenso wie der Staat nach diesen Verfassungsnormen verpflichtet ist, dem mittellosen Bürger diese Mindestvoraussetzungen erforderlichenfalls durch Sozialleistungen zu sichern (vgl. BVerfGE 40, 121 [131]), darf er dem Bürger das selbst erzielte Einkommen bis zu diesem Betrag – der im Folgenden als Existenzminimum bezeichnet wird – nicht entziehen.“

1) BVerfGE 40, 121, 133

2) BVerfGE 82, 60, 85

Weiter wird im folgenden Absatz betont, aus Art. 6 I GG folge zusätzlich, dass bei der Besteuerung einer Familie das Existenzminimum sämtlicher Familienmitglieder steuerfrei bleiben müsse.

Eine nähere Umschreibung der Leistungen, die für ein menschenwürdiges Leben erforderlich sind, erfolgte in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfG) nicht. Gleichwohl ist zutreffend von einem sozialen Grundrecht die Rede.³

2. Konkretisierung durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG) hat schon in einer frühen Entscheidung den Grundsatz ausgesprochen, die unantastbare Menschenwürde verbiete es, den Einzelnen lediglich zum Objekt staatlicher Fürsorge zu machen; vielmehr stehe diesem ein subjektives (und damit einklagbares) Recht zu, soweit es um die Sicherung seines notwendigen Lebensbedarfs gehe.⁴ Später hat das Gericht ausdrücklich betont, ein verfassungsrechtlicher Anspruch sei auch zur Sicherung des Existenzminimums des Einzelnen gegeben.⁵ In einer langjährigen Rechtsprechung sind die einzelnen Elemente dieser Garantie herausgearbeitet worden.⁶

a) Wahlfreiheit des Einzelnen

Nach der Auffassung des BVerwG gehört es zu einem menschenwürdigen Leben, dem erwachsenen Menschen die Möglichkeit zu lassen, seine Bedarfsdeckung frei zu gestalten.⁷ Dies ist selbstredend nur im Rahmen der Mittel möglich, die dem Einzelnen von Gesetzes wegen zustehen, doch ist damit eine Bemessung ausgeschlossen, die jede Wahlfreiheit beseitigt und die den Einzelnen in eine alternativen Situation zwingt.⁸

b) Mehr als „Überleben“ – das Ausgrenzungsverbot

Was die Höhe der zu gewährenden Leistungen betrifft, so ist man sich einig darüber, dass der Staat nicht nur für die zum Überleben notwendige Nahrung, Kleidung und Behausung sorgen muss.⁹ Die Rede ist vielmehr von einem „soziokulturellen Existenzminimum.“¹⁰ Dazu gehört insbesondere die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft, wie dies § 9 Satz 1 SGB I ausdrücklich hervorhebt und wie es auch in der oben angesprochenen Entscheidung des BVerfG zur Fürsorgepflicht gegenüber Behinderten¹¹ betont wird.¹²

Diese „Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ ist dann nicht mehr gewährleistet, wenn der Hilfeempfänger beiseite geschoben und stigmatisiert wird. Diesen Gedanken hat das Bundesverwaltungsgericht in der Weise operationabel gemacht, der zu Unterstützende müsse „in der Umgebung von Nicht-Hilfeempfängern ähnlich wie diese leben können.“¹³ Soweit der Einzelne auch gegenüber Beziehern niedriger Einkommen benachteiligt sei, müsse er die Möglichkeit haben, dies durch Sparsamkeit auszugleichen; die Schlechterstellung dürfe nicht zu einer Ausgrenzung führen.¹⁴ Dies ist auf die Formel gebracht worden, der Sozialhilfeempfänger dürfe den Anschluss an die Übrigen nicht verlieren.¹⁵

c) Fälle drohender Ausgrenzung

Wann die in diesem Sinne verstandene Ausgrenzung droht, ist von der Rechtsprechung insbesondere am Beispiel von Einmalbedarfen nach § 21 I a BSHG herausgearbeitet worden. Bekannt ist das Beispiel, dass ein Kind aus finanziellen Gründen bei der Einschulung keine Schultüte erhält.¹⁶ Die Gefahr einer Ausgrenzung wurde weiter angenommen, als ein von Sozialhilfe lebendes Schulkind nicht an einer fünftägigen Klassenfahrt teilnehmen konnte.¹⁷ Auch wer an Weihnachten lediglich Empfänger von Gaben wäre, müsste sich als Mensch mit gemindertem Status be-

trachten.¹⁸ Ein ähnlicher Effekt würde sich einstellen, müsste der Haushalt eines Sozialhilfeempfängers ohne Waschmaschine auskommen;¹⁹ Dasselbe gilt nach der neueren Rechtsprechung auch für die Ausstattung mit einem Fernsehgerät.²⁰ Dabei ist die niedrigste Ausstattungskategorie bzw. ein gebrauchtes Gerät durchaus zumutbar.²¹

d) Individualisierungsgrundsatz

Welche Geld- und Sachleistungen erforderlich sind, um ein „unauffälliges“ Leben führen zu können, hängt von der Situation des Einzelnen ab. Dies beginnt bei so elementaren Dingen wie der Nahrung (ein robuster Magen verträgt auch sehr preiswerte Lebensmittel, während es bei empfindlicher Verdauung anders sein kann), gilt aber z. B. auch für die Gesundheit (wer nie krank ist, muss auch keine Rezeptgebühr bezahlen) oder für die familiäre Situation (wer keine Kinder hat, muss auch keine Konfirmation ausrichten). Mit Recht ist deshalb betont worden, dass das Abstellen auf die individuelle Bedürfnissituation Teil der verfassungsrechtlichen Garantie des Existenzminimums ist.²² Eine generelle Pauschalierung würde dazu in eklatantem Widerspruch stehen. Dies wird uns beim Vergleich SGB II – SGB XII noch beschäftigen.²³

3. Würdigung

Die „Ankoppelung“ an das Lebensniveau bescheidener Einkommensbezieher hat zur Konsequenz, dass sich das Existenzminimum der wirtschaftlichen Entwicklung anpasst. Es hat insoweit „dynamischen“ Charakter und ist nicht auf einen genauen summenmäßigen Betrag fixiert.²⁴

3) Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 398; rechtsvergleichender Überblick über die sozialen Grundrechte auf EG-Ebene und in (damals) 15 Mitgliedstaaten bei *Iliopoulos-Strangos* (éd.), La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Baden-Baden/Athènes/Bruxelles 2000.

4) BVerwGE 1, 159, 161, bestätigt in BVerwGE 5, 27, seither ständige Rechtsprechung.

5) BVerwGE 52, 339, 346.

6) Für Rückgriff auf diese Rechtsprechung auch Brümmer, in: Münder (Hrsg.), Sozialgesetzbuch II, Lehr- und Praxiskommentar (im Folgenden: LPK-SGB II), 2005, § 20 Rn. 20.

7) BVerwGE 72, 354, 357.

8) Vgl. V. Neumann NVwZ 1995, 430.

9) So z. B. in der Rechtsprechung BVerwGE 87, 212, 214; 92, 6, 7; 92, 112, 114. Ebenso in der Literatur etwa Luthé/Dittmar SGB 2004, 272 (mehr als Rettung vor dem Verhungern); Höfling, in: Sachs, (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 25.

10) So z. B. Rothkegel, in: Ders. (Hrsg.), Sozialhilferecht Existenzsicherung Grundsicherung, Handbuch, 2005, Teil II Kap. 3 Rn. 28 (im Folgenden: Rothkegel).

11) BVerfGE 40, 121, 133.

12) Ebenso beispielsweise BVerwGE 36, 256, 258.

13) BVerwGE 36, 256, 258; 102, 366, 369. Diese (nahe liegende) Konkretisierung wird bei Bieritz-Hander nicht beachtet, die der Formel „Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ die Fähigkeit abspricht, konkrete Konsequenzen zu rechtfertigen (Bieritz-Hander, Menschenwürdig leben. Ein Beitrag zum Lohnabstandsgebot des Bundessozialhilfegesetzes, seiner Geschichte und verfassungsrechtlichen Problematik, 2001, S. 151 ff., 165). Der im Anschluss unternommene Versuch, direkt auf Art. 1 I GG zu rekurrieren, erweist sich als wenig ertragreich (S. 277).

14) BVerwGE 94, 326, 333.

15) Rothkegel, a. a. O., Teil III Kap. 1 Rn. 9. Diese Unterschreitung des Niveaus der unteren Einkommensgruppen reduziert die Bindung des Haushaltsgesetzgebers und lässt sich insoweit als „Konzession“ an die Entscheidungsfreiheit des Parlaments verstehen. Dazu Sartorius, Das Existenzminimum im Recht, 2000, S. 65 ff.

16) BVerwGE 92, 6, 8.

17) BVerwGE 97, 376, 378.

18) BVerwGE 69, 146, 154.

19) BVerwGE 107, 234, 236.

20) Nachweise bei Rothkegel, a. a. O., Teil II Kap. 3 Rn. 32.

21) BVerwGE 107, 234, 239.

22) Luthé/Dittmar SGB 2004, 276; Rothkegel, a. a. O., Teil II Kap. 3 Rn. 87 und Teil III Kap. 1 Rn. 13. Individualisierungsgrundsatz ist Ausdruck der Menschenwürde.

23) Unten III 5.

24) Luthé/Dittmar SGB 2004, 273.

Die Rechtsprechung umschreibt dies mit den Worten, die herrschenden Lebensgewohnheiten und Erfahrungen seien zu berücksichtigen.²⁵ Dieses System sorgt dafür, dass ein gewisses Maß an sozialer Homogenität gewahrt bleibt und dass deshalb in Deutschland – anders als z. B. in den USA – keine „Armutsviertel“ oder Slums entstehen. Bedacht ist allerdings darauf zu nehmen, dass die „Referenzgruppe“ nicht allein statistisch korrekt erfasst, sondern dass sie auch nicht zu klein zugeschnitten wird; nur dann kann man davon ausgehen, dass der Hilfebedürftige in seiner Umgebung nicht als solcher auffällt. Keinen Schutz bietet das „Ankoppelungsmodell“ gegen die Gefahr einer allgemeinen Einkommenspolarisierung. Würden die unteren 20 oder 25% der Einkommenshierarchie ihrerseits von der wirtschaftlichen Entwicklung nicht profitieren können, würde dieses Schicksal an die Sozialhilfeempfänger weitergegeben. Gleichwohl ist es schwer vorstellbar, das Existenzminimum so zu bestimmen, dass es über den Einkommen dieser Gruppe liegt, da deren Angehörige dann eine fiskalisch nicht zu bewältigende Aufstockung auf das Sozialhilfeniveau verlangen könnten.

Die Vorgabe, „ähnlich“ wie der untere Teil der Einkommensbezieher leben zu können und deshalb nicht ausgegrenzt zu werden, hat den Vorteil, operationabel zu sein.²⁶ Dies machen nicht zuletzt die Entscheidungen des *BVerwG* deutlich, die unter 2c referiert wurden. Nicht „ausgegrenzt“ zu werden, nicht in die Position dessen zu geraten, auf den andere mit dem Finger zeigen oder über den sie hämische Kommentare machen, ist ein Gedanke, der sich auch in anderen Teilen der Rechtsordnung wiederfindet. So darf etwa der Einzelne durch Veröffentlichung bestimmter auf ihn bezogener Daten nicht „abgestempelt“ werden.²⁷ Aus diesem Grund hat etwa das *BVerfG* die früher vorgesehene Bekanntmachung einer Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht für grundgesetzwidrig erklärt.²⁸ Aus denselben Erwägungen muss die Eintragung in ein privates Register „zahlungsunwilliger“ Schuldner unterbleiben.²⁹ Auch das Verbot der Diskriminierung wegen Rasse, ethnischer Zugehörigkeit oder sexueller Identität gehört in diesen Rahmen. Besonders sichtbar wird die Ausgrenzung, wenn jemand wegen solcher Merkmale von seiner Umgebung belästigt oder gemobbt wird.³⁰

Das Phänomen der Ausgrenzung wird auch im EG-Recht, und zwar in der Sozial- und Arbeitsmarktpolitik aufgegriffen. Art. 136 I EG spricht sich ausdrücklich für die „Bekämpfung von Ausgrenzungen“ aus, Art. 137 EG enthält u. a. das Ziel der beruflichen Eingliederung „der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen“. Der Sache nach geht es dabei um Menschen, die als Langzeitarbeitslose, Nichtqualifizierte und Behinderte faktisch vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind.³¹ Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, wozu auch die Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch den nationalen Gesetzgeber gehört,³² dürfte dieses Gebot daher unmittelbare Verbindlichkeit besitzen.

III. Die Festlegung der Höhe des ALG II durch § 20 Abs. 2 SGB II

1. Die amtliche Begründung

Der Gesetzgeber hat nicht im Einzelnen dargelegt, wie er den Betrag von 345 bzw. 331 Euro (in den neuen Bundesländern mit Ausnahme Ost-Berlin) errechnet hat. Die Begründung des Regierungsentwurfs erläutert die §§ 19 ff. SGB II mit den Worten:³³

„Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts decken den Bedarf der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der mit ihnen

in Bedarfsgemeinschaft lebenden Angehörigen. Die Leistungen werden bis auf die Kosten für Unterkunft und Heizung in aller Regel in pauschalierter Form erbracht.“

Es folgt dann eine Tabelle, die die Regelleistungen für Alleinstehende und für Familienangehörige – getrennt nach West und Ost – aufführt. In der Begründung zu § 20 wird betont, die Regelleistung bilde im Rahmen des Arbeitslosengeldes II das „soziokulturelle“ Existenzminimum der Sozialhilfe ab. Speziell zu Abs. 2 wird ausgeführt:³⁴

„Die monatliche Regelleistung für Personen, die alleinstehend oder alleinerziehend sind, ergibt sich aus der vom Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung in Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt erhobenen Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) 1998, die auf den Stand 1. Juli 2003 hochgerechnet wurde. Hierbei gilt aufgrund der Regelung des § 29 Abs. 2 Satz 3 des Zwölften Buches (jetzt: § 28 Abs. 2 Satz 3 SGB XII), dass die Eckregelleistung West (einschließlich Berlin Ost) und die Eckregelleistung Ost um nicht mehr als 14 Euro differieren sollen.“

Für sich allein genommen wäre dies keine nachvollziehbare Begründung, da nirgends gesagt ist, nach welchen Kriterien die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erhoben und ausgewertet wurde. Insoweit läge eine schlichte gesetzgeberische Devisen vor, die die Grenze zur Beliebigkeit überschreiten würde. Angesichts der vitalen Grundrechtsrelevanz, die die Bestimmung der Regelleistung hat, wäre dies verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar. So hat etwa das *BVerfG* im Schutzbereich des Grundrechts auf Leben und Gesundheit den Gesetzgeber als verpflichtet angesehen, vorhandene Risiken umfassend aufzuklären und ggf. eine Neuregelung zu treffen, sollte sich seine Einschätzung nachträglich als unzutreffend herausstellen.³⁵ Dasselbe wurde in Bezug auf die Unternehmensmitbestimmung angenommen, die das Grundrecht der Anteilseigner aus Art. 12 I und Art. 14 I GG berührt: Sollte sie entgegen der Annahme des Gesetzgebers zu einer Funktionsunfähigkeit von Unternehmen führen, wäre eine „Nachbesserung“ des Mitbestimmungsgesetzes 1976 verfassungsrechtlich geboten.³⁶ Die in diesen Fällen dem Gesetzgeber angesonnene Sorgfalt ist in gleicher Weise dann zu beachten, wenn es um die Wahrung der Menschenwürde eines nicht unerheblichen Teils der Bevölkerung geht.

Die gesetzgeberische Entscheidung ist jedoch Ausdruck einer sozialhilferechtlichen Tradition, die seit 1. 7. 1990 dem sog. Statistikmodell folgt. Dieses Verfahren ist bislang keinen grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt; würde sich dies ändern, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Beurteilung. Die Bezugnahme auf die Einkommens- und Verbrauchs-Stichprobe (EVS) soll hier vorläufig beibehalten werden, obwohl sich das methodische

25) *BVerwGE* 92, 6. 7.; 92, 112, 114.; 107, 234, 236.

26) Vorsichtig (nur „Annäherungen“) ist *Brünner*, LPK-SGB II, § 20 Rn. 21.

27) *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Einführung in das Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2005, S. 148.

28) *BVerfGE* 78, 77, 86.

29) *OLG Rostock RDV* 2001, 285 = CR 2001, 618. Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen durch *BVerfGE* 104, 65 ff.

30) S. den Gesetzentwurf zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, BT-Drs. 15/4538. Zur Ausgrenzung durch Diskriminierung s. auch die kurze Bemerkung bei *Kreber*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und zum EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 136 Rn. 30.

31) S. etwa *Eichenhofer*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV. Kommentar, 2003, Art. 136 Rn. 21 und Art. 137 Rn. 20; *Kreber*, in: *Callies/Ruffert*, aaO, Art. 137 Rn. 21.

32) Einzelheiten bei *Däubler*, FS Hanau, 1999, S. 492 m. w. N.

33) BT-Drs. 15/1516, S. 55.

34) BT-Drs. 15/1516, S. 56.

35) *BVerfGE* 49, 89, 132; 53, 30, 55 ff.

36) *BVerfGE* 50, 290, 335.

Vorgehen der Statistiker nicht im Einzelnen nachvollziehen und kontrollieren lässt. Allerdings bleibt das Bedenken, dass die amtliche Begründung keine näheren Hinweise auf den Berechnungsmodus enthält. Die Frage nach der Transparenz von Gesetzen als solchen und erst recht nach der Transparenz des Gesetzgebungsverfahrens ist jedoch noch kaum andiskutiert, so dass sich derzeit keine sicheren Konsequenzen aus einem solchen Verfahrensmangel herleiten lassen.³⁷

2. Beurteilungskriterien bei der Bestimmung des Existenzminimums

Den in der Rechtsgemeinschaft anerkannten Mindestbedarf zu beurteilen, ist Aufgabe des Gesetzgebers,³⁸ ihm steht eine Einschätzungsprärogative zu.³⁹ Nicht anders als der Verordnungsgeber muss er sich dabei allerdings auf ausreichende Erfahrungswerte stützen; auch müssen seine Wertungen vertretbar sein.⁴⁰

a) Ankoppelung an untere Einkommensgruppen

Nach dem bis 31. 12. 2004 geltenden § 22 II BSHG waren die Regelsätze so zu bemessen, dass der laufende Bedarf dadurch gedeckt werden konnte. Dabei waren „Stand und Entwicklung von Nettoeinkommen, Verbraucherverhalten und Lebenshaltungskosten“ zu berücksichtigen. Grundlage waren die tatsächlichen, statistisch ermittelten Verbrauchsausgaben von Haushalten in unteren Einkommensgruppen. Ausdrücklich im Gesetz genannte Datengrundlage war die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe. Diese Regelung ist wörtlich durch § 28 I SGB XII übernommen worden. Auf dieser Grundlage ist die Regelsatzverordnung vom 8. 6. 2004⁴¹ erlassen worden, die im Einzelnen vorgibt, in welcher Höhe der Regelsatz im Sinne des § 28 SGB XII zu bestimmen ist. Wie aus der amtlichen Begründung des Verordnungsentwurfs deutlich wird, summieren sich die einzelnen Faktoren zu einem Betrag von 345 Euro auf, wobei den Ländern in engem Rahmen Abweichungsmöglichkeiten eröffnet sind.⁴²

Angesichts des identischen Ergebnisses ist davon auszugehen, dass dieselben Erwägungen für die Bestimmung der Regelleistung nach § 20 II SGB II maßgebend waren.

Die Regelsatz-VO bestimmt in § 2 III, dass die „Verbrauchsausgaben“ der untersten 20 vom Hundert der nach ihrem Nettoeinkommen geschichteten Haushalte der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe zugrunde zu legen sind; dabei sind die Empfänger von Sozialhilfe aus dieser Referenzgruppe herauszunehmen, damit diese nicht mit sich selbst verglichen werden.

b) Die Abweichung nach unten

Die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe gliedert sich in verschiedene „Abteilungen“, die einzelne Arten von Waren und Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die dort dokumentierten Ausgaben werden jedoch nicht in vollem Umfang in Ansatz gebracht; vielmehr wird dem Sozialhilfeempfänger angesichts seiner spezifischen Situation nur ein bestimmter Prozentsatz zugebilligt, der von 96% (bei Nahrungsmitteln, Getränken und Tabakwaren) bis zu 30% (bei Beherbergungs- und Gaststättenleistungen) reicht.⁴³ Der Bereich „Bildung“ ist als insgesamt nicht regelsatzrelevant ausgeklammert.⁴⁴

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Sozialhilfeempfänger weniger konsumieren kann als die unteren 20% in der Einkommensschichtung. Die verfassungsrechtlich fundierte Auffassung, er müsse in die Lage versetzt werden, „ähnlich“ wie Bezieher niedriger Einkommen zu leben, lässt sich daher nur halten, wenn man „ähnlich“ als „nicht gravierend schlechter“ versteht. Inhaltlich kommt es letztlich darauf an, ob die ALG-II-Bezieher durch sparsames Wirtschaften

ihre Benachteiligung ausgleichen und einen Zustand erreichen können, der sie nicht in die Position von „Ausgegrenzten“ bringt, deren Anderssein für Dritte unschwer erkennbar ist.

c) Legitime Grundsatzentscheidung

Versteht man mit der oben II referierten Rechtsprechung das verfassungsrechtlich gewährleistete Existenzminimum in diesem Sinn, ist das Vorgehen des Gesetz- wie des Verordnungsgebers im Grundsatz nicht zu beanstanden. Auch die Rechtsprechung des BVerwG hat insoweit nie Bedenken anklängen lassen und die Ähnlichkeit nicht als in Frage gestellt angesehen, wenn das Einkommen der Referenzgruppe zwischen 4% und 25% über der Sozialhilfeschwelle lag.⁴⁵ Allerdings ist in der Literatur die kritische Frage gestellt worden, ob denn die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe überhaupt den realen Bedarf wiedergibt: Viele Niedrigverdiener sind verschuldet (oder zahlen eine vergleichsweise hohe Miete) und schränken sich deshalb in extremem Maße ein, manche mögen sich bei regelsatzrelevanten Ausgaben zurückhalten, weil sie für nicht regelsatzrelevante Ausgaben Geld benötigen.⁴⁶

Auch wenn man davon absieht, stellt sich die weitere Frage, ob die konkrete Handhabung das gewollte Ziel effektiv erreichen kann oder ob es doch zu einer faktischen Ausgrenzung kommt. Dies verlangt eine ins Einzelne gehende Analyse, die hier zunächst für Alleinstehende, dann für die in der Bedarfsgemeinschaft lebenden Kinder vorgenommen werden soll. Abschließend wird es um weitere Gesichtspunkte gehen, die die Verfassungskonformität der Regelleistung betreffen.

3. Anwendung auf alleinstehende ALG-II-Empfänger

Die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe verfügt über insgesamt 11 Abteilungen; eine Abteilung 02 existiert nicht.

In der Abteilung 01 (Nahrungsmittel, Getränke, Tabakwaren) wird für die ersten beiden Posten dasselbe Konsumniveau wie für Bezieher niedriger Einkommen gewährt, während Tabakwaren nur zu 50% berücksichtigt werden. Letzteres erscheint vertretbar.

In der Abteilung 03 (Bekleidung und Schuhe) sind nach der amtlichen Begründung zur Regelsatz-VO einzelne Positionen enthalten, die nicht dem notwendigen Bedarf zuzurechnen sind. Dazu werden beispielsweise Maßkleidung und Pelze gerechnet. Dies ist mit dem Argument kritisiert worden, dass Personen, die zu den unteren 20% in der Einkommenshierarchie gehören, ihre Anzüge schwerlich beim Schneider herstellen lassen und auch keine Pelzmäntel erwerben.⁴⁷ Dies klingt plausibel, kann aber die Aussagekraft der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe nicht definitiv erschüttern. Zwar handelt es sich um Formen von sehr gehobenem Konsum, den sich die unteren 20% der Einkommenshierarchie nicht leisten können, doch ist nicht auszuschließen, dass für diese Ausgaben Erträge von Schwarzarbeit maßgebend waren, die im Übrigen statistisch

37) Vgl. Däubler NJW 2004, 993 ff.

38) So ausdrücklich BVerwGE 87, 153, 170.

39) BVerwGE 102, 366, 368.

40) BVerwGE 94, 326; 102, 366, 368; zustimmend Kraher ZfR 2004, 178.

41) BGBl I S. 1067.

42) Die Begründung ist abgedruckt in: info also 2004, 185 ff.

43) Der Anteil von 8% bei „Wohnung, Wasser, Strom, Gas und andere Brennstoffe“ ist insoweit nicht repräsentativ, da die Kosten für Wohnung und Heizung separat vom Träger der Sozialhilfe übernommen werden.

44) So die amtliche Begründung der Verordnung, info also 2004, 186.

45) So BVerwGE 102, 366, 369. Zu Bedenken s. unten 5.

46) Rothkegel, Teil III Kap. 9 Rn. 38–40.

47) Rothkegel ZFSH/SGB 2004, 405.

nicht in Erscheinung treten. Gegen die Herausnahme eines solchen Faktors ist jedenfalls im Grundsatz nichts einzuwenden. Auch eine begrenzte Verweisung auf Gebrauchtkleidung bewegt sich noch im Rahmen des Vertretbaren. Die Reduzierung der Verbrauchsausgaben auf 89% ist daher hinnehmbar.

Bei der Abteilung 04 scheiden wegen der gesonderten Regelung in § 22 SGB II von vorneherein die Kosten für Wohnung und Heizung aus, die den ganz überwiegenden Anteil der Ausgaben umfassen. Weshalb die Position „Strom“ aber nur „weitgehend“ berücksichtigt wird, erfährt keine Begründung. Aus den anderen Positionen folgt, dass nicht etwa ein Verzicht auf elektrische Geräte (Herd, Waschmaschine, Fernseher), sondern typischerweise nur deren billigere Anschaffung verlangt wird.

Bei Abteilung 05 (Einrichtungsgegenstände – Möbel, Apparate, Geräte und Ausrüstungen für den Haushalt sowie deren Instandhaltung) sind nach der amtlichen Begründung der Regelsatz-VO auch Ausgaben enthalten, die nicht zum notwendigen Bedarf gehören. Als Beispiel werden Campingmöbel und Kunstgegenstände genannt. Die Erstausstattungen, die in der Statistik mitenthalten sind, werden nach § 23 III 1 SGB II gesondert erbracht. Die Beschränkung auf insgesamt 87% lässt sich unter diesen Umständen schwerlich beanstanden.

Erhebliche Probleme wirft demgegenüber die Abteilung 06 (Gesundheitspflege) auf. Zwar wird auf der einen Seite ausgeführt, die Positionen „pharmazeutische Erzeugnisse, andere medizinische Erzeugnisse und therapeutische Geräte und Ausrüstungen“ würden nunmehr anders als in der Vergangenheit voll berücksichtigt, da aufgrund der Gesundheitsreform auch Sozialhilfeempfänger Praxisgebühren und Zuzahlungen bei Arzneimitteln erbringen müssen. Weshalb früher nur eine teilweise Berücksichtigung erfolgte, ist jedoch nicht ersichtlich. Auch wird an keiner Stelle deutlich gemacht, dass die neu entstandenen Verpflichtungen quantitativ in etwa der Aufstockung im Bereich pharmazeutischer Erzeugnisse usw. entsprechen.⁴⁸ Die Abteilung enthalte – so heißt es weiter – auch eine Reihe von Positionen, die nicht vom Regelsatz zu bestreiten seien wie unmittelbare ärztliche und zahnärztliche Dienstleistungen und stationäre Gesundheitsdienstleistungen. Dies soll eine Reduzierung auf 64% rechtfertigen. Da man nicht davon ausgehen kann, dass es sich bei den selbst bezahlten ärztlichen und zahnärztlichen Dienstleistungen und bei stationärer Behandlung um „Luxusausgaben“ handelt, läuft der Abschlag von 36% auf eine schlechtere Gesundheitsversorgung hinaus. Einem Sozialhilfeempfänger wird es beispielsweise anders als einem Mitglied der (auch in beschriebenen Verhältnissen lebenden) Vergleichsgruppe von vorneherein unmöglich gemacht, bei zweifelhafter Diagnose einen Chirurgen zu kontaktieren, der faktisch nur Privatpatienten behandelt. Dies überschreitet schon mit Rücksicht auf das Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG die Grenze des Vertretbaren.

Bei der Abteilung 07 (Verkehr) werden die Ausgaben für die Nutzung von Verkehrsdienstleistungen im Schienen- und Straßenverkehr in vollem Umfang berücksichtigt. Dasselbe gilt für die Benutzung von Fahrrädern. Ausgaben für Kraftfahrzeuge, Motorräder und deren Reparatur werden demgegenüber nicht anerkannt, so dass sich ein Anteil von nur 37% ergibt. In der Tat wird der Sozialhilfeträger nur in Fällen schwerer Behinderung die Anschaffung eines Kraftfahrzeugs finanzieren,⁴⁹ doch erscheint es nicht stimmig, wenn auf der einen Seite nach § 12 III Nr. 2 SGB II ein angemessenes Kraftfahrzeug zum Schonvermögen gehört, die durch seine Benutzung anfallenden Kosten jedoch nicht

in den Regelsatz eingerechnet werden.⁵⁰ Je nach den konkreten Umständen kann die Mobilität und damit die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft erheblich beeinträchtigt sein, wenn der Einzelne ausschließlich auf öffentliche Verkehrsmittel verwiesen ist. Gerade bei Personen, von denen aktive Bemühungen um einen neuen Arbeitsplatz verlangt werden, sollten die Kosten für die Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeugs in angemessenem Umfang berücksichtigt werden.

Die Abteilung 08 (Nachrichtenübermittlung) umfasst Ausgaben für die Position „Telefon- und Telefaxgeräte einschließlich Reparatur“. Die Berücksichtigung der dafür veranschlagten Kosten zur Hälfte soll dem Sozialhilfeempfänger die Möglichkeit schaffen, ein einfaches Telefon wie auch ein Modem für den Internetzugang zu erwerben; Kosten für Faxgeräte, Anrufbeantworter und teure Funktelefone seien jedoch nicht erfasst. Dies lässt sich nicht beanstanden. Bezüglich des Telefonierens wird ein durchschnittlicher Verbrauch an Gesprächseinheiten zugrunde gelegt. Die Internetzugangsdaten werden jedoch nur teilweise übernommen. Der Bedarf, der anzuerkennen sei, könne auch in Internetcafés, in der Schule und bezüglich der Stellensuche bei der Bundesagentur für Arbeit gedeckt werden. Dies überzeugt nicht, da das Internetcafé als einzige allen zur Verfügung stehende Zugangsmöglichkeit bei vergleichbar umfangreicher Nutzung höhere Kosten als ein Privatanschluss verursacht.

Bei der Abteilung 09 (Freizeit, Unterhaltung und Kultur) werden zahlreiche Abstriche gemacht. Dies gilt nicht für Zeitungen, Zeitschriften und Bücher, wohl aber für den Freizeitbereich, wo die Kosten für ein Wohnmobil bzw. einen Wohnwagen, für Sportboote und Segelflurzeuge unberücksichtigt bleiben. Hier ist ähnlich wie bei Maßanzügen und Pelzmänteln die Frage zu stellen, inwieweit die Referenzgruppe mit ihren niedrigen Einkommen dafür überhaupt nennenswerte Beträge ausgeben konnte. Gleichwohl ist das Herausrechnen als solches nicht zu beanstanden. Bei der Beschaffung von Rundfunk- und Fernsehgeräten wird ein Rückgriff auf gebrauchte Ware für zumutbar erklärt. Ausgeklammert werden allerdings z. B. Foto- und Filmausrüstungen, Bild- und Tonträger sowie Haustiere. Dadurch ergibt sich ein Anteil von nur noch 42%.

Bedenken bestehen einmal dagegen, dass Mitgliedschaften in Vereinen nicht erwähnt sind, die finanziell durchaus zu Buche schlagen können. Faktisch führt dies dazu, dass der Sozialhilfeempfänger weder eine kleine Ferienreise unternehmen und dort Fotos machen noch anspruchsvolleren Freizeitbeschäftigungen nachgehen kann. Zwar wird der Besuch von Sport- und Freizeitveranstaltungen mit 70% der Ausgaben der Referenzgruppe berücksichtigt, doch dürfte dies allenfalls den Besuch eines Spiels der Fußball-Bundesliga in drei Monaten ermöglichen. Gerade die Restriktionen im Freizeitbereich sind für Dritte unmittelbar wahrnehmbar; die Gefahr einer Ausgrenzung ist hier sehr viel größer als beim Erwerb gebrauchter Geräte oder dem sparsameren Griff zur Zigarette. Von daher ist dem Ausgrenzungsverbot hier nicht ausreichend Rechnung getragen; der Gesetz- und Verordnungsgeber scheint nicht einmal das Problem erkannt zu haben. Die Grenze des Vertretbaren ist auch überschritten, wenn die Kosten eines Haustiers generell ausgeklammert werden. Dies wird schon daran deutlich, dass § 811 c ZPO mit Rücksicht auf die persönliche Lebensgestaltung des Schuldners und damit wegen der beson-

48) Zur Quantifizierung s. *Spindler SozSich* 2004, 55 ff.

49) S. den Fall *BVenwGE* 36, 256, 258.

50) So auch *Brünner*, LPK-SGB II § 20 Rn. 28.

deren „Persönlichkeitsnähe“ die Pfändbarkeit grundsätzlich ausschließt.⁵¹ Der Sozialhilfeempfänger muss sich die notwendigen Kosten für diesen „Luxus“ gewissermaßen vom Munde absparen – ein Wertungswiderspruch, für den keine Begründung gegeben wird.

Die Abteilung 11 (Beherbergungs- und Gaststättenleistungen) wird nur mit 30% berücksichtigt; der Sozialhilfeempfänger muss also ggf. einen gemeinsamen Gaststättenbesuch ablehnen, den sich ein „Niedrigverdiener“ durchaus leisten kann. Auch dies ist ein Beitrag zur Nicht-Teilnahme am gemeinschaftlichen Leben. Dass man Übernachtungskosten in Hotels nicht berücksichtigt, folgt aus dem Fehlen von Ferienreisen.

Die Abteilung 12 betrifft „andere Waren und Dienstleistungen“ und stellt in gewissem Umfang eine Auffanggröße dar. Kontoführungsgebühren werden berücksichtigt, nicht aber Steuerberatungskosten und Gebühren für Anlageberatung. Geldstrafen und gebührenpflichtige Verwarnungen bleiben ausgeklammert, obwohl sie bei einem Sozialhilfeempfänger in ähnlicher Weise anfallen können. Schmuck und Edelmetalle für nicht regelsatzrelevant zu erklären, wird man sicherlich als vertretbar ansehen.

Fasst man die vom Gesetz- und Verordnungsgeber getroffenen Entscheidungen zusammen, so stellt man fest, dass in einer Reihe von Abteilungen (04, 06, 07, 08, 09) Bedarfe ohne überzeugende Begründung nicht berücksichtigt wurden. Außerdem wird gerade dort gespart, wo es um die Kommunikation mit anderen geht. Wenn die amtliche Begründung unter Bezugnahme auf BVerwGE 92, 6 ff. ausführt, der Einzelne sei durch den Regelsatz so gestellt wie etwa ein Viertel der Gesamtbevölkerung in Deutschland, „so dass er, orientiert an den herrschenden Lebensgewohnheiten und Erfahrungen, ein Leben führen kann, ohne als Sozialhilfeempfänger aufzufallen“, so wird dieser Anspruch in Wahrheit nicht eingelöst: Wer nicht durch Nachbarschaftshilfe, Schwarzarbeit oder Zuwendungen von Verwandten sein Budget aufbessert, wird sehr wohl auffällig, weil er nie in Ferien fährt, weder einen Fotoapparat noch ein Auto besitzt und zu einem Besuch auf dem Sportplatz oder in der Gaststätte fast immer „nein“ sagen muss. Das Ausgrenzungsverbot ist ersichtlich nicht beachtet.

Ein zweites kommt hinzu. Die neue Regelleistung nach § 20 II SGB II erfasst anders als die Vorgängerbestimmung im BSHG auch Fälle eines einmaligen Bedarfs. Dies führte zu einer Erhöhung des früheren Regelsatzes um 16,55%. Eine exakte Berechnung, welchen Betrag die einmaligen Leistungen bei Umlegung auf den Monat ausmachen, erfolgte nicht, und zwar weder bei der Verabschiedung des SGB II noch im Rahmen der Begründung der Regelsatzverordnung nach SGB XII.⁵²

4. Regelleistung für Kinder

§ 28 I 3 Nr. 1 SGB II sieht für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres 60% der Regelleistung und im 15. Lebensjahr 80% der Regelleistung vor. Dies deckt sich der Höhe nach mit den Festlegungen in § 3 II der Regelsatz-VO. Die dort gegebene Begründung ist daher auch für § 28 I 3 Nr. 1 SGB II von Bedeutung.

Die amtliche Begründung zu § 3 der Regelsatzverordnung äußert sich lediglich zu der Abstufung innerhalb der Gruppe der Kinder. So wird ausgeführt:⁵³

„Abs. 2 vereinfacht die Regelsatzstruktur für Haushaltsangehörige ..., indem die bisherigen vier Altersstufen auf zwei Altersstufen reduziert werden. Die gewählten zwei Altersklassen bis unter 14 Jahre bzw. ab 14 Jahre entsprechen international anerkannten wissenschaftlichen Verfahren, z. B. der modifizierten OECD-Skala. ...

Die neuen Anteile von 60 vom 100 bzw. 80 vom 100 des Eckregelsatzes orientieren sich an einer wissenschaftlichen Untersuchung des Statistischen Bundesamtes (Ausgaben für Kinder in Deutschland – Berechnungen auf der Grundlage der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, 12/2003 S. 1080 ff.), wonach Vierzehnjährige und ältere Kinder etwa um ein Drittel höhere Kosten als jüngere Kinder verursachen ... Dass unterschiedliche Lebensalter und Lebenssituationen ebenso wie das Geschlecht einzelne Bedarfe besonders prägen, lässt sich bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise nicht durch allgemein geltende und praktikable Regelungen abbilden. Da die statistisch belegte Gesamtbetrachtung über die vorgenommenen Stufungen hinaus keine signifikanten Differenzierungen aufzeigen, ist auch davon auszugehen, dass sich insoweit in der Regel unterschiedliche Bedarfe im Wesentlichen wieder ausgleichen.“

Über die inhaltliche Seite wird nichts ausgeführt; der „Kinderbedarf“ wird „freihändig“ als Prozentsatz des „Erwachsenenbedarfs“ festgesetzt. Dazu kommt, dass der Prozentsatz als solcher keine Untermauerung durch Fakten erfährt.⁵⁴ Damit werden praktisch alle Defizite, die oben unter 3 beschrieben wurden, in das Sozialgeld für minderjährige Kinder mitübernommen.

Nicht berücksichtigt ist weiter, dass die Abteilung 10 (Bildung) der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe für Kinder und Heranwachsende eine erhebliche Bedeutung haben kann.⁵⁵ Die öffentlichen Schulen decken den Bildungsbedarf weitgehend, jedoch nicht vollständig ab. So kann es sich etwa anbieten, für ein musikalisch begabtes Kind zusätzlichen Musikunterricht in Anspruch zu nehmen oder Talente in bestimmten Sportarten gezielt zu fördern. Dies nur auf Kosten der für andere Zwecke vorgesehenen Verbrauchsausgaben tun zu können, ist unzumutbar. Der Verzicht auf derartige Aktivitäten stellt nicht nur eine erhebliche Einschränkung der Persönlichkeitsentfaltung, sondern auch eine sichtbare Benachteiligung dar, die etwa dann von der Umgebung wahrgenommen wird, wenn ein Lehrer eine zusätzliche Förderung empfiehlt, die dann aber aus Kostengründen abgelehnt werden muss.

Die Tatsache, dass die Altersabstufungen als solche nicht zu beanstanden sind, ändert nichts daran, dass die gegen die Festsetzung der Regelleistung für alleinstehende Erwachsene bestehenden inhaltlichen Bedenken in Bezug auf Kinder noch stärker zu Buche schlagen.

5. Weitere Defizite

Die „Unterausstattung“ insbesondere des kommunikativen Bereichs und der Begabungsförderung wäre dann weniger gravierend, wenn aus den sonstigen Ausgabenpositionen unschwer Mittel abgezogen werden könnten. Dem ist aber nicht so. Die „sparsame Lebensführung“ ist schon bei den anderen Positionen mitgedacht, da ja das Niveau der unteren 20% in der Einkommenshierarchie nicht erreicht wird. Eine Verdoppelung der „Sparsamkeit“ mag einem Hungerkünstler möglich sein, für einen Normalmenschen ist sie nicht machbar.

51) Dazu kommen weitere Gründe. S. dazu *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 811 c Rn. 2: „Der Staat kann nicht daran interessiert sein, dass ein Bürger wegen der Zwangsentwendung des geliebten Haustiers so durcheinander gerät, dass alle möglichen aufwendigen Sozialleistungen erforderlich werden, nur damit ein einziger Gläubiger besser zu seinem Geld kommen kann.“ Ein schönes Beispiel für die praktische Nützlichkeit der ökonomischen Analyse des Rechts. Zur Absicherung des Existenzminimums im Zivilrecht s. *Däubler, FS Derleder*, 2005, S. 39 ff.

52) Eingehende Angaben dazu aber bei *Spindler info also* 2004, 149 f.

53) *info also* 2004, 188.

54) Kritisch dazu mit Recht *Brünner*, LPK-SGB II, § 20 Rn. 20.

55) Zum Verhältnis zu BaFÖG und SGB III und zu den Defiziten s. *Sartorius* (oben Fn 15) S. 132.

Sowohl im Rahmen des § 20 II SGB II wie auch bei der Festsetzung des (gleich hohen) Regelsatzes hat man überdies ein zusätzliches „Sparsamkeitselement“ eingebaut: Die Ergebnisse der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe wurden in der Vergangenheit an die allgemeine Preisentwicklung angepasst; diese wies aber eine sehr viel geringere Steigerung als die Preise der regelsatzrelevanten Güter auf.⁵⁶ Die Spielräume werden auf diese Weise immer geringer, der Ausgrenzungseffekt kann durch eigenes Tun noch weniger als bisher verhindert werden. Die Tatsache, dass es sich dabei um einen schleichenden Prozess handelt, ändert daran in der Sache nicht das Geringste.

Schließlich kennt das SGB II anders als § 28 I 2 SGB XII keine generelle Berücksichtigung atypischer Bedarfslagen,⁵⁷ da eine abweichende Festlegung der Regelleistung nicht vorgesehen ist. Möglich ist für ALG II – Bezueher allein die Gewährung eines Darlehens nach § 23 I SGB II, was zusätzliche Probleme im Hinblick auf den Gleichheitssatz aufwirft.⁵⁸ Sachliche Gründe, die vom SGB II erfassten arbeitsfähigen Personen schlechter als die unter das SGB XII fallenden zu behandeln, können sich nur aus dem Bereich „Arbeit“ ergeben. Soweit es – wie hier – allein um die Abdeckung des Existenzminimums geht, sind sie in keiner Weise ersichtlich. Auch ist es als Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip qualifiziert worden,

dass ein Teil des existenznotwendigen Bedarfs nur in Form eines Darlehens gewährt wird.⁵⁹

IV. Zusammenfassung

Die Regelleistung des § 20 II SGB II trägt dem Ausgrenzungsverbot der Verfassung nicht ausreichend Rechnung. Es ist zu empfehlen, in einer gerichtlichen Auseinandersetzung um die Höhe der Regelleistung das *Bundesverfassungsgericht* nach Art. 100 I GG einzuschalten. Dieses hätte in vollem Umfang zu überprüfen, ob den Vorgaben aus Art. 1 I i. V. m. Art. 20 I GG Rechnung getragen ist.⁶⁰ Würde § 20 II SGB II für verfassungswidrig erklärt, könnte dem Bedarfsdeckungsgrundsatz wieder in vollem Umfang Rechnung getragen werden.

56) *Rothkegel*, Teil III Kap. 8 Rn. 46: 5,8% allgemeine Preissteigerung, 13,9% Steigerung bei regelsatzrelevanten Gütern.

57) Beispiele bei *Grube/Wähendorf*, SGB XII Kommentar, 2005, § 28 Rn. 13: Erhöhter Fahraufwand wegen Besuchs des Ehemannes im Gefängnis oder wegen Ausübung des Umgangsrechts mit einem Kind. Von den Sonderfällen des § 21 SGB II sei hier abgesehen.

58) Näher dazu *Däubler*, NJW 2005 (demnächst).

59) *Löns/Herold-Teus*, SGB II, Kommentar, 2005, § 23 Rn. 11.

60) Zum Prüfungsmaßstab s. im einzelnen *Rothkegel* Teil III Kap. 8 Rn. 65.

Das Einstiegsgeld nach § 29 SGB II – oder von den Aporien „moderner“ Gesetzgebung*

Von Dr. Wolfgang Spellbrink, Richter am Bundessozialgericht, Kassel

Mit dem am 1. 1. 2005 In Kraft getretenen Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) – in der politischen Öffentlichkeit auch „Hartz 4“ genannt –, hat der Gesetzgeber die durch die Vorschläge der Hartz-Kommission aus dem August 2002 angestoßene und in der Agenda 2010 fortgesetzte Gesetzgebungstätigkeit auf dem Gebiet des Arbeitsförderungsrechts vorerst abgeschlossen. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der in § 29 SGB II vorgesehenen neuen Sozialleistung eines „Einstiegsgelds“. Dieses Einstiegsgeld kann der persönliche Ansprechpartner iSd § 14 SGB II (case manager) weitgehend ohne an gesetzliche Vorgaben gebunden zu sein und zusätzlich zu den ihrerseits aber detailliert normierten Regelleistungen des SGB II an die erwerbsfähigen Hilfebedürftigen auswerfen, um deren dauerhafte Integration in den Erwerbsprozess zu fördern. § 29 SGB II stellt eine äußerst flexible und damit wohl eine „moderne“ Regelung in dem Sinne dar, wie sie der Hartz-Kommission vorschwebte, die ein zu enges normatives Korsett als einen der Hauptverursacher der Massenarbeitslosigkeit betrachtete. Der Beitrag zeigt auf, dass mit dem bloßen Wunsch allein, irgendwie flexibel und modern zu sein, noch kein praktikables Gesetz zu Stande kommt. Vielmehr erweist sich § 29 SGB II trotz – oder vielleicht gerade wegen – des vordergründigen Regelungsverzichts als schwer handhabbar und ungereimt, so dass es äußerst fraglich sein dürfte, ob der Norm und dem Einstiegsgeld insgesamt viel praktischer Erfolg beschieden sein wird.

I. Einleitung – § 29 SGB II als Paradebeispiel moderner Gesetzgebung

Seit einigen Jahren haben insbesondere im Bereich der Arbeitsförderung Gesetze Konjunktur, die sich mit dem

Beinamen „modern“ schmücken. Allerdings wird man in allen vier Gesetzen für „moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“¹ vergeblich nach einer inhaltlichen Bestimmung des Begriffs modern suchen. Was denn nun gerade das Spezifikum „moderner“ Dienstleistungen im Gegensatz zu veralteten oder altmodischen Dienstleistungen ausmacht, wird vom Gesetzgeber nicht reflektiert oder als selbstverständlich vorausgesetzt. Allenfalls in dem Bericht der sog. Hartz-Kommission vom August 2002 finden sich unter der Überschrift „Gesetzliche Vorgaben reduzieren und Regelleistung zurücknehmen“² rudimentäre Ansätze einer Begriffsbestimmung von „Modernität“ in Bezug auf gesetzliche Regelungen. Die Kommission kritisiert zunächst, dass die heutigen Regelungen der Arbeitsförderung durch eine Vielzahl einzelner, auf Zielgruppen zugeschnittener Instrumente mit sehr differenzierten Detailregelungen und Durchführungsanweisungen geprägt seien. In Zukunft seien hier eine höhere Flexibilität und mehr Gestaltungsspielräume vor Ort erforderlich. Mehr Transparenz für alle Be-

* Aporie (griechisch: Weglosigkeit): logische Schwierigkeit; unlösbarer Widerspruch.

1) Erstes und Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002 (BGBl I, 4607 und 4621); Drittes Gesetz vom 23. 12. 2003 (BGBl I, 2848); Viertes Gesetz vom 24. 12. 2003 (BGBl I, 2954); instruktiv und zusammenfassend *Bieback*, Umbau der Arbeitsförderung nach den Vorschlägen der Hartz-Kommission – Analyse und Würdigung der Reformen; SDSRV 52 (2004), 59. Nicht thematisiert wird hier der weitere Aspekt der „Moderne“, der in der Betonung des Vertragscharakters der Verwaltungstätigkeit besteht. Der Ansprechpartner setzt keine hoheitlichen Verwaltungsakte mehr, vielmehr soll er im Konsens mit dem Klienten (Eingliederungs-)Vereinbarungen schließen; vgl. hierzu affirmativ *Eichenhofer*, Verträge in der Arbeitsverwaltung; SGB 2004, 203 und kritisch *Ebsen*, Der Arbeitslose als Sozialbürger und Klient, in von *Wülffen/Krasney* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 725.

2) Bericht der Hartz-Kommission, 2002, 51 ff.