

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Neue »Härtefallregelung« im SGB II und Gewährleistung des
Existenzminimums

Sabine Knickrehm Seite 45

»Von der Person zum Menschen im Recht« – zum Begriff des sozialen
Rechts bei Hugo Sinzheimer –

Achim Seifert Seite 62

Rezensionsaufsätze

Ulrich Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung
nach § 5 TVG und dem AEntG;

Sebastian Stütze, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht

Waldemar Reinfelder Seite 73

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 80

Neue »Härtefallregelung« im SGB II und Gewährleistung des Existenzminimums

Sabine Knickrehm, Richterin am Bundessozialgericht Kassel

Die sozialpolitische Auseinandersetzung in der Bundesrepublik Deutschland wurde Ende 2010/Anfang 2011 durch die Entscheidung des BVerfG vom 9. Februar 2010¹ zur Verfassungsmäßigkeit der Bemessung der Regelleistung nach dem SGB II geprägt. Ein gewichtiger Teil der Entscheidung des BVerfG hat in diesen öffentlichen Debatten keine Rolle (mehr) gespielt und war weniger als ein halbes Jahr nach der Entscheidung mit Wirkung zum 3. Juni 2010 durch den Gesetzgeber schon umgesetzt – die sogenannte »Härtefallregelung«². Dies ist nicht weiter verwunderlich, hatte das BVerfG dem Gesetzgeber insoweit doch eine klare Anweisung erteilt und bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber angeordnet, dass dieser Anspruch nach Maßgabe der Urteilsgründe unmittelbar aus Artikel 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 1 GG zu Lasten des Bundes geltend gemacht werden kann. Es hat den Gesetzgeber verpflichtet, bei der Neuregelung der Regelleistung nach dem SGB II einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzusehen, der bisher nicht von den Leistungen nach §§ 20 ff. SGB II erfasst worden und zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zwingend zu decken ist.

Nach der Begründung zum Entwurf der neuen »Härtefalleistung« gemäß § 21 Abs. 6 SGB II³ soll der neue Anspruch jedoch auf wenige Fälle begrenzt sein⁴. Damit stellt sich nicht nur die Frage, wie die neue gesetzliche »Härtefallregelung« vor dem Hintergrund ihrer verfassungsrechtlichen Wurzeln rechtsdogmatisch einzuordnen und auszufüllen ist, sondern auch, ob die vor der Entscheidung des BVerfG von Rechtsprechung und Literatur gefundenen Lösungsansätze überflüssig geworden sind. Antworten auf diese Fragen sollen im Weiteren in einem historischzeitlichen Ansatz gefunden werden. Ausgangspunkt auf der ersten Zeitschiene ist die Rechtslage vor dem 9. Februar 2010. Darauf aufbauend folgt eine Darstellung der ersten rechtlichen Lösungsansätze zur Deckung von »Sonderbedarfen« und die rechtsdogmatische Einordnung

dieser Lösungsansätze (I.). Auf der zweiten Zeitschiene, also nach dem 9. Februar 2010, soll alsdann geklärt werden, auf welche Anspruchsgrundlage Leistungen für »Sonderbedarfe« in der Zeit zwischen der Entscheidung des BVerfG und dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II⁵ am 3. Juni 2010 gestützt werden können. Ferner fragt sich, ob eine Bedarfsdeckung in »Härtefällen« auch für die Zeit vor dem 9. Februar 2010, abgeleitet unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG⁶, zu gewährleisten ist (II.)? Danach schließt sich an, was sich seit dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II geändert hat, insbesondere, ob die neue Rechtslage das hält, was sie auf den ersten Blick verspricht und ob in allen schon früh erkannten Problemlagen nun eine Rechtsgrundlage für Härteleistungen im SGB II selbst vorhanden ist. Schlussendlich ist der Tatbestand des § 21 Abs. 6 SGB II im Einzelnen zu untersuchen. Es gilt den Mehrbedarf und den Einzelfall zu definieren und die quantitative sowie qualitative Bedarfsbestimmung nach neuem Recht vorzunehmen. Zudem hat die Abgrenzung von laufenden gegenüber nur einmaligen besonderen Bedarfen zu erfolgen (III.).

I. Vor dem 9. Februar 2010

1. Rechtslage vor dem 9. Februar 2010

Mit der Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe in der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) sowie der Beschränkung von Sozialhilfeleistungen

1 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 = BGBl. I 2010, S. 193.

2 Eingefügt durch Artikel 3a Nr. 2b des Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates vom 27.5.2010, BGBl. 2010 I, 671, mWv. 3.6.2010.

3 Im Weiteren immer in der Fassung des Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates – BGBl. 2010 I, S. 671.

4 BT-Drucks. 17/1465, S. 8.

5 Eingefügt durch Artikel 3a Nr. 2b des Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates vom 27.5.2010, BGBl. 2010 I, S. 671, mWv. 3.6.2010.

6 BSG, 18.2.2010 – B 4 AS 29/09 R – BSGE 105, 279 = SozR 4 -1100 Art. 1 Nr. 7; s. jedoch Nichtannahmebeschluss BVerfG 24.3.2010 – 1 BvR 395/09 – FamRZ 2010, 716.

gen einzig auf erwerbsunfähige Hilfebedürftige zum 1. Januar 2005 ist zeitgleich ein grundlegender Eingriff in die Leistungsstruktur der untersten Existenzsicherungssysteme vorgenommen worden. Während neben der Arbeitslosenhilfe ergänzende Sozialhilfeleistungen – auch Hilfe zum Lebensunterhalt – bezogen werden konnten, sollte nunmehr ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII über das Alg. II hinaus weitgehend ausgeschlossen werden. Die Reduzierung auf Leistungen aus nur einem System wurden sowohl im SGB II und SGB XII normativ abgesichert (§ 5 Abs. 2 S. 1 SGB II und § 21 S. 1 SGB XII). § 5 Abs. 2 S. 1 SGB II sieht vor, dass ein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII⁷ ausschließt. § 21 SGB XII regelt gleichsam spiegelbildlich, dass Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII erhalten. Zugleich wurden die nunmehr pauschalieren, nach Regelsätzen bemessenen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nur graduell gegenüber der vormaligen Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG erhöht⁸ und sind mit der Pauschalierung die Rechtsgrundlagen für eine Einzelbedarfsdeckung stark eingeschränkt worden. Es verwundert daher kaum, dass in der forensischen Praxis von Anfang an Fallgestaltungen zu entscheiden waren, in denen die Bedarfsdeckung durch Leistungen aus diesem begrenzten Leistungsspektrum auf dogmatische Schwierigkeiten stieß. So kam sogleich die Frage auf, ob das System des SGB II nicht doch eine ergänzende Leistungsgewährung nach seinen eigenen Regelungen oder denen des SGB XII zuließe⁹ und wenn ja, auf welcher normativen Grundlage und in welchem Umfang.

Zunächst ein kurzer Blick auf die alte Rechtslage: Eine systemimmanente Ergänzung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts – Arbeitslosengeld II und Sozialgeld – war nach dem Wortlaut des Gesetzes in den Fällen der §§ 21 und 23 SGB II zwar möglich¹⁰. Die Mehrbedarfsregelung des § 21 SGB II sah – ohne den heutigen § 21 Abs. 6 SGB II¹¹ – nur für bestimmte, genau umschriebene Personengruppen und genau definierte Bedarfe eine Erhöhung der Regelleistung vor. Die Personengruppen waren werdende Mütter, Alleinerziehende und behinderte Hilfebedürftige in bestimmten Maßnahmen zur Teilhabe. Der den Regelbedarf übersteigende Bedarf für

schwangerschaftsbedingte Mehraufwendungen, solche durch Alleinerziehung oder wegen der Teilnahme an einer Eingliederungsmaßnahme wurde jedoch ebenfalls nur durch eine pauschalierte Leistung gedeckt. Daneben konnten einzig die Kosten für medizinisch bedingte aufwendige Ernährung – Ernährungsmehrbedarf – in angemessener Höhe übernommen werden. Damit diente § 21 SGB II zwar der Sicherung solcher Mehrbedarfe, die durch die Regelleistung nicht abgedeckt wurden, unabhängig davon, ob die Bedarfe von der Regelleistung dem Grunde nach erfasst waren oder über sie hinausgingen¹². Die besondere Bedarfslage im Einzelfall spielte angesichts dieser Typisierung¹³ jedoch keine Rolle (mit gewisser Ausnahme bei der kostenaufwendigen Ernährung). Für Bedarfe, die nicht ausdrücklich in § 21 SGB II Erwähnung fanden, standen im SGB II zunächst keine Leistungen als Zuschuss zur Verfügung. Stattdessen war die Möglichkeit des Ausgleichs eines individuell höheren Bedarfs nach § 23 Abs. 1 SGB II – heute § 24 SGB II – durch zwingend zu tilgendes Darlehen vorgesehen. Voraussetzung insoweit war und ist¹⁴ jedoch, dass es sich im Einzelfall um einen vom Regelbedarf umfassten Bedarf handelt, der zudem nach den Umständen unabweisbar zur Sicherung des Lebensunterhalts zu decken ist und weder durch das Vermögen noch auf andere Weise gedeckt werden kann. Es musste sich mithin um einen Sonderbedarf handeln, dessen Sicherstellung ansonsten aus der Regelleistung erfolgen sollte, also um einen der in § 20 Abs. 1 SGB II aufgezählten Bedarfe (Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Bedarfe des täglichen Lebens sowie in vertretbarem Umfang auch Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben). Ausnahmen hiervon bildeten und bilden lediglich einige,

7 Hilfe zum Lebensunterhalt – §§ 27 bis 40 SGB XII.

8 Zahlen s. BT-Drs. 16/1696, S. 25.

9 S. nur SG Berlin, 3.5.2005 – S 65 AS 1112/05 ER; SG Braunschweig, 2.2.2005 – S 20 SO 19/05.

10 Der befristete Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld gem. § 24 SGB II und der Zuschuss zu Versicherungsbeiträgen nach § 26 SGB II sollen hier außer Betracht bleiben.

11 Und ohne die weiteren Sonderleistungen auf Grund des Gesetzes zur Neuregelung der Regelbedarfsbemessung und Änderung von SGB II und SGB XII vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 453.

12 Kahlhorn, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand XI/2004, § 21 Rn. 3; Knickrehm, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., 2008, § 21 Rn. 12.

13 BT-Drs. 15/1516, S. 57.

14 S. § 24 Abs. 1 SGB II in der Fassung des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und Änderung von SGB II und SGB XII vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 453.

allerdings wiederum sehr eng umschriebene Bedarfslagen, wie zB. Erstausstattungen (bis 1. Januar 2011 auch mehrtägige Klassenfahrten – § 23 Abs. 3 SGB II – jetzt nach § 24 Abs. 3 SGB II ohne mehrtägige Klassenfahrten, dafür mit orthopädischen Schuhen und Aufwendungen für therapeutische Geräte und Kosten der dezentralen Warmwasserbereitung).

Zugleich – dieses ist immer wieder auch unter Gleichheitsgesichtspunkten diskutiert worden¹⁵ – hatten und haben erwerbsunfähige Hilfebedürftige, die dem System des SGB XII unterfallen, drei verschiedene Möglichkeiten, Leistungen über die dort ebenfalls pauschalierte Regelsatzhöhe hinaus im Falle von Sonderbedarfen zu erhalten. So sind im SGB XII weiterhin Leistungen in besonderen Bedarfslagen vorgesehen, wie etwa Hilfen zur Gesundheit, Hilfen zur Pflege, aber auch Hilfen in »anderen« Lebenslagen. Zudem ließ bereits die Norm, die den Regelbedarf bestimmt, § 28 Abs. 1 S. 2 SGB XII – nun § 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII –, eine abweichende Festlegung zu, wenn im Einzelfall ein Bedarf ganz oder teilweise anderweitig gedeckt ist oder unabweisbar seiner Höhe nach erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht. Aber auch die Parallelvorschrift zu § 21 SGB II – § 30 SGB XII – ist insoweit offener, als sie für einige Personengruppen über die pauschalierte Erhöhung des Regelsatzes hinaus im Einzelfall eine abweichende Bedarfsfestlegung zulässt.

Eine Ausweitung der Leistungen innerhalb des SGB II scheiterte seit dem Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende¹⁶ am Wortlaut des § 3 Abs. 3 SGB II, wonach die nach dem SGB II vorgesehenen Leistungen den Bedarf der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen decken sollten. Eine davon abweichende Festlegung der Bedarfe war ausgeschlossen. Eine ergänzende Kostentübernahme auf dem Weg über das SGB XII – dem Referenzmodell für das SGB II¹⁷ – wurde für den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen mit schwer überwindbaren Hindernissen versehen. Wie eingangs bereits dargelegt schließt § 5 Abs. 2 S. 1 SGB II Leistungen nach dem dritten Kapitel des SGB XII aus, soweit ein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II besteht. Das bedeutet: Ein Mehrbedarf iS. des § 30 SGB XII oder ein einmaliger Bedarf nach § 31 SGB XII können ebenso wenig wie eine abweichende Festlegung des Regelbedarfs – wenn im Ein-

zelfall ein Bedarf unabweisbar seiner Höhe nach erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht (§ 28 Abs. 1 S. 2 SGB XII/§ 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII) – über das SGB XII erfolgen.

2. Lösungsansätze

In Literatur¹⁸ und Rechtsprechung¹⁹ waren – bis zur Entscheidung des BSG vom 7.11.2006 zur Frage der Kosten des Umgangsrechts²⁰ – zunächst im Wesentlichen drei verschiedene Lösungsansätze auszumachen. Zum Einen handelte es sich um eine SGB II-immanente Lösung, nämlich die Ableitung des Leistungsanspruchs aus § 23 SGB II, der nicht der Aufrechnung unterliegen sollte. Zum Zweiten wurde unter analoger Anwendung des § 28 SGB XII eine Erhöhung der Regelleistung aus § 20 Abs. 2 SGB II bewirkt, um den Sonderbedarf zu finanzieren. Zum Dritten wurde die Leistungsgewährung auf § 73 SGB XII – wie sie dann auch das BSG favorisiert hat – gegründet.

Bei dem Weg über § 23 SGB II stellten sich jedoch zahlreiche dogmatische und praktische Probleme. So sollten nach dem Wortlaut der Vorschrift grundsätzlich nur von der Regelleistung umfasste Bedarfe gedeckt werden. Zudem war eine Leistungserbringung in Darlehensform vorgesehen. Eine Bedarfsdeckung durch Darlehen erschien bei wiederkehrenden Bedarfen jedoch wenig sinnvoll. Der Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB II sprach insoweit allerdings eine deutliche Sprache. Die Leistungsgewährung war mit einer zwingenden Tilgungsverpflichtung verbunden. Danach sollte das Darlehen durch monatliche Aufrechnung in Höhe von bis zu 10% der an

15 Brühl, in: LPK - SGB II, 2. Aufl., 2007, § 5 Rn. 43 ff.; Kraher, ZfF 2004, 178; Mrozynski, ZfSH/SGB 2004, 198; zur Abgrenzung SGB II/SGB XII Knickrehm, Sozialrecht aktuell, 2006, 159; dies., NZS 2007, 128; dies., in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., 2008, § 5 Rn. 20 ff., mwN.; BSG – Vorlagebeschluss an das BVerfG, 27.1.2009 – B 14 AS 5/08 R und B 14 AS 9/07 R – Sozialrecht aktuell 2009, 111.

16 Vom 20.7.2006, BGBl. 2006 I, S. 1706, in Kraft getreten am 1.8.2006.

17 Vgl. BT - Drs. 15/1516, S. 56.

18 Lütke, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand 07/2006, § 5 Rn. 100; Voelzke, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand 08/2006, Einführung, Rn. 179c; Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 1. Aufl., 2005, § 5 Rn. 17; s. Knickrehm, Sozialrecht aktuell 2006, 159; Lauterbach, NJ 2006, 199; Behrend, juris PraxisKommentar SGB II, § 23 Rn. 34; Conradis in LPK - SGB II, 1. Aufl., § 44 Rn. 4; O'Sullivan, SGB 2005, 369.

19 S. Fußnoten 24, 25, 26, 32 und 33.

20 BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R – BSGE 97, 242 = SozR 4–4200, § 20 Nr. 1.

den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und die mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Angehörigen jeweils zu zahlenden Regelleistung getilgt werden. Wegen der zwingenden Tilgungsverpflichtung des § 23 Abs. 1 SGB II ist dieser Weg jedoch zumindest bei wiederkehrenden Bedarfen wenig erfolgversprechend, weil die Tilgungslast zu einer belastenden Hypothek für die Zukunft werden könnte²¹. Zumindes bei wiederkehrenden Leistungen wäre damit eine dauerhafte Bedarfsunterdeckung vorgegeben gewesen²² – eine endlose »Schuldenspirale« wurde befürchtet²³. Das LSG Niedersachsen/Bremen hat angesichts dessen geprüft, ob der Leistungsträger im Wege der Ermessensausübung von der Aufrechnung absehen müsse²⁴, insbesondere im Wege der verfassungskonformen Auslegung unter Berücksichtigung der §§ 37 Abs. 2 SGB XII und § 44 SGB II²⁵, also im Erlasswege. Auch die Möglichkeit, die Leistung von vornherein in einen Zuschuss umzuwandeln, wurde in Betracht gezogen²⁶. Der 7b. Senat des BSG hat zwar die Möglichkeit angedeutet, den – so hat er damals schon befunden – verfassungswidrigen Auswirkungen der mangelnden Öffnungsmöglichkeit bei Sonderbedarfen ggf. durch einen (nachträglichen) Erlass nach § 44 SGB II Rechnung zu tragen²⁷. Er hat diesen Gedanken jedoch letztlich bei Dauerbedarfen als wenig hilfreich angesehen²⁸. Denn der Erlass müsste mit der Darlehensgewährung verbunden werden; die Darlehensgewährung würde damit ad absurdum geführt. Eine solche Lösung stellt zudem im Ergebnis eine Umgehung der vom Gesetzgeber ausgeschlossenen Erhöhung der Regelsätze dar²⁹.

Auch dem Versuch der Lösung des Problems durch analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 2 2. Alt. SGB XII aF. stehen systematische Gesichtspunkte entgegen. Eine bedarfsorientierte Regelsatzerhöhung war im SGB II nicht vorgesehen³⁰. Durch die Analogie werden daher die Grenzen einer zulässigen verfassungskonformen Auslegung überschritten³¹. Unbeschadet der Regelungen des zweiten Abschnitts des dritten Kapitels, die insbesondere die Möglichkeit der darlehensweisen Leistungsgewährung bei unabweisbarem Bedarf im Einzelfall beinhaltet, waren Leistungen für weitergehende Bedarfe durch die Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Normgefüge des SGB II bis zur Entscheidung des BVerfG nicht zu erbringen.

Den Weg zu ergänzenden Leistungen nach dem SGB XII hat der 7b. Senat des BSG, wie vor ihm viele andere Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auch³², alsdann

über § 73 SGB XII als geebnet angesehen. Das SG Darmstadt hat in § 73 SGB XII einen Auffangtatbestand erkannt, der Bedarfe erfassen soll, die ansonsten in den Grundsicherungssystemen nach dem SGB II und SGB XII nicht hinreichend geregelt sind. Seine Deckung durch Leistungen nach § 73 SGB XII hat der Gesetzgeber, wie sich aus dem Umkehrschluss der §§ 5 Abs. 2 S. 1 SGB II und 21 S. 1 SGB XII ergibt, auch nicht ausschließen wollen³³. Das BSG hat die Anwendung des § 73 SGB XII zunächst eng mit den Besonderheiten des elterlichen Umgangsrechts (Leistungsanspruch des umgangsberechtigten Elternteils für seine Aufwendungen durch die Ausübung des Umgangsrecht, etwa Fahrtkosten) verknüpft und sich argumentativ insbesondere auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gestützt, um die Norm nicht zur allgemeinen Auffangregelung für Leistungsempfänger des SGB II mutieren zu lassen. Erweiternd hat es allerdings bereits im November 2006 ausgeführt, erforderlich sei das Vorliegen einer besonderen Bedarfslage, die eine gewisse Nähe zu den speziell in den §§ 47 bis 74 SGB XII geregelten Bedarfslagen aufweise und dadurch eine Aufgabe von besonderem

21 BSG 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R, BSGE 97, 242 = SozR 4–4200 § 20 Nr. 1 unter Hinweis auf *Knickrehm*, Sozialrecht aktuell 2006, 159; *Voelzke*, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand 08/2006, Einführung, Rn. 179d; vgl. zu diesem Gedanken allgemein auch *Behrend*, juris-PK SGB II, § 23, Rn. 34.

22 S. zur darlehensgestützten Bedarfsdeckung kritisch: BT-Ausschuss-Drs. 15/646, S. 12 – DGB; *Mrozynski*, ZfSH/SGB 2004, 198, mwN.; *Behrend*, juris-PK SGB II, § 23, Rn. 34.

23 Wobei zu beachten ist, dass das Gesetz selbst die maximale Einzeltilgungshöhe durch die Vorgabe »10 %« festlegt und fraglich ist, ob nicht die Gesamttilgungsleistung ebenfalls zu begrenzen ist – s. hierzu *Lang*, in: Eicher/Spellbrink, 1. Aufl. 2005, § 23, Rn. 64, 65 und *Behrend*, juris-PK SGB II, § 23 Rn. 39ff – s. nunmehr § 42a SGB II.

24 S. Beschluss LSG Niedersachsen/Bremen vom 21.7.2006 – L 8 AS 57/05 ER; so auch Beschluss SG Lüneburg vom 11.8.2005 – S 30 AS 328/05.

25 Beschluss LSG Niedersachsen/Bremen vom 28.4.2005 – L 8 AS 57/05 ER.

26 S. Beschluss SG Münster vom 22.3.2005 – S 12 AS 18/05 ER; Beschluss SG Dresden vom 5.11.2005 – S 23 AS 982/05 ER, unter Hinweis auf das Sozialstaatsgebot und den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in analoger Anwendung der Rechtsfolgen des § 28 Abs. 1 S. 2 2. Alt. SGB XII aF.

27 Conradi in LPK-SGB II, 3. Aufl., 2009, § 44 Rn. 4.

28 S. nunmehr auch BSG, 10.5.2011 – B 4 AS 11/10 R.

29 S. auch *Knickrehm*, Sozialrecht aktuell 2006, 159.

30 BSG – 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R – BSGE 97, 242 = SozR 4–4200 § 20 Nr. 1; s. auch *Voelzke*, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand 08/2006, Einführung, Rn. 179c; *Knickrehm*, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., 2008, § 5, Rn. 20; Lauterbach, NJ 2006, 199.

31 S. in diesem Zusammenhang auch zu § 3 Abs. 1 SGB II – BT-Drs. 16/1696 S. 26 zu Nr. 2.

32 S. nur Beschlüsse SG Hannover, 7.2.2005 – S 52 SO 37/05 ER; SG Berlin, 3.5.2005 – S 65 AS 1112/05 ER; HLSG, 23.9.2005 – L 7 B 132/05 AS; SG Darmstadt – 15.3.2006 – S 18 AS 146/05.

33 SG Darmstadt, 15.3.2006 – S 18 AS 146/05.

Gewicht darstelle. Zugleich hat es das systematische Argument verworfen, das SGB XII biete nach § 28 Abs. 1 S. 2 SGB XII in seinem für SGB-II-Leistungsbezieher auf Grund des von § 5 Abs. 2 S. 1 SGB II verschlossenen 3. Kapitels für die Bedarfe – wie etwa des Umgangsrechts – bereits die Möglichkeit zur Erhöhung der Leistungssätze und schließe deshalb im Sozialhilferecht die Anwendung des § 73 SGB XII und in der Folge auch für SGB-II-Leistungsbezieher aus. 2010 ist das BSG insoweit deutlicher geworden (besonderer Bedarf in Gestalt von Hygieneartikeln für einen HIV-Infizierten)³⁴. Neben der Atypik und der Nähe zu den speziell in den §§ 47 bis 74 SGB XII geregelten Bedarfslagen hat es zugleich die Erforderlichkeit des Grundrechtsbezugs betont – bei den Hygieneartikeln sieht es das Recht auf Leben (Gesundheit) und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG tangiert. Zugleich hat es darauf hingewiesen und das ist für die Anwendung der neuen Härtefallregelung von Bedeutung, dass der Bedarf auch in einer Vielzahl von Fällen vorliegen könne (s. unter III.3.a). Maßgebend für die Atypik einer Bedarfslage sei vielmehr, dass ein Bedarf ungedeckt bleibe, der vom Rechtssystem »eigentlich« gedeckt werden müsse. Die Leistung müssten allerdings den Einsatz öffentlicher Mittel iS. des § 73 SGB XII rechtfertigen. Dies könne bei zu hohen oder zu geringen Kosten – also Bagatellbeträgen – ggf. zu verneinen sein.

II. Nach dem 9. Februar 2010

1. Vorbemerkung

Der 9. Februar 2010 ist ein markantes Datum im Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende – das Datum der Entscheidung des BVerfG. Es soll hier nicht nochmals im Einzelnen auf die Entscheidungsgründe des BVerfG eingegangen werden – insoweit wird auf die zahlreichen Veröffentlichungen verwiesen, die sich insbesondere mit den verfassungsdogmatischen Konsequenzen der Entscheidung befassen³⁵. Zur Erinnerung für den Zusammenhang mit der Härtefallregelung nur kurz einige Stichworte:

Das BVerfG hat die Pauschalierung der Regelleistung grundsätzlich gebilligt. Sie deckt von ihrer Konzeption her jedoch nur den durchschnittlichen Bedarf ab, klammert also überdurchschnittliche Bedarfe aus. Da allerdings, wie oben bereits dargelegt, die Rechtslage bis zum 3. Juni 2010

im SGB II keine ausdrückliche Anspruchsgrundlage für über die in §§ 21 und 23 SGB II bestimmten Bedarfslagen hinaus³⁶ – in sogleich noch zu umschreibenden »Härtefällen« – kannte, hat das BVerfG entschieden: »Der Gesetzgeber hat wegen dieser Lücke in der Deckung des lebensnotwendigen Existenzminimums eine Härtefallregelung in Form eines Anspruchs auf Hilfeleistungen zur Deckung dieses besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzugeben.«³⁷ Auf Grundlage des Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG ist es nach der Entscheidung des BVerfG geboten, auch einen unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf zu decken, wenn dies im Einzelfall für ein menschenwürdiges Existenzminimum erforderlich ist. Mit dieser Formulierung wird jedoch nur eine erste Eingrenzung des vom BVerfG herausgestellten potenziell ungedeckten Bedarfs – des Härtefalls – vorgenommen. Eine Gefährdung des »menschenwürdigen« Existenzminimums erkennt das BVerfG nur bei einem Bedarf, der so erheblich ist, dass die Gesamtsumme der dem Hilfebedürftigen gewährten Leistungen – einschließlich der Leistungen Dritter und unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten des Hilfebedürftigen – eben dieses Existenzminimum nicht mehr gewährleistet. Bereits diese letzte Formulierung lässt erahnen, was das BVerfG sogleich im Anschluss auch ausdrücklich betont: »Dieser zusätzliche Anspruch dürfte angesichts seiner engen und strikten Tatbestandsvoraussetzungen nur in seltenen Fällen entstehen.«³⁸

Vor einer weiteren Betrachtung der Umsetzung dieser Vorgaben durch den Gesetzgeber auf Grund des Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates gilt es, auf der Zeitachse zunächst die Rechtslage in der Zeit zwischen der Entscheidung des BVerfG und dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II und dann rückwärts gekehrt in der Zeit vor dem 9. Februar 2010, in Fallkonstellationen, die am

34 BSG, 19.8.2010 – B 14 AS 13/10 R.

35 S. nur *Meßling*, in: Hohmann-Dennhard/Masuch/Villinger, FS Jäger, 2011, S. 787 ff.; s. auch *Rixen*, Sozialrecht aktuell 2010, 81; *Lenze*, WSI-Mitteilungen 2010, 523; *Neumann*, Vorgänge 2010, Nr. 3, 102, mit jeweils zahlreichen weiteren Nachweisen.

36 BVerfG, 9.2.2010–1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175, Rn. 207 = BGBl. 2010 I, S. 193.

37 BVerfG, 9.2.2010–1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175, Rn. 209 = BGBl. 2010 I, S. 193.

38 BVerfG, 9.2.2010–1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175, Rn. 208 = BGBl. 2010 I, S. 193.

9. Februar 2010 noch vor den Gerichten anhängig waren oder in denen nun Anträge nach § 44 SGB X gestellt werden, zu untersuchen.

2. Zwischen dem 9. Februar 2010 und dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II

Das BVerfG hat für diesen Zeitraum eine – vermeintlich – klare Anordnung getroffen: Um die Gefahr einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG in der Übergangszeit bis zur Einführung einer entsprechenden Härtefallklausel zu vermeiden, müsse die verfassungswidrige Lücke für die Zeit ab der Verkündung des Urteils durch eine entsprechende Anordnung des BVerfG geschlossen werden. Die Anordnung des BVerfG lautet insoweit:

»Bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber wird angeordnet, dass dieser Anspruch nach Maßgabe der Urteilsgründe unmittelbar aus Artikel 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG zu Lasten des Bundes geltend gemacht werden kann.«

Es soll an dieser Stelle noch nicht darauf eingegangen werden, ob damit auch eine Rückwirkung für die Zeit vor dem 9. Februar 2010 angeordnet worden ist – hier geht es zunächst um die Zeit zwischen dem 9. Februar und dem 3. Juni 2010. Fraglich ist, ob die vom BVerfG erkannte Notwendigkeit, Bedarfe über die Regelleistung hinaus zu decken und die bis zum 3. Juni 2010 fehlende ausdrückliche Kodifizierung insoweit anstatt eines Anspruchs unmittelbar aus der Verfassung auch einen Rückgriff auf die »alte« eingangs dargelegte Lösung über § 73 SGB XII, zumindest soweit es die vom BSG hierzu entwickelten Grundsätze angeht, zulässt³⁹. Hierzu sei zweierlei angemerkt:

1. Vergleicht man die vom BVerfG formulierten Anforderungen an einen Härtefallbestand und die Ausformung des Anspruchs aus § 73 SGB XII in der »Hygieneartikel-Entscheidung«⁴⁰, ergeben sich zahlreiche parallele Überlegungen. Durch den vom BSG geforderten Grundrechtsbezug des geltend gemachten Bedarfs wird zB. sichergestellt, dass es sich um einen unabwiesbaren Bedarf handelt. Die ausdrückliche Bezugnahme auf die Bagatellgrenze gewährleistet, dass nur solche Bedarfe im Wege der Härteleistung gedeckt werden, die – würden sie nicht gedeckt – das menschenwürdige Existenzminimum gefährdeten.
2. Wenn jedoch ein Anspruch auf einer einfachgesetzlichen Grundlage durchgesetzt werden kann, bedarf es

eines direkt aus der Verfassung abgeleiteten Anspruchs daneben nicht. So versteht auch der 14. Senat des BSG das BVerfG, das seiner Ansicht nach die Rechtsprechung des BSG zu § 73 SGB XII gebilligt und lediglich kritisiert habe, dass diese Rechtsprechung keine Gewähr dafür biete, dass sämtliche atypischen Bedarfslagen berücksichtigt würden⁴¹. Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass Leistungen nach § 73 SGB XII zu Lasten des Sozialhilfeträgers gehen und bei einem direkt aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch die Kosten nach der ausdrücklichen Anordnung des BVerfG der Bund zu tragen hat. Eine Verschiebung der Kostenlast mag allerdings für den Zeitraum zwischen dem 9. Februar und dem 2. Juni 2010 hinnehmbar sein.

3. Nachwirkungen auf die Zeit vor dem 9. Februar 2010

Für die Zeit vor dem 9. Februar 2010 kann man sogleich bei der eben erwähnten Entscheidung des BSG zu den »Hygieneartikeln« verbleiben. Streitgegenständlich betroffen war dort die Zeit vom 1. November 2007 bis 30. April 2008. Der 14. Senat geht – wie eben dargelegt – davon aus, dass der vom BVerfG geforderte verfassungsrechtliche Anspruch bei unabwiesbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfen nur dann eingreift, wenn nicht bereits auf Grund einfach-gesetzlicher Regelungen eine Leistungsgewährung möglich ist. Legt man diesen Ansatz zu Grunde, so kommt es letztlich nicht darauf an, was das BVerfG am 24. März 2010 im Rahmen eines Nichtannahmebeschlusses ausgeführt hat:

»Höhere Leistungen für den streitgegenständlichen Zeitraum ergeben sich auch nicht aufgrund der in dem genannten Urteil (Anm. vom 09. Februar 2010) geschaffenen Härtefallregelung, denn diese gilt nicht rückwirkend für Zeiträume, die vor der Verkündung dieses Urteils liegen. Von einer rückwirkenden Übergangsregelung hat das BVerfG ebenso abgesehen wie von einer Verpflichtung des Gesetzgebers, auch für zurückliegende Leistungszeiträume eine Öffnungsklausel zu schaffen.«⁴²

39 AA. LSG Baden-Württemberg, 3.8.2010 – L 13 AS 3318/10 ER-B.

40 BSG, 19.8.2010 – B 14 AS 13/10 R.

41 BSG, 19.8.2010 – B 14 AS 13/10 R, Rn. 23.

42 BVerfG, 24.3.2010 – 1 BvR 395/09 – Reaktion auf die Entscheidung des 4. Senats des BSG, 18.2.2010 – B 4 AS 29/09 R – BSGE 105, 279 = SozR 4 – 1100 Art. 1 Nr. 7.

Unabhängig davon, ob es, wie aus dem BMAS vertreten worden ist, notwendig war, den Härteleistungsanspruch auf den in der Regelungsanordnung bestimmten Zeitraum zu beschränken, weil das BVerfG gerade keinen verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch in Härtefällen anerkannt habe, sondern der konkrete Leistungsanspruch regelmäßig nur aus dem Grundrecht und dessen einfachgesetzlicher Umsetzung, hier nur ausnahmsweise aus dem Grundrecht und der (das Gesetz ersetzenden) verfassungsgerichtlichen Regelungsanordnung folge⁴³ – unabhängig auch von der Frage der Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG im Rahmen des § 31 Abs. 1 BVerfGG⁴⁴, ändert auch diese Entscheidung nichts daran, dass zumindest ein Anspruch nach § 73 SGB XII bei Vorliegen eines »Härtebedarfs« als Anspruchsgrundlage zu prüfen ist. Dies scheint auch das BVerfG nicht auszuschließen, wenn es in der Nichtannahmeentscheidung heißt:

»Ein Anspruch gegen den Sozialhilfeträger nach § 73 SGB XII war offensichtlich nicht Gegenstand des sozialgerichtlichen Verfahrens«.

Zudem bleibt es bei der Überlegung des 4. Senats des BSG, dass die Verfassungswidrigkeit der Unterdeckung eines Bedarfs nicht erst durch eine verfassungsgerichtliche Anordnung entstehen kann, zumindest dann nicht, wenn der Maßstab für die Verpflichtung zur Deckung des Bedarfs die Menschenwürde iVm. dem Sozialstaatsprinzip sind.

Damit stellt sich allerdings die Frage, unter welchen Bedingungen ein solcher Anspruch auf eine »Sonderleistung« aus § 73 SGB XII – neben den tatbestandlichen Voraussetzungen – in Betracht kommt. Auf die soeben bereits angeschnittene Kostenfolge sei hier nochmals hingewiesen. Der 4. Senat des BSG hat insoweit eine Begrenzung vorgenommen⁴⁵. Seiner Ansicht nach besteht eine Ermittlungspflicht im Hinblick auf Härtebedarfe grundsätzlich nur unter zwei Bedingungen. Zum einen müssten in dem betreffenden Verfahren bereits Anhaltspunkte tatsächlicher Natur für das Vorliegen einer atypischen Bedarfslage gegeben sein. Ermittlungen von Verwaltung und Gerichten ins Blaue hinein seien nicht geboten. Zum anderen müsse es sich um ein laufendes, noch nicht abgeschlossenes Verfahren handeln⁴⁶. Damit ist der Senat weiter gegangen, als in der Literatur zunächst angenommen und hat nicht nur für noch nicht abgelaufene Bewilligungszeiträume⁴⁷, sondern auch in noch laufenden Ver-

fahren für Zeiträume vor dem 9. Februar 2010 eine »Prüfungspflicht« im Hinblick auf die »Härteleistung« angenommen. Dies folgt zwanglos aus dem Meistbegünstigungsgrundsatz⁴⁸. Fraglich ist allein die Anwendung von § 44 SGB X (Rücknahme von rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakten mit Wirkung für die Vergangenheit). Grundsätzlich ist seine Anwendbarkeit auch in Verfahren nach dem SGB II gegeben.⁴⁹ Ist der Härteleistungsanspruch für Zeiträume bis zum 2. Juni 2010 auf § 73 SGB XII zu stützen, so ändert die Entscheidung des BVerfG nichts daran, auch in diesen Fällen auf § 44 SGB X zurückzugreifen. Hier gilt es allerdings zu bedenken, ob der Bedarf, der offensichtlich in der Vergangenheit gedeckt worden ist, im Nachhinein noch als »unabweisbarer« bewertet werden kann. Soweit es einen Anspruch unmittelbar aus der Verfassung betrifft, wäre zudem §§ 40 Abs. 1 Nr. 1 SGB II aF. iVm. 44 SGB X und 330 Abs. 1 SGB III zu beachten. Nach § 330 Abs. 1 SGB III, der über § 40 Abs. 1 Nr. 1 SGB II aF. (nunmehr § 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II idF. des RegelbedarfsÄndG vom 24. März 2011⁵⁰) in dem Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende entsprechend Anwendung findet, ist § 44 SGB X nur unter folgender zeitlicher Einschränkung heranzuziehen: Der Bescheid ist nur mit Wirkung für die Zeit nach der Entscheidung des BVerfG oder ab dem Bestehen der ständigen Rechtsprechung zurückzunehmen, wenn der Verwaltungsakt auf einer Rechtsnorm beruht, die nach Erlass des Bescheides für nichtig oder für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist. Ob dieses auch gilt, wenn die Verfassungswidrigkeit auf einer Regelungslücke beruht, die zudem einen Anspruch immerhin ua. aus Art. 1 Abs. 1 GG nach sich zieht, ist bisher nicht höchst-

43 Groth, in: jurisPR-SozR 13/2010 Anm. 2 zur Entscheidung des BSG, 18.2.2010 – B 4 AS 29/09 R – BSGE 105, 279 = SozR 4–1100 Art 1 Nr. 7.

44 Vgl. Wenner, SozSich 2010, 188; s. auch Düring, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand 11/2010, § 21 SGB II Rn. 48.

45 BSG, 18.2.2010 – B 4 AS 29/09 R – BSGE 105, 279 = SozR 4–1100 Art. 1 Nr. 7.

46 BSG, 18.2.2010 – B 4 AS 29/09 R, Rn. 31 – BSGE 105, 279 = SozR 4–1100 Art. 1 Nr. 7.

47 S. Wenner, SozSich 2010, 151.

48 S. zum Meistbegünstigungsgrundsatz nur: BSG, 1.6.2010 – B 4 AS 89/09 R, SozR 4–4200, § 11 Nr. 29; BSG 22.3.2010 – B 4 AS 62/09 R – SozR 4–4200, § 22 Nr. 38; BSG, 6.5.2009 – B 11 AL 37/07 R – SozR 4–4300, § 73 Nr. 1; BSG 3.8.1995 – 7 RA 62/94 – SozR 3–4100, § 107 Nr. 9.

49 BSG, 1.6.2010 – B 4 AS 78/09 R, SozR 4 – 4200, § 22 Nr. 36; s. nunmehr auch § 40 Abs. 1 S. 1, SGB II idF. des RegelbedarfsÄndG vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 453.

50 BGBl. 2011 I, S. 453.

richterlich geklärt⁵¹. Die Frage kann jedoch auch dahinstehen, wenn statt dessen § 73 SGB XII als Anspruchsgrundlage gewählt wird.

4. Nach dem 3. Juni 2010

Wenn auch erst im nachfolgenden Kapitel der Tatbestand des § 21 Abs. 6 SGB II im Einzelnen untersucht werden soll, so stellen sich vorab zwei Fragen. Zum einen gilt es zu klären, ab wann Ansprüche erfolgreich auf § 21 Abs. 6 SGB II gestützt werden können und zum anderen, ob neben § 21 Abs. 6 SGB II ein Anspruch auch weiterhin aus § 73 SGB XII folgen kann.

Das Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II ist im Gesetz zur Abschaffung des Finanzplanungsrates vom 27. Mai 2010 klar geregelt worden. Die Vorschrift ist nach dessen Art. 4 Abs. 2 am 3. Juni 2010 in Kraft getreten⁵². Ihr ist keine Rückwirkung beigemessen worden und sie ist ihr auch nicht beizumessen⁵³. Wie zuvor dargelegt, ist für Zeiträume vor dem 3. Juni 2010 ebenso wie für solche vor der Entscheidung des BVerfG auf § 73 SGB XII oder eventuell auf einen Anspruch direkt aus der Verfassung zurückzugreifen⁵⁴.

Zu der zweiten Frage, ob neben oder eher wohl statt des Anspruchs aus § 21 Abs. 6 SGB II weiterhin ein Anspruch aus § 73 SGB XII gegeben sein kann und der Gesetzgeber mit § 21 Abs. 6 SGB II die Vorgaben des BVerfG ordnungsgemäß umgesetzt hat, haben sich etliche Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit bereits positioniert. Vorab eine kurze Einschätzung der Bundesagentur für Arbeit insoweit. In ihren Fachlichen Hinweisen zu § 21 Abs. 6 SGB II heißt es:

»Ein Verweis auf Leistungen nach § 73 SGB XII ist seit dem 9. Februar 2010 nicht mehr zulässig.«⁵⁵

Unter Hinweis darauf, dass mit der Einfügung des § 21 Abs. 6 SGB II nF. zugleich § 3 Abs. 3 S. 2 SGB II aufgehoben wurde, besteht nach Auffassung etlicher Gerichte jedenfalls seit dem 3. Juni 2010 keinerlei Grundlage und auch keine Veranlassung mehr, im gegebenen Zusammenhang Vorschriften des SGB XII im Anwendungsbereich des SGB II entsprechend anzuwenden⁵⁶. Nach § 3 Abs. 3 S. 2 SGB II in der Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende vom 20. Juli 2006⁵⁷ war eine abweichende Festlegung der Bedarfe nach dem SGB II ausgeschlossen. Die Frage ist höchststrichterlich noch nicht geklärt. Ob allerdings der einfache Hin-

weis auf die Aufhebung des § 3 Abs. 3 S. 2 SGB II genügt, erscheint eher fraglich. Sicherlich waren – wie eingangs dargelegt – Gründe für das »Ausweichen« in das SGB XII in der bisherigen Begrenzung der Leistungsansprüche durch Pauschalierung und den in ihrem Anwendungsbereich engen Mehrbedarfsleistungsansprüchen zu suchen. Andererseits hat der Gesetzgeber die Regelungen des § 5 Abs. 2 SGB II und § 21 SGB XII mit der Einführung der Härteleistungsregelung nicht geändert, so dass dogmatisch der Weg zu Leistungen nach den §§ 47 bis 74 SGB XII bei Vorhandensein entsprechender Bedarfe nicht versperrt ist⁵⁸. Angesichts der verfassungsrechtlichen Dimension des Anspruchs auf Abgeltung bestimmter Arten grundrechtsrelevanter »Sonderbedarfe«⁵⁹ und der Formulierung des § 21 Abs. 6 SGB II nF. ist zudem nicht auszuschließen, dass auch diese Vorschrift ihre verfassungsrechtlichen Grenzen erreichen kann. Zu denken ist dabei etwa an Bedarfe, die nicht in dem Sinne laufend sind, dass sie innerhalb des Bewilligungszeitraums mehr als zwei Mal auftreten oder gar nur einmal in jedem Bewilligungszeitraum (Schulbedarf über den in den neuen Vorschriften zur Teilhabe und Bildung hinaus oder Kosten des Umgangsrechts bei weiten Entfernungen der Wohnorte oder Therapieaufwendungen, die nicht von der Krankenversicherung gedeckt, allerdings nicht wegen des zweifelhaften therapeutischen Nutzens ausgeschlossen sind). Dann gibt es zwei Möglichkeiten. Einerseits einen Rückgriff auf andere Anspruchsgrundlagen oder – dieser Lösung ist wohl Priorität einzuräumen – andererseits eine »weite« Auslegung des § 21 Abs. 6 SGB II nF., um eben der verfassungsrechtlichen Dimension dieser Art der Bedarfsdeckung

51 Zur Frage der bundeseinheitlichen Verwaltungspraxis als Voraussetzung für die beschränkte Rücknahmemöglichkeit nach § 330 Abs. 1 SGB III s. BSG, 21.6.2011 – B 4 AS 118/10 R.

52 BGBl. 2010 I, S. 672.

53 LSG Baden-Württemberg, 3.8.2010 – L 13 AS 3318/10 ER-B; LSG Schleswig-Holstein, 26.10.2010 – L 3 AS 181/10 B ER.

54 LSG Baden-Württemberg, 3.8.2010 – L 13 AS 3318/10 ER-B; nicht mehr für die Zeit nach dem 3.6.2010 LSG Rheinland-Pfalz, 24.11.2010 – L 1 SO 133/10 B ER.

55 Fachliche Hinweise der BA zu § 21 Abs. 6 SGB II, Stand 8.6.2010, vor Rn. 21, 33.

56 LSG Berlin-Brandenburg, 9.6.2010 – L 34 AS 2009/09 NZB; LSG Schleswig-Holstein, 26.10.2010 – L 3 AS 181/10 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, 24.11.2010 – L 1 SO 133/10 B ER; SG Bremen, 6.1.2011 – S 21 AS 2626/10 ER.

57 BGBl. 2006 I, S. 1706.

58 So auch *Lauterbach*, ZfSH/SGB 2010, 403, 406 f.; vgl. zur Haushaltshilfe für erwerbsfähige Hilfebedürftige *Knickrehm*, NZS 2007, 128.

59 BSG, 19.8.2010 – B 14 AS 13/10 R.

gerecht zu werden. Der Wortlaut des § 73 SGB XII ließe an dieser Stelle allerdings größere Spielräume. Jedenfalls ist ein Appell zu sehr sorgfältigem Umgang mit einschränkenden Auslegungen des § 21 Abs. 6 SGB II nF. ebenso angezeigt, wie der Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber mit § 21 Abs. 6 SGB II nF. die Formulierungen des BVerfG nahezu 1:1 in den Gesetzestext übernommen hat, was im nachfolgenden Abschnitt nachvollzogen werden wird. Zumindest die Frage nach der verfassungskonformen Umsetzung – jedenfalls soweit es die Vorgaben des BVerfG aus der Entscheidung vom 9. Februar 2010 betrifft – stellt sich mithin nicht.

III. Tatbestand des § 21 Abs. 6 SGB II

1. Vorbemerkung

Das BVerfG hat tenoriert:

»Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherstellung eines unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarfs für die nach § 7 SGB II Leistungsberechtigten vorzusehen, der bisher nicht von den Leistungen nach §§ 20 ff SGB II erfasst wird, zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums jedoch zwingend zu decken ist.«⁶⁰

Der erste Teil dieser Anordnung findet sich in § 21 Abs. 6 SGB II sogleich wörtlich wieder. Allerdings geht der Normtext dann noch darüber hinaus und bestimmt den »unabweisbaren Bedarf« wie folgt: »Der Mehrbedarf ist unabweisbar, wenn er insbesondere nicht durch die Zuwendungen Dritter sowie unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten der Leistungsberechtigten gedeckt ist und seiner Höhe nach erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht.«⁶¹ Auch diese Formulierung entstammt allerdings fast wörtlich der Entscheidung des BVerfG. Dort heißt es, der besondere Bedarf entstehe erst, wenn er so erheblich sei, dass die Gesamtsumme der dem Hilfebedürftigen gewährten Leistungen – einschließlich der Leistungen Dritter und unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten des Hilfebedürftigen – das menschenwürdige Existenzminimum nicht mehr gewährleiste. Die erhebliche Abweichung von dem durchschnittlichen Bedarf hat der Gesetzgeber einerseits der Regelung des § 28 Abs. 1 S. 2 SGB XII in der bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung entnommen und andererseits

auch den Ausführungen des BVerfG zu dem, was durch die pauschalierte Regelleistung abgebildet wird. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift drängen sich mithin nicht auf, wenngleich eine sozial- und rechtspolitische Lösung des Problems über eine Öffnungsklausel vergleichbar der des vormaligen § 28 Abs. 1 S. 2 SGB II⁶² möglicherweise Vorteile gehabt hätte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die im Vorlagebeschluss des 14. Senats des BSG⁶³ aufgeworfene Frage der Ungleichbehandlung von Kindern, die über ihre Eltern dem System des SGB XII zugeordnet sind, im Verhältnis zu solchen, die allein auf Grund der Erwerbsfähigkeit ihrer Eltern mit den nach wie vor deutlich weniger flexiblen Leistungen des SGB II leben.

2. Anspruchsberechtigter Personenkreis

Anspruchsberechtigt im Hinblick auf die Leistung nach § 21 Abs. 6 SGB II sind sowohl der erwerbsfähige Leistungsberechtigte, als auch die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden nicht erwerbsfähigen Angehörigen⁶⁴. Dieses folgt aus § 19 SGB II ff. § 19 Abs. 1 S. 3 SGB II nF.⁶⁵ spricht insoweit eine deutliche Sprache. Dort heißt es wörtlich: Die Leistungen – Arbeitslosengeld II (Satz 1) und Sozialgeld (Satz 2) umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung. Der neue § 23 SGB II – vormals § 28 SGB II – sieht zudem die Anwendung der §§ 20 bis 22c SGB II vor, lediglich ergänzt um im Einzelnen geregelte Maßgaben.

3. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

a) Mehrbedarf im Einzelfall

Bereits das Wort »Mehrbedarf« lässt Aufschluss darüber zu, was hinter der Leistung des § 21 Abs. 6 SGB II steht. Ihr muss ein Bedarf zu Grunde liegen, der über denjeni-

60 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09 – BVerfGE 125, 175 = BGBl. 2010 I, S. 193.

61 § 21 Abs. 6 SGB II idF. des RegelbedarfsänderungsG vom 24.3.2011 mWv. 1.4.2011, BGBl. 2011 I, 453.

62 Nunmehr § 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII.

63 BSG – Vorlagebeschluss an das BVerfG, 27.1.2009 – B 14 AS 5/08 R und B 14 AS 9/07 R, Sozialrecht aktuell 2009, 111.

64 BT-Drs. 17/1465, S. 9; vgl. auch *Lauterbach*, ZFSH 2010, 403.

65 Gesetz zur Neubemessung der Regelsätze und Änderung des SGB II und SGB XII, BGBl. 2011 I, S. 453.

gen hinaus geht, der durch die Regelleistung als gedeckt angesehen wird. Nach der Neuformulierung des § 20 Abs. 1 SGB II deckt die Regelleistung insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf die Heizung und auf die Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile sowie persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens ab. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehört danach auch in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft. Anders als nach § 23 Abs. 1 SGB II aF. bzw. § 24 Abs. 1 S. 1 SGB II nF. kommt es im Rahmen des § 21 Abs. 6 SGB II jedoch nicht darauf an, ob es sich um einen Bedarf handelt, der grundsätzlich von der Regelleistung umfasst ist oder einen solchen, der sich unter den in § 20 SGB II aufgezählten Bedarfen nicht wiederfindet. Dieses folgt aus der Entscheidung des BVerfG, das den »Sonderbedarf« als einen von der Pauschale seiner Art nach nicht erfassten oder einen solchen atypischen Umfangs umschrieben hat⁶⁶. Im Gesetzestext wird der Mehrbedarf daher – ebenfalls der Formulierung des BVerfG folgend – mit dem Tatbestandsmerkmal des »besonderen« Bedarfs verknüpft. Hieraus folgt umgekehrt, ein besonderer Bedarf ist dann nicht vorhanden, wenn er nach Art und Umfang typischerweise bei Leistungsberechtigten nach dem SGB II auftritt. *Lauterbach* schließt daher solche Bedarfe aus, die von der Regelleistung bewusst unzureichend, insbesondere in unzureichendem Umfang erfasst worden sind⁶⁷. Hier befindet er sich in Gesellschaft mit dem 14. Senat des BSG, der zum Bedarf für Kinderkleidung entschieden hat: »Der besondere Aufwand für Bekleidung, der bei Kindern wachstums- und verschleißbedingt entsteht, ist als kinderspezifischer, regelmäßiger Bedarf mit der Regelleistung zu decken.«⁶⁸ Nur wenn es sich um einen erheblich von dem durchschnittlichen Bedarf abweichenden Bedarf handelt, etwa aufgrund eines außergewöhnlichen Wachstumschubes im Unterschied zu anderen gleichaltrigen Kindern, könne von einem besonderen Bedarf ausgegangen werden. Bei kurzfristig entstehenden Bedarfsspitzen, die aus der laufenden Regelleistung nicht zu decken seien, komme vorrangig die Gewährung eines Darlehens nach § 23 Abs. 1 SGB II – jetzt § 24 Abs. 1 S. 1 SGB II – in Betracht.

Abzugrenzen sind die über § 21 Abs. 6 SGB II zu deckenden Bedarfe auch gegen die bereits in den Abs. 2 bis 5 und 7 des § 21 SGB II benannten Bedarfslagen. Nach

dem Sinn und Zweck der »Härteleistung« wird zwar in der Regel dann, wenn eine Bedarfsdeckung über Leistungen nach den Abs. 2 bis 5 erfolgt, nicht mehr von einem besonderen Bedarf iS. des § 21 Abs. 6 SGB II auszugehen sein können⁶⁹. Die neue Härteleistung soll trotz der Mehrbedarfsleistung verbleibende Härten abmildern, also solche Bedarfslagen erfassen, die nicht schon durch andere Leistungen ausgeglichen werden. Bei der medizinisch bedingten, kostenaufwendigen Ernährung scheiden damit schon aus systematischen Gründen darüber hinausgehende Härteleistungen aus, denn § 21 Abs. 5 SGB II sieht einen Ausgleich des tatsächlichen Aufwandes in angemessener Höhe vor. Auszuschließen ist jedoch nicht, dass über den pauschalierten Leistungsumfang der Abs. 2 bis 4 des § 21 SGB II hinaus weiterer Bedarf entstehen kann, der im Interesse der Sicherung des Existenzminimums durch Leistungen der Grundsicherung zu decken ist⁷⁰. Wie zuvor dargelegt, verlangt § 21 Abs. 6 SGB II nicht, dass der erhöhte Bedarf nicht dem Grunde nach von der Regelleistung umfasst sein darf. Im Gegenteil, wenn der Umfang des Bedarfs in atypischen Bedarfslagen höher ist als in der pauschalierten Regelleistung vorgesehen, kann bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen ein Leistungsfall des § 21 Abs. 6 SGB II gegeben sein. Bei den Leistungen nach § 21 Abs. 2 bis 4 SGB II handelt es sich jedoch ebenso wie bei der Regelleistung um vom Umfang her pauschalierte Leistungen, die nur einen durchschnittlichen Bedarf abbilden. Auch hier kann der konkrete Bedarf im Einzelfall höher sein⁷¹.

Damit ergibt sich zugleich auch schon die Verknüpfung mit dem nächsten Tatbestandsmerkmal, dem Einzelfall. Das Tatbestandsmerkmal des Einzelfalls soll

66 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09, Rn. 206; BVerfGE 125, 175 = BGBl. I 2010, S. 193.

67 *Lauterbach*, ZfSH/SGB 2010, 403.

68 BSG, 23.3.2010 – B 4 AS 81/08 R – SozR 4–4200 § 20, Nr. 8; s. zur Bekleidung allgemein BT-Drs. 17/1465, S. 9.

69 So für alle Fälle, in denen Bedarfslagen nach § 21 Abs. 2 bis 5 SGB II gegeben sind: Fachliche Hinweise der BA vom 8.6.2010 – Rn. 21.35, <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Publikation/pdf/Gesetzestext-21-SGB-II-Leistungen-Mehrbedarfe.pdf> (17.10.2011)

70 Beispiele: Eine alleinstehende Schwangere, die auf Grund von Schwangerschaftskomplikationen bettlägerig ist und etwa schon vor der 12. Woche oder vom Umfang her Hilfen bedarf, die nicht durch § 21 Abs. 2 oder andere Sozialleistungsträger gedeckt sind. Ähnliches ist vorstellbar bei einer Alleinerziehenden nach § 21 Abs. 3 SGB II mit einem gesundheitlich eingeschränkten Kind.

71 S. hierzu BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09, Rn. 204 ff. – BVerfGE 125, 175 = BGBl. 2010 I, S. 193.

sicherstellen, dass nicht bereits die auch nach der Entscheidung des BVerfG hinzunehmenden und bewussten »Aussparungen« bei der Bestimmung des Umfangs des Regelbedarfs – wie auch bei der Bemessung der Pauschalen der Abs. 2 bis 4 des § 21 SGB II –, die alle SGB II-Leistungsbezieher betreffen, zur Gewährung der Härteleistung führen können⁷², sondern immer nur besondere Bedarfslagen eben im Einzelfall. Der Begriff des Einzelfalls sollte allerdings nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass es sich nicht auch um Fallkonstellationen handeln könne, die bei einer Vielzahl von Leistungsberechtigten auftreten. Es muss eben nur eine Bedarfslage bei dem einzelnen Leistungsberechtigten auftreten, die zu einem besonderen Bedarf führt. Vor diesem Hintergrund sind auch die in der der BT-Drs. 17/1465 zum Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates benannten »Negativbeispiele« nicht unproblematisch, soweit dort Fallgestaltungen benannt werden, in denen grundsätzlich kein zu übernehmender zusätzlicher Mehrbedarf entsteht, wie etwa Schulmaterialien und Schulverpflegung, Bekleidung bzw. Schuhe in Über- oder Untergrößen und nicht von § 21 Abs. 5 SGB II umfasster krankheitsbedingter Ernährungsaufwand.⁷³ Hier ist die Bewertung der Gerichte zum Teil eine andere⁷⁴.

b) Bedarfslage

Der Begriff des Bedarfs in § 21 Abs. 6 SGB II hat verschiedene Facetten. Im Gesetz wird er als unabweisbarer, laufender, nicht nur einmaliger besonderer Bedarf umschrieben. Die Begriffsbestimmung hat neben dieser qualitativen jedoch auch eine quantitative Seite. Das qualitative Tatbestandsmerkmal der »Unabweisbarkeit« wird im zweiten Satz rein quantitativ – gleichsam erläuternd – bestimmt. Quantitativ gesehen muss der Bedarf, um unabweisbar zu sein, erheblich vom Durchschnitt abweichen oder – dieses ist umstritten – anders ausgedrückt nicht nur geringfügig und nicht durch Dritte oder eigene Einsparmöglichkeiten zu decken sein.

(1). Qualitative Bestimmung des Bedarfs

Das BVerfG hat zur Feststellung der Unabweisbarkeit des Bedarfs im Tenor die Formel verwendet, der Gesetzgeber habe eine »Härteleistung« bei der Neuregelung vorzusehen für Bedarfe, die im Interesse der: »... Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ... zwingend zu

decken ...« sind. In dem Wort »zwingend« kommt die der Härteleistung innewohnende Begrenzung zum Ausdruck. Es sollen nur die Bedarfe durch weitere Leistungen gedeckt werden, die ansonsten zu einem Unterschreiten des Existenzminimums führen. Insoweit handelt es sich jedoch um Einzelfälle – Ausnahmen, denn grundsätzlich hat das BVerfG die Leistungen nach dem SGB II als zur Sicherung des existenziellen Bedarfs ausreichend befunden und festgestellt, sie seien nicht verfassungswidrig evident zu niedrig. So formuliert das BVerfG auch deutlich: »Der zusätzliche Anspruch auf eine Härteleistung dürfte angesichts seiner engen und strikten Tatbestandsvoraussetzungen nur in seltenen Fällen entstehen«⁷⁵. Im Hinblick darauf, dass das BVerfG den Bedarf, der die Härteleistung auslösen kann, zugleich als »besonderen« Bedarf umschrieben hat und die Erforderlichkeit der Gewährleistung der Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben auf ein Mindestmaß beschränkt, ist Lauterbach zuzustimmen, wenn er eine allgemeine Ausweitung des Leistungsumfangs im Bereich Freizeit, Unterhaltung und Kultur mit der Härteleistung nicht für erreichbar hält⁷⁶.

Der Begriff der »Unabweisbarkeit« ist im Recht der Existenzsicherung auch kein unbekannter. Bereits seit Inkrafttreten des SGB II gehen die Grundsicherungsträger und Gerichte mit ihm im Rahmen des § 23 Abs. 1 S. 1 SGB II um. Aber auch § 27a Abs. 4 S. 3 SGB XII aF. enthält das Tatbestandsmerkmal der »Unabweisbarkeit«. Nach der Rechtsprechung des BSG ist ein unabweisbarer Bedarf nur ein solcher, der – abgesehen von der quantitativen Seite – auch nicht durch alternative Handlungen, wie etwa im Falle der notwendigen Reparatur eines Kfz durch Nutzung anderer Mittel zur Gewährleistung der Mobilität⁷⁷ gedeckt werden kann. Daneben darf die Bedarfsdeckung auch nicht aufschiebbar⁷⁸ sein, wenn sie unabweisbar sein soll. Der Bedarf muss zudem konkret

72 SG Stuttgart, 7.7.2010 – S 24 AS 3645/10 ER.

73 BT-Drs. 17/1465, S. 9.

74 SG Wiesbaden, 11.10.2010 – S 23 AS 766/10 ER – ZfSH/SGB 2010, 694; BSG 19.8.2010 – B 14 AS 13/10 R.

75 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09, Rn. 208 – BVerfGE 125, 175 = BGBl. 2010 I, S. 193.

76 Lauterbach, ZfSH/SGB 2010, 403, 405.

77 BSG, 1.6.2010 – B 4 AS 63/09 R; s. zur Verhütung durch andere Methoden als die der Sterilisation LSG Baden-Württemberg, 13.12.2010 – L 13 AS 4732/10 B; zur Zurücklegung des Weges zur Firmung anders als durch ein gemietetes Fahrzeug Bayerisches LSG, 13.10.2010 – L 11 AS 729/10 B ER.

78 Zur Dringlichkeit der Bedarfsdeckung s. Mrozynski, SGB 2010, 677.

bestimmbar sein – der allgemeine Vortrag, durch eine bestimmte Situation entstehe ein zusätzlicher Bedarf, ohne dass dieser bezifferbar wäre, reicht nicht aus, um von dessen Unabweisbarkeit auszugehen⁷⁹. Einer Entscheidung des 14. Senats zur Erstaussstattung einer Wohnung, wenn sie in gewissem Umfang bereits ausgestattet ist, ist allerdings zu entnehmen, dass auch beim unabweisbaren Bedarf hinsichtlich des Standards auf die herrschenden Lebensgewohnheiten unter Berücksichtigung einfacher Verhältnisse abzustellen ist⁸⁰. In diesem Rahmen muss es sich um einen besonderen Bedarf handeln. Besonders, weil er im Einzelfall auftritt und von dem abweicht, was regelhaft als zur Bedarfsdeckung erforderlich aber auch ausreichend definiert wird.

Das Tatbestandsmerkmal »laufend« scheint auf den ersten Blick »unproblematisch« zu sein. Erfolgt doch dadurch die Abgrenzung zu den einmalig auftretenden Bedarfsspitzen, die durch ein Darlehen nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB II aF. (§ 24 Abs. 1 SGB II nF.) gedeckt werden können. Insoweit handelt es sich im Tatbestand um eine Doppelung, wenn dort ein laufender nicht nur einmaliger Bedarf als Leistungsvoraussetzung normiert wird. Aber bereits beim zweiten Blick wird deutlich, dass auch hier Unschärfen in der praktischen Anwendung zu bereinigen sein werden. Die Unschärfen zeigen sich bereits beim Lesen der Begründung zur »Härteleistung« im Gesetzentwurf. In der Bundestagsdrucksache wird der laufende Bedarf als ein längerfristiger, regelmäßig wiederkehrender, dauerhafter umschrieben. Die Unstimmigkeiten liegen auf der Hand, denn ein längerfristiger Bedarf muss weder unbedingt ein laufender, noch ein dauerhafter sein. Ein laufender Bedarf ist auch nicht zwangsläufig regelmäßig⁸¹. Noch fraglicher wird es, wenn in der Begründung für die Beurteilung der Regelmäßigkeit auf den Bewilligungszeitraum abgestellt werden soll⁸². Es erscheint daher notwendig⁸³, sich insoweit auf den systematischen Zusammenhang sowie den Sinn und Zweck dieses Tatbestandsmerkmals zu besinnen. Bereits eingangs ist darauf hingewiesen worden, dass das Merkmal »laufend« im Zusammenhang mit der Abgrenzung zu Bedarfen steht, die wegen ihrer »Einmaligkeit« über eine Darlehensgewährung nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB II aF. (§ 24 Abs. 1 S. 1 SGB II nF.) ausgeglichen werden können. Hieraus ist zu folgern, dass laufende Bedarfe solche sind, die prognostisch – zumindest im nächsten Bewilligungszeitraum (?) – wieder entstehen, also umgekehrt, keine Aufwendungen

deren »Wieder«entstehen unbestimmt ist. Wollte man wiederkehrende Bedarfe mit einem Darlehen decken, so bestünde die Gefahr, dass eine Schuldenspirale entstünde⁸⁴. Dieses kann auch dann der Fall sein, wenn ein größerer Bedarf nur einmal im Bewilligungszeitraum auftritt, aber zu erwarten steht, dass er nicht nur einmalig ist, sondern im nächsten Bewilligungszeitraum wieder auftritt. Soweit hier eine Einschränkung im Hinblick auf den quantitativen Umfang der Leistung aufscheinen könnte, handelt es sich um eine Einschränkung, die den Leistungsvoraussetzungen ohnehin immanent ist, ohne dass sie an dieser Stelle bereits eingehend geprüft werden müsste. Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist der Bedarfsumfang eine Frage der quantitativen Seite der Bedarfslagen, die einen Leistungsanspruch nach § 21 Abs. 6 SGB II hervorrufen. Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal »laufender Bedarf« reicht die prognostische Möglichkeit – iS. einer Plausibilitätsprüfung⁸⁵, bei der zu einem bestimmten Zeitpunkt (Prognosezeitpunkt) für die Zukunft für einen bestimmten Sachverhalt vorhergesagt (prognostiziert) wird⁸⁶ –, dass er zumindest im nächsten Bewilligungszeitraum erneut auftreten wird. Dabei ist es jedoch nicht erforderlich, dass insoweit zeitlich oder der Höhe nach »Regelmäßigkeit« gegeben ist.

(2). Quantitative Bestimmung des Bedarfs

Die quantitative Seite des eine Härteleistung auslösenden Bedarfs ist schon für Zeiträume vor dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II vom 14. Senat des BSG im Rahmen der »Hygienebedarfsentscheidung« thematisiert worden. Er hat dort darauf hingewiesen, dass der Bedarf, der zu Leistungen nach § 73 SGB XII führt, nicht nur geringfügig sein dürfe⁸⁷. Seinen Ausdruck findet die Forderung nach mehr als Geringfügigkeit des Bedarfs innerhalb des Tatbestandes des § 21 Abs. 6 SGB II in der Anforderung der

79 BSG, 18.2.2010 – B 4 AS 29/09 R – BSGE 105, 279 = SozR 4–1100 Art. 1 Nr. 7.

80 BSG, 20.8.2009 – B 14 AS 45/08 R, SozR 4–4200 § 23 Nr. 5.

81 So auch Klerks, info also 2010, 56, 57.

82 BT-Drs. 17/1465, S. 9.

83 Lauterbach, ZfSH/SGB 2010, 403, 405.

84 BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R, BSGE 97, 242 = SozR 4–4200, § 20 Nr. 1.

85 S. etwa BSG 23.11.2006 – B 11b AS 3/05 R, SozR 4–4200, § 16 Nr. 1.

86 BSG, 30.8.2007 – B 10 EG 6/06 R, SozR 4–7833, § 6, Nr. 4; 6.9.2007 – B 14/7b AS 60/06 R, SozR 4–4200, § 7, Nr. 5.

87 BSB, 19.8.2010 – B 14 AS 13/10 R, zur Veröffentlichung vorgesehen.

erheblichen Abweichung vom Durchschnitt und den fehlenden Möglichkeiten, den Bedarf durch andere Mittel zu decken, etwa durch Zuwendungen Dritter oder Einsparungen bei dem Einsatz der pauschalierten Regelleistung. Das Erfordernis der Abweichung vom Durchschnitt ergibt sich zwingend aus den vorhergehenden Darlegungen. Es darf sich bei »Sonderbedarf« nicht um einen Bedarf handeln, der jeden Leistungsberechtigten trifft, sondern eben um einen besonderen. Im Hinblick auf das Maß der Abweichung arbeitet die Norm mit der »Erheblichkeit«. Insoweit kann in Anlehnung an die Rechtsprechung des BSG zum Sozialhilferecht darauf abgestellt werden, dass es sich um eine Abweichung von nicht nur unbedeutendem wirtschaftlichem Umfang handeln muss⁸⁸.

Wann allerdings diese »Geringfügigkeitsgrenze« überschritten ist, ist im Gesetz nicht festgelegt worden. Zutreffend weist Lauterbach darauf hin, dass die Geringfügigkeitsgrenze nicht erst dann überwunden ist, wenn der Umfang des Bedarfs mindestens 10% der Regelleistung ausmacht⁸⁹. Eine solche Festlegung ist nicht sachgerecht. So hat das BVerfG nur die vorübergehende Kürzung der Regelleistung auf Grund von Darlehenstilgung in dieser Höhe für nicht beanstandenswert gehalten. Auch das BSG hat – wie oben bereits dargelegt – schon sehr früh darauf hingewiesen, dass bei Dauerbedarfen oder wiederholten Bedarfen die Bedarfsdeckung durch zu tilgendes Darlehen im Umfang bis zu 10% des Regelbedarfs wegen »chronischer Bedarfsunterdeckung« ungeeignet sei. Das Stichwort insoweit lautet: »Schuldenspirale«. Hieraus folgt, Einsparungen von bis zu 10% der Regelleistung zur Deckung eines unabwiesbaren Sonderbedarfs können nicht grundsätzlich als geringfügig gewertet werden. Wegen der Einzelfallbezogenheit der Bedarfslage, die zur Härtefallleistung führt, erscheint es ohnehin nicht sinnvoll eine feste Grenze zu bestimmen. Die Geringfügigkeit sollte vielmehr je nach Bedarfslage, etwa auch des »Wiederholungsrythmus« festgelegt werden. Die äußerste Grenze, also die, bei der umgekehrt unter keinen Umständen mehr Geringfügigkeit gegeben ist, ist allerdings im Hinblick auf die Tilgungsregelung in § 42a Abs. 2 SGB II nF. bei 10% des maßgebenden Regelbedarfs zu ziehen.

Der Hinweis darauf, dass die Leistungspflicht des Grundsicherungsträgers nicht besteht, wenn die Leistung durch Zuwendungen Dritter gedeckt wird, erscheint auf den ersten Blick systematisch überflüssig. Die Subsidiari-

tät der Leistungen des SGB II gegenüber anderen Formen der Bedarfsdeckung ist bereits in § 3 Abs. 3 S. 1 SGB II festgeschrieben, wenn es dort heißt: Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts dürfen nur erbracht werden, soweit die Hilfebedürftigkeit nicht anderweitig beseitigt werden kann. Zudem gibt es ein differenziertes System im SGB II, wann und in welcher Höhe Einnahmen als Einkommen bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu berücksichtigen ist. Fraglich ist damit, was unter »Zuwendungen Dritter« zu verstehen ist, die zur Deckung eines Härtebedarfs vorrangig eingesetzt werden müssen.

In der Regel wird mit dem Begriff der Zuwendung eine Form positiven sozialen Handelns verbunden. Dem Begriff wohnt dabei das Element der Freiwilligkeit ggf. sogar der Spende inne. Hieraus könnte zu schließen sein, dass es sich bei den »Zuwendungen Dritter« weder um die Leistungen anderer Sozialleistungsträger handeln kann, noch sonstige auf öffentlich-rechtlicher Grundlage oder privat-rechtlicher Vereinbarung gewährte Geldbeträge. Dafür spricht, dass Leistungen anderer Sozialleistungsträger nach § 5 Abs. 1 SGB II ohnehin Vorrang vor den Leistungen der Grundsicherung haben. Leistungen oder Zahlungen anderer öffentlich-rechtlicher Natur oder auf Grund privat-rechtlicher Vereinbarungen sind ebenfalls grundsätzlich Einkommen iS. des § 11 SGB II, das zur Bedarfsdeckung einzusetzen ist, auch zur Deckung eines Härtebedarfs. Zudem verwenden § 11a Abs. 4 und 5 SGB II den Begriff der Zuwendungen im Zusammenhang mit »freiwilligen Zahlungen« der freien Wohlfahrtspflege sowie anderer, die sie ohne rechtliche Verpflichtung erbringen. Allerdings ist die Rechtsfolge bei Zuwendungen im Sinne des § 11a Abs. 4 und 5 SGB II auf den ersten Blick die gegenteilige von der, die aus § 21 Abs. 6 SGB II folgt. Die Zuwendungen nach § 11a sind von der Berücksichtigung als Einkommen bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts auszunehmen, soweit sie nicht die Lage des Empfängers so günstig beeinflussen oder ihre Berücksichtigung für den Leistungsberechtigten grob unbillig wäre. Unter systematischen Gesichtspunkten ist zu überlegen, entsprechend dieser Regelung, nicht nur in

⁸⁸ BSG, 11.12.2007 – B 8 /9b SO 21/06 R, BSGE 99, 252 = SozR 4–3500, § 28, Nr. 3.

⁸⁹ Lauterbach, ZfSH/SGB 2010, 403.

Fällen der Freiwilligkeit der Zahlung von einer Zuwendung auszugehen, sondern ihren Einsatz zur Deckung eines besonderen Bedarfs vom Leistungsberechtigten auch nur dann zu verlangen, wenn die Zuwendung des Dritten zu eben diesem Zweck erfolgt. Ein Blick auf die weiteren Regelungen des SGB II zur Einkommensberücksichtigung verdeutlicht, dass diese einengende Auslegung des Begriffs der »Zuwendungen Dritter« sich bruchlos in das Gesamtsystem einfügt sowie dem Sinn und Zweck der differenzierten Einkommensberücksichtigung des Grundsicherungsrechts am ehesten gerecht wird. Wird etwa eine Leistung auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu einem ausdrücklich benannten Zweck erbracht (§ 11a Abs. 3 SGB II), wie beispielsweise die Eigenheimzulage, ist sie wegen dieser Zweckbestimmung von der Berücksichtigung als Einkommen ausgenommen, wenn sie nicht demselben Zweck dient, wie die SGB II-Leistung. Sie zur Deckung eines laufenden Härtebedarfs gleichwohl einsetzen zu müssen, würde ihrer Zweckbestimmung zu wider laufen. Besonders deutlich wird dieses, wenn die Eigenheimzulage sogleich zur Tilgung an den Darlehensgeber gezahlt wird. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf könnte allerdings zweifelhaft sein, ob die Ausnahme von der Einkommensberücksichtigung auch die »Zuwendungen Dritter« im Härtefall betreffen soll. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, Zuwendungen Dritter könnten in Form von Sach-, Geld- oder Dienstleistungen gewährt werden. Auf die rechtliche Einordnung als Einnahme komme es insofern nicht an⁹⁰. Letzteres erscheint aus systematischen Gründen jedoch kaum zu rechtfertigen. Es entstünde zumindest im Hinblick auf die zweckbestimmte Einnahme ein Zirkelschluss. Würde die Eigenheimzulage zur Deckung eines besonderen Härtebedarfs verwendet, erfolgte ihre Verwendung nicht zweckentsprechend – sie wäre sodann, nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG⁹¹, als Einkommen bei der Berechnung der Höhe der Regelleistung zu berücksichtigen. Damit stünde sie zur Deckung des »Härtefallbedarfs« ohnehin nicht mehr oder nur zum Teil zur Verfügung. Zugleich würde die Verpflichtung der Verwendung zur Härtebedarfsdeckung die Zweckentfremdung erzwingen. Ähnliches gilt für die Grundrente nach dem BVG sowie Renten oder Beihilfen, die nach dem BEG für Schaden an Leben sowie an Körper oder Gesundheit erbracht werden – bis zur Höhe der vergleichbaren Grundrente nach dem BVG. Sie

sind – anders als sonstige Sozialleistungen – nach § 11a Abs. 1 SGB II nF. nicht als Einkommen zu berücksichtigen. Es ist daher äußerst zweifelhaft, ob der Leistungsberechtigte verpflichtet werden könnte, sie zur Deckung eines »Härtefallbedarfs« zu nutzen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Beschädigtengrundrente nach § 31 Abs. 1 Satz 1 BVG wesentlich von der Vorstellung des ideellen Ausgleichs eines vom Einzelnen im Militärdienst (oder sonstiger »Opferlage« zB. nach dem OEG, SVG, Infektionsschutzgesetz, die jeweils auf die Vorschriften des BVG verweisen) für die staatliche Gemeinschaft erbrachten gesundheitlichen Sonderopfers geprägt und ist diese immaterielle Komponente nicht von der materiellen zu trennen⁹². Selbst wenn der Härtefallbedarf also durch eine gesundheitliche Schädigung, die auf ein schädigendes Ereignis etwa nach dem OEG zurückgeht, verursacht sein sollte, dürfte auf Grund der vom BVerfG festgestellten mangelnden Möglichkeit der Trennung zwischen immateriellem und materiellem Anteil der Grundrente kaum zu bestimmen sein, in welcher Höhe ein Härtefallbedarf aus dieser Leistung berechtigterweise gedeckt werden müsste. Der Einsatz des immateriellen Anteils der Grundrente dürfte systematisch nicht zu rechtfertigen sein.

An dieser Stelle ist eine Rückbesinnung auf den Grund für den Leistungsbezug nach dem SGB II und den dortigen Schutz von Einkommen und Vermögen in bestimmten Grenzen erforderlich. Das SGB II ist zumindest auch ein Arbeitsmarktgesetz. Es geht davon aus, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte nur vorübergehend im Alg. II-Leistungsbezug steht, weil mit den Eingliederungsleistungen der §§ 16 ff. SGB II eine Integration in den Arbeitsmarkt oder zumindest eine Minderung der Hilfebedürftigkeit bewirkt werden kann. Dieser Arbeitsmarktbezug führt – anders als nach dem für Erwerbsunfähige konzipierten SGB XII – dazu, dass Einkommen und Vermögen in stärkerem Umfang dem Schutz unterliegen⁹³ (Schutz vor dem Ausverkauf der erarbeiteten Vermögenswerte⁹⁴), als beim Bezug von Sozialhilfe. Vor diesem Hintergrund erscheint es dann jedoch mehr als fraglich, wenn

90 BT-Drs. 17/1465, S. 9.

91 BSG, 30.9.2008 – B 4 AS 19/07, BSGE 101, 281 = SozR 4–4200 § 11 Nr. 10.

92 BVerfG, 14.3.200 – 284/96, 1 BvR 1659/96, BVerfGE 102, 41.

93 S. nur BSG 6.9.2007 – B 14/7b AS 66/06 R, BSGE 99, 77 = SozR 4–4200 § 12 Nr. 5.

94 BSG 15.4.2008 – B 14/7b AS 52/06 R, FEVS 60, 297.

Einkommen und Vermögen, dass innerhalb der Schutzgrenzen des SGB II nicht bei der Berechnung der Höhe der individuellen zustehenden Regelleistung berücksichtigt wird, gleichwohl zur Existenzsicherung einzusetzen sein soll, weil ein über die pauschalierte Leistung hinausgehender Bedarf gegeben ist.

Die Zuwendungsform, die zur Deckung eines »Härtebedarfs« heranzuziehen ist, ist daher sowie aus systematischen Gründen auf Zuschüsse zu begrenzen. Darlehen, auch von Dritten, also nicht nur durch den Grundsicherungsträger – wie zuvor dargelegt – sind grundsätzlich nicht geeignet, einen Härtebedarf iS. des § 21 Abs. 6 SGB II zu decken – Ausnahmen sind in besonderen Fallkonstellationen immer möglich⁹⁵. Grundsätzlich steht dem die Rückzahlungsverpflichtung entgegen⁹⁶. Ebenso wenig kann aus der Formulierung »Deckung durch Zuwendungen Dritter« geschlossen werden, dass Leistungsberechtigte sich um derartige Zuwendungen bemühen müssen. Auch wenn die Formulierung »Zuwendungen Dritter« wiederum wörtlich der Entscheidung des BVerfG entspringt, so ist denn doch an dieser Stelle im Hinblick die beiden eingangs benannten Komponenten des Begriffs »Zuwendungen Dritter« – Freiwilligkeit und zweckbestimmte Zuwendung zur Deckung des Härtebedarfs – eine der Grundaussagen des BVerfG in Erinnerung zu rufen:

»Ein Hilfebedürftiger darf nicht auf freiwillige Leistungen des Staates oder Dritter verwiesen werden, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Hilfebedürftigen gewährleistet ist. Dieser Leistungsanspruch muss zudem so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt.«

Lauterbach prophezeit: Der Verweis auf die Einsparmöglichkeiten dürfte keine große praktische Relevanz haben⁹⁷. Er schränkt dieses allerdings sogleich ein, in dem er darauf hinweist, dass dieses nur gelte, wenn der Hilfebedürftige allein auf die Regelleistung angewiesen sei. Diese Aussage ist sicherlich zutreffend, wenn man den Grundgedanken der Pauschalierung und die Ausführungen des BVerfG zum selbstbestimmten Umgang mit dem pauschal zur Verfügung gestellten Geldbetrag zur Sicherung des Lebensunterhalts ernst nimmt. Die Einsparungen oder Einsparmöglichkeiten dürfen nicht nur hypothetisch sein, wie der 8. Senat des BSG zu § 28 Abs. 1 S. 2 SGB XII⁹⁸ bereits festgestellt hat⁹⁹. Eine Überprüfung der individuellen Lebensgestaltung, etwa mit

der Aufforderung zum Konsumverzicht durch den Grundsicherungsträger könnte vor diesem Hintergrund nur möglich sein, wenn man den Hilfebedürftigen verpflichten könnte, eine exakte Aufstellung seiner Ausgaben vorzulegen und dann tatsächlich Einsparmöglichkeiten feststellen würde. Das ist weder praktisch umzusetzen, noch mit dem eingangs bereits benannten Gedanken der selbstbestimmten Lebensführung durch Zurverfügungstellung einer pauschalen Geldleistung vereinbar. Regulativ insoweit ist die nicht »geringfügige« Höhe des Sonderbedarfs, denn dadurch wird gewährleistet, dass nicht durch nur kleine Umschichtungen innerhalb der Nutzung der Regelleistung der besondere Bedarf gedeckt werden kann.

Damit verbleiben also nur die Fälle, in denen Einkommen und Vermögen neben der Regelleistung – von der Berücksichtigung freigestellt – vorhanden sind. Soweit Einnahmen aus Zuwendungen oder Leistungen anderer Träger stammen, ist auf die vorhergehenden Ausführungen zu verweisen. Im Hinblick auf die zweckbestimmten Einnahmen gilt, dass dort Einsparmöglichkeiten nur bestehen, wenn man feststellen kann, die Einnahme sei höher als zur Erfüllung des mit ihr verbundenen Zwecks erforderlich, nicht nur hypothetisch. Eine derartige Feststellung wird jedoch – von Ausnahmen abgesehen – bereits auf erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten stoßen, wie etwa bei Leistungen nach § 39 SGB VIII für den erzieherischen Einsatz für das erste und zweite Pflegekind. Das gilt auch für die Absetzbeträge vom Einkommen, wie dem Erwerbstätigenfreibetrag, die Versicherungspauschale oder sonstige angemessene Beiträge zu Versicherungen. Bei letzteren sind kaum Spielräume denkbar. Maßstab für die Höhe dieses Absetzbetrags ist die Angemessenheitsgrenze und die kann nie über den tatsächlich entstandenen Aufwendungen liegen. Beim Erwerbstätigenfreibetrag erscheint es zumindest bedenkenswert, ob der damit verfolgte Zweck, einen Anreiz zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit iS. des § 2

⁹⁵ S. nunmehr auch § 11 Abs. 1 S. 2 SGB II idF. des RegelbedarfsÄndG vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 453 – darlehensweise gewährte Sozialleistungen als Einkommen.

⁹⁶ Zur Berücksichtigung von Darlehen als Einkommen iS. des § 11 SGB II s. BSG 17.6.2010 – B 14 AS 46/09 R.

⁹⁷ *Lauterbach* ZfSH/SGB 2010, 403, 406.

⁹⁸ Jetzt § 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII.

⁹⁹ BSG 11.12.2007 – B 8 /9b SO 21/06 R, BSGE 99, 252 = SozR 4–3500 § 28 Nr. 3.

SGB II zu setzen, nicht konterkariert würde, wenn erhöhte Aufwendungen, die durch die Ausübung der Erwerbstätigkeit entstehen, nicht mehr zu decken wären, weil der Freibetrag zur Deckung eines »Härtebedarfs« eingesetzt werden müsste¹⁰⁰. Dieses gilt erst Recht dann, wenn es sich um einen Härtebedarf handelt, der nicht beim Erwerbstätigen selbst, sondern bei einem einkommenslosen Mitglied der Bedarfsgemeinschaft vorhanden ist. Auch beim Absetzbetrag des § 11b Abs. 1 Nr. 8 SGB II (Einkommen nach dem Vierten Abschnitt des BAföG oder nach § 71 oder § 108 SGB III, das bei der Berechnung der Leistungen der Ausbildungsförderung für mindestens ein Kind berücksichtigt wird) wird kaum sinnvoller Spielraum vorhanden sein. Die Vorschrift dient dazu, »Doppelbelastungen« zu vermeiden, was ebenfalls sinnentleert wäre, wäre der Absetzbetrag nach den Vorschriften des BAföG oder SGB III zur »Sonderbedarfsdeckung« einzusetzen.

Bleibt noch der Ansparebetrag, dessen Sinn es allerdings ist, einmalige »Bedarfsspitzen« abfangen zu können. Das Ansparen für einen laufenden Bedarf dürfte im Regelfall nicht möglich sein und würde bei Verwendung für laufende Aufwendungen alsdann nicht mehr für einen einmalig auftretenden Bedarf zur Verfügung stehen. Gleichsam durch die »Hintertür« erfolgte damit die Deckung des laufenden Bedarfs durch ein Darlehen, was – wie oben bereits dargelegt – nicht intendiert ist. Der Schritt zur Bedarfsdeckung durch das geschützte Vermögen ist danach vorgezeichnet. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass zur Vermeidung der »Härteleistung« eine Vermögensverwertung nicht gefordert werden kann, soweit nicht die Voraussetzungen des § 12 SGB II hierfür gegeben sind. Der Kreis der zur Deckung des Sonderbedarfs einzusetzenden Vermögenswerte reduziert sich dadurch letztlich wohl auf die Grundfreibeträge soweit sie verfügbares Vermögen darstellen und man den Begriff des »Einsparens« mit der Verwertung verfügbarer Vermögenswerte tatsächlich gleichsetzen wollte.

Insgesamt gesehen sind diese quantitativen Elemente des »Mehrbedarfs« nach § 21 Abs. 6 SGB II jedoch nur Regelbeispiele, denn die Eingrenzung erfolgt mit dem Wort »insbesondere«. Damit werden Spielräume in beide Richtungen eröffnet. Spielräume, die einerseits angesichts der eingangs umschriebenen deutlich engeren »Öffnungsmöglichkeiten« als im SGB XII möglicherweise genutzt werden müssen und andererseits solche, die auch

einen Verweis auf eigenen Einsatz zur Deckung eines »Sonderbedarfs« zulassen.

4. Exemplarischer Ausblick in die Zukunft

Zum Schluss zwei Beispielfälle für einen potenziellen Härtebedarf im Grenzbereich zwischen Krankenversicherungs- und Grundsicherungsrecht, die die Brisanz des § 21 Abs. 6 SGB II verdeutlichen sollen:

Bisher ungeklärt ist, ob die Beiträge von Alg. II-Beziehern zur privaten Krankenversicherung, die zB. »unmittelbar« vor dem Bezug von Alg. II privat krankenversichert waren (§ 5 Abs. 5a S. 1 SGB V)¹⁰¹, nunmehr nach § 21 Abs. 6 SGB II vom Grundsicherungsträger zu übernehmen sind, soweit sie auch im halben Basistarif (§ 12 Abs. 1c VAG) den Mindestbeitrag der GKV überschreiten. Die Differenz zwischen dem vom Träger zu übernehmenden Beitrag in Höhe des Mindestbeitrags zur GKV und dem halben Basistarif der PKV kann als monatlich wiederkehrender Bedarf bis weit über 100 Euro ausmachen. Das BSG hat hier – nach der Rechtslage bis zum 3. Juni 2011 – eine gesetzesimmanente Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelungen im Sinne einer planwidrigen Regelungslücke erkannt und sie durch eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Halbs. 2 SGB II aF. – § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Halbs. 2 SGB II nF.¹⁰² – geschlossen¹⁰³. Hier stellt sich die Frage, ob es bei der analogen Heranziehung des § 26 SGB II als Anspruchsgrundlage zu verbleiben hat oder nun § 21 Abs. 6 SGB II an dieser Stelle einsetzen muss¹⁰⁴.

Nach der Rechtslage ab dem 1. Januar 2011 wird der Zusatzbeitrag zur GKV vom Grundsicherungsträger für einen Alg. II-Bezieher nur noch dann übernommen, wenn durch den Zusatzbeitrag Hilfebedürftigkeit eintritt (§ 26 SGB II). Für alle anderen Alg. II-Bezieher gilt, ihr

100 S. nun BSG, 27.9.2011 – B 4 AS 180/10 R, zur Veröffentlichung vorgesehen.

101 Zum Ganzen: *Bieback*, jurisPR-SozR 17/2010, Anm. 5.

102 In der Fassung des Haushaltsbegleitgesetzes 2011 (BGBl. I, 2010, S. 1885) mWv. 1.1.2011. Die frühere Regelung des § 26 Abs. 2 SGB II aF. ist wegen der Streichung der Zuschüsse zu Rentenversicherungsbeiträgen (§ 26 Abs. 1 SGB II aF.) jetzt in den § 26 Abs. 1 SGB II überführt worden. Streitgegenständlicher Zeitraum der Entscheidung vom 18.1.2011 – B 4 AS 108/10 R war der 26.1. bis 30.6.2009, weshalb noch § 26 Abs. 2 SGB II idF. des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG, BGBl. 2007 I, S. 378) anzuwenden war. Inhaltliche Unterschiede für die hier interessierenden Fragen ergeben sich aus den unterschiedlichen Gesetzesfassungen nicht.

103 BSG 18.1.2011 – B 4 AS 108/10 R.

104 Vgl. hierzu ausführlich *Luik*, Sozialrecht aktuell 2011, 85.

Zusatzbeitrag wird aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds finanziert. Diese Regelung beseitigt jedoch nicht alle Probleme. So können die Krankenkassen nur dann von Alg. II-Empfängern keinen Zusatzbeitrag nach § 242 Abs. 4 SGB V erheben, wenn ihr Zusatzbeitrag sich mit dem durchschnittlichen Zusatzbeitrag nach § 242a SGB V deckt. SGB II-Leistungsempfänger erhalten nach § 242b Abs. 6 SGB V auch keinen Sozialausgleich, weil der Zusatzbeitrag von einem Dritten vollständig getragen wird. Ist der individuelle Zusatzbeitrag jedoch höher als der durchschnittliche Zusatzbeitrag, der vom BMG im Einvernehmen mit dem BMF für das Jahr 2011 mit 0 Euro festgesetzt worden ist¹⁰⁵, kann die Kasse durch Satzung bestimmen, dass die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Zusatzbeitrag und dem individuell von der Krankenkasse erhobenen Beitrag von den Mitgliedern zu zahlen ist. Hier fragt sich allerdings, ob nicht im Regelfall ein Kassenwechsel möglich ist, wenn ein solcher Zusatzbeitrag von der Kasse erhoben wird. Ob dann noch Raum für eine Übernahme dieses Beitrags im Wege des § 21 Abs. 6 SGB II bleibt, ist eine Frage der konkreten Fallgestaltung.

IV. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BVerfG hat im Hinblick auf die Deckung von »Härtefallbedarfen« einen großen Fortschritt gebracht. Damit ist die von Anfang an kritisierte Verschllossenheit des Systems des SGB II gegenüber Härtefalllösungen aufgebrochen worden. Der Gesetzgeber hat sich jedoch bei der Formulierung der neuen Vorschrift

fast wörtlich an die Formulierungen des BVerfG gehalten. Die von Vielen erhoffte Öffnung des SGB II, vergleichbar der des § 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII, hat er nicht vollzogen. Die verfassungsrechtliche Lage, die der 14. Senat in seinem Vorlagebeschluss an das BVerfG¹⁰⁶ im Hinblick auf die Ungleichbehandlung von Kindern im SGB II und SGB XII aufgezeigt hat, hat er nicht berücksichtigt. Unabhängig davon gilt jedoch auch nach dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II, dass alte Lösungen, insbesondere ein Ausweichen in das SGB XII damit *noch* nicht endgültig überwunden sind. Zumindest für die Vergangenheit, also für Sachverhalte aus Bewilligungszeiträumen vor dem 3. Juni 2010, sind die alten Lösungen weiterhin anzuwenden, auch im Überprüfungswege des § 44 SGB X, soweit nicht die Bedarfsdeckung hier bereits Grenzen setzt. Die neue Rechtslage des § 21 Abs. 6 SGB II birgt noch zahlreiche ungelöste Rechtsprobleme. Zu nennen sind Fragen danach, was ein laufender Bedarf ist – hier könnte eine Prognoseentscheidung zu favorisieren sein – und wann er als unabweisbar zu bewerten ist. Die Möglichkeiten der Deckung des Bedarfs durch Dritte und Einsparmöglichkeiten dürfen einerseits nicht nur hypothetisch gegeben sein, sondern müssen sich tatsächlich feststellen lassen. Andererseits müssen sie auch in den systematischen Rahmen des SGB II, insbesondere § 5 Abs. 1 SGB II, aber auch §§ 11 und 12 SGB II eingepasst werden. Danach bleibt festzustellen, die Rechtsprechung hat in Zukunft neue Antworten auf alte, aber auch neue Fragen zu finden.

¹⁰⁵ BAnz vom 3.1.2011, S. 2.

¹⁰⁶ BSG 27.1.2009 – B 14/11b AS 9/07 R und 5/08 R, Sozialrecht aktuell 2009, 111.

»Von der Person zum Menschen im Recht« – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer –

Prof. Dr. Achim Seifert¹

I. Einleitung

Wie die Herausgeber der Zeitschrift »Soziales Recht« in ihrem Editorial zur ersten Ausgabe hervorgehoben haben, soll mit der Namensgebung der Zeitschrift am Begriff des sozialen Rechts bei *Hugo Sinzheimer*² angeknüpft werden.³ Die Herausgeber bringen damit zum Ausdruck, dass auf die *Sinzheimersche* Konzeption des sozialen Rechts auch heute noch bis zu einem gewissen Grade zurückgegriffen werden kann.

Die Bezugnahme auf ein soziales Recht muss zunächst überraschen, hat sich doch dieser Begriff im deutschen Recht nie wirklich durchsetzen können. Vergeblich sucht man ihn in den gängigen Lehrbüchern, Kommentierungen und Handbüchern des Arbeits- und Sozialrechts. Lediglich im französischen Recht hat sich der Begriff eines *droit social* seit den dreißiger Jahren des letzten Jahrhunderts eingebürgert.⁴ Er bezeichnet dort die Gesamtheit der Rechtsregeln, die den sozialen Tatbestand der abhängigen Arbeit zum Gegenstand haben und schließt neben dem Arbeitsrecht folglich auch das Sozialversicherungsrecht ein. Sozialpolitik und die Rechtsregeln, die ihr entspringen, werden somit als untrennbar zusammengehörig betrachtet, unabhängig von der Rechtsform, in welcher der soziale Schutz des Arbeitnehmers (und seiner Familie) konkret bewirkt wird. Zum Ausdruck kommt dies vor allem in der Vermengung arbeitsrechtlicher und arbeitsförderungsrechtlicher Vorschriften im französischen Code du travail,⁵ aber auch in der nach wie vor sehr verbreiteten Zeitschrift *Droit social*, die im Jahre 1936 von *Pierre-Henri Teitgen*, *François de Menthon* und von *Paul Durand* – einem der Gründerväter des französischen Arbeits- und Sozialrechts – gegründet wurde und sich sowohl arbeits- als auch sozialversicherungsrechtlichen Fragen widmet. Doch auch auf der europäischen Ebene ist diese funktionale Verknüpfung von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht unter dem Dach eines *droit social européen* jedenfalls im französischen Sprachraum dabei, sich durchzusetzen.⁶ Dem

1 Prof. Dr. jur., Friedrich-Schiller-Universität Jena.

2 Inzwischen liegen zahlreiche Veröffentlichungen zu Leben und Werk von *Sinzheimer* vor. An dieser Stelle sei nur auf die Wichtigsten verwiesen: *Albrecht*, Hugo Sinzheimer in der Weimarer Nationalversammlung. Sein Beitrag zum wirtschaftlichen Räteystem und zu den arbeits- und wirtschaftlichen Grundrechten der Reichsverfassung (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 1970); *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland: Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs, Frankfurt am Main 1995, S. 282 ff.; *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003); *Erd*, Hugo Sinzheimer (1875–1945) – Aufruf zur Befreiung des Menschen, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen – Eine andere Tradition*, Baden-Baden 1988, S. 282 ff.; *Fraenkel*, Hugo Sinzheimer, *JZ* 1958, 457 ff.; aus politikwissenschaftlicher Perspektive *Knorre*, Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung – Hugo Sinzheimer (1875–1945) – eine politische Biographie Frankfurt am Main ua. (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 1991); *Kubo*, Hugo Sinzheimer – Vater des deutschen Arbeitsrechts. Eine Biographie, Frankfurt am Main 1995; *Mestitz*, Einige Erinnerungen an Hugo Sinzheimer, in: *Stourzh/Grandner* (Hrsg.), *Historische Wurzeln der Sozialpartnerschaft*, München 1986, S. 334 ff.; *Valkhoff*, Hugo Sinzheimers Arbeiten in der Emigration, *RdA* 1967, 81 ff. = *Valkhoff*, *Recht, Mensch und Gesellschaft: zur Transformation gesellschaftlicher Kräfte in Rechtsnormen*, Berlin 1972, S. 162 ff.; *Zachert*, Hugo Sinzheimer: praktischer Wissenschaftlicher und Pionier des modernen Arbeitsrechts, in: *RdA* 2001, 104. Für eine sehr kritische Auseinandersetzung mit Sinzheimers Kollektivismus siehe *Picker*, Vom individualautonomen Kollektivvertrag zum kollektivautonomen Tarifvertrag – Privatautonomie und Korporatismus im frühen deutschen Kollektivarbeitsrecht – Zugleich ein Beitrag zu *Hugo Sinzheimers* arbeitsrechtlichen Lehren, *ZfA* 2007, 129 ff.

3 So das Editorial der Herausgeber, *SR* 2011, 1.

4 Grundlegend hierzu *Gurvitch*, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris 1932; dazu die ausführliche Rezension von *Sinzheimer*, *Eine Theorie des sozialen Rechts*, Zeitschrift für öffentliches Recht, Band XVI (1936), 31 ff. = *Sinzheimer*, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – gesammelte Aufsätze und Reden*, hrsg. v. Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm, Frankfurt am Main 1976, Band 2, S. 164 ff.; zum Begriff des *droit social* im Überblick siehe zB. *Lyon-Caen*, *Manuel de droit social*, 4. Aufl. (1987), Rn. 1.

5 So regelt zB. der mit »l'emploi« überschriebene 5. Teil des *Code du travail* (Art. R.5111–1 ff. C. trav.) ua. auch arbeitsförderungsrechtliche Leistungen (zB. »aides au maintien et à la sauvegarde de l'emploi« oder die »aides à l'insertion, à l'accès et au retour à l'emploi« sowie die Arbeitsvermittlung), die in Deutschland im SGB III und damit im Sozialversicherungsrecht normiert sind. Auch sind die verwaltungsrechtlichen Vorschriften über die Kontrolle durch die Arbeitsinspektion in den *Code du travail* (Art. R.8111–1 ff.) integriert.

6 Dies zeigt insbesondere die Lehrbuchliteratur zum europäischen Arbeits- und Sozialrecht: vgl. zB. *Gérard & Antoine Lyon-Caen*, *Droit social européen et international*, Paris 1992; *Rodière*, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, Paris 2008; *Servais*, *Droit social de l'Union Européenne*, Brüssel 2008; *Teysse*, *Code du droit social européen*, Paris 2006. In der universitären Lehre ist zu beobachten, dass weniger das europäische Arbeitsrecht gesondert, als vielmehr eingebettet in Vorlesungen »*droit social européen*« unterrichtet wird. Eine ähnliche Tendenz ist beim internationalen Arbeits- und Sozialrecht zu beobachten, das zunehmend als *droit social international* begriffen wird: aus dem Schrifttum siehe zB. *Lacoste-Mary*, *droit social international*, Paris 2007.

kommt eine gewisse Plausibilität insofern zu, als der AEUV arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Regelungen unter einem Titel »Sozialpolitik, allgemeine berufliche Bildung und Jugend« zusammenfasst und somit von einer funktionalen Verschränkung der beiden Rechtsgebiete ausgeht.⁷

Trotz seiner Absenz im geltenden deutschen Recht und in der juristischen Diskussion ist der Begriff des sozialen Rechts eine Kategorie, die immer wieder seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert verwendet worden ist. Am Anfang dieser Auseinandersetzungen dürfte *Otto von Gierke* grundlegende Kritik am ersten Entwurf des BGB gestanden haben.⁸ Eine größere Verbreitung hat der Begriff indessen erst während der Weimarer Zeit erlangt. So gab es von 1928 bis 1934 im deutschen Sprachraum schon einmal eine »Zeitschrift für Soziales Recht«. Sie entstand während der ersten österreichischen Republik (1918–1938) und wurde von der Kammer der Arbeiter und Angestellten in Wien herausgegeben.⁹ Die Herausgabe erfolgte unter Mitwirkung von so bedeutenden Juristen der damaligen Zeit wie *Stefan Bauer*, *Siegfried Grünberg*, *Hans Kelsen*, *Karl Pribram*, *Gustav Radbruch* und *Hugo Sinzheimer*. Der erste Aufsatz, der im Oktober 1928 in dieser Zeitschrift veröffentlicht wurde, stammte aus der Feder von *Hugo Sinzheimer* und trug den Titel »Der Wandel im Weltbild des Juristen«. Obgleich wegen seines programmatischen Charakters sehr knapp gefasst, gibt er doch wichtige Anhaltspunkte für den Bedeutungsgehalt, den der Begriff des sozialen Rechts im Diskussionszusammenhang der zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts in Deutschland gehabt hat. Auch in verschiedenen anderen Schriften hat *Sinzheimer* versucht, dem Begriff Konturen zu verleihen.¹¹

Diese Bedeutung *Sinzheimers* für die Idee eines sozialen Rechts, aber auch die Bezugnahme der Herausgeber von »Soziales Recht« auf das *Sinzheimersche* Werk mögen Rechtfertigung genug sein, der Entstehung, dem Inhalt und dem Schicksal dieser Kategorie in den Schriften *Sinzheimers* nachzuspüren. Damit soll nicht suggeriert werden, es könne an dieses Konzept, das in der Weimarer Zeit entwickelt worden ist, auch heute noch bruchlos und ohne Einschränkungen angeknüpft werden.¹² Juristische Konzepte und Begriffe sind – ebenso wie Begriffe und Konzepte anderer Geistes- und Sozialwissenschaften auch – in bestimmten geschichtlichen Zusammenhängen entstanden und müssen *in erster Linie* als Antworten auf

Probleme und Fragen ihrer Entstehungszeit begriffen werden. Dies gilt auch für die Idee eines sozialen Rechts. Es kann deshalb im Folgenden nur darum gehen, die Konzeption *Sinzheimers* im Lichte ihres Entstehungskontextes zu rekonstruieren.

II. Der Kontext

Der Begriff »soziales Recht« taucht, soweit ersichtlich, erstmals in Deutschland während der Auseinandersetzungen um den ersten Entwurf des BGB (1888 ff.) auf. Berühmt ist die vor der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltene Rede von *Otto von Gierke* über »Die soziale Aufgabe des Privatrechts«¹³. Kernpunkte seiner Kritik am ersten Entwurf des BGB waren neben der Aufrechterhaltung der auf das römische Recht zurückgehenden Aufspaltung des Rechts in öffentliches und Privatrecht und der Verkennung der »Einheit alles Rechts«¹⁴ vor allem die einseitige Hervorhebung der Willensfreiheit des Einzelnen, ohne dass ausreichend die Belange der Gemeinschaft berücksichtigt würden und ein sozialer Ausgleich gesucht würde. Oder in den berühmt gewordenen Worten von *Otto von Gierke*:

»... Wir brauchen aber auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt. Schroff ausge-

7 Dies lässt sich zB. am sozialpolitischen Kompetenzkatalog des Art. 153 Abs. 1 AEUV ablesen, der sowohl arbeits- als auch sozialrechtliche Regelungsgegenstände umfasst.

8 *von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889; vgl. *von Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

9 Dazu siehe *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? *Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900*, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003), S. 116 mwN.

10 *Zeitschrift für Soziales Recht*, Jahrgang 1 (1928/29), 2–6, wieder abgedruckt in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 42–49.

11 Siehe insbesondere *Sinzheimer*, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, S. 255 (270 ff.); *Sinzheimer*, Eine Theorie des sozialen Rechts, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band XVI (1936), 31 ff., wieder abgedruckt in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 164 ff.; *Sinzheimer*, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts (1932), in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 313 ff.

12 Für eine Historisierung *Sinzheimers* spricht sich namentlich *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? *Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900*, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003), S. 213 aus: »Der Rückgriff auf *Sinzheimer* bietet keine Antworten auf der Suche nach Lösungen für heute anstehende Probleme.«

13 Berlin 1889.

14 *von Gierke*, aaO., S. 12.

drückt: in unserem öffentlichen Recht muss ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitstraumes wehen und unser Privatrecht muss ein Tropfen sozialistischen Öls durchsickern.«¹⁵

Er schloss seinen Vortrag mit den Worten:

»Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein.«¹⁶ Die Schaffung eines sozialen Rechts war für *Otto von Gierke* somit Synonym für die Schaffung eines Privatrechts, das für den Schwächeren einen sozialstaatlichen Ausgleich im Privatrechtsverkehr herzustellen und auf diese Weise die Persönlichkeit des Individuums zu schützen sucht.

Der Begriff des sozialen Rechts als rechtswissenschaftliche oder rechtspolitische Kategorie konnte sich in der Folgezeit innerhalb der rechtswissenschaftlichen Diskussion indessen nicht durchsetzen. Gewiss, neben *von Gierke* forderte auch eine Reihe anderer Autoren eine stärkere Berücksichtigung des sozialen Gedankens bei der Kodifikation des bürgerlichen Rechts ein.¹⁷ Es sei in diesem Zusammenhang nur auf die Überlegungen von *Anton Menger*¹⁸ und von *Philipp Lotmar*¹⁹ hingewiesen. Doch fand sich der Begriff nur hier und da, ohne eine tiefergehende konzeptionelle Bearbeitung zu erfahren. Erst während der Weimarer Republik wurde er insbesondere von *Sinzheimer*, aber auch von dem mit ihm befreundeten *Gustav Radbruch*, dem bedeutenden Rechtsphilosophen und Strafrechtler,²⁰ aufgegriffen, um einen allgemeinen Entwicklungsgang von dem rein individualistischen bürgerlichen Recht zu einem die konkreten Existenzbedingungen des Einzelnen sichernden und deshalb die Wirtschaft regulierenden sozialen Rechts zu bezeichnen. Es handelt sich somit nicht – oder jedenfalls nicht nur – um eine Kategorie des damals geltenden Rechts, sondern um ein juristisches Evolutionsprinzip, das noch einer weiteren Verwirklichung im Recht bedurfte.²¹ Das soziale Recht war deshalb Ausdruck eines Sozialreformismus, der den sozialen Gedanken im Recht mit den Mitteln der politischen Demokratie durchsetzen wollte²² und trug gar sozialistische Züge, soweit es eine kollektivistische Lenkung des Wirtschaftslebens befürwortete.²³ Damit sollte letztlich wieder der verloren gegangene Einklang zwischen Rechtsform und Rechtswirklichkeit hergestellt werden.²⁴

Diese geschichtliche Einbettung der *Sinzheimerschen* Idee eines sozialen Rechts in die zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts ist kein Zufall. Denn dass der Staat ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben einzugreifen habe, war eine Erkenntnis, die unter dem Eindruck der Kriegswirtschaft während des ersten Weltkrieges heran-

reifte²⁵ und bei Kriegsende nahezu von allen politischen Kräften im damaligen Deutschen Reich auch für die Rückkehr zur Friedenswirtschaft anerkannt war.²⁶ Das Vertrauen in die Selbststeuerung der Märkte, die aus dem »freien Spiel der Kräfte« formal gleicher Privatrechtssubjekte ein Gleichgewicht auf den Märkten herstellen sollte, war spätestens seit damals nachhaltig erschüttert. Eine Rückkehr zum liberalen Modell erschien deshalb auch für die Friedenszeit als verfehlt. Diesem Wandel hin zu einer gelenkten Wirtschaft, trug *Sinzheimer* spätestens seit den revolutionären Umwälzungen ab November 1918 Rechnung und entwickelte sein während der letzten Jahre der Kaiserzeit errichtetes Gedankengebäude fort. Standen insbesondere seine grundlegende Untersuchung von 1907 und 1908 »Der korporative Arbeitsnormenvertrag«²⁷ und

¹⁵ *von Gierke*, aaO., S. 13.

¹⁶ *von Gierke*, aaO., S. 45.

¹⁷ Zur damaligen Diskussion im Überblick *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001, S. 50 ff. m. zahlreichen wN.

¹⁸ *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890.

¹⁹ *Lotmar*, Der Dienstvertrag des zweiten Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1895), in: *Lotmar*, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, hrsg. von Joachim Rückert, Frankfurt am Main 1992, S. 97 ff.; dazu näher *Rückert*, aaO., S. LXX ff.

²⁰ Vgl. insbesondere *Radbruch*, Der Mensch im Recht, abgedruckt, in: *Radbruch*, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, S. 9 ff.; *Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, abgedruckt in: aaO., S. 35 ff.; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, S. 63 ff.; andeutungsweise auch *Renner*, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 1965 (Reprint), S. 46.

²¹ Sehr deutlich zum sozialen Gedanken als »Entwicklungsidee« des Rechts, die sich allmählich entfaltet, *Sinzheimer* im Vorwort zur 1. Aufl. der »Grundzüge des Arbeitsrechts«, Jena 1921.

²² Sehr treffend die Charakterisierung des *Sinzheimer*-Schülers *Fraenkel*, in: von Brünneck (Hrsg.), Deutschland und die westlichen Demokratien, 9. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 141 ff. (»Hugo Sinzheimer und das Recht der »sozialen Selbstbestimmung««).

²³ Zum Sozialismus *Sinzheimers* ausführlich *Knorre*, Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung, S. 79 ff.

²⁴ So in einprägsamer Formulierung *Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, aaO., S. 35, 39.

²⁵ Zur Kriegswirtschaft während des ersten Weltkrieges ausführlich *Feldman*, Armee, Industrie und Arbeiterschaft in Deutschland 1914 bis 1918, Berlin & Bonn 1985 m. zahlreichen wN.

²⁶ Zu den verschiedenen Konzepten einer Gemeinwirtschaft in der Entstehungszeit der Weimarer Republik im Überblick *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen: eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988, S. 16 ff. mwN.

²⁷ *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, Erster Teil, Leipzig 1907; Zweiter Teil, Leipzig 1908. Schon der Untertitel dieser grundlegenden Studie zum Tarifrecht bringt deutlich zum Ausdruck, dass *Sinzheimer* seine Untersuchung des Tarifvertrages als ihrem Inhalt und ihrer Zielsetzung nach dem Privatrecht zugehörig begriff.

seine rechtssoziologischen Arbeiten aus dieser Zeit²⁸ noch ganz auf dem Boden des Privatrechts, brach dieses Bild bereits während des ersten Weltkrieges in seiner Untersuchung »Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht« auf: Dies wird besonders deutlich in dem Abschnitt »Sozialer und politischer Parlamentarismus«, in dem er die Notwendigkeit »einer neuen sozialen Willensbildung außerhalb der politischen Parlamente« hervorhob.²⁹ Es bedurfte indessen der Erfahrung der revolutionären Ereignisse ab November 1918, insbesondere der Bedeutung des Rätegedankens und der damit in weiten Kreisen geforderten Räteverfassung, als Katalysatoren, um seine Idee eines sozialen Rechts in den darauffolgenden Jahren heranreifen zu lassen.

III. Das neue Weltbild des Juristen

Sinzheimer hat die Idee eines sozialen Rechts nie zu einer geschlossenen Theorie ausgearbeitet. In verschiedenen, vor allem kleineren Schriften, aber auch in Reden hat er versucht, die Rechtsentwicklung hin zur Verwirklichung eines sozialen Rechts in knappen Zügen zu skizzieren. Er bleibt dabei nicht selten bei Andeutungen stehen und verleiht diesem entstehenden neuen Recht oftmals keine scharfen Konturen. Der Betrachter ist deshalb gezwungen, diese verschiedenen schriftlichen Zeugnisse zusammenzuführen und zu analysieren, um die wesentlichen Elemente von *Sinzheimers* Idee eines sozialen Rechts rekonstruieren zu können. Ausgangspunkt dabei hat das »neue Weltbild des Juristen«³⁰ zu sein, das mit der Schaffung eines sozialen Rechts seiner Auffassung nach verbunden ist. Es ist durch die Anerkennung des Menschen im Recht gekennzeichnet (1.). Der Weg dahin macht indessen einen Methodenwandel im Recht erforderlich, der sich als Übergang zur soziologischen Methode im Recht charakterisieren lässt (2.).

1. Von der Person zum Menschen im Recht

Die Idee des sozialen Rechts ist nach *Sinzheimers* Auffassung in einen sich über Jahrhunderte erstreckenden Entwicklungsgang des Rechts eingebettet. Diesen Entwicklungsgang, dem *Sinzheimer* geradezu geschichtsphilosophische Dimensionen verleiht, hat er seit der zweiten Hälfte der zwanziger Jahre immer wieder in seinen

Grundzügen skizziert.³¹ Einem breiteren Publikum der Weimarer Zeit dürfte vor allem seine Darstellung in der von *Fritz Naphtali* redigierten Programmschrift des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes (ADGB) »Wirtschaftsdemokratie« bekannt geworden sein.³² Den Kern dieses Rechtsverständnisses bildet der Übergang vom bürgerlichen zum sozialen Recht und die damit verbundene Anerkennung des Menschentums im Recht. Oder in seinen eigenen Worten: »Wir nennen das neue Rechtsprinzip Menschentum.«³³ Dieser Rechtsentwicklung liegt letztlich die Überlegung zugrunde, dass die wirtschaftliche Entwicklung der damaligen Zeit zu einem Widerspruch zwischen Rechtswirklichkeit und (bürgerlich rechtlicher) Rechtsform geführt hatte, der nur durch die Anpassung der Rechtsform an die Rechtswirklichkeit zu überwinden sei.³⁴ Gerade hier lässt sich deutlich der Einfluss von *Karl Renners* »Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion« spüren.³⁵

Für *Sinzheimer* aber auch für *Radbruch*, der insoweit fast wortgleich argumentiert,³⁶ geht die Herausbildung eines sozialen Rechts mit einer gewandelten Stellung des Menschen im Recht einher. Der Mensch wird nicht mehr

28 Vgl. vor allem *Sinzheimer*, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, in: Schriften des sozialwissenschaftlichen Vereins der Universität München, Heft 3, München 1909, wieder abgedruckt in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 3–23.

29 *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, S. 198 ff. Sehr deutlich die Zusammenfassung auf S. 202: »In der Tat könnte eine Spaltung der gesetzgeberischen Tätigkeit in einen sozialen und einen politischen Teil zur Erneuerung des öffentlichen Lebens beitragen«.

30 So insbesondere der bereits zitierte Aufsatz von *Sinzheimer* »Der Wandel im Weltbild des Juristen«, aaO., Band 2, S. 42 ff.

31 So zB. *Sinzheimer*, Der Wandel im Weltbild des Juristen, aaO., Band 2, S. 42 ff.; *Sinzheimer*, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, aaO., Band 2, S. 313 ff.

32 Wirtschaftsdemokratie – Ihr Wesen, Weg und Ziel, hrsg. im Auftrage des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes von *Naphtali*, Berlin 1928, S. 127 ff. Das III. Kapitel dieser Programmschrift (»Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses«) ist von *Sinzheimer* verfasst worden.

33 *Sinzheimer*, Der Wandel im Weltbild des Juristen, aaO., Band 2, S. 42, 45.

34 Besonders deutlich *Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, aaO., S. 35, 38: »Die kapitalistische Entwicklung aber führte dahin, dass die Rechtswirklichkeit mit der Rechtsform immer mehr in Widerspruch geriet: der Rechtsform nach lauter gleiche Personen mit gleicher Eigentums-, gleicher Vertragsfreiheit, in der Rechtswirklichkeit statt gleicher Personen Besitzende und Besitzlose, statt allseitiger Vertragsfreiheit Diktatfreiheit der wirtschaftlich Mächtigen, Diktatunterworfenheit der wirtschaftlich Ohnmächtigen ...«.

35 *Renner* hat dieses Auseinanderfallen von Rechtsform und Rechtswirklichkeit insbesondere am Beispiel des Eigentums herausgearbeitet: vgl. *Renner*, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts, Stuttgart 1965, S. 73 ff.

36 Vgl. *Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, aaO., S. 35 ff.; wesentlich knapper *Radbruch*, Der Mensch im Recht, aaO., S. 9, 16 ff.

wie in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts als Person, sondern als »soziales Wesen« erfasst und damit als ein in einer bestimmten gesellschaftlichen Wirklichkeit stehendes Wesen anerkannt. *Sinzheimer* setzt am »überkommenen Recht« an und meint damit letztlich das individualistische Rechtsverständnis, wie es insbesondere in der deutschen Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts seinen Ausdruck gefunden hatte. In der individualistischen Rechtsauffassung des 19. Jahrhunderts war der Mensch nur eine »Potenz von Rechten«. ³⁷ Gleichsam den archimedischen Punkt dieses Weltbildes der Juristen bildete die Person. Als Person ist der Mensch frei und potentiell Träger von Recht, insbesondere des Eigentumsrechts. Ohne ihre konkreten sozialen Existenzbedingungen in Betracht zu ziehen, setzte es allerdings die sozialen Bedingungen voraus, die für die Führung einer menschenwürdigen Existenz erforderlich sind. Dies gilt in besonderer Weise für das Eigentumsrecht.

An die Stelle dieser von der sozialen Einbettung des Individuums abstrahierenden Betrachtungsweise versucht das soziale Recht den Menschen als ein konkretes Wesen in seiner sozialen Einbettung treten zu lassen. Ziel des sozialen Rechts ist die Sicherung der Existenzfähigkeit des Einzelnen, auch wenn dieser nicht über Eigentum verfügt. *Sinzheimer* macht in »Der Wandel im Weltbild der Juristen« klar, dass das »neue Recht« die überkommene gesellschaftliche Verteilungsordnung, die bislang auf der Grundlage des Eigentums erfolgte, nicht als unverbrüchlich anerkennen werde. Im Gegenteil: Alleine aus dem Menschsein folgten für den Einzelnen gewisse »Anteilsberechtigungen«, die Eingriffe in die durch das Eigentum bewirkte gesellschaftliche Verteilungsordnung rechtfertigten. Die der Rechtsordnung des bürgerlichen Rechts zugrunde liegende Idee einer kommutativen Gerechtigkeit soll im sozialen Recht durch die distributive Gerechtigkeit ersetzt werden. ³⁸

Als »Keim zu einer neuen Verteilungsordnung« sieht *Sinzheimer* neben dem Arbeitsrecht vor allem das Sozialversicherungsrecht: Die Sozialversicherung gewährleiste bestimmten Personengruppen »soziale Lebensbereiche«, »indem sie dieselben unmittelbar mit der Person, nicht mit der Habe des Menschen verbindet«. ³⁹ Die Bedeutung der Sozialversicherung für die Herausbildung eines sozialen Rechts musste *Sinzheimer* im Jahre 1928 – also dem Jahr, in welchem er »Der Wandel im Weltbild der Juristen« schrieb – umso grundlegender erscheinen, als erst

ein Jahr zuvor das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) ⁴⁰ und damit erstmals ein umfassendes Arbeitsförderungsrecht in Kraft getreten war, dessen Kernpunkte ein individuelles Recht von Arbeitslosen auf Arbeitslosenunterstützung und auf Inanspruchnahme einer kostenlosen Arbeitsvermittlung durch die Reichsanstalt für Arbeit waren. In welchen anderen Bereichen ebenfalls ein zu schaffendes soziales Recht die ihm zugewiesene Umverteilungsaufgabe erfüllen sollte, lässt *Sinzheimer* hingegen weitgehend offen.

Sinzheimer geht sogar so weit, dieser, mit der Schaffung eines sozialen Rechts verbundenen, neuen Existenzform des Menschen grundrechtliche Qualität zuzusprechen. Das neue Grundrecht entziehe die soziale Existenz des Menschen dem »freien Spiel der Kräfte« und sichere dem Einzelnen unter bestimmten Voraussetzungen einen »unverletzbar sozialen Lebensbereich«. Es ist indessen verwunderlich, dass *Sinzheimer* auf dieser Stufe seiner Argumentation an keiner Stelle auf die Vorschriften des Fünften Abschnitts der Weimarer Reichsverfassung (WRV) über das »Wirtschaftsleben« (Art. 151–165 WRV) Bezug nahm, an deren Ausarbeitung und Formulierung er als Berichterstatter in der Weimarer Nationalversammlung 1919 maßgeblichen Anteil hatte. ⁴¹ Immerhin brachte Art. 151 Abs. 1 WRV dieses Programm eines sozialen Rechts *avant la lettre* in aller Deutlichkeit auf den Begriff:

»Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.«

Damit sollte nach der Aussage von *Sinzheimer* zum Ausdruck gebracht werden, »daß die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen nicht Selbstzweck, kein selbständiges Gut für sich ..., sondern die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen nur insoweit im Wirtschaftsleben gelten soll, als diese

³⁷ *Sinzheimer*, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, aaO., Band 2, S. 313, 314.

³⁸ So ausdrücklich *Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, aaO., S. 35, 39.

³⁹ *Sinzheimer*, Der Wandel im Weltbild der Juristen, aaO., Band 2, S. 42, 45.

⁴⁰ RGBl. 1927 I, S. 187. Zum AVAVG siehe *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland – Ein Grundriss, Stuttgart 2003, S. 160 ff.; aus der Zeit der Weimarer Republik siehe zB. *Kaskel*, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin 1928, S. 90 ff. mwN.

⁴¹ Zu *Sinzheimers* Tätigkeit in der Weimarer Nationalversammlung ausführlich *Albrecht*, Hugo Sinzheimer in der Weimarer Nationalversammlung, Sein Beitrag zum wirtschaftlichen Räte-system und zu den arbeits- und wirtschaftlichen Grundrechten der Reichsverfassung, Frankfurt am Main 1970.

Freiheit eine soziale Funktion erfüllt«. ⁴² SPD und USPD schwebte dabei der Umbau der »kapitalistischen« in eine sozialistische Wirtschaftsordnung vor: ⁴³ An die Stelle einer unregelmäßigen marktwirtschaftlichen Ordnung, des freien Spiels der Kräfte auf den Märkten, sollte die »zweck- und planvolle Entwicklung des wirtschaftlichen Lebens« treten. ⁴⁴

2. Die Bedeutung der soziologischen Methode

Der Übergang zum sozialen Recht ist somit durch eine Sicherung der konkreten Existenzbedingungen des Menschen charakterisiert. Sollte das Recht diese ihm durch die soziale Rechtsidee zufallende Aufgabe angemessen erfüllen, konnte die in der damaligen Zeit vorherrschende rechtsdogmatische Methode in Wissenschaft und Praxis nicht mehr ausreichen. Vielmehr bedurfte es eines Wandels in der juristischen Methode, und zwar durch eine Öffnung für die gesellschaftliche Wirklichkeit. Denn nur der genaue soziologische Blick auf die zu normierenden »sozialen Lebensbereiche« konnte die Grundlagen für eine den Verhältnissen angepasste Steuerung des Arbeits- und Wirtschaftslebens schaffen. Das Recht musste sich somit für soziologische Erkenntnis- und Verfahrensweisen öffnen, um den ihm zugemessenen sozialstaatlichen Gestaltungsauftrag erfüllen zu können.

Die Anerkennung der soziologischen Methode im Recht bildete deshalb eine zentrale Voraussetzung für die Bewältigung des Wandels vom bürgerlichen zum sozialen Recht. Diese Ergänzung (nicht Ersetzung!) der rechtsdogmatischen Methode durch die soziologische Methode war von Anfang an in das wissenschaftliche Werk von *Sinzheimer* integriert. Seine große tarifrechtliche Studie »Der korporative Arbeitsnormenvertrag« von 1907 und 1908 bildete hierfür das erste Anschauungsbeispiel, bevor er dann seine Bemühungen um die soziologische Methode erstmals in einem Vortrag vor dem sozialwissenschaftlichen Verein der Universität München im Jahre 1908 systematisierte ⁴⁵ und in der Zeit des holländischen Exils auf breiterer Basis ausarbeitete. ⁴⁶ Er berief sich dabei vor allem auf die Arbeiten des österreichischen Rechtssoziologen *Eugen Ehrlich*. ⁴⁷

IV. Schaffung eines Gemeinwesens der Wirtschaft

Mit dem Begriff des sozialen Rechts hat *Sinzheimer* nicht nur dessen soziale Aufgabe umrissen. Er bezeichnet zugleich auch das bereitzustellende rechtliche Instrumentarium, das zur Lösung der sozialen Frage, der Sicherung der sozialen Existenz des Einzelnen, zu schaffen ist. Dies soll durch ein »Gemeinwesen der Wirtschaft« geschehen, das die politische Demokratie ergänzt. ⁴⁸

Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass die individuelle Lebenssphäre durch das Soziale, also durch die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse, in wesentlichen Punkten determiniert ist. Ziel des sozialen Rechts sei es, den damit verbundenen Verlust individueller Freiheit durch die dem Einzelnen vorgegebenen gesellschaftlichen Verhältnisse im Wege einer »überindividuellen Gestaltung des Individuellen« aufzuheben. ⁴⁹ Dies mache »eine fortschreitende Entpersönlichung der individuellen Rechte des Menschen« erforderlich und verlange eine »Kollektivierung des Willens«. ⁵⁰ Damit ist ge-

⁴² So *Sinzheimer* in der 62. Sitzung der Nationalversammlung am 21. 7. 1919, Verhandlungen der Nationalversammlung, S. 1748.

⁴³ Der damals die Funktion einer Reichsregierung ausfüllende Rat der Volksbeauftragten schrieb sich sogar ausdrücklich die Verwirklichung des sozialistischen Programms auf die Fahnen. Vgl. dazu den »Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk« vom 12. 11. 1918 (RGBl. 1918 I, S. 1303).

⁴⁴ So ausdrücklich *Sinzheimer*, Verhandlungen der Nationalversammlung, S. 1748.

⁴⁵ *Sinzheimer*, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909), in: Kahn-Freund/Ramm (Hrsg.), Hugo Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, Frankfurt am Main und Köln 1976, S. 3 ff.; instruktiv auch *Sinzheimers* Auseinandersetzung mit der Kritik von *Kaskel* und *Nipperdey*: vgl. *Sinzheimer*, Über soziologische und dogmatische Methoden in der Arbeitsrechtswissenschaft (1922), aaO., S. 33 ff.

⁴⁶ Vgl. insbesondere *Sinzheimer*, Die Aufgabe der Rechtssoziologie, in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 85 ff. Im Unterschied zur Bedeutung *Sinzheimers* für das Tarifrecht fehlt es nach wie vor an einer umfassenden wissenschaftlichen Analyse seiner Rechtssoziologie. Zu einzelnen Fragen der Rechtssoziologie *Sinzheimers* siehe aber *Valkhoff*, RdA 1967, 81 ff. sowie *Rottleuthner*, Drei Rechtssoziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber, in: Erk Volkmar Heyen, Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1986, S. 227 ff.

⁴⁷ *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1913. Aufschlussreich auch die mit *Kelsen* geführte Kontroverse, in: *Kelsen*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden 2003. Zum Einfluss von *Ehrlichs* Rechtssoziologie auf *Sinzheimer* siehe *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003), S. 28 f.

⁴⁸ *Sinzheimer*, Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses, aaO., Band 1, S. 115, 125.

⁴⁹ Vgl. *Sinzheimer*, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, aaO., S. 255, 272.

⁵⁰ *Sinzheimer*, Der Wandel im Weltbild des Juristen, aaO., Band 2, S. 42, 46.

meint, dass dem Einzelnen »die Verfügung über die inhaltliche Gestaltung von Lebensbeziehungen, die für eine Gesamtheit von Menschen von Bedeutung sind,« genommen und auf die Kollektive des Arbeits- und Wirtschaftslebens übertragen werden, die »unter einheitlichen Gesichtspunkten die Bedingungen (festlegen), unter denen ein Wirken der Einzelnen stattfinden soll«.

Diese Kollektivierung der Bestimmung der sozialen Existenzbedingungen des Einzelnen ist aber nicht lediglich formal durch ihren kollektiven Charakter geprägt. Es geht nicht lediglich um die tatsächliche Feststellung, dass an die Stelle der individuellen Willensentscheidung durch den Einzelnen im Wirtschaftsleben in immer stärkerem Maße kollektive Gebilde getreten sind, auf Unternehmensseite zB. Kartelle oder »Trusts«, wenn auch nicht zu leugnen ist, dass nach damals verbreitetem Verständnis die Kartellierung der Wirtschaft ein Weg zur Steuerung des Wirtschaftslebens von erhöhter Warte darstellte.⁵¹ Vielmehr sollte sich in der Kollektivierung in »sozialen Willenszentren« das »soziale Ganze, das sich als ein eigenes Wesen zu konstituieren beginnt«,⁵² äußern. Dieses »Gemeinwesen der Wirtschaft«, das als Teil des sozialen Rechts zu errichten sei, soll demokratisch strukturiert sein. Das soziale Recht ist somit zugleich dem Gedanken einer »Wirtschaftsdemokratie« verpflichtet. Allerdings – und dies ist zu Recht immer wieder hervorgehoben worden –⁵³ thematisierte *Sinzheimer* nicht die Gefahren, die aus einer solchen Kollektivierung der Interessen für den Einzelnen entstehen können: Individuelle und kollektive Freiheit werden in eins gesetzt, ohne die Gefahr möglicher Freiheitsverluste durch eine kollektive Regelung der Arbeits- und Lebensbedingungen für den Einzelnen zu sehen.

1. Die »neuen Willenszentren«

In welchen Formen diese Kollektivierung durch das soziale Recht erfolgen soll, hat *Sinzheimer* lediglich angedeutet. So spricht er etwa in »Der Wandel im Weltbild des Juristen« nur ganz vage von »Wirtschaftsräten, Kartellen und Koalitionen« als den neuen sozialen Willenszentren.

In seiner Auseinandersetzung mit *Erwin Jacobi* (1929) macht er ohne Vorbehalt deutlich, dass die tariffähigen Verbände des Arbeitslebens solche neuen Willenszentren des sozialen Rechtes sind.⁵⁴ Soziales Recht ist somit vor allem das von den Koalitionen geschaffene autonome

Recht, das nicht zuletzt aufgrund der wissenschaftlichen Vorarbeiten von *Sinzheimer*⁵⁵ durch die Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918⁵⁶ als eigenständige Rechtsquelle des Arbeitsrechts gesetzlich anerkannt worden war.

War der Tarifvertrag in seinen wissenschaftlichen Arbeiten aus der Kaiserzeit noch *das* Instrument der sozialen Selbstbestimmung im Recht, wandelte sich dieses Verständnis – wie bereits angedeutet – unter dem Eindruck der revolutionären Ereignisse 1918 und 1919 im Zusammenhang mit der Entstehung der Weimarer Republik. Neben die Tarifautonomie trat als weiteres »Willenszentrum« die Wirtschaftsverfassung, so wie sie in den Vorschriften der WRV über das »Wirtschaftsleben« in Art. 151 ff. WRV nicht zuletzt aufgrund der maßgeblichen Beteiligung von *Sinzheimer* in der Weimarer Nationalversammlung ihre konkrete Ausformung erhalten hatte. Eines der Kernelemente dieser Wirtschaftsverfassung war Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WRV, dem zufolge »die Arbeiter und Angestellten dazu berufen (sind), gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken«. Der Arbeitnehmer sollte somit zum »Wirtschaftsbürger« emanzipiert werden, der im Wirtschaftsleben die Freiheitsrechte genießt, wie der Staatsbürger in der politischen Demokratie.⁵⁷ Vehikel hierfür sollte die

51 Sehr instruktiv hierzu die Geschichte des Kartellrechts in Deutschland: klassisch insoweit *Böhm*, Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG vom 4. Februar 1897, RGZ. 38/155, ORDO, 1. Band (1948), S. 197–213; zur Rechtfertigung der Kartelle in der damaligen Zeit siehe auch *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1994, S. 27 ff.

52 *Sinzheimer*, Der Wandel im Weltbild des Juristen, aaO., Band 2, S. 42, 47.

53 So zB. *Knorre*, Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung, S. 143; ähnlich auch *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003), S. 213: »Sinzhaimers ausgeprägter Antidualismus, der viel zu weitgehend das Individuum als juristische Denkgröße verabschiedet, ...«; äußerst kritisch auch *Picker*, ZfA 2007, 129, 165 ff. mwN.

54 *Sinzheimer*, über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, S. 255, 270 ff. Ebenso bereits *Sinzheimer*, Wesen und Bedeutung des Koalitionsrechts (1919), in: *Sinzheimer*, aaO., Band 1, S. 173 (174).

55 Vgl. *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, Erster Teil, Leipzig 1907; Zweiter Teil, Leipzig 1908; ebenso *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, München und Leipzig 1916.

56 RGBl. 1918 I, S. 1456.

57 So *Sinzheimer*, Die Krisis des Arbeitsrecht, in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, S. 135, 140.

Schaffung eines »Gemeinwesens der Wirtschaft« sein, das nicht identisch mit dem Staat sein sollte und dem »alle in ihm Tätigen als Glieder an(zu)gehören« hatten.⁵⁸

Zu dieser Teilhabe als »Wirtschaftsbürger« gehörte insbesondere die Mitbestimmung bei der Verwaltung der Zwangskartelle, die in einzelnen gemeinwohlwichtigen Wirtschaftszweigen wie dem Kohle- und Kalisektor aber auch der Eisen- und Elektrizitätswirtschaft auf gesetzlicher Grundlage geschaffen worden waren (Sozialisierung iSv. Art. 156 Abs. 2 WRV).⁵⁹ Darüber hinaus sollte diese Mitwirkung der Arbeitnehmer an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte innerhalb von »Betriebsarbeiterräten«, nach Wirtschaftsgebieten gegliederten »Bezirksarbeiterräten« sowie in einem »Reichsarbeiterrat« erfolgen (Art. 165 Abs. 2 WRV). In Bezirkswirtschaftsräten und einem Reichswirtschaftsrat sollten die »Bezirksarbeiterräte« und der »Reichsarbeiter« mit den Vertretungen der Unternehmer und sonst beteiligter Volkskreise »zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze« zusammentreten (Art. 165 Abs. 3 WRV). Diese »Räteverfassung« blieb indessen mit Ausnahme der im Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920⁶⁰ institutionalisierten Betriebsräte und dem auf der Reichsebene geschaffenen »vorläufigen Reichswirtschaftsrat«⁶¹ bis zum Zusammenbruch der Weimarer Republik ein Torso.⁶² Ein »Gemeinwesen der Wirtschaft«, wie es Sinzheimer vorschwebte, blieb somit während der gesamten Weimarer Republik letztlich eine Utopie.

2. Das Modell eines staatszentrierten Rechtspluralismus⁶³

Auf der konzeptionellen Ebene stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieses von Sinzheimer konzipierten »Gemeinwesens der Wirtschaft« und der staatlichen Rechtsordnung. Eines der zentralen Elemente des sozialen Rechts ist – wie bereits ausgeführt – die Anerkennung einer Selbststeuerung des Wirtschaftslebens auf kollektiver Ebene durch die an der Wirtschaft beteiligten Gruppen. Diese Selbststeuerung ist auch mit autonomer Rechtsetzung verbunden. Am offenkundigsten ist dies im Fall des Tarifvertrages, der seit der Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918⁶⁴ ausdrücklich als autonome Rechtsquelle anerkannt wurde; seiner rechtlichen Anerkennung und Gestaltung galt über lange Jahre die

besondere Aufmerksamkeit Sinzheimers.⁶⁵ Doch auch die bereits erwähnte Beteiligung der verschiedenen sozialen Gruppen (zB. Arbeitnehmer) an der Verwaltung der Zwangskartelle der Kohle- und Kaliwirtschaft war ein Instrument autonomer Selbststeuerung, indem sie die Bedingungen des Wirtschaftens in diesen Wirtschaftszweigen auf kollektiver Ebene determinierte (zB. Festsetzung der Preise, Fördermengen usw.). Nichts Anderes sollte für die Tätigkeit der Arbeiter- und Wirtschaftsräte auf der Grundlage des Art. 165 WRV gelten, denen gleichfalls Lenkungsarbeiten zufallen sollten. Kurzum: das zur Verwirklichung eines sozialen Rechts zu schaffende »Gemeinwesen der Wirtschaft« war als pluralistisches System konzipiert, das neben oder außerhalb des Staates zur autonomen Rechtsetzung berufen sein sollte.

Sinzheimer betonte immer wieder – vor allem im Hinblick auf den gesetzlich anerkannten Tarifvertrag –, dass das autonome (gesellschaftliche) Recht eine unabhängig vom Staat bestehende Rechtsordnung sei, welche allerdings aus dem Staatswillen abgeleitet, durch den Staatswillen begrenzt, und ... durch den Staatswillen kontrolliert sei.⁶⁶ Diese Feststellung ist keine Selbstverständlichkeit. Dies zeigt die Auseinandersetzung, die Sinzheimer in

58 Sinzheimer, Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses, aaO., Band 1, S. 115, 125.

59 Das Sozialisierungsprogramm des Art. 156 WRV wurde lediglich im Bereich der Kohle- und der Kaliwirtschaft umgesetzt; vgl. das Gesetz über die Regelung der Kohlewirtschaft vom 23.3.1919 (RGBl. 1919 I, S. 342) sowie das Gesetz über die Regelung der Kaliwirtschaft vom 24. 4. 1919 (RGBl. 1919 I, S. 413). Eingehender zur Gemeinwirtschaft während der Weimarer Republik Nörr, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988, S. 16 ff. mwN.; zur Bewertung dieser selbstverwalteten Zwangskartelle aus der Sicht des ADGB siehe Naphtali, Wirtschaftsdemokratie, Berlin 1928, S. 41 ff. (»Die wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörper«).

60 RGBl. 1920 I, S. 147.

61 Rechtsgrundlage war die VO über den vorläufigen Reichswirtschaftsrat v. 4.5.1920 (RGBl. 1920 I, S. 858).

62 Zur »Räteverfassung« des Art. 165 WRV und ihrer nur bruchstückhaften Verwirklichung siehe für einen Überblick Nörr, Zwischen den Mühlsteinen, S. 181 ff. sowie Nörr, Grundlinien des Arbeitsrechts der Weimarer Republik, ZfA 1986, 403, 407 ff.

63 Zur Theorie des Rechtspluralismus im Überblick Reh binder, Rechtssoziologie, 7. Aufl., München 2009, Rn. 48 ff. mwN.

64 RGBl. 1918 I, S. 1456.

65 Vgl. dazu insbesondere Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag – eine privatrechtliche Untersuchung, Jena 1907 und 1909 sowie Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz – Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, Berlin 1916.

66 Sinzheimer, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, aaO., Band 1, S. 255, 272. In diesem Sinne auch Sinzheimer, Die Aufgabe der Rechtssoziologie, in: Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 85, 125. Zu diesem Gesichtspunkt auch Zachert, RdA 2001, 104, 109.

seinem Holländischen Exil mit dem bereits erwähnten französischen Rechtssoziologen *Georges Gurvitch* führte. *Gurvitch* vertrat in seinem umfangreichen Werk »*L'idée du droit social*« von 1932⁶⁷ nämlich die Auffassung, dass das autonome Recht, das *droit social*, unabhängig von der staatlichen Rechtsordnung bestehe und diesem im Kollisionsfalle gegenüber dem staatlichen Recht sogar der Vorrang einzuräumen sei. Diesem radikalen Rechtspluralismus trat *Sinzheimer* in seiner ausführlichen Rezension von *Gurvitchs* Werk aus dem Jahre 1936 entgegen und führte ins Feld, dass der Staat »die unentbehrliche oberste Instanz für die Wahrung der Einheit der gesellschaftlichen Kräfte« ist.⁶⁸ Der radikale Rechtspluralismus droht somit die staatliche Einheit zugunsten der organisierten gesellschaftlichen Kräfte aufzulösen und die für eine Gesellschaft notwendige Integration jenseits von Partikularinteressen aufzugeben. Deshalb sei ein »*corps social*« nur im, nicht aber neben dem Staat denkbar.

Damit hat der in seiner Idee eines sozialen Rechts integrierte Rechtspluralismus *Sinzheimers* eine doppelte Stoßrichtung. Zum einen schützt er die Gesellschaft vor einem übermächtigen Staat, der das Wirtschaftsleben umfassend selbst reguliert und auf diese Weise jegliche individuelle Freiheitsentfaltung erstickt. Wie reell diese Gefahr einer vollständigen Verstaatlichung des gesellschaftlichen Lebens in der damaligen Zeit war, sollte sich schon einige Jahre später unter dem totalen Staat des Nationalsozialismus zeigen: An die Stelle einer begrenzten Selbstregulierung der gesellschaftlichen Kräfte des Arbeitslebens trat dann nämlich die unmittelbare staatliche Regulierung der Arbeitsbedingungen durch Tarifordnungen, die von staatlichen Reichstreuhandern der Arbeit erlassen wurden, sowie eine sehr engmaschige staatliche Kontrolle des Arbeitslebens (zB. durch die Reichstreuhand der Arbeit oder durch die sozialen Ehrengerichte).⁶⁹ Zum anderen sollte *Sinzheimers* Modell eines staatszentrierten Pluralismus den Staat vor einer Auflösung gegenüber den partikularen gesellschaftlichen Interessen schützen. In dieser doppelten Frontstellung sollte sich nach seiner Vorstellung der Pluralismus als ein System behaupten können, das die politische Demokratie um den Gedanken der Wirtschaftsdemokratie ergänzt, nicht aber die Regulierung des Wirtschaftslebens an die Stelle der politischen Demokratie treten lassen will.

Es ist ohne Zweifel dieser *Sinzheimersche* Gedanke eines im staatlichen Recht ruhenden Rechtspluralismus,

der sich für das deutsche Arbeitsrecht auch nach 1945 noch als bestandskräftig erweisen sollte. Dies zeigt sich nirgendwo so deutlich wie im Tarifvertragsrecht. Denn bei aller Unterschiedlichkeit in den Einzelheiten dürfte doch weitgehend Einigkeit darüber bestehen, dass die mit der Tarifautonomie verbundene Rechtsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien einen staatlichen Geltungsbefehl voraussetzt und nur in den Grenzen des geltenden Rechts ausgeübt werden darf. – Gleichviel, ob der Geltungsgrund der Tarifautonomie in einer staatlichen Delegation – verfassungsunmittelbar durch Art. 9 Abs. 3 GG oder aber durch § 1 Abs. 1 TVG – (»Delegationstheorie«), einer staatlichen Anerkennung (»Anerkennungstheorie«) oder in der rechtsgeschäftlichen Legitimierung der Tarifvertragsparteien durch den Beitritt der tarifunterworfenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu den tarifabschließenden Verbänden bzw. durch den einzelnen Arbeitgeber im Falle eines Firmentarifvertrages (Theorie von der »kollektiven Privatautonomie«) begriffen wird, ist doch nahezu einhellig anerkannt, dass ein staatlicher Akt erforderlich ist, der den Bestimmungen von Tarifverträgen die rechtliche Qualität von Rechtsnormen (vgl. § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG) zuerkennt.⁷⁰

V. Sprengung der Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht

Die mit der Entwicklung eines sozialen Rechts einhergehende zunehmende Anerkennung des »Menschentums« sollte zugleich die überkommene Dichotomie zwischen öffentlichem und Privatrecht wenn nicht hinfällig machen, so doch zumindest in weiten Teilen aufheben. Das soziale Recht führe somit zu einem »Einheitsrecht«, das Elemente beider Rechtsgebiete in sich aufnehme. Insofern ist *Sinzheimer* sehr nahe an *Otto von Gierke*, der

67 *Gurvitch*, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris 1932, S. 53 f.: »Le droit social pur est *indépendant*, lorsqu'en cas de conflit avec l'ordre du droit étatique il se montre équivalent à lui ou supérieur.«

68 *Sinzheimer*, *Eine Theorie des sozialen Rechts*, aaO., Band 2, S. 164–187.

69 Zu Inhalt und Entwicklung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung ausführlich *Kranig*, *Lockung und Zwang. Zur Arbeitsverfassung im Dritten Reich*, Frankfurt 1986. Siehe auch *Mason*, *Arbeiterklasse und Volksgemeinschaft – Dokumente und Materialien zur deutschen Arbeiterpolitik (1936–1939)*, Opladen 1975, Einleitung, S.1 ff. mwN.

70 Zu der Diskussion um den Geltungsgrund der tarifautonomen Rechtsetzungsbefugnis im Überblick *Thüsing*, in: *Wiedemann, TVG*, 7. Aufl., München 2007, § 1, Rn. 42–59 m. zahlreichen wN.

in der bereits mehrfach zitierten Schrift »Die soziale Aufgabe des Privatrechts« die Verwirklichung einer »Einheit über dem Gegensatz mit aller Kraft« suchte und die auf das römische Recht zurückgehende strikte Trennung von öffentlichem und Privatrecht abmildern wollte:⁷¹

»Wir besinnen uns wiederum auf die Einheit alles Rechtes, wir nehmen in den Zweck des öffentlichen Rechtes die Freiheit und in den Zweck des Privatrechts die Gemeinschaft auf.«

Auch *Sinzheimer* geht es letztlich mit seiner Idee eines sozialen Rechts darum, Allgemeininteressen gegenüber den unter der Herrschaft des bürgerlichen Rechts privilegierten Individualinteressen durchzusetzen.⁷²

Diese Idee einer Sprengung der Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht findet sich bei ihm erstmals in seiner großen tarifrechtlichen Studie aus dem Jahre 1916⁷³ und durchzieht alle seine späteren Werke.⁷⁴ Sie ist letztlich die Konsequenz eines Rechtsdenkens, welches das Recht nicht mehr lediglich als ein nach Vernunftkategorien zu ordnendes Begriffssystem versteht, sondern als einen Komplex von Rechtsregeln, dessen Ordnung sich aus dem »Lebensgebilde« ergibt, das es normiert. Anders formuliert: Die »Lebensgebilde«, die Anlass für Interventionen des Rechts sind, bilden den funktionalen Bezugsrahmen von Recht und bestimmen seine systematische Einordnung. Dies ist eine nicht zu unterschätzende Folge der soziologischen Methode im Recht, wie sie von *Sinzheimer* verstanden wurde. Die Rechtsform, in welcher der Eingriff des Rechts in Wirtschaftsabläufe erfolgt – ob durch privatrechtliche Regeln des Vertragsrechts oder durch öffentlich-rechtliche Regeln zB. des Sozialversicherungsrechts – tritt für das soziale Recht somit in ihrer Bedeutung hinter den sozialen Regelungszweck zurück. Diesen, Elemente des öffentlichen und Privatrechts verbindenden, Charakter des sozialen Rechts hat *Sinzheimer* vor allem am Beispiel des Tarifvertrages herausgearbeitet.⁷⁵

Es ist wenig überraschend, dass diese Idee eines Einheitsrecht auf heftigen Widerspruch in der Rechtswissenschaft gestoßen ist; dies zeigt besonders die Auseinandersetzung zwischen *Sinzheimer* und *Erwin Jacobi* um die Rechtsnatur des Tarifvertrages.⁷⁶

VI. Epilog

Die politische Krise der späten Weimarer Republik, die im Januar 1933 zur Machtergreifung der Nationalsozialis-

ten führte, aber auch die massiven wirtschaftlichen Probleme seit den späten zwanziger Jahren mussten die Verwirklichung der Idee eines sozialen Rechts in weite Ferne rücken lassen. *Sinzheimer* erkannte dies deutlich in »Die Krisis des Arbeitsrechts« (1933), seinem letzten Aufsatz, den er vor seiner Emigration nach Holland in Deutschland veröffentlichte und in dem er eingestand, dass das Arbeitsrecht eine Wirtschaft voraussetze, »in der sich die vorhandenen Produktivkräfte entfalten können und die Bedürfnisse der Menschen durch ihren Ertrag befriedigt werden.«⁷⁷ Es ist bemerkenswert, dass er trotz dieser »Einsicht in die Abhängigkeit des Arbeitsrechts von der Wirtschaft« und des Versagens des damals bestehenden Wirtschaftsrechts auch noch nach dem Zusammenbruch der Weimarer Republik an der Idee eines sozialen Rechts festhielt. Dies belegen nicht wenige seiner Schriften aus der Zeit des holländischen Exils in eindrucksvoller Weise.⁷⁸ Obgleich durch die Machtergreifung der Nationalsozialisten die politischen Grundvoraussetzungen für den Aufbau eines sozialen Rechts in diesen Jahren weggefallen schienen, ließ er von dieser Idee bis zu seinem Lebensende im Jahre 1945 nicht mehr ab. Dieser geradezu uner-

71 *von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 12; siehe auch *von Gierke*, Deutsches Privatrecht. Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S. 26 ff.; *von Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 108 f.

72 In diesem Sinne *Sinzheimer*, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, aaO., Band 1, S. 255, 261, 272; wohl auch *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927, S. 81 mit Blick auf die Bedeutung der Koalitionen: »Die Koalitionen fügen in das Ganze Bindungen ein, die Vorstufen eines neuen, werdenden Gemeinwillens in der Wirtschaft sind, der noch sein eigenes Recht zwischen den beiden Ordnungen des öffentlichen und privaten Rechts sucht«.

73 *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, S. 21 ff. (»Die Einheit des Rechts«).

74 Siehe insbesondere die Nachweise in Fußnote 72. Im gleichen Sinne *Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, aaO., S. 35, 40.

75 *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, S. 21 ff. (»Die Einheit des Rechts«).

76 Vgl. *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, S. 427 ff., der die privatrechtliche Rechtsnatur des Tarifvertrages herausarbeitet und grundsätzlich bestreitet, dass der Tarifvertrag objektives Recht hervorbringe. *Sinzheimer* reagierte darauf mit dem bereits zitierten Aufsatz »Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts«, der in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin und Leipzig 1929, Band 4, S. 1 ff. (auch in *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, S. 255 ff.), erschien. Zu dieser Auseinandersetzung zwischen *Jacobi* und *Sinzheimer* siehe *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003), S. 108 ff. mwN.

77 *Sinzheimer*, Die Krisis des Arbeitsrechts, Arbeitsrecht 1933 (20), Sp. 1 ff. = *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, S. 135.

78 So zB. *Sinzheimer*, Das Problem des Menschen im Recht, in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, S. 53 ff.; *Sinzheimer*, Eine Theorie des sozialen Rechts, aaO., Band 2, S. 164 ff.

schütterliche Fortschrittsglaube in derart dunklen Zeiten – auch und gerade für ihn selber und seine Familie, die sich während der Besetzung Hollands durch deutsche Truppen über Jahre hinweg verstecken musste – nötigen uns Nachgeborenen Bewunderung ab. Eine Wurzel dieses Optimismus mag in *Sinzheimers* geschichtsphilosophischer Grundüberzeugung gelegen haben, »der soziale Gedanke im Recht« dränge trotz aller Rückschläge nach seiner weiteren Verwirklichung und werde sich die ihm zukommende Geltung verschaffen.⁷⁹

Gleichwohl ist die *Sinzheimersche* Idee eines sozialen Rechts nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus in Deutschland nicht mehr in ihrer Ganzheit aufgegriffen worden. Auch seine Schüler haben nicht mehr ausdrücklich an dieser Idee angeknüpft.⁸⁰ In der rechtspolitischen Entwicklung während der Nachkriegszeit gab es zwar hier und da noch ein Anknüpfen an einzelnen Elementen der Idee, allerdings ohne dass auf seine Werke noch ausdrücklich Bezug genommen worden wäre. So gab es in der unmittelbaren Nachkriegszeit Ansätze zur Errichtung eines »Gemeinwesens der Wirtschaft« oder einer Wirtschaftsverfassung nach dem Vorbild der Art. 151 ff. WRV, wie es *Sinzheimer* vorgeschwebt hatte. Zu erwähnen sind hier namentlich der Hessische Entwurf eines Sozialisierungsgesetzes aus dem Jahre 1948⁸¹ sowie der Gesetzesvorschlag des DGB zur Neuordnung der deutschen Wirtschaft vom 22. Mai 1950⁸² und der ihm weitgehend entsprechende Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion eines Gesetzes zur Neuordnung der Wirtschaft,⁸³ die beide nicht unwesentlich Elemente der Weimarer Wirtschaftsverfassung aufgriffen, aber ohne Bedeutung für die weitere Entwicklung der Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik blieben;⁸⁴ die bundesrepublikanischen Gewerkschaften haben sich in der Folgezeit weitaus stärker der Mitbestimmung im Unternehmen, die in der Weimarer Zeit nur in rudimentärer Form bestand,⁸⁵ zugewandt und die Idee einer Mitbestimmung »an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte« (Art. 165 Abs. 1 Satz 1 WRV) nicht weiter verfolgt. Lediglich die Tarifautonomie wurde in der Nachkriegszeit von neuem als Eckpfeiler einer kollektiven Arbeitsverfassung gesetzlich durch das TVG von 1948 anerkannt.

Dieser Bedeutungsverlust der Idee eines sozialen Rechts mag vor allem darin seine Erklärung finden, dass eine Lenkung des Wirtschaftslebens in einem »Gemein-

wesen der Wirtschaft«, wie sie *Sinzheimer* noch vorschwebte, seit langem schon als überaus fragwürdig erscheint und politisch – jedenfalls in den letzten sechzig Jahren – innerhalb der Bundesrepublik Deutschland nicht mehrheitsfähig gewesen ist.⁸⁶ Doch auch in juristischer Hinsicht sind einer solchen Wirtschaftslenkung engere Grenzen gezogen als noch während der Weimarer Republik. Auch wenn das BVerfG in seiner Rechtsprechung die »wirtschaftspolitische Neutralität des GG« immer wieder betont⁸⁷ und damit das Fehlen einer Festlegung auf ein bestimmtes Wirtschaftssystem suggeriert hat, dürfte sich insbesondere aus der Grundrechtsordnung des GG eine Grundentscheidung für ein marktwirtschaftliches System ergeben – natürlich mit all den Korrekturen, die mit Rücksicht auf den Grundsatz des sozialen Rechtsstaates (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG) vorzunehmen sind. Nichts Anderes ergibt sich aus dem Recht der EU: Immerhin bindet Art. 3 Abs. 3 EUV die Union an den Grundsatz einer in hohem Masse wettbewerbsfähigen

79 Zu dieser geschichtsphilosophischen Annahme, die den Werken *Sinzheimers* zugrunde liegt, instruktiv *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt am Main, Goethe Univ., Diss. 2003), S. 32 ff., insbesondere S. 39 f.: »Denn es bestand für Sinzheimer kein Zweifel, dass sich das soziale Leben und mit ihm das Recht in einem Prozess der immer weiter voranschreitenden Vollendung befindet.«

80 Das zeigt jedenfalls eine Lektüre der arbeitsrechtlichen Schriften seiner Schüler aus der Zeit nach 1945: vgl. zB. *Neumann*, Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, RdA 1950, 1 ff.; *Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, S. 141 ff. mwN.; *Kahn-Freund*, Arbeit und Recht, Frankfurt am Main 1979.

81 Dazu näher *Nörr*, Die Republik der Wirtschaft. Teil 1: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition, Tübingen 1999, S. 19 ff. mwN.

82 Abgedruckt in: RdA 1950, 227 ff.

83 Abgedruckt in: BT-Drs. I/1229.

84 Gleichwohl tauchte die Idee eines »Gemeinwesens der Wirtschaft« – wenn auch nicht unter diesem Namen – noch einmal zu Beginn der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts auf: vgl. die vom Bundesausschuss des DGB am 3.3.1971 verabschiedeten Grundsätze über die Mitbestimmung im gesamtwirtschaftlichen Bereich, abgedruckt in: GMH 1971, 569 ff.; in die gleiche Richtung ging auch der Entwurf einer Gruppe von Abgeordneten der CDU/CSU-Fraktion eines Gesetzes über die Errichtung eines Bundeswirtschafts- und Sozialrates, abgedruckt in: BT-Drs. 6/2514.

85 Nach § 70 Betriebsrätegesetz 1920 iVm. dem dazu ergangenen Ausführungsgesetz v. 15.2.1922 (RGBl. 1922 I, S. 209) entsandten die Betriebsräte einen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat der AG. Zur Praxis der Aufsichtsratsmitbestimmung während der Weimarer Republik vgl. *Brigl-Matthias*, Das Betriebsräteproblem in der Weimarer Republik, Berlin 1926, S. 216 ff., wieder abgedruckt in: Crusius/Schiefelbein/Wilke (Hrsg.), Die Betriebsräte in der Weimarer Republik, Band 2, Berlin 1978, S. 216 ff.

86 Eine sehr begrenzte Ausnahme hiervon bildete die im Zuge der Keynesianischen Wirtschafts- und Finanzpolitik der Großen Koalition (1966–1969) im StWG verankerte »Globalsteuerung« der Wirtschaft.

87 Vgl. BVerfG, 20.7.1954–1 BvR 459/52 ua. – BVerfGE 4, 7, 18 (»Investitions-hilfe«); ebenso BVerfG, 1.3.1979–1 BvR 532/77 – BVerfGE 50, 290, 337 ff. (»Mitbestimmung«).

sozialen Marktwirtschaft und die Art. 119 Abs. 1, Art. 120 AEUV verpflichten die Union und die Mitgliedstaaten bei ihrer Wirtschaftspolitik auf den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Auch wenn diese Grundsatznormen im Einzelnen eine weite Gestaltungsfreiheit belassen, dürften sie doch einer Lenkung des Wirtschaftslebens, wie sie *Sinzheimer* anstrebte, enge Grenzen ziehen.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Idee eines sozialen Rechts, wie sie in den Schriften von *Sinzheimer* ausgearbeitet worden ist, jedenfalls in ihrer Gesamtheit nicht mehr als ein Konzept, das unter heutigen Bedingungen tragfähig ist. Sie ist ein Produkt der besonderen Verhältnisse der Weimarer Zeit und bedarf deshalb zunächst einer Historisierung. Das ändert indessen nichts daran, dass das *Sinzheimersche* Werk insbesondere für Arbeits-

rechtler nach wie vor eine Fülle von Anknüpfungspunkten bietet. Dies gilt nicht nur für seine grundlegenden Arbeiten zum Tarifvertragsrecht. Namentlich die Idee einer »legislativen Rechtswissenschaft«,⁸⁸ die das geltende Recht mit seiner soziologischen Wirklichkeit konfrontiert und Widersprüche zwischen Rechtsform und Rechtswirklichkeit in konkrete Rechtspolitik münden lässt, ist auch heute noch ein wichtiger Bezugspunkt für jeden engagierten Juristen, der in der Tätigkeit des Juristen nicht nur die Ordnung und Systematisierung des geltenden Rechts sieht, sondern auch das Ringen um die Herbeiführung eines angemessenen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen dort, wo das geltende Recht defizitär ist.

⁸⁸ Dazu *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die soziale Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, S. 9 ff.

Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG und Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht

Dissertation von Ulrich Sittard, 2010, Verlag C. H. Beck, München, erschienen in der Schriftenreihe des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, 552 S. (ISBN 978-3-406-59694-0), 140 € und Dissertation von Sebastian Stütze, 2010, Nomos Verlag, Baden-Baden, Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 656 S. (ISBN 978-3-8329-5882-4), 119 €

Die beiden zu besprechenden Arbeiten beschäftigen sich aus unterschiedlichen Blickwinkeln mit Rechtsproblemen, die aus einem veränderten Arbeitsmarkt (Stichworte: Ausweitung des Niedriglohnsektors, Europäisierung des Arbeitskräfteangebots) und einer Abnahme der Bindungswirkung klassischer Tarifstrukturen¹ folgen. Während *Sittard* im Kern die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und die Vorschriften des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) behandelt und sich damit der Reichweite der Geltung kollektiver Regelungen widmet, beschäftigt sich *Stütze* mit der Frage der Kontrollierbarkeit des Umfangs einer Hauptleistungspflicht, nämlich des Arbeitsentgelts.

Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und AEntG

Wer sich zukünftig gründlicher mit Fragen der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach § 5 TVG und Problemen des AEntG beschäftigen will, wird um die Arbeit von *Sittard* nicht herumkommen. Es gelingt dem Autor, eine Vielzahl von Fragestellungen zu diesen Themenbereichen aufzuwerfen, zu systematisieren und Antworten unter Berücksichtigung verfassungs- und europarechtlicher Implikationen zu geben. Dabei verliert er die Rechtspraxis nie aus dem Auge.

Nach einer Einführung legt *Sittard* im Zweiten Teil die Grundlagen für die weitere Untersuchung und behandelt Geschichte und Rechtsnatur der Tarifnormerstreckung durch § 5 TVG und das AEntG (S. 7 ff.). Die Überschrift ist dabei insofern Programm, als sie zeigt, wo der Autor die verbindende Klammer zwischen beiden gesetzlichen Regelungen sieht. Gleichzeitig werden zwei grundlegende Prämissen herausgearbeitet, die im weiteren Verlauf der Arbeit immer wieder eine Rolle spielen. Zum einen geht der Verfasser davon aus, dass die Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter nach § 5 TVG entgegen einer älteren Rechtsprechung des BVerfG²

¹ Vgl. dazu *Stütze*, S. 29 ff.

² BVerfG, 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322.

nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG begründet werden könne. Mit dem Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie sei eine solche Annahme nicht vereinbar. Vielmehr sei der bezweckte Schutz der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer verfassungsrechtlich durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) legitimiert (S. 35 ff., 131 f.). Zum anderen wird sein gegenüber der Rechtsprechung³ und herrschenden Meinung⁴ erheblich erweitertes Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit deutlich (S. 39 ff.). Danach soll ein Eingriff nicht erst bei einem (mittelbaren) Druck zum Beitritt in die Koalition vorliegen, sondern immer schon dann, wenn ein Arbeitnehmer oder Arbeitgeber allein aufgrund staatlichen Erstreckungsaktes an den Tarifvertrag gebunden ist. Damit steigen aus Sicht des Verfassers die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung (S. 192). Eine solche »negative Tarifvertragsfreiheit« (S. 43, 56) aus der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG ableiten zu wollen, halte ich für zu weit gehend. Im Zentrum der Norm steht der Schutz derjenigen, die sich zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zusammenschließen. Auch der Verweis auf die Werhof-Entscheidung des EuGH⁵ führt mE. schon wegen des unterschiedlichen Charakters der deutschen und europäischen Grundrechte nicht weiter. Im Übrigen geht der EGMR davon aus, dass Art. 11 Abs. 1 EMRK nicht das Recht garantiert, an keinen Tarifvertrag gebunden zu sein.⁶

Der Dritte Teil untersucht umfassend die Tarifnormerstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung (S. 93–314). Dabei werden zunächst die verschiedenen Zwecke der gesetzlichen Regelung herausgearbeitet (S. 93 ff.). Das Hauptziel sieht der Autor im Schutz der Arbeitnehmer, mit dem sich alle verfolgten unmittelbaren und mittelbaren Ziele erklären lassen. Zu diesen gehöre auch die Stärkung des Tarifvertragssystems als Strukturprinzip, nicht aber die Stärkung der einzelnen Tarifvertragspartei. Eine wettbewerbsrechtliche Zielsetzung (Verhinderung von »Schmutzkonzurrenz«) lehnt er ab, wettbewerbslenkende Auswirkungen seien bloße Nebenfolgen. Besonderheiten sieht er im Hinblick auf die gemeinsamen Einrichtungen (§ 4 Abs. 2 TVG): Ein Ziel sei deren Finanzierung und damit die Verhinderung der Subventi-

onierung der Außenseiter-Arbeitgeber durch die tarifgebundenen Beitragszahler (S. 124 ff., 130).

Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung wird zunächst untersucht, ob einzelne Teile eines Tarifvertrages für allgemeinverbindlich erklärt werden können (S. 134 ff.). Der Verfasser bejaht dies und beruft sich dabei zur Begründung unter anderem auf die Rechtsprechung des BAG⁷ zu Klauseln über die Einschränkung der Allgemeinverbindlichkeit. Ich habe allerdings meine Zweifel, ob man aus der Zulässigkeit von Beschränkungen beim räumlichen, fachlichen, betrieblichen und personellen Geltungsbereich – nur darum ging es in der Rechtsprechung bisher – auf die Zulässigkeit von inhaltlichen Beschränkungen schließen kann. Ich halte dies allenfalls bei abgrenzbaren Teilbereichen des Tarifvertrages für denkbar. Das Problem bleibt aber, dass der Tarifvertrag ein ausgehandeltes Ganzes ist und eine teilweise Allgemeinverbindlicherklärung kaum ohne Eingriffe in das Gesamtgefüge möglich sein dürfte. Einen solchen Eingriff will auch der Verfasser nicht zulassen (S. 138).

Klauseln über den sog. organisatorischen Geltungsbereich sieht *Sittard* in der Regel als deklaratorisch an. Ergibt die Auslegung aber die selbständige Bedeutung einer solchen Klausel, fehle es wegen der mangelnden Erfassung der Außenseiter vom Tarifvertrag am öffentlichen Interesse für eine Allgemeinverbindlicherklärung (S. 143 ff.).

Nach einem Block zum (praktisch bedeutsamer werdenden)⁸ 50%-Quorum und dessen Überprüfung (S. 152 ff.) werden die Stärken der Arbeit bei der Behandlung des Tatbestandsmerkmals »Öffentliches Interesse« besonders deutlich (S. 162 ff.). Ausführlich strukturiert *Sittard* diesen Begriff unter Berücksichtigung der vorher herausgearbeiteten Zwecksetzung des § 5 TVG und der verfas-

3 ZB. BVerfG, 11.7.2006–1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202.

4 ZB. ErFK-Dieterich, 11. Aufl., Art. 9 Rn. 35 f.; HWK-Hergenröder, 4. Aufl., Art. 9 Rn. 66 ff.; Sachs-Höfling, GG, 5. Aufl., Art. 9 Rn. 65.

5 EuGH, 9.3.2006 – Rs. C-499/04 – AP Richtlinie Nr. 77/187/EWG Nr. 2.

6 EGMR, 30.7.1998–18/1995/524/610 – AuR 1998, 494 mit Anm. Lörcher.

7 Vgl. die Nachweise S. 134 Fn. 829.

8 VG Düsseldorf, 16.11.2010–3 K 8653/08 – ZTR 2011, 87; dazu auch *Sittard*, ZTR 2011, 131 ff.

sungs- und europarechtlichen Rahmenbedingungen und versucht, ihm damit Konturen zu verschaffen. Er betont dabei den Gestaltungsspielraum des Ministeriums, allerdings – unter Hinweis auf *Lakies*⁹ – begrenzt im Sinne eines normativen Ermessens. Dabei schlägt er eine dreistufige Prüfstruktur vor (S. 170), die in diesem Rahmen nicht im Einzelnen behandelt werden kann. Nur zwei kritische Anmerkungen: Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird von einer Kontrolle der für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifnormen am Maßstab der unmittelbaren Grundrechtsbindung ausgegangen (S. 182 f.). Mir erscheint das problematisch: Zwar ist die Allgemeinverbindlicherklärung unmittelbar staatliches Handeln. Der Verfasser betont jedoch an anderer Stelle zu Recht, dass die Tarifnormen ihren Charakter dadurch nicht verändern, es handelt sich eben nicht um staatliche Normsetzung. Damit unterliegen die Tarifnormen mE. keinem anderen Kontrollmaßstab als im Fall der Tarifbindung. In der Praxis dürften die unterschiedlichen Auffassungen im Regelfall aber nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.¹⁰ Warum an das Merkmal des öffentlichen Interesses bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn »erhöhte Anforderungen« gestellt werden sollen, wird ebenfalls nicht überzeugend begründet. Auch eine weiter verstandene negative Koalitionsfreiheit trägt das mE. nicht (S. 192).

Im Folgenden werden diese Grundsätze auf einzelne Arten von Tarifverträgen und tariflichen Regelungen angewandt (S. 198 ff.). Warum Tarifverträge mit Differenzierungsklauseln nach *Sittards* Auffassung grundsätzlich nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden können sollen, leuchtet mir nicht ein. Betreffen solche Klauseln – wie regelmäßig – nur einzelne Leistungen, ist der Außenseiter mit einem solchermaßen eingeschränkten Tarifvertrag immer noch deutlich besser geschützt als ohne jede tarifliche Regelung.

Bei der Behandlung der Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung (S. 232 ff.) grenzt sich *Sittard* an einer entscheidenden Stelle deutlich von der ganz hM.¹¹ ab: Die Wirkung des § 5 Abs. 4 TVG soll auf solche Arbeitsverhältnisse begrenzt werden, die keiner unmittelbaren und zwingenden Tarifbindung unterliegen. Anderweitig kongruent Tarifgebundene fallen damit heraus. Ob die ausführliche Argumentation zu dieser Frage überzeugt, mag

der Leser selbst beurteilen. Allerdings muss *Sittard* aus guten Gründen für die gemeinsamen Einrichtungen – bei denen diese Fragestellung praktisch am häufigsten auftreten dürfte – sofort wieder eine Ausnahme machen (S. 246). Auch § 8 Abs. 2 AEntG geht einen anderen Weg. Im Ergebnis sieht allerdings auch der Verfasser wenige Unterschiede zwischen seiner Auffassung und der hM. (S. 280).

Abgerundet wird dieser Teil der Untersuchung durch die Darstellung der Wirkung allgemeinverbindlicher Tarifverträge bei Sachverhalten mit Auslandsbezug (S. 255), der Besonderheiten bei Tarifpluralitäten und Tarifkonkurrenzen (S. 260) und der Beendigung der Wirkungen der Allgemeinverbindlichkeit (S. 280 ff.). Dabei ist insbesondere auf die Ausführungen über die Nachwirkung allgemeinverbindlicher Tarifnormen hinzuweisen, in denen sich der Verfasser kritisch mit der Rechtsprechung¹² auseinandersetzt (S. 287 ff.). Unpassend und überflüssig erscheinen mir hingegen die Ausführungen unter der Überschrift »Die Vermeidung allgemeinverbindlicher Tarifverträge durch Arbeitgebermaßnahmen« (S. 295–306; mit Einschränkungen gilt dies auch für die entsprechenden Ausführungen im Vierten Teil, S. 404–413). Unabhängig davon, dass nach meinem Verständnis ein echtes Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages keine aktive Vermeidungsstrategie darstellt, verlässt *Sittard* hier ein wenig seine fundierte Art der Problembehandlung. Dies fällt nicht zuletzt deshalb auf, weil er sich an anderer Stelle bewusst gegen eine aus seiner Sicht negativ wertende Terminologie abgrenzt (»Lohn- und Sozialdumping«, S. 317).

Im Vierten Teil (Tarifnormerstreckung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, S. 315 ff.) musste sich der Verfasser mit dem Problem auseinandersetzen, dass mit dem AEntG 2009 während der Erstellung der Arbeit einige – beileibe nicht alle – Problemstellungen durch den Gesetzgeber aufgelöst wurden. Deshalb werden im Fünften Teil – das erhöht den Nutzen der Arbeit auch für den Prakti-

9 Däubler-*Lakies*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., § 5 TVG Rn. 153.

10 Vgl. dazu zuletzt zB. BAG 16.12.2010–6 AZR 437/09, Rn. 18 – NZA-RR 2011, 322.

11 ZB. ErfK-*Franzen*, § 5 TVG Rn. 5; Däubler-*Lakies*, Tarifvertragsgesetz, § 5 TVG Rn. 164 ff.; Schaub-*Schaub* ArbR-Hdb., 13. Aufl., § 207 Rn. 21.

12 ZB. BAG, 25.10.2000–4 AZR 212/00 – AP Nr. 38 § 4 TVG Nachwirkung.

ker – bereits das AEntG 2009 und das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) einer ersten kritischen Analyse unterzogen (S. 424 ff.). Viele Ausführungen zum AEntG 2007 behalten aber weiterhin ihre Bedeutung. Dabei sieht der Autor als Hauptziele dieses Gesetzes neben dem Schutz der (entsandten) Arbeitnehmer und der Tarifautonomie auch die Herstellung fairen Wettbewerbs. Ein solches weitergehendes Ziel hält *Sittard* auch für notwendig, da wegen der hier unstreitig bestehenden Erstreckung auf kongruent anderweitig Tarifgebundene eine erhöhte Rechtfertigungslast gegenüber der »normalen« Allgemeinverbindlicherklärung bestehe (S. 326 f.). Auch diese Annahme ist eine Folge seines weiten Verständnisses der negativen Koalitionsfreiheit. Ich halte sie für zweifelhaft, da sie zur Folge hätte, dass in den Branchen, die in das AEntG einbezogen sind, auch die inländischen Arbeitnehmer nur unter erschwerten Bedingungen allgemeinverbindliche tarifliche Arbeitsbedingungen erlangen könnten. Der Schutzzweck des Gesetzes würde damit konterkariert. Abgerundet werden die Ausführungen zum AEntG durch die systematische Behandlung der Wirkungen der Tarifnormerstreckung und deren Ende. Dabei untersucht *Sittard* insbesondere die Problematik der Verdrängung mitgliederschaftlich legitimierter Tarifverträge durch das AEntG. Er geht dabei mit der Rechtsprechung davon aus, dass konkurrierende Tarifverträge den erstreckten Tarifnormen aus europarechtlichen Gründen nur vorgehen können, wenn sie günstigere Regelungen enthalten. Diese Auslegung des § 1 Abs. 3a AEntG 2007 sei aber nicht von der Rechtsverordnungsermächtigung gedeckt, eine entsprechende Verordnung verstoße gegen Art. 80 Abs. 1 GG (S. 397).¹³

Eher verzichtbar erscheint mir die Darstellung und (knappe) Behandlung weiterer Lösungsansätze zur Mindestlohnproblematik (S. 458 ff.). Ersichtlich will *Sittard* damit die Richtigkeit seiner Grundannahme, nämlich »den Bereich staatlicher Lohnfindung so klein wie möglich zu halten«, untermauern. Es bleibt aber nicht der Raum, diese Fragestellungen noch mit der nötigen Vertiefung zu behandeln. Unabhängig hiervon erfüllt die Arbeit in vollem Umfang ihren Anspruch, einen (wichtigen) Beitrag zur Debatte um staatliche Mindestlöhne zu leisten.

Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht

Stütze widmet sich der Kontrolle der Höhe der Vergütung. Die Arbeit beschränkt sich dabei nicht auf die in den letzten Jahren virulent gewordene Debatte um einzelvertraglich vereinbarte sittenwidrig niedrige Vergütungen,¹⁴ sondern behandelt auch die Kontrolle tariflicher Entgelthöheregelungen und tariflicher Entgeltforderungen. Diese Kombination verblüfft auf den ersten Blick. Sie erklärt sich aber aus dem Ansatz des Verfassers, Tarifverträge im Kern (nur) als eine besondere Art vertraglicher Regelungen anzusehen und sie deshalb im Wesentlichen den gleichen Prüfmaßstäben – insbesondere unter dem Blickwinkel der Vertragsfreiheit – zu unterziehen (S. 325).

Zunächst (S. 45 ff.) stellt *Stütze* die verschiedenen Varianten der Vertragskontrolle im Hinblick auf die absolute Entgelthöhe vor und bestimmt damit sein späteres Prüfraster. Er unterscheidet zwischen Allgemeiner Rechtskontrolle, Sittenwidrigkeitskontrolle, Inhaltskontrolle im engeren Sinn (Angemessenheitskontrolle), Billigkeitskontrolle und Ausübungskontrolle. Darüber hinaus behandelt er das Verhältnis dieser Vertragskontrolle zum Grundsatz von Treu und Glauben. Er leistet damit einen wichtigen Beitrag zur Begriffsklärung und Strukturierung.

Der umfangreiche Zweite Teil (S. 87–320) behandelt die Kontrolle arbeitsvertraglicher Entgelthöheregelungen. Zu Beginn betont er den Stellenwert der Vertragsfreiheit und arbeitet deren eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung heraus (S. 87–105). Gelegentlich hat man dabei den Eindruck, als ob nicht die Vertragsfreiheit Ausfluss grundrechtlicher Gewährleistungen ist, sondern umgekehrt die Grundrechte geschaffen wurden, um diese zu sichern (»wichtigster Bestandteil der Privatautonomie«, S. 131). Das Konzept des Bundesverfassungsgerichts scheint mir ein anderes zu sein.¹⁵ Trotz allen Materialreichtums der Arbeit – abschnittsweise sind die Fußnoten länger als der Text (zB. S. 101–105) – bleibt an dieser Stelle aber undeutlich, welchen verfassungsrechtlichen Stellenwert

¹³ Die in diesem Zusammenhang (S. 395) erwähnte Kammerentscheidung des BVerfG (18.7.2000–1 BvR 948/00 – AP Nr. 4 § 1 AEntG) betraf naturgemäß nicht die Regelung aus 2007, sondern das AEntG 1996.

¹⁴ Vgl. dazu zuletzt zB. BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – BAGE 130, 338; *Bögge-mann*, NZA 2011, 493.

¹⁵ Vgl. die auch von *Stütze* zitierte Entscheidung vom 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242.

der Verfasser der Vertragsfreiheit letztlich zumisst. Ausführlich setzt sich *Stütze* dann mit den rechtstheoretischen Grundlagen der Vertragsfreiheit auseinander (S. 133 ff.) und beantwortet die später auch für Tarifverträge aufgeworfene Frage, inwieweit eine (eingeschränkte) Richtigkeitsgewähr angenommen werden kann. Seiner Ansicht nach ermöglicht die Vertragsfreiheit zwar auch eine »objektiv« unrichtige Vertragsgestaltung und garantiert deren Geltung. Sie fördert deren Entstehung aber nicht, sondern sichert durch das Zustimmungserfordernis regelmäßig die auch »objektiv« richtige Lösung. Erst die Kombination aus Selbstbestimmung der Parteien und dieser grundsätzlichen Eignung ermöglicht der Rechtsordnung, den Vertragsinhalt als verbindlich anzuerkennen (S. 161). Konsequenterweise erkennt er deshalb einen »Vorrang formaler Vertragsfreiheit vor materialen Gerechtigkeitspostulaten« (S. 164) und hält Eingriffe unterhalb der Schwelle der Sittenwidrigkeit oder Täuschung (erst) dann für möglich, wenn die Funktionsbedingungen für diese Richtigkeitsgewähr fehlen (S. 180 f.). Bereits an dieser Stelle weist er darauf hin, dass für Tarifverträge im Grundsatz nichts anderes gelten könne (S. 169). Im Ausbildungs- und Arbeitsverhältnis sieht er das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Kennzeichen für eine typischerweise fehlende Richtigkeit (S. 198 ff.). Etwas anderes soll allerdings gelten, wenn Arbeitsverträge im Einzelnen iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ausgehandelt wurden (S. 205).

Nach diesen umfangreichen Vorarbeiten zu Grundlagen und System wendete der Verfasser im 8. Kapitel (S. 207–320) die verschiedenen Varianten der Vertragskontrolle praktisch an. Eine allgemeine Billigkeitskontrolle lehnt er – vom Ausnahmefall des vorbehaltenen einseitigen Leistungsbestimmungsrechts (zB. bei Zielvorgaben) abgesehen – ab (S. 207 ff.). Auch eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB wird hinsichtlich der Hauptleistungspflichten grundsätzlich verneint. Die umstrittene¹⁶ und praxisrelevante Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Tarifverträge als Maßstab der Inhaltskontrolle herangezogen werden können, wird aus meiner Sicht dabei leider zu knapp behandelt (S. 209 f.). Abgesehen von den gesetzlichen Vorschriften zu Ausbildungsvergütung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Berufsbildungsgesetz – BBiG) und Nachtarbeitszuschlägen (§ 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz – ArbZG) sieht *Stütze* auch unter europa- und internatio-

nalrechtlichem Blickwinkel keinen Anhaltspunkt für eine Angemessenheitskontrolle. Es bleibt die allgemeine Rechtskontrolle (S. 225 ff.). In diesem Rahmen stellt er umfassend die verschiedenen Normen und Gesetze dar, die relevant sein können (TVG, AEntG, MiArbG, § 92a HGB, § 19 Heimarbeitsgesetz – HAG, § 9 Nr. 2 2. HS Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG, § 138 Abs. 2 SGB IX) und streift kurz die Zweckmäßigkeit eines gesetzlichen Mindestlohns.

Ausführlich, in die Tiefe gehend und in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung behandelt er dann die Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 BGB und trägt zu einer Systematisierung dieser nicht immer präzise angewandten Vorschrift bei. An zwei Stellen gibt es bedeutsame Abweichungen zur Rechtsprechung des 5. Senats¹⁷: Zum einen vertritt er unter Verweis auf zivilgerichtliche Rechtsprechung die Auffassung, für die Feststellung des auffälligen Missverhältnisses komme es auf den Zeitpunkt des Leistungsversprechens, also des Vertragsschlusses an (S. 284 ff.). Daraus bei länger bestehenden Dauerschuldverhältnissen resultierende unbefriedigende Ergebnisse versucht er über einen aus meiner Sicht wenig praktikablen Anpassungsanspruch »bei erheblicher Geldentwertung« zu korrigieren (S. 286 ff.). Zum anderen will er beim wucherähnlichen Rechtsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) erst bei einem besonders groben Missverhältnis die Vermutung einer verwerflichen Gesinnung annehmen. Das »leichtfertige Verschließen vor der Einsicht, dass der andere sich wegen seiner schwächeren Lage auf den ungünstigen Vertrag einlässt«¹⁸, hält er offensichtlich nicht für ausreichend (S. 313). Mit den Überlegungen zum auffälligen Missverhältnis bei erfolgsbezogenen Entgeltformen (S. 292 ff.) greift der Autor ein Thema auf, das bisher noch wenig durchdrungen ist. Mir erscheint allerdings fraglich, ob man wirklich nur auf die (realistische) Entgeltchance abstellen kann, ohne die tatsächlich erzielte Vergütung zu berücksichtigen.

Im weiteren Gang der Darstellung verneint *Stütze* mit ausführlicher Begründung das Bestehen einer absoluten

16 Vgl. dazu *ErfK-Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 39 (verneinend); Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, 3. Aufl., § 307 Rn. 272 ff. (grundsätzlich bejahend) mit jeweils weiteren Nachweisen.

17 Vgl. zuletzt BAG, 22.4.2009–5 AZR 436/08 – BAGE 130, 338 mwN.

18 BAG, 22.4.2009–5 AZR 436/08, Rn. 27 – BAGE 130, 338.

Entgeltuntergrenze (»sittlicher Mindestlohn«, S. 271 ff.) und kommt ernüchternd – aber aus meiner Sicht zutreffend – zu dem Ergebnis, dass die Sittenwidrigkeitskontrolle kein effektives Instrument zur Bekämpfung branchenüblicher Niedriglöhne ist (S. 284).

Im Dritten Teil untersucht *Stütze* die Kontrolle tarifvertraglicher Entgelthöheregelungen. Wie bereits angedeutet, geht er davon aus, dass die Systemgedanken der Tarifautonomie denjenigen der Privatautonomie entsprechen (S. 361) und stellt insoweit die zur Vertragsfreiheit angelegten Überlegungen in den Mittelpunkt (S. 325). Diese – näher begründete – Prämisse überschätzt aus meiner Sicht den Stellenwert der Vertragsfreiheit im verfassungsrechtlichen System der Freiheitsgrundrechte und vernachlässigt gleichzeitig Voraussetzungen und Wirkungsbedingungen kollektiven Handelns und dessen besonderen Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG. Aus der zwischenzeitlich wohl hM.¹⁹, dass die Tarifautonomie im Kern kollektiv ausgeübte Privatautonomie ist, lässt sich diese Schlussfolgerung nicht ziehen. Allerdings berücksichtigt der Verfasser sehr wohl, dass kollektive Faktoren eine Rolle spielen, so wenn er von der »kollektiven Richtigkeit« spricht (S. 333).

Dieser vertragsorientierte Ansatz, verbunden mit dem Stellenwert der Richtigkeitsgewähr in seinem Prüfsystem, führt ihn zu der Annahme, dass bei einem Wegfall der Bedingungen für die Richtigkeitsgewähr Eingriffe in die Tarifautonomie auch jenseits einer »Exzesskontrolle« möglich sind (S. 365). Als notwendige Bedingung benennt er insbesondere die Herstellung einer potentiellen Gleichgewichtigkeit zwischen den Tarifvertragsparteien durch die Rechtsprechung, die über die Anforderungen an die Tariffähigkeit und über das Arbeitskampfrecht erfolgen soll (S. 369 ff.). Praktisch angewandt sieht er in zwei Bereichen einen Wegfall der Richtigkeitsgewähr: Zum einen im Niedriglohnsektor, insbesondere in der Leiharbeitsbranche. Dort bestehe ein strukturelles Verhandlungungleichgewicht zulasten der Gewerkschaften. Umgekehrt sei von einer strukturellen Unterlegenheit der Arbeitgeber gegenüber »etablierten und deshalb tariffähigen Spezialistengewerkschaften« auszugehen. Die beispielhaft angeführten drei Tarifkonflikte (S. 406 ff.) genügen aus meiner Sicht allerdings nicht, um diese These überzeugend empirisch zu belegen. In diesen beiden

Bereichen sieht der Autor die Notwendigkeit kompensatorischer Eingriffe: Eine richterliche (Tarif-)Vertragskontrolle sei bei struktureller Unterlegenheit der Arbeitgeberseite als Kompensation derzeit alternativlos, Regelungen im Arbeitskampfrecht entweder unzulässig oder unzureichend (S. 417 ff.). Bei Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite sei die Schaffung nicht tarifdispositiver gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen in Betracht zu ziehen (S. 417).

Im 14. Kapitel wird die Kontrolle zum Schutz der Arbeitsvertragsparteien (S. 439 ff.), im Folgekapitel die Kontrolle zum Schutz Dritter und der Allgemeinheit (S. 499 ff.) diskutiert. Dabei kommt *Stütze* zunächst zu dem Ergebnis, dass eine Billigkeits- und Angemessenheitskontrolle grundsätzlich ausscheidet und lediglich im Bereich des AEntG ein Kontrollmaßstab für eine allgemeine Rechtskontrolle vorliegt (S. 476). Speziell im Hinblick auf die Ausführungen zur Angemessenheitskontrolle leuchtet mir dabei nicht ein, wieso einerseits tarifvertragliche Normen grundsätzlich einer Angemessenheitskontrolle im Sinne einer »intensivierten Grundrechtskontrolle« unterliegen sollen, dies andererseits aber nicht auf die »Hauptleistungspflichten« erstreckt werden könne (S. 444 f.). Schon die aus dem Individualvertragsrecht entlehnte Begrifflichkeit passt hier nicht. Im Ergebnis bejaht *Stütze* sodann eine Anwendbarkeit des § 138 BGB zur Korrektur von Extremfällen, wobei entscheidend sei, dass der Tarifvertrag ein Rechtsgeschäft darstelle (S. 478). Die Rechtsprechung hat diese Frage bisher offen gelassen und von »elementaren Gerechtigkeitsanforderungen aus den Art. 2 Abs. 1 GG, 20 Abs. 1 GG« gesprochen, die auch in § 138 BGB zum Ausdruck kommen.²⁰ Nach *Stützes* Ansicht erlaubt die Tarifautonomie nicht die Normierung eines Arbeitsentgelts, dass bei arbeitsvertraglicher Vereinbarung sittenwidrig wäre (S. 481). Hierbei zieht er ebenfalls die 2/3-Grenze heran, bezogen auf das in der Branche regional üblicherweise gezahlte Entgelt. Zusätzlich wird aber auch hier eine erhebliche Störung im Willensbildungsprozess der Gewerkschaft verlangt (S. 496). *Stütze* bezeichnet eine solche Situation selbst als die selte-

19 ZB. BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, Rn. 40 zVv; 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – Rn. 55 – BAGE 119, 103; 27.11.2002 – 7 AZR 655/01 – zu B II 2 a der Gründe, AP BGB § 620 BGB Altersgrenze Nr. 22; ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 55 ff.; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, 4. Aufl., Grundlagen Rn. 63, 89.

20 BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 – zu I 2 a) bb) der Gründe – BAGE 110, 79.

ne Ausnahme (S. 593). Der Fall, dass eine Gewerkschaft zur Ausnutzung einer Tariföffnungsklausel (wie zB. § 9 Nr. 2 Satz 3 AÜG) bewusst niedrige Löhne vereinbart, wäre von seinem Konzept nicht erfasst; solche Regelungen blieben wegen der unbeeinträchtigten Willensbildung unbeanstandet.

Sein Kontrollsystem will er dann auch zum Schutz Dritter und der Allgemeinheit anwenden. Eine Tarifkontrolle sei denkbar, wenn »die Durchführung des Tarifvertrags das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht massiv gefährden würde« (S. 529 ff.). Zwar hält er auch diesen Fall für hypothetisch, Bedenken im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG seien aber doch angemeldet. Dies gilt auch dann, wenn man keine »mystische Verklärung des Tarifvertrags« (S. 530) betreibt. Erst recht bestehen solche Bedenken, wenn er für den öffentlichen Dienst bei einer »Ausbeutung der Sondersituation« eine stärkere Kontrolle zulassen will (S. 531 f.).

Im Vierten Teil untersucht *Stütze* die Kontrolle tariflicher Entgeltforderungen und begibt sich damit tief hinein in das Arbeitskampfrecht. Entgegen der ganz herrschenden Meinung²¹ will er unter bestimmten Voraussetzungen tarifliche Forderungen inhaltlich kontrollieren. Er sieht das Problem des fehlenden Maßstabs zur Identifizierung quantitativ zu weitgehender Kampfziele, meint aber, die Gerichte wären in der Lage, eine auf die Verhinderung von Exzessen beschränkte Machtmissbrauchskontrolle auszuüben (S. 573 f.). So ein Exzess liege vor, wenn beim Kampf um einen Firmentarifvertrag die Ziele den Forderungsgegner ohne tief greifende Restrukturierungsmaßnahmen in seiner Existenz gefährden würden. Beim Verbandstarifvertrag liege die Schwelle höher; die Mehrzahl der Unternehmen müssten in ihrer Existenz gefährdet werden. Auch sei die Üblichkeit überhöhter Eingangsforderungen ebenso zu berücksichtigen wie das Vorverhal-

ten der Arbeitgeberseite (S. 578). Ähnliches gelte, wenn ein an der Tarifforderung orientierter Tarifvertrag krass gemeinwohlgefährdend wäre (S. 587). Abgesehen von den bereits geäußerten Bedenken zur Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG – wie soll ein Gericht im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens diese Voraussetzungen beurteilen? Die abschließende Annahme *Stützes*, die Rechtsprechung sei einerseits bei arbeitsvertraglichen Entgeltregelungen zu forsch, andererseits bei tarifvertraglichen Entgeltregelungen zu zurückhaltend in der Überprüfung (S. 598), überzeugt mich nicht nur deshalb nicht wirklich.

Fazit

Beide Arbeiten haben einen Nettoumfang von über 500 Seiten. Trotzdem lohnt die Mühe, sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Sie liefern wichtige Beiträge zur Beantwortung der Frage, wie rechtlich mit gesellschaftlichen Veränderungen im Bereich des Arbeitsmarktes und der industriellen Beziehungen umzugehen ist. Insbesondere die Arbeit von *Sittard* setzt dabei Maßstäbe.²²

Eine Schlussbemerkung: Die Verfasser von Dissertationen wollen naturgemäß ihre jeweilige Thematik umfassend behandeln. Ob eine weitere Ausdehnung des Umfangs von Dissertationen aber insgesamt zielführend ist, erscheint mir zweifelhaft. An die Betreuer muss daher die Frage erlaubt sein, ob man dieser Entwicklung nicht durch eine stärkere Eingrenzung der Themen entgegenwirken sollte.

Waldemar Reinfelder, Richter am Bundesarbeitsgericht

21 Vgl. nur BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – Rn. 98 – BAGE 122, 134; Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 14 Rn. 11; Kissel, Arbeitskampfrecht, § 29 Rn. 34.

22 Ebenso *Kempfen*, RdA 2010, 383.

Zusammenfassungen

Knickrehm: Neue »Härtefallregelung« im SGB II und Gewährleistung des Existenzminimums

SR SR 2/2011, S. 45–61

Die Autorin befasst sich mit der Frage der Umsetzung der Härtefallregelung im SGB II nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010 zur Bemessung der Regelleistung nach dem SGB II. Dem historisch/zeitlichen Ansatz folgend stellt sie zunächst die Rechtslage vor dem 9.2.2010 dar. Dem schließt sich eine Darstellung der ersten rechtlichen Lösungsansätze zur Deckung von »Sonderbedarfen« und die recht dogmatische Einordnung dieser Lösungsansätze an. Weiter setzt sie sich mit der Anspruchsgrundlage für »Sonderbedarfe« in dem Zeitraum zwischen der Entscheidung des BVerfG und dem Inkrafttreten des § 21 Abs. 6 SGB II am 3.6.2010 auseinander und schließlich untersucht sie, was sich mit dem Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung geändert hat.

Seifert: Das Konzept des sozialen Rechts

SR SR 2/2011, S. 62–73

Der Autor spürt der Entstehung, dem Inhalt und dem Schicksal des Begriffs des »sozialen Rechts« bei Hugo Sinzheimer nach. An den Begriff, der sich insbesondere im französischsprachigen Sprachraum durchsetzte, kann mit dem in der Weimarer Zeit entwickelten Konzept nicht angeknüpft werden. Seifert stellt zunächst den Kontext des Begriffs in der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion dar. Er erläutert das dahinter stehende neue Weltbild des Juristen Sinzheimers, stellt anschließend das Sinzheimer'sche Instrumentarium zur Schaffung eines »Gemeinwesens der Wirtschaft« dar und beschreibt abschließend die Sprengung der Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht dar. Seifert hält das Konzept unter den heutigen Bedingungen nicht für tragfähig.

Abstracts

Knickrehm: New »provision in case of hardship« in Social Security Code II and guarantee of subsistence level

SR SR 2/2011, p. 45–61

The author looks into the application of a »provision in case of hardship« in Social Security Code II in the light of the judgment of the German Federal Constitutional Court of 9 February 2010, which reviewed the constitutionality of the method of calculation of standard benefits based on Social Security Code II. In a chronological approach, she starts with a description of the legal situation before 9 February 2010. This is followed by an account of this case of first impression on how »separate needs« can be covered and the classification of this solution in terms of legal theory. Furthermore she focuses on the basis of a claim for »separate needs« in the interim period up to the entry into force of paragraph 21, section 6 Social Security Code II on 3 June 2010. She concludes with the changes occasioned by the entry into force of the new statutory provision.

Seifert: The concept of social law

SR SR 2/2011, p. 62–73

The author traces the origin, content and fate of the concept of »social law« in the thinking of Hugo Sinzheimer. One cannot link the term, which arose in French-speaking regions, to the concept developed during the period of the Weimar Republic. Seifert depicts the context of the term »social law« in the jurisprudential and legal policy debates. He explains Sinzheimer's new view of the world as the background, illustrates Sinzheimer's idea of a »community-based economic system« and finally depicts the fracturing of the dichotomy between public and private law. Seifert does not consider the concept of social law as sustainable in the circumstances of today.

Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

Abhandlungen

- *Brun-Otto Bryde*: Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung
- *Wolfgang Spellbrink*: Das Beitragsrecht der gesetzlichen Unfallversicherung

Rezensionsaufsätze

- Anne Christin Wietfeld, *Die rechtliche Stellung von Arbeitnehraußenseitern im Spartenarbeitskampf*; Lena Rudkowski, *Der Streik in der Daseinsvorsorge (Hansjörg Otto)*
- Benedikt Schmidt, *Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung (Reingard Zimmer)*