

**Die Regelleistung des § 20 Abs. 2 SGB II  
- ein Verfassungsverstoß?**

Rechtsgutachten

erstattet

im Auftrag der Kanzlei Schneider:Schwegler  
(Düsseldorf-Berlin-Frankfurt/Main)

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## **A. Fragestellung**

### **I. Die neue gesetzliche Regelung**

Mit Wirkung vom 01.01.2005 ist das SGB II in Kraft getreten, das die „Grundsicherung für Arbeitsuchende“ regelt. Es betrifft hilfebedürftige Personen zwischen dem 15. und dem 65. Lebensjahr, die erwerbsfähig sind (vgl. § 7 Abs. 1 SGB II), während für nicht erwerbsfähige Personen weiterhin das nunmehr als SGB XII geltende Sozialhilferecht eingreift.

Unter das SGB II fallen bedürftige Personen, denen bisher ein Anspruch auf Arbeitslosenhilfe zustand, sowie solche, die als Erwerbsfähige Sozialhilfe bezogen. Bei der zweiten Gruppe standen Alleinerziehende, Zuwandererfamilien sowie Familien mit mehr als drei Kindern im Vordergrund.

Rothkegel, in: Ders. (Hrsg.), Sozialhilferecht. Existenzsicherung. Grundsicherung. Handbuch, Baden-Baden 2005, Teil I Kap. 1 Rn. 29

Das SGB II betont im Gegensatz zum bisherigen Recht den Grundsatz des „Forderns“ und stellt die Obliegenheit zu arbeiten in den Vordergrund.

Einzelheiten bei Spindler SozSich 2003, 340

Soweit keine Arbeitsmöglichkeit ersichtlich ist, ergeben sich jedoch keine grundlegenden Unterschiede.

Was die existenzsichernden Leistungen betrifft, so hat das SGB II Sozialhilfestrukturen „importiert“, dabei allerdings auch einige Abweichungen vorgenommen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

## **1. Höhe des Arbeitslosengeldes II**

Wer das 15., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat, seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, erwerbsfähig ist und seinen Lebensunterhalt nicht aus seinem Einkommen oder seinem Vermögen bestreiten kann, hat Anspruch auf „Grundsicherung“ in Form des Arbeitslosengeldes II (im Folgenden ALG II). Dieses beträgt nach § 20 Abs. 2 SGB II für Alleinstehende in den alten Bundesländern einschließlich Berlin (Ost) 345 Euro, in den neuen Bundesländern 331 Euro.

Leben mehrere Personen im Haushalt, besteht nach näherer Maßgabe des § 7 Abs. 3 SGB II eine sog. Bedarfsgemeinschaft. Zu dieser gehören der Ehegatte bzw. der Lebenspartner des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen sowie eine Person, mit der dieser in eheähnlicher Gemeinschaft lebt. Einbezogen sind weiter die minderjährigen unverheirateten Kinder einer dieser Personen, soweit sie gleichfalls bedürftig sind. Denkbar ist im Einzelfall auch, dass die „Ankoppelung“ an den Arbeitsmarkt über ein erwerbsfähiges Kind mit mehr als 15 Jahren erfolgt; in diesem Fall gehören die selbst nicht erwerbsfähigen Eltern bzw. ein Elternteil und dessen Partner gleichfalls zur Bedarfsgemeinschaft.

### Einzelheiten in § 7 Abs. 3 SGB II

Haben in einer Bedarfsgemeinschaft zwei Angehörige das 18. Lebensjahr vollendet, so erhalten beide je 90 % der Regelleistung nach § 20 Abs. 2 (§ 20 Abs. 3 Satz 1 SGB II). Weitere erwerbsfähige Angehörige erhalten 80 % der Regelleistung (§ 20 Abs. 3 Satz 2 SGB II).

Nicht erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft bekommen ein sog. Sozialgeld nach näherer Maßgabe des § 28 SGB

II. Bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres werden pro Kind 60 % des Regelsatzes (also der 345 Euro) bezahlt; im 15. Lebensjahr erhöht sich der Satz auf 80 % (§ 28 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB II).

Leistungen für Unterkunft und Heizung werden in angemessenem Umfang nach näherer Maßgabe des § 22 SGB II zusätzlich übernommen.

## **2. Einbeziehung des einmaligen Bedarfs**

Mit der Regelleistung nach § 20 Abs. 2 SGB II muss der gesamte Lebensunterhalt bestritten werden. Nach bisherigem Recht waren aus der „Regelleistung“ von 296 Euro lediglich die laufenden Kosten zu bestreiten. Ein einmaliger Bedarf, wie er sich z. B. aus der Anschaffung einer Waschmaschine oder von Kleidungsstücken ergibt, war grundsätzlich nicht erfasst. § 21 Abs. 1a BSHG sah insoweit separate Hilfen vor.

Einige Ausnahmen sind geblieben. § 21 Abs. 2 - 5 nennt insgesamt vier Fälle:

- werdende Mütter erhalten nach der 12. Schwangerschaftswoche einen Mehrbedarf in Höhe von 17 % der Regelleistung.
- Alleinerziehende erhalten eine Aufstockung um 36 %, wenn sie mit einem Kind unter sieben Jahren oder mit zwei oder drei Kindern unter 16 Jahren zusammenleben. Bei einer größeren Zahl von Kindern wird pro Kind ein Aufschlag von 12 % bezahlt, doch dürfen 60 % nicht überschritten werden.

- Behinderte erhalten unter den in § 21 Abs. 4 SGB II näher umschriebenen Voraussetzungen einen Aufschlag von 35 %.
- Wer aus medizinischen Gründen einer kostenaufwendigen Ernährung bedarf, erhält den Mehrbedarf in angemessener Höhe ersetzt.

Nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB II werden weiter Leistungen für

- Erstausstattungen für die Wohnung einschließlich Haushaltsgeräten,
- Erstausstattungen für Bekleidung einschließlich bei Schwangerschaft und Geburt sowie
- mehrtägige Klassenfahrten im Rahmen der schulrechtlichen Bestimmungen

gesondert erbracht.

Die Aufstockungsleistungen dürfen nach § 21 Abs. 6 SGB II den Betrag der Regelleistung nicht überschreiten. Ein Rückgriff auf das SGB XII, das in § 28 Abs. 1 Satz 2 eine abweichende Festlegung des Regelsatzes erlaubt, ist nach § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II nicht möglich. Eine Ausnahme gilt gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB II in Verbindung mit § 34 SGB XII nur für den Sonderfall der Übernahme von Mietschulden. Nicht berührt sind weiter die Leistungen nach dem 4. - 9. Kapitel des SGB XII, die bisher unter der Bezeichnung „Hilfe in besonderen Lebenslagen“ zusammengefasst wurden.

Einmalbedarf tritt ersichtlich nicht kontinuierlich auf, sondern kann schwanken. § 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II sieht deshalb beim zu berücksichtigenden Vermögen einen Freibetrag für

notwendige Anschaffungen in Höhe von 750 Euro für jeden in der Bedarfsgemeinschaft lebenden Hilfebedürftigen vor. Ob und wie ein solcher Betrag angespart werden kann, bleibt offen. Soweit ein „nach den Umständen unabweisbarer Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts“ weder durch diese Beträge noch auf andere Weise gedeckt werden kann, gewährt die Agentur für Arbeit nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II Sach- oder Geldleistungen als Darlehen. Dieses Darlehen wird nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB II durch monatliche Aufrechnung in Höhe von bis zu 10 % der Regelleistung getilgt, wobei hier alle an die Bedarfsgemeinschaft zu zahlenden Regelleistungen addiert werden.

### **3. Absenkung der Leistungen**

Das ALG II wird nach § 31 Abs.1 SGB II um 30 % der für den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen maßgebenden Regelleistung gemäß § 20 abgesenkt, wenn er sich trotz Belehrung weigert,

- eine ihm angebotene Eingliederungsvereinbarung abzuschließen,
- in der Eingliederungsvereinbarung festgelegte Pflichten zu erfüllen, insbesondere in ausreichendem Umfang Eigenbemühungen nachzuweisen,
- eine zumutbare Arbeit, Ausbildung oder Arbeitsgelegenheit aufzunehmen oder fortzuführen oder
- zumutbare Arbeit nach § 16 Abs. 3 Satz 2 auszuführen (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II).

Dasselbe gilt, wenn der erwerbsfähige Hilfebedürftige trotz Belehrung über die Rechtsfolgen eine zumutbare Maßnahme zur Eingliederung in Arbeit abgebrochen oder Anlass für einen Abbruch gegeben hat.

Nach § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II gilt dies nicht, wenn der Hilfebedürftige einen wichtigen Grund für sein Verhalten hat und diesen nachweist.

Eine Absenkung um 10 % erfolgt nach § 31 Abs. 2 SGB II, wenn der Hilfebedürftige trotz Belehrung einer Aufforderung des zuständigen Trägers, sich zu melden, nicht folgt oder bei einem ärztlichen oder psychologischen Untersuchungstermin nicht erscheint.

Bei wiederholten Pflichtverletzungen sieht § 31 Abs. 3 Satz 1 SGB II eine wiederholte Absenkung (um 30 % bzw. 10 %) vor. Dabei können auch die Leistungen nach den §§ 21 - 23 SGB II einbezogen werden.

Wird die Regelleistung um mehr als 30 % vermindert, „kann“ der zuständige Träger in angemessenem Umfang ergänzende Sozialleistungen oder geldwerte Leistungen erbringen. Er „soll“ davon Gebrauch machen, wenn der Hilfebedürftige mit minderjährigen Kindern in Bedarfsgemeinschaft lebt.

Nach § 31 Abs. 4 SGB II gelten diese Regelungen entsprechend, wenn der Antragsteller sein Einkommen oder Vermögen in der Absicht vermindert hat, die Voraussetzungen für die Gewährung oder Erhöhung des ALG II herbeizuführen (§ 31 Abs. 4 Nr. 1 SGB II). Dasselbe gilt, wenn der Leistungsempfänger trotz entsprechender Belehrung sein unwirtschaftliches Verhalten fortsetzt. Der um 30 % verminderte Satz wird auch dann gewährt, wenn beim Arbeitslosengeld I eine Sperrfrist verhängt

wurde und der Betroffene nicht über ausreichendes Einkommen oder Vermögen verfügt (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 SGB II).

Eine Sonderregelung gilt nach § 31 Abs. 5 SGB II für erwerbsfähige Personen zwischen 15 und 25 Jahren. Ihnen bleibt bei einem Verstoß gegen die in § 31 Abs. 1 und 3 genannten Obliegenheiten von vorneherein nur noch die Übernahme der angemessenen Kosten für Unterkunft und Heizung. Auf der anderen Seite ist diese Personengruppe nach § 3 Abs. 2 SGB II unverzüglich nach Antragstellung in eine Arbeit, eine Ausbildung oder eine Arbeitsgelegenheit zu vermitteln.

Absenkung und Wegfall des ALG II dauern drei Monate (§ 31 Abs. 6 Satz 2). Während dieser Zeit besteht auch kein Anspruch auf ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII.

Wer nicht erwerbsfähig ist und Sozialgeld nach § 28 SGB II bezieht, sieht sich nach § 32 SGB II denselben Kürzungsmöglichkeiten ausgesetzt. Allerdings sind nur Fälle denkbar, in denen Vermögen und Einkommen bewusst gemindert oder bestimmte Mitwirkungspflichten nicht erfüllt wurden, die § 31 Abs. 2 SGB II ausdrücklich nennt.

Absenkung und Wegfall betreffen innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft nur diejenigen, in dessen Person die Voraussetzungen von § 31 Abs. 1 - 4 erfüllt sind.

## II. Verfassungsrechtliche Probleme

Die hier in groben Zügen skizzierte gesetzliche Regelung kann in verschiedener Hinsicht verfassungsrechtliche Bedenken erwecken.

Zum einen ist zu fragen, ob die Regelleistung nach § 20 Abs. 2 SGB II das von der Verfassung gewährleistete Existenzminimum abdeckt. Von Bedeutung ist dabei u.a., inwieweit der Gesetzgeber bei der Fixierung des Festbetrages von € 345 (bzw. € 331) die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft hat. Diese Fragen stellen sich auch für die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft.

Eng verwandt damit ist das Problem, ob Einmalbedarfe in der geschilderten Weise behandelt werden dürfen, also in vielen Fällen nur mit Hilfe eines Darlehens abgedeckt werden können.

Das Problem einer möglichen Unterschreitung des von der Verfassung gewährleisteten Existenzminimums stellt sich in verschärftem Maße dann, wenn von den Kürzungsmöglichkeiten des § 31 SGB II Gebrauch gemacht wird.

## **B. Rechtliche Stellungnahme**

### **I. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Sicherung des Existenzminimums**

#### **1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Das Grundgesetz kennt keine ausdrückliche Garantie des Existenzminimums. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch aus der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG die staatliche Pflicht hergeleitet, „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“ zu schaffen. Dies wurde mit hinreichender Deutlichkeit zunächst in der Entscheidung vom 18. Juni 1975 zum Ausdruck gebracht, die sich auf die Hilfe für Behinderte bezog. Dort ist im Einzelnen ausgeführt (BVerfGE 40, 121, 133):

„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 „Mindestvoraussetzungen 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 wahrenen Existenzminimum wurden diese Aussagen in der Entscheidung vom 29. Mai 1990 bekräftigt. Dort heißt es (BVerfGE 82, 60, 85):

„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.“

Weiter wird im folgenden Absatz betont, aus Art. 6 Abs. 1 GG folge zusätzlich, dass bei der Besteuerung einer Familie das Existenzminimum sämtlicher Familienmitglieder steuerfrei bleiben müsse.

## **2. Konkretisierung durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts**

Eine nähere Umschreibung der Leistungen, die für ein menschenwürdiges Leben erforderlich sind, erfolgte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht.

### **a) Subjektives Recht des Einzelnen**

Das Bundesverwaltungsgericht 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 ihm ein subjektives (und damit einklagbares) Recht zu, soweit es um die Sicherung seines notwendigen Lebensbedarfs gehe.

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

Später ist ausdrücklich betont worden, ein verfassungsrechtlicher Anspruch sei auch zur Sicherung des Existenzminimums des Einzelnen anzunehmen.

BVerwGE 52, 339, 346

#### **b) Wahlfreiheit des Einzelnen**

Weiter wurde ausgeführt, es gehöre zu einem menschenwürdigen Leben, dem erwachsenen Menschen die Möglichkeit zu lassen, im Rahmen der ihm nach dem Gesetz zustehenden Mittel seine Bedarfsdeckung frei zu gestalten,

BVerwGE 72, 354, 357

was eine Bemessung ausschließt, die jede Wahlfreiheit beseitigt und den Einzelnen in eine alternativlose Situation zwingt.

Vgl. Neumann NVwZ 1995, 430

#### **c) 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.

So in der Rechtsprechung z. B. 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., München 1999, Art. 1 Rn. 25

Die Rede ist vielmehr von einem „soziokulturellen Existenzminimum“.

So Rothkegel, a. a. O., Teil II Kap. 3 Rn. 28

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 Behinderten (BVerfGE 40, 121, 133) betont wird.

Ebenso beispielsweise BVerwGE 36, 256, 258

Diese „Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ ist dann nicht mehr gewährleistet, wenn der Hilfeempfänger ausgegrenzt und stigmatisiert wird. Dies hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Weise operationabel gemacht, dass der zu Unterstützende „in der Umgebung von Nicht-Hilfeempfängern ähnlich wie diese leben können“ müsse.

BVerwGE 36, 256, 258; 102, 366, 369

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.

BVerwGE 94, 326, 333

Dies ist zutreffend auf die Formel gebracht worden, der Sozialhilfeempfänger dürfe „den Anschluss“ an die Übrigen „nicht verlieren“.

Rothkegel, a. a. O., Teil III Kap. 1 Rn. 9

#### **d) Fälle drohender Ausgrenzung**

Wann die in diesem Sinne verstandene Ausgrenzung droht, ist von der Rechtsprechung insbesondere am Beispiel von Einmalbedarfen herausgearbeitet worden. So wurde etwa die Gefahr einer Ausgrenzung bejaht, wenn ein Kind aus finanziellen Gründen bei der Einschulung keine Schultüte erhält.

BVerwGE 92, 6, 8

Dasselbe wurde dann angenommen, wenn ein von der Sozialhilfe lebendes Schulkind nicht an einer fünftägigen Klassenfahrt teilnehmen könnte.

BVerwGE 97, 376, 378

Auch wer an Weihnachten lediglich Empfänger von Gaben wäre, müsste sich als ausgegrenzt betrachten.

BVerwGE 69, 146, 154

Ein ähnlicher Effekt würde sich einstellen, müsste der Haushalt eines Sozialhilfeempfängers ohne Waschmaschine auskommen.

BVerwGE 107, 234, 236

Dasselbe gilt nach der neueren Rechtsprechung auch für die Ausstattung mit einem Fernsehgerät.

Rothkegel, a. a. O., Teil II Kap. 3 Rn. 32

Dabei ist die niedrigste Ausstattungskategorie bzw. ein gebrauchtes Gerät durchaus zumutbar.

BVerwGE 107, 234, 239

#### **e) Dynamischer Charakter des Existenzminimums**

Die „Ankoppelung“ an das Lebensniveau bescheidener Einkommensbezieher hat zur Konsequenz, dass sich das Existenzminimum der wirtschaftlichen Entwicklung anpasst; insoweit hat es dynamischen, keinen statischen Charakter.

Luthe/Dittmar SGB 2004, 273

Die Rechtsprechung umschreibt dies mit den Worten, die herrschenden Lebensgewohnheiten und Erfahrungen seien zu berücksichtigen.

BVerwGE 92, 6, 7; 92, 112, 114; 107, 234, 236

#### **f) Parallelen im EG-Recht**

Das auf die jeweilige wirtschaftliche Situation der Gesellschaft bezogene Ausgrenzungsverbot findet eine Bestätigung in der Sozialpolitik der EU; Art. 136 Abs. 1 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“. Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, wozu auch die Umsetzung

gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch den nationalen Gesetzgeber gehört

Einzelheiten bei Däubler, FS Hanau, Köln 1999, S. 492 m. w. N.

besitzt dieses Gebot unmittelbare Verbindlichkeit.

#### **g) Personenbezogener Charakter des Existenzminimums**

Da sich die Lebenssituation der einzelnen Menschen in vielerlei Hinsicht unterscheidet, nimmt das von der Menschenwürde geforderte Existenzminimum unterschiedliche Formen an. Eine generelle Pauschalierung kommt daher nicht in Betracht.

Luthe/Dittmar SGB 2004, 276; Rothkegel, a. a. O., Teil II Kap. 3 Rn. 87: Individualisierungsgrundsatz ist Ausdruck der Menschenwürde

## **II. 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 Euro errechnet hat. Die Begründung des Regierungsentwurfs erläutert die §§ 19 ff. SGB II mit den Worten (BT-Drs. 15/1516, S. 55):

„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 (BT-Drs. 15/1516, S. 56):

„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 an keiner Stelle gesagt ist, nach welchen

Kriterien die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe erhoben und ausgewertet wurde. Insoweit läge eine gesetzgeberische Dezision vor, die angesichts der vitalen Grundrechtsrelevanz der getroffenen Entscheidung zu verfassungsrechtlichen Bedenken Anlass geben müsste. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht im Schutzbereich des Grundrechts auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG den Gesetzgeber als verpflichtet angesehen, vorhandene Risiken umfassend aufzuklären und ggf. eine Neuregelung zu treffen, sollte sich seine Einschätzung als unzutreffend herausstellen.

BVerfGE 49,89 ff.; 53,30 ff.

Dasselbe wurde in Bezug auf die das Grundrecht der Anteilseigner aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 berührende Unternehmensmitbestimmung ausgeführt: Sollte sie entgegen der sorgfältigen Analyse des Gesetzgebers im Vorfeld des Mitbestimmungsgesetzes 1976 zu einer Funktionsunfähigkeit von Unternehmen führen, wäre eine „Nachbesserung“ des Gesetzes verfassungsrechtlich geboten.

BVerfGE 50,290 ff.

Die in jenen Fällen dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht 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 als Ausdruck einer sozialhilferechtlichen Tradition zu sehen, die seit 01.07.1990 dem sog. Statistikmodell folgt, das nach bestimmten Grundsätzen auf der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe aufbaut. Insoweit wäre die Begründung nur dann zu beanstanden,

wenn diese ihrerseits keinen verfassungsrechtlichen Bestand hätte.

## **2. Beurteilungskriterien bei der Bestimmung des Existenzminimums**

### **a) Allgemeine Grundsätze**

Den in der Rechtsgemeinschaft anerkannten Mindestbedarf einzuschätzen, ist Aufgabe des Gesetzgebers,

So ausdrücklich BVerwGE 87, 153, 170

ihm steht eine Einschätzungsprärogative zu.

BVerwGE 102, 366, 368

Nicht anders als der Ordnungsgeber muss er sich dabei allerdings auf ausreichende Erfahrungswerte stützen; auch müssen seine Wertungen vertretbar sein.

BVerwGE 94, 326; 102, 366, 368; zustimmend Kraher ZfF 2004, 178

### **b) Ankoppelung an untere Einkommensgruppen**

Nach dem bis 31.12.2004 geltenden § 22 Abs. 3 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 Abs. 3 SGB XII

übernommen wurden. Auf dieser Grundlage ist die Regelsatzverordnung vom 8. Juni 2004 (BGBl I S. 1067) erlassen worden, die im Einzelnen vorgibt, wie der Regelsatz im Sinne des § 28 SGB XII zu bestimmen ist. Wie sich aus der amtlichen Begründung des Verordnungsentwurfs ergibt, summieren sich die einzelnen Faktoren zu einem Betrag von 345 Euro auf, wobei den Ländern in engem Rahmen Abweichungsmöglichkeiten eröffnet sind.

Die Begründung der VO ist abgedruckt in: info also 2004, 185 ff.

Angesichts des identischen Ergebnisses ist davon auszugehen, dass dieselben Erwägungen für die Bestimmung der Regelleistung nach § 20 Abs. 2 SGB II maßgebend waren.

Zu kritisieren ist allerdings die mangelhafte Transparenz der Begründung; in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde dies bislang allerdings noch nicht als möglicher Grund einer Verfassungswidrigkeit anerkannt. Dazu kritisch Däubler NJW 2004, 993

Die Regelsatz-VO bestimmt in § 2 Abs. 3, 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 herauszunehmen.

### **c) Ankoppelung und 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 zwischen 96 % (bei Nahrungsmitteln, Getränken und Tabakwaren) bis zu 30 % (bei Beherbergungs- und Gaststättenleistungen) reicht.

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

Der Bereich „Bildung“ ist als insgesamt nicht regelsatzrelevant ausgeklammert.

So die amtliche Begründung der Verordnung, info also 2004, 186

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Sozialhilfeempfänger weniger konsumieren kann als die unteren 20 % in der Einkommensschichtung. Die verbreitete 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 so letztlich nur darauf an, ob die Sozialhilfe- bzw. ALG II-Empfänger den „Anschluss“ an die unteren 20 % behalten. Dies hängt davon ab, ob sie in der Lage sind, durch sparsames Wirtschaften einen Zustand zu erreichen, der sie nicht in die Position von „Ausgegrenzten“ bringt, deren Anderssein für Dritte unschwer erkennbar ist.

#### **d) Legitime Grundsatzentscheidung**

Versteht man mit der oben I referierten Rechtsprechung das verfassungsrechtlich gewährleistete Existenzminimum in diesem Sinn, ist das Vorgehen des Gesetz- wie des Ordnungsgebers im Grundsatz nicht zu beanstanden. Auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 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.

So BVerwGE 102, 366, 369

Eine andere Frage ist, ob die konkrete Anwendung auf ausreichenden Erfahrungswerten beruht und die getroffenen Wertungen vertretbar sind. Dies verlangt eine konkrete Analyse, die hier getrennt für Alleinstehende und für in der Bedarfsgemeinschaft lebende Kinder vorgenommen wird.

### **3. Anwendung auf alleinstehende ALG II - bzw. Sozialhilfeempfänger - Analyse der zu berücksichtigenden Bedarfe**

Die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe verfügt über insgesamt 11 Abteilungen; eine Abteilung 02 existiert nicht. Die Ausklammerung der Abteilung 10 über das Bildungswesen als nicht „regelsatzrelevant“ ist für Sozialhilfeempfänger höchst fragwürdig, im vorliegenden Zusammenhang jedoch zu rechtfertigen, da Empfänger von ALG II nach § 16 Abs. 1 und 2 SGB II Leistungen zur Eingliederung in Arbeit erhalten, die auch in Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen bestehen können.

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.

Rothkegel ZFSH/SGB 2004, 405

Dies klingt plausibel, kann aber die Aussagekraft der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe nicht erschüttern. Zwar handelt es sich in der Tat um Formen von sehr gehobenem Konsum, doch ist nicht auszuschließen, dass in diesen Erträge von Schwarzarbeit oder von anderem Erwerb eingingen, die im Übrigen statistisch nicht in Erscheinung treten. Gegen die Herausnahme eines solchen Faktors ist daher 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 von vorneherein die Kosten für Wohnung und Brennstoffe aus, die den ganz überwiegenden Anteil der Ausgaben umfassen. Weshalb die Position „Strom“ 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 Beschaffung 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 getrennt erbracht. Der daraus folgende Anteil von 87 % lässt sich 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 leisten müssen. Wie die frühere nur teilweise Berücksichtigung gerechtfertigt wurde, ist 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.

Zur Quantifizierung s. Spindler, SozSich 2004, 55 ff.

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 selbst bezahlter 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 (gleichfalls in bescheidenen Verhältnissen lebenden) Vergleichsgruppe nicht möglich sein, bei zweifelhafter Diagnose einen Chefarzt 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,

S. den Fall BVerwGE 36, 256, 258

doch erscheint es nicht stimmig, wenn auf der einen Seite nach § 12 Abs. 3 Nr. 2 SGB II ein angemessenes Kraftfahrzeug zum Schonvermögen gehört, die durch seine Benutzung anfallenden Kosten jedoch nicht in den Regelsatz eingerechnet werden. Je nach den konkreten Umständen kann die Mobilität erheblich beeinträchtigt sein, wenn der Einzelne - etwa bei der Suche nach einer neuen Arbeit - auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen 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. Allerdings bewegt sich die Nichtberücksichtigung dieses Faktors wohl noch im Rahmen des Vertretbaren, da Hilfebedürftige ohne Pkw oder Motorrad von vorne herein auf entsprechende Möglichkeiten verzichten müssen.

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 Gesprächsgebühren zugrunde gelegt, die Internetzugangs-kosten jedoch nur teilweise: Der Bedarf, der anzuerkennen sei, könne auch in Internetcafés, in der Schule und bezüglich der Stellensuche bei der Bundesagentur für Arbeit gedeckt werden. Dies alles hält sich im Rahmen des Vertretbaren, wenngleich eine großzügigere Regelung (etwa bezüglich des Internet) naheliegender wäre.

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 Segelflugzeuge unberücksichtigt bleiben. Hier ist ähnlich wie bei Maßanzügen und Pelzmänteln die Frage zu stellen, inwieweit die Referenzgruppe mit ihren niedrigen Einkommen dafür nennenswerte Beträge ausgeben kann. 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. Dies alles soll einen Anteil von nur 42 % ergeben.

Bedenken bestehen einmal deshalb, weil Mitgliedschaften in Vereinen nicht erwähnt sind, die finanziell in unterschiedlicher Weise zu Buche schlagen können. Faktisch führt dies dazu, dass der Sozialhilfeempfänger weder eine 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 Bundesligaspiels in drei Monaten ermöglichen. Gerade die Restriktionen im Freizeitbereich betreffen ein Verhalten, das auch für Dritte unmittelbar wahrnehmbar ist; die Gefahr einer Ausgrenzung ist hier ungleich 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 bleiben. Dies wird schon daran deutlich, dass Haustiere auf der einen Seite mit Rücksicht auf die persönliche Lebensgestaltung des Schuldners nach § 811c ZPO grundsätzlich unpfändbar sind, während sich der Sozialhilfeempfänger die notwendigen Kosten für diesen „Luxus“ gewissermaßen vom Munde absparen muss. Eine Begründung für diesen Wertungswiderspruch wird nicht gegeben.

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 Auffanggruppe dar. Kontoführungsgebühren werden berücksichtigt, nicht aber Steuerberatungskosten und Gebühren für Anlageberatung. Geldstrafen und gebührenpflichtige Verwarnungen werden

ausgeklammert, obwohl sie bei einem Sozialhilfeempfänger in ähnlicher Weise auftreten können. Schmuck und Edelmetalle für nicht regelsatzrelevant zu erklären, wird man als vertretbar ansehen können.

Fasst man die vom Gesetz- und Verordnungsgeber getroffenen Entscheidungen zusammen, so stellt man fest, dass in einer Reihe von Abteilungen (04, 06, 09) Bedarfe nicht berücksichtigt wurden, deren Herausnahme unschlüssig ist und überdies zu einer Ausgrenzung von Sozialhilfeempfängern beiträgt. 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.

Ein zweites kommt hinzu. Der neue Regelsatz (und erst recht die Regelleistung nach § 20 Abs. 2 SGB II) erfasst anders als die Vorgängerbestimmung auch Fälle eines einmaligen Bedarfs. Dies führte zu einer Erhöhung des Regelsatzes um 16,45 %. Eine konkrete Berechnung, welchen Betrag die einmaligen Leistungen bei Umlegung auf den Monat ausmachen, erfolgte noch nicht, und zwar weder bei der Verabschiedung des SGB II noch im Rahmen der Begründung der Regelsatzverordnung..

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

In diesem Zusammenhang ist es von besonderem Interesse, dass die Bundesregierung im Verfahren über die Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem Bundesverfassungsgericht den Standpunkt vertrat, die einmaligen Leistungen zum Lebensunterhalt würden sich seit 1986 auf 20 % des Regelsatzes belaufen.

BVerfG NJW 1992, 3153, 3155

Dass sich dieser Prozentsatz inzwischen verringert haben sollte, wäre zu begründen gewesen; inhaltlich sind keine dafür sprechenden Gesichtspunkte ersichtlich.

Ob die Pauschalierung überhaupt mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Existenzminimums vereinbar ist, wird unter III zu untersuchen sein.

Schließlich ist darauf verzichtet worden, die Ergebnisse der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe von 1998 in der Weise auf das Niveau des Jahres 2005 hochzurechnen, dass auf die Preise der regelsatzrelevanten Güter abgestellt worden wäre.

Die Regelleistung für Alleinstehende nach § 20 Abs. 2 SGB II verstößt gegen das aus der Gewährleistung des Existenzminimums herzuleitende Ausgrenzungsverbot, da sie Unterschiede zu den unteren 20 % der Einkommensbezieher gerade in den Bereichen herbeiführt, die der Kommunikation und dem „Gemeinschaftsleben“ dienen. Auch hat sich der Gesetzgeber nicht ausreichend um die praktischen Auswirkungen der getroffenen Regelungen gekümmert, obwohl er wegen ihrer hohen Grundrechtsrelevanz dazu verpflichtet gewesen wäre. Die Regelleistung ist überdies so knapp bemessen, dass so gut wie keine Möglichkeiten bestehen, Defizite durch besonders sparsames Wirtschaften bei anderen durchaus anerkannten Positionen wieder auszugleichen.

#### 4. Regelleistung für Kinder

§ 28 Abs. 1 Satz 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 Abs. 2 der Regelsatz-VO. Die dort gegebene Begründung ist daher auch für § 28 Abs. 1 Satz 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 (info also 2004, 188):

„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 als Prozentsatz des „Erwachsenenbedarfs“ gesehen. Damit werden 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. 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 Begabungen 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 den Besuch zusätzlicher Kurse empfiehlt. Der Ausgrenzungseffekt ist auch hier nicht zu verkennen.

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.

### **III. Die Behandlung von einmaligen Leistungen**

#### **1. Einrechnung in die Regelleistung**

Während § 21 Abs. 1a BSHG ausdrücklich die Gewährung von einmaligen Leistungen vorsah, sind diese nunmehr in der Regelleistung des § 20 Abs. 2 bzw. im Sozialgeld des § 28 SGB II enthalten. Wegen notwendiger Renovierung der Wohnung, wegen Ersatz abgenutzter oder abhanden gekommener Kleidungsstücke, wegen des Weihnachtsfestes oder wegen der notwendigen Beschaffung von Ersatzmöbeln kann daher keine separate Leistung mehr bewilligt werden.

Beispiele bei Kraher ZfF 2004, 178. Eingehende Kommentierung der bisherigen Rechtslage bei Hofmann, in: LPK-BSHG, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, § 21 Rn. 61

Aus diesem Anlass wurde die Pauschale von bisher 296 Euro auf 345 Euro, d. h. um 16,45 % erhöht.

#### **2. Verfassungsrechtliche Grenzen der Pauschalierung**

##### **a) Absenkung des bisherigen Leistungsniveaus**

Die Erhöhung um 16,45 % kann sich zwar auf die Bewilligungspraxis der Sozialhilfeträger in der Vergangenheit stützen, bei denen die einmaligen Leistungen durchschnittlich mit diesem Satz zu Buche schlugen, doch bedeutet dies nicht automatisch, dass damit auch der reale Bedarf gedeckt wurde.

Spindler, info also 2004, 149. Zur fehlenden Aufnahme dieser Begründung durch den Gesetzgeber s. oben II 3

Außerdem ist in der Literatur festgestellt worden, dass bei Kindern bis 14 Jahren die Einmalleistungen 18 bis 20 % der ihnen zustehenden Regelleistung ausmachen, so dass es insoweit zu einer Absenkung kommt. Außerdem erhielten Kinder in der Altersgruppe zwischen 7 und 13 Jahren bisher 65 % des Regelsatzes, während sie jetzt nur noch auf 60 % kommen; insoweit ergibt sich eine doppelte Benachteiligung.

Spindler, info also 2004, 149

Die unzureichende Absicherung des Existenzminimums von Kindern (oben II 4) wird daher durch die Art und Weise der Einrechnung von Einmalbedarfen in den Regelsatz noch weiter verschärft.

#### **b) Pauschalierung kann häufig Verweigerung bedeuten**

Auch wenn man dies alles beiseite lassen würde, könnte die Situation entstehen, dass Einmalbedarfe gehäuft auftreten. In einem solchen Fall reicht die Pauschale für die Bedarfsdeckung nicht aus, zumal sie keinen Teilbetrag für die Ansparung einer „eisernen Reserve“ für Notfälle enthält. Die Vorschrift des § 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II, wonach ein Freibetrag für notwendige Anschaffungen in Höhe von 750 Euro für jeden in der Bedarfsgemeinschaft lebenden Hilfebedürftigen besteht, ist für alle diejenigen Empfänger von ALG II oder Sozialgeld ohne Bedeutung, die in ihrem aktuellen Zustand ohne eine entsprechende materielle Ausstattung geraten sind. In der Literatur ist man sich deshalb einig, dass eine Pauschalierung ohne Berücksichtigung solcher Fälle den Bedarfsdeckungsgrundsatz verletzen würde, der unmittelbar aus der Verfassung folgt: Das nach den oben unter I dargelegten Grundsätzen gebotene Existenzminimum wäre nicht mehr gesichert.

Bieback Der Betriebsrat (DBR) Heft 1/2005 S. 9;  
Luthe/Dittmar SGB 2004, 276; Mrozynski ZFSH/SGB 2004, 199;  
Münder NJW 2004, 2312; Rothkegel, a. a. O., Teil II Kap. 3  
Rn. 18 und ZFSH/SGB 2004, 406; Bedenken auch bei Pfohl  
ZFSH/SGB 2004, 169

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Schonvermögens den Grundsatz aufgestellt, es müsse Entscheidungsraum für außergewöhnliche Bedarfslagen bestehen.

BVerwG Buchholz 436.0 § 88 BSHG Nr. 28

Auf denselben Grundgedanken beruht auch die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, bei der Bemessung des steuerrechtlichen Existenzminimums könne sich der Gesetzgeber bei den Mieten für einen niedrigen Wert entscheiden, wenn er gleichzeitig durch Gewährung von Sozialleistungen (Wohngeld) dafür Sorge, dass im Ergebnis dem Einzelnen der Mindestbedarf zur Verfügung stehe.

BVerfGE 87, 153, 172

Die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit der Pauschalierung lässt sich unter diesen Umständen nur dann vermeiden, wenn § 23 Abs. 1 SGB II in einer Weise gehandhabt wird, die zu einer effektiven Bedarfsdeckung und damit zu einem verfassungskonformen Zustand führt.

Ob § 23 Abs. 1 diese Funktion erfüllen kann, hängt sowohl von den Anwendungsvoraussetzungen der Norm wie auch von den vorgesehenen Rechtsfolgen ab. Dabei ist von vorneherein auch an eine verfassungskonforme Auslegung bzw. Handhabung zu denken.

### **3. § 23 Abs. 1 SGB II als Öffnungsklausel?**

#### **a) Voraussetzungen des § 23 Abs.1 SGB II**

Das in § 23 Abs. 1 vorgesehene Darlehen an den ALG II-Bezieher setzt voraus, dass im Einzelfall „ein von den Regelleistungen umfasster und nach den Umständen unabweisbarer Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts“ weder durch Rückgriff auf das Vermögen nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II noch auf andere Weise gedeckt werden kann.

Das Wort „unabweisbar“ kann unterschiedlich ausgelegt werden. Theoretisch könnte man daran denken, die Vorschrift nur dann anzuwenden, wenn ein besonders qualifizierter Fall von Erforderlichkeit vorliegt, doch kann dies bei verfassungskonformer Auslegung nicht gemeint sein: Vielmehr ist jeder aus dem durch Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG gewährleisteten Existenzminimum abgeleiteter Bedarf als „unabweislich“ anzusehen. Der Verweis auf § 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II macht weiter deutlich, dass andere Teile des Schonvermögens nicht angegriffen werden müssen; andernfalls hätte auf § 12 Abs. 2 SGB II insgesamt verwiesen werden müssen. Eine Deckung „auf andere Weise“ kann etwa durch freiwillige Zuwendungen Dritter erfolgen. Von den Voraussetzungen her kann § 23 Abs. 1 SGB II daher durchaus „Auffangfunktion“ für einmalige Bedarfe erfüllen.

Ähnlich Mrozynski ZFSH/SGB 2004, 213

#### **b) Rechtsfolge: Darlehen**

Das eigentliche Problem liegt bei den Rechtsfolgen. Diese bestehen in der Gewährung eines Darlehens, das nach § 23 Abs. 1 Satz 4 SGB II „durch monatliche Aufrechnung in Höhe von bis

zu 10 vom 100 der an den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und die mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Angehörigen jeweils zu zahlenden Regelleistung getilgt (wird).“ Dabei tauchen zahlreiche bislang nicht voll geklärte Auslegungs- und Handhabungsfragen auf.

### **c) Haftung des Schonvermögens?**

Zunächst stellt sich das Problem, ob die Aufrechnung der einzige Weg für die Tilgung des Darlehens ist oder ob die Agentur für Arbeit bzw. ein anderer Träger ggf. auf das Schonvermögen (z. B. die Eigentumswohnung) zugreifen könnte. Dies wäre eine durchaus denkbare Alternative, da Eigentumswohnungen (soweit sie selbst genutzt sind) zwar nach § 12 Abs. 3 Nr. 4 SGB II zum Schonvermögen zählen, jedoch nicht zu den unpfändbaren Gegenständen nach § 811 ZPO und verwandten Bestimmungen gehören.

Zum „zivilrechtlichen Existenzminimum“ s. im Einzelnen Däubler, FS Derleder, 2005 (erscheint demnächst)

Gleichwohl wird man eine solche Konsequenz nicht ziehen können, da dies die Beschränkung auf den Freibetrag des § 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II hinfällig machen würde.

### **d) Keine Zinsen**

Das Darlehen ist als solches nicht zu verzinsen, da für eine entsprechende Pflicht keinerlei Rechtsgrundlage ersichtlich ist.

### **e) Ermessensentscheidung in entsprechender Anwendung des § 43 SGB II**

Der Wortlaut de § 23 Abs.1 Satz 4 SGB II legt es nahe, in Bezug auf die Tilgung durch Aufrechnung einen Automatismus anzunehmen und lediglich bei der Höhe von einem Ermessen der Agentur für Arbeit auszugehen. Dies könnte zur Folge haben, dass für den Hilfebedürftigen eine zusätzliche Engpasssituation entsteht, da ihm ja kein „Polster“ an Mehrleistungen gewährt wird, auf das vorübergehend verzichtet werden könnte. Die Aufrechnung tangiert vielmehr die verfassungsrechtlich gebotene Mindestsicherung nur dann nicht, wenn in der fraglichen Zeit unterdurchschnittlich wenig Einmalbedarf auftritt. Soweit ein mindestens durchschnittlicher Anfall absehbar ist, muss daher auf einen Automatismus verzichtet werden. In der Literatur wird deshalb der Standpunkt vertreten, die Ermessensvorschrift des § 43 SGB II müsse auf die Aufrechnungsmöglichkeit nach § 23 Abs. 1 SGB II übertragen werden.

So Mündler NJW 2004, 3212

Dies lässt sich außer mit der Notwendigkeit eines verfassungskonformen Ergebnisses damit rechtfertigen, dass der Aufrechnungsanlass bei § 43 ein sehr viel gravierenderer ist, da es dort um Ersatzansprüche des Trägers für Schäden geht, die der ALG II-Empfänger vorsätzlich oder grob fahrlässig durch unrichtige oder unvollständige Angaben bewirkt hat. Wenn selbst bei einem Betrüger unter Berücksichtigung des Einzelfalls von der Aufrechnung abgesehen werden kann, muss dasselbe erst recht bei der Tilgung eines Darlehens gelten, dessen Gewährung nicht auf einem Fehlverhalten des Hilfeempfängers beruht. Insoweit kann die Aufrechnung auf Fälle beschränkt werden, in denen voraussichtlich der verfassungsrechtlich gebotene Grundbedarf erhalten bleibt.

#### **f) Weitere Darlehen**

Lässt sich die weitere Entwicklung nicht einschätzen oder ergibt sich überraschenderweise ein zusätzlicher Bedarf (bei einem Einbruch werden Hausratsgegenstände entwendet), so kommt als Ausweg nur ein weiteres Darlehen in Betracht. Dieses muss entsprechend höher ausfallen, wenn in dem fraglichen Monat eine Aufrechnung erfolgt war. Die Existenz mehrerer Darlehen kann die Aufrechnungsmöglichkeiten des Trägers der Leistungen nicht erweitern.

**g) 10 % bei ALG II - Empfängern, 5 % bei Sozialhilfeempfängern?**

Darüber hinaus ist schon bei der Existenz eines einzigen Darlehens die Frage zu stellen, weshalb die Aufrechnung sich auf bis zu 10 % der Regelleistung erstrecken kann, während § 37 Abs. 2 SGB XII bei vergleichbarer Darlehensgewährung in Ergänzung der Hilfe zum Lebensunterhalt lediglich eine Verrechnung in Höhe von bis zu 5 % vorsieht.

Darauf verweist auch Kraher ZfF 2004, 178, 182

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob es einen sachlichen Grund gibt, ALG II-Bezieher, also erwerbsfähige Personen, gegenüber Sozialhilfeempfängern zu benachteiligen. Dieser ist nicht ersichtlich, so dass ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.

Ebenso Kraher ZfF 2004, 178, 182

Eine Differenzierung zwischen beiden Gruppen von Leistungsberechtigten ist nur insoweit möglich, als es um die Arbeitsaufnahme als solche geht, etwa hierfür materielle Anreize geschaffen (vgl. § 29 SGB II: Einstiegsgeld) oder bei mangelnder Kooperation im Zusammenhang mit der Aufnahme von

Arbeit Sanktionen verhängt werden (vgl. § 19 SGB II). Bei der Kürzung der Regelleistung durch Aufrechnung spielt jedoch die potentielle Erwerbstätigkeit der ALG II-Empfänger keine Rolle. Vielmehr geht es hier ausschließlich um die Wahrung des Existenzminimums, so dass genauso wenig wie bei der Regelleistung bzw. dem Regelsatz ein nachvollziehbarer Grund für eine unterschiedliche Behandlung besteht. Eine Schlechterstellung bei der Darlehensverrechnung kann auch nicht mit dem Gedanken gerechtfertigt werden, den Einzelnen zu möglichst schnellem Verlassen des ALG II-Status zu veranlassen: Hierfür gibt es andere Mechanismen wie die Eingliederungsvereinbarung und die Sanktionen nach § 31 SGB II. Entsprechende Überlegungen sind außerdem weder in der Gesetzesbegründung noch in der sich mit dem neuen Gesetz auseinandersetzenen Literatur vorhanden.

An sich verstößt die 10-%-Klausel des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB II gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Allerdings kann im Einzelfall ein Gleichheitsverstoß dadurch vermieden werden, dass eine Aufrechnung unter den gegebenen Umständen nur in Höhe von bis zu 5 % der Regelleistung erfolgt, so dass jeder Anlass vermieden wird, in einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung das BVerfG wegen des Verfassungsverstoßes nach Art. 100 Abs.1 GG einzuschalten.

#### **.....h) Drei-Jahres-Frist**

Auch wenn man diese Begrenzungen vornimmt, könnte durch die Darlehensgewährung eine Situation der Überschuldung entstehen, die die Begründung einer neuen wirtschaftlichen Existenz erheblich erschweren könnte. Dem kann die Heranziehung des § 34 Abs. 3 Satz 1 SGB II entgegenwirken, wonach Ersatzansprüche drei Jahre nach Ablauf des Jahres erlöschen, in dem die Leistung erbracht worden ist, d. h. das Darlehen

gewährt wurde. War in diesem Zeitraum eine Aufrechnung nicht oder nicht in vollem Umfang möglich, ist der Hilfeempfänger zu weiteren Zahlungen nicht mehr verpflichtet.

**i) Ansprüche der übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft?**

Ein letztes Bedenken besteht insoweit, als § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB II die Aufrechnung nicht nur gegen den Anspruch des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, sondern auch in Bezug auf die Regelleistungen vorsieht, die andere mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebende Angehörige erhalten. Dies mag dort noch einigermaßen hinnehmbar sein, wo z. B. die Anschaffung eines Gegenstands allen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft zugute kommt. Geht es jedoch um eine ausschließlich dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen nützliche Leistung (Ersatz seiner Kleidung) oder dient die Leistung ausschließlich dem Interesse eines Sozialgeldbeziehers (Beispiel: Eintägige Klassenfahrt, die von § 23 Abs. 3 Nr. 3 SGB II nicht erfasst wird), so ist nicht erkennbar, weshalb dafür auch die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft in eine „Mithaftung“ gezwungen werden können. Da jeder Beteiligte seinen eigenen Anspruch hat, ist das Einstehen-Müssen für das von einem anderen aufgenommene Darlehen einer Art gesetzlicher Zwangsbürgschaft vergleichbar, für die als Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG jede verfassungsrechtliche Legitimation fehlt. Würde der Träger nach Erbringung einer „Individualleistung“ gegenüber einem dadurch nicht begünstigten Mitglied der Bedarfsgemeinschaft aufrechnen, würde dies einen verfassungswidrigen Zustand herbeiführen.

**j) Verfassungsgebotene Handhabungsvoraussetzungen**

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass § 23 Abs. 1 SGB II nur dann eine verfassungskonforme Abdeckung des Einmalbedarfs gewährleistet, wenn ganz spezifische Voraussetzungen erfüllt sind.

- Der aus der Regelleistung nicht zu erfüllende Einmalbedarf ist immer „unabweislich“.
- Die Tilgung des Darlehens kann nur im Wege der Aufrechnung mit künftigen Leistungsansprüchen, nicht auf andere Weise erzwungen werden.
- Die Aufrechnung darf nur erfolgen, wenn in dem fraglichen Zeitraum voraussichtlich kein (oder nur ein sehr geringer) Einmalbedarf anfallen wird.
- Bei erneut auftretendem Einmalbedarf ist ein weiteres Darlehen zu gewähren, das die Aufrechnungsmöglichkeiten jedoch nicht erweitert.
- Die Aufrechnung darf höchstens 5 % der Regelleistung erfassen; die Ausschöpfung weitergehender, im Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB II angelegter Möglichkeiten würde wegen § 37 Abs. 2 SGB XII einen verfassungswidrigen Gleichheitsverstoß darstellen.
- Die Tilgung durch Aufrechnung kommt nur während eines Zeitraums von drei Jahren in Betracht.
- Kommt die Leistung nur einem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft zugute, ist eine Aufrechnung gegenüber anderen Mitgliedern derselben Bedarfsgemeinschaft unzulässig.

#### **4. Ergebnis**

Bei verfassungskonformer Auslegung und Handhabung des § 23 Abs. 1 SGB II bleibt der Bedarfsdeckungsgrundsatz gewahrt.

#### **IV. Zusammenfassung**

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Existenzminimum verlangt, dass ALG II - Empfänger ähnlich wie Personen mit Niedrigeinkommen leben können; jede sichtbar werdende Ausgrenzung ist untersagt.

Die Ankoppelung der Regelleistung an die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe des Statistischen Bundesamts ist also solche nicht zu beanstanden. Das verfassungsrechtliche Ziel wird jedoch verfehlt, weil aus den Niedrigeinkommen gerade solche Bedarfe als nicht regelsatzrelevant „herausgerechnet“ werden, die für die „Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ wesentlich sind. Auch entsprach das vom Gesetzgeber praktizierte Verfahren nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dies gilt insbes. für die Bestimmung des Kindesbedarfs.

Die Pauschalierung von einmaligen Leistungen ist nur dann mit der Verfassung vereinbar, wenn die Darlehensvorschrift des § 23 Abs.1 SGB II mit bestimmten Maßgaben angewandt wird. Insoweit sei auf S. 41 des vorliegenden Gutachtens verwiesen.

Die Leistungsabsenkung bei Pflichtverletzungen ist als solche verfassungsrechtlich unbedenklich. Allerdings hat der Gesetzgeber durch die Schematischen Prozentsätze und die Schematische Dauer gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen. Auch kann die Beweislast für den „wichtigen Grund“

bei der Ablehnung einer Maßnahme dann nicht dem Arbeitssuchenden auferlegt werden, wenn er nicht in seiner Sphäre liegt.

Eine über sechs Monate hinausgehende Absenkung auf 70 % führt zu einer verfassungsrechtlich verbotenen Ausgrenzung. Auch ist das Zwangsarbeitsverbot des Art. 12 Abs.2 GG und die Wertungskonsistenz mit dem Strafvollzug nicht gewahrt.