

daher eine Verrechtlichung der Aushandlungen zu erwarten bzw. werden die Gerichte eine zentrale Stellung in den politischen Auseinandersetzungen um öffentliche Sparsamkeit in den nächsten Jahren einnehmen. Den Gerichten wird dabei insbesondere die Rolle zukommen zu entscheiden, wie in der Haushalts- und Finanzpolitik zukünftig das Verhältnis von demokratisch legitimierter Erweiterung und regelbasierter Restriktion der Spielräume schuldenfinanzierten staatlichen Handelns ausgestaltet wird. Das ist auch insofern eine relevante Auseinandersetzung, als bspw. der ehemalige Wirtschaftsminister Peter Bofinger neulich vorschlug, den Klimawandel als Naturkatastrophe zu verstehen und damit politisch die Nutzung der Ausnahmeregelung der Schuldenbremse für eine höhere Neuverschuldung zu legitimieren.<sup>60</sup> Gerade auch (aber nicht nur) wenn die Gerichte eine derartige Erweiterung der Verschuldungsspielräume verhindern, so spricht vieles für ein finanzpolitisches Projekt der Klimaauferit: Die Finanzierung der erforderlichen Ausgaben für Klimaschutz und -anpassung wird dabei durch Einspar- und Nullrunden insbesondere bei sozialen Leistungen und dem staatlichen Personal erbracht. Der Spardruck ist dabei umso höher, je höher die zusätzlichen Tilgungserfordernisse aus der Corona-Pandemie ausfallen. Die Alternative zur Klimaauferit wäre unter Bedingungen der Schuldenbremse allein ein grundlegender Umschwung in der Steuer- und damit der gesellschaftlichen Umverteilungspolitik – es ist aktuell freilich kaum zu erkennen, wie die Kräfteverhältnisse für eine solche finanzpolitische Wende in Deutschland organisiert werden könnten.

## KOMMENTARE

Roland Rosenow

### Widersprüchlich bis in Mark

– Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.5.2021  
zu § 1a AsylbLG

#### I. Einleitung

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5.11.2019 zu den Sanktionsvorschriften im SGB II<sup>1</sup> war zu erwarten, dass auch die Sanktionsvorschrift im AsylbLG kippen würde, wenn das Bundesverfassungsgericht sie zu prüfen hat.<sup>2</sup> Nun hat das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde gegen die Sanktionsvorschrift des § 1a AsylbLG a.F. mit begründetem Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12.5.2021 zurückgewiesen.<sup>3</sup> Verfahrensgegenständlich war die ursprüngliche Fassung von § 1a AsylbLG, die vom 1.9.1998 bis zum 28.2.2015 in Kraft war.<sup>4</sup> Die Begründung ist eine Überraschung. Die Kammer stützt die Nichtannahme nicht etwa darauf, dass die verfahrensgegenständliche Fassung der Vorschrift zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits seit Jahren nicht mehr in Kraft war, was nahegelegen hätte. Stattdessen enthält die Begründung Ausführungen zu dem Grundrecht auf existenzsichernde Leistungen im Fall der Bedürftigkeit, die in deutlichem Widerspruch zu den bisherigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stehen, auf die der Beschluss sich gleichwohl bezieht.

Die Begründung nimmt Bezug auf die Entscheidungen des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010,<sup>5</sup> 18.7.2012,<sup>6</sup> 26.7.2016<sup>7</sup> und 5.11.2021,<sup>8</sup> die unterschiedliche Aspekte der Frage, ob und inwieweit das Grundgesetz im Fall von Bedürftig-

Nachtragshaushaltsgesetz 2020 – mit haushaltsverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere mit der sog. Schuldenbremse, erstattet im Auftrag des Bundes der Steuerzahler Deutschland e.V., [https://www.steuerzahler.de/fileadmin/user\\_upload/Presseinformationen/2020/BdSt\\_Rechtsgutachten\\_Verfassungswidrigkeit\\_Nachtragshaushalt.pdf](https://www.steuerzahler.de/fileadmin/user_upload/Presseinformationen/2020/BdSt_Rechtsgutachten_Verfassungswidrigkeit_Nachtragshaushalt.pdf). Gröpl hat auch für den Bund der Steuerzahler Saarland ein Gutachten erstellt.

<sup>60</sup> Peter Bofinger, Mit einer schwarzen Null lässt sich die Zukunft nicht bewältigen, Deutschlandfunk 5.6.2021, [https://www.deutschlandfunk.de/deutsche-finanzpolitik-bofinger-mit-einer-schwarzen-null.694.de.html?dram:article\\_id=498379](https://www.deutschlandfunk.de/deutsche-finanzpolitik-bofinger-mit-einer-schwarzen-null.694.de.html?dram:article_id=498379).

<sup>1</sup> BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16.

<sup>2</sup> Ibrahim Kanalan/Julian Seidl, Wegsanktioniert: Ausreise als Überwindung der Hilfsbedürftigkeit nach dem Asylbewerberleistungsgesetz?, VerfBlog, 2021/3/19, <https://verfassungsblog.de/asylblg-anreize/>, DOI: 10.17176/20210319-151510-0.

<sup>3</sup> BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17.

<sup>4</sup> § 1a AsylbLG wurde durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 25.8.1998 (BGBl. I, 2505), eingefügt. Das Gesetz geht auf eine Gesetzesinitiative des Bundesrates zurück, BT-Drs. 13/10155.

<sup>5</sup> BVerfG, U. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 (Regelsatz-Urteil zum SGB II).

<sup>6</sup> BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10 (AsylbLG-Urteil).

<sup>7</sup> BVerfG, B. v. 26.7.2016 – 1 BvR 371/11.

<sup>8</sup> BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 (Sanktionsurteil).

keit einen Anspruch auf eine Geldleistung zur Finanzierung des Lebensunterhalts enthält, zum Gegenstand haben. Durch diese Entscheidungen seien die „verfassungsrechtlichen Maßgaben [...] grundsätzlich geklärt“. Danach sei die Verfassungsbeschwerde nicht begründet.<sup>9</sup> Mit anderen Worten: § 1a AsylbLG und das auf dieser Vorschrift beruhende Urteil des BSG vom 12.5.2017,<sup>10</sup> das mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wurde, seien mit dem Grundgesetz in der Auslegung, die der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in den o.g. vier Entscheidungen gefunden habe, vereinbar. Danach soll die Begründung des Nichtannahmebeschlusses die bisherige Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Anspruch auf Existenzsicherung bruchlos bekräftigen. Tatsächlich tut sie das jedoch nicht.

## II. Begründung des Beschlusses

Die Kammer nimmt Bezug auf eine der zentralen Überlegungen des „Hartz IV“-Urteils vom 9.2.2010 und betont, dass die Gewährleistung des Existenzminimums sich nicht in einen ‚Kernbereich‘ der physischen und einen ‚Randbereich‘ der sozialen Existenz aufspalten<sup>11</sup> lasse. Entscheidend sei, dass die „Untergrenze eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht unterschritten“ werde und „die Höhe der Leistungen insgesamt tragfähig begründbar“ sei.<sup>12</sup> Nach diesen Maßstäben sei § 1a AsylbLG mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar. Denn § 1a AsylbLG „entzieht keine Leistungen, sondern ermöglicht in der Auslegung des Bundessozialgerichts in bestimmten Fällen eine ‚Beschränkung‘ des Anspruchs auf existenzsichernde Leistungen auf das ‚unabweisbar Gebotene‘“.<sup>13</sup>

§ 1a AsylbLG i.d.F. v. 25.8.1998 normierte, dass Personen, die die hier gefassten Voraussetzungen erfüllen, „Leistungen nach diesem Gesetz nur [erhalten], soweit dies im Einzelfall nach den Umständen unabweisbar geboten ist.“ Nach den Ausführungen im Beschluss vom 12.5.2021 soll das aber nicht bedeuten, dass die Leistungen gekürzt würden, sondern lediglich, dass „eine Umstellung existenzsichernder Leistungen von einer pauschalen Gewährleistung auf eine im Einzelnen festzustellende Bedarfsdeckung“<sup>14</sup> stattfindet. Der Gesetzgeber werde den „verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Sicherung der menschenwürdigen Existenz mit der Norm in dieser Fassung insoweit gerecht, als er Leistungen für notwendige existenzsichernde Bedarfe durch Anspruchsnormen“<sup>15</sup> sichere. Hier verweist die Kammer auf Rn. 96 des Beschlusses vom 18.7.2012 zum AsylbLG. Der Satz in dieser Entscheidung, auf den hier Bezug genommen wird, lautet: „Eine Regelung zur Existenzsicherung hat vor der Verfassung nur Bestand, wenn Bedarfe durch Anspruchsnormen gesichert werden [...]“,<sup>16</sup> und nimmt seinerseits Bezug auf das „Hartz IV“-Urteil vom 9.2.2010, das diese Auffassung fraglos trägt. Im letztgenannten Urteil führt das Bundesverfassungsgerichts aus:

9 BVerfG, B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 11.

10 BSG, U. v. 12.5.2017 – B 7 AY 1/16 R.

11 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 17.

12 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 18.

13 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 20.

14 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 22.

15 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 21.

16 BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10.

„Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen, die sich etwa in einer technisierten Informationsgesellschaft anders als früher darstellt. Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. Ihm obliegt es, den Leistungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge zu konkretisieren. [...] Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen [...]. Hierzu hat er zunächst die Bedarfsarten sowie die dafür aufzuwendenden Kosten zu ermitteln und auf dieser Basis die Höhe des Gesamtbedarfs zu bestimmen.“<sup>17</sup>

Nach dem Satz über die Sicherung der „Leistungen für notwendige existenzsichernde Bedarfe durch Anspruchsnormen“ fährt die Kammer fort, der Gesetzgeber könne dazu „Generalklauseln nutzen, Ermessen einräumen und unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden“.<sup>18</sup> Um zu belegen, dass auch dies mit der bisherigen Rechtsprechung im Einklang stehe, verweist sie auf Rn. 173 des Sanktionsurteils vom 5.11.2019. Doch diese Passage enthält keine Aussage über die Anforderungen der Verfassung an den Gesetzgeber in Bezug auf die Ausgestaltung der Anspruchsnorm. Sie betrifft den „Zusammenhang zwischen der Mitwirkungspflicht zwecks eigenständiger Existenzsicherung und der Leistungsminderung zu deren Durchsetzung“.<sup>19</sup> Die Passage lautet:

„Auch liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn sich die Hilfebedürftigen für ihr Verhalten auf einen wichtigen Grund im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II berufen können. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff soll Ausnahmen erfassen, die vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt wurden oder nicht vorhersehbar waren. Er erfasst besondere Umstände des Einzelfalles wie beispielsweise schwierige familiäre Verhältnisse, gesundheitliche Probleme oder Diskriminierungen im vormaligen Arbeitsverhältnis [...]. Damit kann verhindert werden, dass Betroffene zur Vermeidung von Sanktionen Mitwirkungshandlungen erbringen müssten, durch die das Ziel, ihre Bedürftigkeit zu überwinden, angesichts der besonderen Umstände ihres Falles von vornherein nicht erreicht werden könnte. Der wichtige Grund muss objektiv vorliegen; entsprechende Tatsachen im Verantwortungsbereich der Betroffenen müssen diese darlegen und erforderlichenfalls nachweisen [...]. Im Übrigen gilt auch hier der Grundsatz der Amtsermittlung [...]“<sup>20</sup>

Ausgehend von dem Satz, der Gesetzgeber könne zur Sicherung des Anspruchs auf existenzsichernde Leistungen auch „Generalklauseln nutzen, Ermessen einräumen und unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden“ kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass eine „Regelung, die Behörden dazu verpflichtet, das ‚unabweisbar Gebotene‘ zu leisten, [...] nicht von vorn herein auf durchgreifende Bedenken“ stoße. Es sei dem Gesetzgeber „nicht verwehrt, [...] eine Umstellung existenzsichernder Leistungen von einer pauschalen Gewährleistung auf eine im Einzelnen festzustellende Bedarfsdeckung vorzusehen“.<sup>21</sup> Er könne entscheiden, wie er den Bedarf berechne und wie er ihn decke – „in Gutschei-

17 BVerfG, U. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 138, 139.

18 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 21.

19 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 171.

20 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 173.

21 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 22.

nen, Sachmitteln oder durch Barmittel, pauschal oder in Orientierung an einem Warenkorb, oder eben nach einzeln nachzuweisenden Bedarfen".<sup>22</sup>

### III. Kritik der Begründung

Die Präntention der Begründung des Beschlusses vom 12.5.2021, die Entscheidung stimme inhaltlich mit den vier o.g. Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überein, führt nicht zum Erfolg. Der Text konterkariert zentrale Elemente der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Existenzsicherung.

#### 1. Verpflichtung des Gesetzgebers zur Bestimmung des Existenzminimums

Aus demokratiethoretischer Perspektive überzeugend kam das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 9.2.2010 zu dem Ergebnis, dass die Verfassung den parlamentarischen Gesetzgeber verpflichtet, die Höhe des Existenzminimums durch ein transparentes und plausibles Verfahren höchstselbst zu bestimmen: „Ihm obliegt es, den Leistungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge zu konkretisieren.“<sup>23</sup> Bereits Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe sind damit nur unter bestimmten Voraussetzungen zu vereinbaren.<sup>24</sup> Nicht mit diesem Grundsatz vereinbar ist es, den Anspruch auf existenzsichernde Leistungen in das Ermessen der Behörde zu stellen. Denn das führt dazu, dass die Konkretisierung der Rechtsfolge zum Teil in den der gerichtlichen Kontrolle entzogenen Ermessensspielraum verlagert wird. Ebenso unvereinbar mit der Judikatur des Ersten Senates ist es, den Bedarf, der das Existenzminimum abbildet, „nach einzeln nachzuweisenden Bedarfen“ zu berechnen. Denn diese Berechnung kann nur die Verwaltung, nicht der parlamentarische Gesetzgeber vornehmen, der aber verpflichtet ist, selbst die Entscheidung zu treffen, welche Bedarfe im Rahmen der Existenzsicherung zu berücksichtigen sind und welche nicht. Es ist richtig, dass ihm dabei ein Gestaltungsspielraum zukommt, der „die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse ebenso wie die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs“ umfasst und der „zudem von unterschiedlicher Weite“ ist: „Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.“<sup>25</sup> Es ist aber nicht richtig – jedenfalls nach der Rechtsprechung des Ersten Senats –, dass er diese Entscheidungen an die Verwaltung delegieren darf, was die Berechnung nach einzeln nachzuweisenden Bedarfen aber zwingend erfordert.

22 BVerfG, B v. B. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 22.

23 BVerfG, U. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 138.

24 Zu dem unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit von Kosten der Unterkunft hat das BVerfG sich im Nichtannahmebeschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 617/14, Rn. 14, geäußert.

25 BVerfG, U. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 138. Vgl. a. BVerfG, B. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, Rn. 80 ff.

#### 2. Evident unzureichende Höhe der Leistungen

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt nur den Schluss zu, dass die Regelbedarfe nach dem SGB II und dem SGB XII die Untergrenze des verfassungsrechtlich noch Erlaubten markieren. Im Urteil vom 23.7.2014 entschied das Bundesverfassungsgericht, die auf das Urteil vom 9.2.2010 hin angepassten Regelbedarfe seien mit dem Grundgesetz „noch“ vereinbar, und ließ wenig Zweifel daran, dass das „gerade noch“ bedeutete:<sup>26</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass bei Alleinstehenden „insgesamt lediglich 72 % [...] der in der EVS erfassten Konsumausgaben der den unteren Einkommensgruppen zugehörigen Referenzhaushalte als existenzsichernd anerkannt werden“. Damit komme der Gesetzgeber „an die Grenze dessen, was zur Sicherung des Existenzminimums verfassungsrechtlich gefordert ist“.<sup>27</sup>

In dem Verfahren, das mit dem Beschluss vom 12.5.2021 endete, standen Leistungen nach dem AsylbLG für das Jahr 2013 im Streit. Die Regelbedarfsstufe 1 für Empfänger von Leistungen nach dem SGB II („Hartz IV“) betrug im Jahr 2013 382 €. Der Beschwerdeführer erhielt 168,12 €. Für die Monate Januar bis Juni 2013 wurde davon noch eine Rate i.H.v. 16,82 € für im Oktober 2012 gewährte Winterbekleidung einbehalten. Damit blieben 151,30 €, die in Form von Wertgutscheinen ausgezahlt wurden.<sup>28</sup>

Mit Urteil vom 18.7.2012 hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Höhe der Geldleistungen nach der damals in Kraft befindlichen Fassung des AsylbLG evident unzureichend war. Nach dieser Fassung setzte sich die Geldleistung für eine erwachsene Person aus dem Satz nach § 3 Abs. 2 S. 2 AsylbLG a.F. i.H.v. 184,07 € und einem zusätzlichen Betrag nach § 3 Abs. 1 S. 4 AsylbLG a.F. i.H.v. 40,90 € zusammen, insgesamt also 224,97 €. <sup>29</sup> Dass dieser Betrag „evident unzureichend“ sei, zeige sich auch am Vergleich mit der „aktuellen Höhe des allgemeinen Fürsorgerechts“. Ein „erheblicher Abstand von einem Drittel“ zu Leistungen nach SGB II und SGB XII offenbare „ein Defizit in der Sicherung der menschenwürdigen Existenz“.<sup>30</sup> Der Betrag, den der Beschwerdeführer im hier gegenständlichen Verfahren erhielt, betrug weniger als die Hälfte des Vergleichsbetrages für das Jahr 2012 von 346,59 €. <sup>31</sup>

#### 3. Eine Sanktionsvorschrift, die keine Leistungen entzieht

Die Kammer führt aus: „§ 1a AsylbLG a.F. entzieht keine Leistungen, sondern ermöglicht in der Auslegung des Bundessozialgerichts in bestimmten Fällen eine 'Beschränkung' des Anspruchs auf existenzsichernde Leistungen auf das 'unabweisbar Gebotene'.“<sup>32</sup> Dieser Satz ist widersprüchlich. Eine regelmäßige Geldleistung zu beschränken,

26 BVerfG, B. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, Rn. 73.

27 BVerfG, B. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, Rn. 121.

28 BSG, U. v. 12.5.2017 – B 7 AY 1/16 R, Rn. 3.

29 BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, Rn. 22.

30 BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, Rn. 86.

31 Der Vergleichsbetrag, den das BVerfG in der Entscheidung vom 18.7.2012 zugrunde legte, beträgt 346,59 €. Der Regelsatz der Regelbedarfsstufe 1 betrug im Jahr 2012 374 €. Die Differenz ergibt sich daraus, dass der Regelsatz einen kalkulatorischen Bedarf i.H.v. 27,41 € für Hausrat enthält, den das BVerfG herausgerechnet hat, „denn dafür werden nach § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG zusätzliche Leistungen erbracht“. Rn. 87.

32 Rn. 20.

kann nichts anderes bedeuten, als einen Teil der Leistung zu entziehen. Widersprüchlich heißt: Beides kann nicht wahr sein. Entweder ist falsch, dass § 1a AsylbLG a.F. keine Leistungen entzieht, oder es ist falsch, dass die Vorschrift eine Beschränkung des Anspruchs ermöglicht. Welche der beiden Aussagen falsch ist, lässt sich leicht herausfinden, wenn man die Vorschrift liest. Die Bedeutung, die dort unschwer zu erkennen ist, wird durch die Entstehungsgeschichte der Norm, ihren systematischen Zusammenhang und den offensichtlichen Normzweck bruchlos bestätigt. Die Kammer behauptet hier, dass die Norm im Einklang mit der bisherigen Judikatur des Ersten Senats stehe, indem sie ihr eine Bedeutung unterstellt, die sie offensichtlich nicht hat, um noch im selben Satz mit anderen Worten einzuräumen, dass das Gegenteil der Fall ist, die Norm also sehr wohl Leistungen entzieht bzw. beschränkt.

#### IV. Überlegungen zur Interpretation

Die Begründung einer gerichtlichen Entscheidung muss erkennen lassen, welche Überlegungen das Gericht bewogen haben zu entscheiden, wie es entschieden hat. Das in anderen Zusammenhängen aparte Stilmittel des Widerspruchs ist dafür grundsätzlich nicht geeignet. Die Begründung ist in mehrfacher Hinsicht widersprüchlich. Neben dem oben genannten unmittelbaren Selbstwiderspruch steht sie im Widerspruch zu den Urteilen des Ersten Senats, von denen sie behauptet, mit ihnen im Einklang zu sein.

Der Begründungstext enthält keinen Grund, der den Tenor der Entscheidung tragen könnte. Seine zentrale Aussage, die in der Begründung vorgebrachten dogmatischen Aussagen zum Grundrecht auf Existenzsicherung fußen auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verhielten sich zu ihr widerspruchsfrei, ist im aussagenlogischen Sinn falsch. Das ist erstaunlich, denn die Kammer hätte den Nichtannahmebeschluss nicht begründen müssen (§ 93 Abs. 1 Satz 3 BVerfGG). Darüber hinaus hatte sie die Möglichkeit, auf den Grund zurückzugreifen, dass § 1a AsylbLG in der Fassung, die verfahrensgegenständlich war, zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits seit langem nicht mehr in Kraft war. Dieser Grund hätte den Tenor (Nichtannahme) überzeugend tragen können. Es muss Gründe dafür geben, dass die Kammer sich dennoch dafür entschied, die Entscheidung mit einem Text zu unterlegen, der jeden Urheber und jede Urheberin, der oder die nicht mit der Autorität eines hochrangigen Spruchkörpers ausgestattet ist, blamieren müsste.

##### 1. Einheitlichkeit des Existenzminimums

Es springt ins Auge, dass die Kammer die Einheitlichkeit des Anspruchs auf existenzsichernde Leistungen verteidigt. Sie stellt sich gegen das BSG, das im hier zugrundeliegenden Urteil Anstalten macht, dieses Paket aufzuschneiden. Hätte die Kammer die Verfassungsbeschwerde mit nicht begründetem Nichtannahmebeschluss zurückgewiesen, hätte das vielleicht dahingehend verstanden werden können, dass das Bundesverfassungsgericht bereit sei, die Einheitlichkeit des Existenzminimums zur Diskussion zu stellen. Die Angehörigen der 3. Kammer des Ersten Senats, die alle am Sanktionsurteil vom 5.11.2019 mitgewirkt haben, werden darüber hinaus, anders als die Öffentlichkeit, sehr gut wissen, inwieweit ihre Auffassung im Ersten Senat geteilt wird. Die Entscheidung

über die Sanktionen im SGB II vom 5.11.2019 erging „im Ergebnis einstimmig“<sup>33</sup> – eine Formulierung, die das Bundesverfassungsgericht regelmäßig dann verwendet, wenn der Senat zwar den Tenor einstimmig beschließt, über die Gründe aber uneins ist. Die Widersprüchlichkeit der Begründung des Sanktionsurteils zeigt, dass der Erste Senat alles andere als einig war, als dieses Urteil fiel.

Einerseits bekräftigte der Erste Senat hier, dass die „zentralen Anforderungen an den Gesetzgeber für die Ausgestaltung der Grundsicherungsleistungen für Erwerbsfähige“ sich aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ergeben.<sup>34</sup> Andererseits kam er zum Ergebnis, dass die Sanktionsvorschriften „nicht den hier geltenden strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit“ genügen.<sup>35</sup> Doch Art. 1 Abs. 1 GG unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt. Bei Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt kann die Vollmacht des Gesetzgebers nicht weiter gehen „als die Grenzen der Reichweite der Schutzbereiche der Grundrechte nachzuziehen“.<sup>36</sup>

Einerseits führte der Erste Senat hier aus: „Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus eigener Erwerbstätigkeit noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen für dieses menschenwürdige Dasein zur Verfügung stehen [...]. Die den entsprechenden Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu, ist dem Grunde nach unverfügbar [...] und geht selbst durch vermeintlich 'unwürdiges' Verhalten nicht verloren [...]; sie kann selbst denjenigen nicht abgesprochen werden, denen schwerste Verfehlungen vorzuwerfen sind [...]“.<sup>37</sup> Andererseits soll ein „vollständiger Leistungsentzug zu rechtfertigen sein“, wenn eine existenzsichernde und zumutbare Erwerbstätigkeit ohne wichtigen Grund willentlich verweigert werde.<sup>38</sup> Man müsste eine solche Weigerung, eine zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben, als eine Verfehlung verstehen, die noch schwerer als „schwerste Verfehlungen“ wiegt, um an der Erkenntnis vorbei zu kommen, dass auch hier ein Widerspruch vorliegt.

Ausgehend von den o.g. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2019, 18.7.2012 und 23.7.2014 ließen sich Sanktionen widerspruchsfrei nur begründen, wenn die Leistung, die gekürzt werden soll, das verfassungsrechtlich garantierte Minimum übersteigt, und die Kürzung das Minimum unangetastet lässt.<sup>39</sup> Das lässt sich nur erreichen, indem man entweder die Leistungen erhöht oder das verfassungsrechtliche

33 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 225.

34 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 117.

35 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 116.

36 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher: Grundrechte. Staatsrecht II, 31. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 278.

37 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 120.

38 BVerfG, U. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 209.

39 Berlit vertritt eine andere Auffassung. Er versteht das Verhalten der leistungsberechtigten Person, das eine Sanktion auslöst, als negatives Element des den Anspruch auf Grundsicherungsleistungen auslösenden Tatbestands (Uwe Berlit, Paukenschlag mit Kompromisscharakter II – das Sanktionenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5.11.2019, info also 2020, 3-11). Nach Auffassung des Autors ist das letztlich ein Taschenspielertrick, der den Widerspruch zwischen verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Wunsch, bestimmte Gruppen zu sanktionieren, im Sachverhalt verstecken soll.

Minimum absenkt. Noch im Jahr 2008 führte das BSG aus, „dass der Gesetzgeber bei wirtschaftlichem Wohlstand in Deutschland, bei einer von Überfluss an materiellen Gütern geprägten Gesellschaft, verfassungsrechtlich verpflichtet“ sei, „im Inland lebenden Bedürftigen jedenfalls das zur physischen Existenz Unerlässliche – neben immaterieller Achtung – zu gewähren“. Zu diesem „das 'nackte Überleben' sichernden 'physischen Existenzminimum'“ gehörten jedenfalls „ausreichende Nahrung, Kleidung und Obdach sowie auch ausreichende medizinische Versorgung“.<sup>40</sup> Diese Ausführungen haben einen panischen Unterton.<sup>41</sup> Nur in einer vom Überfluss an materiellen Gütern geprägten Gesellschaft wollte der Erste Senat des BSG einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Leistungen anerkennen, der nicht mehr als das nackte Überleben sichert. „Selbst beim 'physischen Existenzminimum'“, heißt es weiter, seien „Aufzählung und Beschreibung einzelner konkreter Leistungen [...] nicht möglich“, da auch das vom „Machbaren“ abhängige. In „umfassenden Notsituationen“, die der Erste Senat ganz grundsätzlich zu befürchten schien, sei auch das Grundgesetz nicht in der Lage, eine Existenzsicherung zu garantieren, „ohne dass der Rückgriff auf das Existenzminimum der dann noch verbliebenen Steuerzahler drohte“. Da erscheint es fast großzügig, dass – wenigstens solange noch Überfluss herrscht – die Nahrung „ausreichend“ zu bemessen sein sollte.

Der Begründung des „Hartz IV“-Urteils vom 9.2.2010 ist zu entnehmen, dass und warum aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ein sehr viel weitergehender und einheitlicher Anspruch erwächst. Doch es erscheint unwahrscheinlich, dass diejenigen, die bestimmten Gruppen durchaus existenzsichernde Leistungen vorenthalten oder entziehen wollen, diese Auffassung teilen. Wenn sie ihr Ziel erreichen wollen, ohne sich in Widersprüche zu verwickeln, müssen sie am einheitlichen Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ansetzen.

Vor diesem Hintergrund scheint es denkbar, dass die 3. Kammer des Ersten Senats den bisherigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine weitere Bekräftigung der Einheitlichkeit des Anspruchs auf ein Existenzminimum hinzufügen wollte, um diesen Pflock noch tiefer in den Boden der verfassungsgerichtlichen Judikatur zu rammen.

## 2. Verfassungswidrigkeit der aktuellen Fassung von § 1a AsylbLG?

Das führt zur zweiten Spekulation über die Bedeutung des orakelhaften Beschlusses vom 12.5.2021. Die aktuelle Fassung von § 1a AsylbLG sieht ausdrücklich vor, dass den von einer Sanktion Betroffenen „nur noch Leistungen zur Deckung ihres Bedarfs an Ernährung und Unterkunft einschließlich Heizung sowie Körper- und Gesundheitspflege gewährt“ werden. Nach ihren Ausführungen müsste die Kammer das für verfassungswidrig halten. Die Botschaft könnte lauten: Eine Verfassungsbeschwerde gegen die aktuelle Fassung von § 1a AsylbLG sollte zum Erfolg führen. Doch während die Kammer mit großem Engagement an der Einheitlichkeit des Existenzminimums festhält, neigt sie den

40 So noch BSG, U. v. 22.4.2008 – B 1 KR 19/07 R, Rn. 31.

41 Ähnlich Rixen, der auf das Sanktionsurteil vom 5.11.2019 befürchtete: „Vielen Menschen, die in Arbeitsverhältnissen tätig sind, die ihrem Selbstbild nicht entsprechen, dürfte es schwer zu vermitteln sein, dass sie auch mit ihren Steuern diese Art von Wunschenken, Stolz und (vermutlich) unrealistisch 'überzogene[n] Anspruchshaltung' [...] finanzieren sollen.“ (Stephan Rixen, Abschied vom Sozialstaat der Sanktionen? Das Urteil des BVerfG vom 5. 11. 2019 zu den Sanktionen im SGB II [„Hartz IV“], SGB 2020, 1-8 <7>).

entscheidenden Aspekt, dass dieses durch den Gesetzgeber in einem transparenten und plausiblen Verfahren beziffert werden muss. Der Gesetzgeber könne auch entscheiden, dass das Existenzminimum „nach einzeln nachzuweisenden Bedarfen“<sup>42</sup> gedeckt werde. Sie versteigt sich bis zu der Auffassung, der Gesetzgeber könne in Bezug auf existenzsichernde Leistungen gar Ermessen einräumen.

Die Formulierung „einzeln nachzuweisende Bedarfe“ unterstellt, der Begriff des Bedarfes bezeichne einen Tatbestand, denn nur einen Tatbestand kann die leistungsberechtigte Person nachweisen. Doch das ist nicht richtig. 'Bedarf' ist ein komplexer Begriff, der tatbestandliche und normative Elemente umfasst.<sup>43</sup> Tatbestandlich bezeichnet er einen Mangel, der eine subjektive und eine objektive Dimension umfasst, die zu unterscheiden sind. Die objektive Dimension erfasst, welche Möglichkeiten tatsächlich nicht gegeben sind (z.B. die Möglichkeit, ein Ticket für die Straßenbahn zu erwerben oder ein Paar Schuhe zu kaufen). Die subjektive Dimension erfasst die Frage, welche Möglichkeiten eine Person nutzen möchte (nicht jeder Mensch will mit der Straßenbahn fahren, und manche wollen auch keine Schuhe tragen).

Die normative Dimension erfasst die Frage, welche Mängel durch Sozialleistungen zu beheben sind und welche nicht. Je geringer die normative Reichweite des Bedarfs ist, desto größer wird die Bedeutung der normativen Dimension im semantischen Gefüge des Bedarfsbegriffs und umgekehrt. Das Sozialrecht<sup>44</sup> umfasst Bereiche mit sehr großer normativer Reichweite des Bedarfs wie z.B. den Anspruch auf Rehabilitation im Unfallversicherungsrecht, der dem Grundsatz der optimalen Rehabilitation unterliegt.<sup>45</sup> Dort überwiegt die tatbestandliche Dimension des Bedarfsbegriffs. Das Recht der wirtschaftlichen Grundsicherung des SGB II und SGB XII dagegen begrenzt den Bedarf so stark, dass das Bundesverfassungsgericht die Regelbedarfe in der Entscheidung vom 23.7.2014 (s.o.) gerade noch für verfassungskonform hielt. Damit wird der Begriff des Bedarfs zu einem überwiegend normativen Begriff, was die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen vom 9.2.2010, 18.7.2012 und 23.7.2014 eindrucksvoll illustrieren. Das gilt für die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem AsylbLG erst recht, denn das Leistungs-niveau ist noch geringer.

Die Formulierung „einzeln nachzuweisende Bedarfe“ ist daher im Kontext des AsylbLG eine Irrlichterei. Sie gaukelt vor, dass an der Judikatur des Ersten Senats festgehalten werde, aber tatsächlich verlagert sie die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010 dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehaltene normative Entscheidung über die Bestimmung des soziokulturellen Existenzminimums auf die Verwaltung. Zu allem Überfluss lädt die Kammer den Gesetzgeber auch noch ein, der Verwaltung Ermessen einzuräumen, was nichts anderes bedeutet als die gerichtliche Kontrolle zu reduzieren. Verdeckte Normsetzungsbefugnis bei der Sozialverwaltung kombiniert mit reduzierter gerichtlicher Kontrolle – das ist die Mischung, die gerade

42 BVerfG, B v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, Rn. 22.

43 Zum Begriff des Rehabilitationsbedarfs, für den mutatis mutandis dasselbe gilt, s. Rosenow in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX – Kommentar zum Recht behinderter Menschen mit Erläuterungen zum AGG und BGG Kommentar, 7. Aufl. 2021, § 118 Rn. 9 ff.

44 Das AsylbLG ist nicht Teil des SGB, weil es in § 68 SGB I nicht aufgeführt ist. Dennoch kann es in einem weiteren Sinn dem Sozialrecht zugeordnet werden. Auch gelten einige Vorschriften des SGB für das AsylbLG entsprechend, insbesondere das Recht der Erstattungsansprüche der Sozialleistungsträger untereinander (§§ 102 bis 114 SGB X), § 9 Abs. 3 bis 5 AsylbLG.

45 § 26 Abs. 2 SGB VII („mit allen geeigneten Mitteln“).

das ermöglichte, was nach Auffassung der Kammer verfassungswidrig ist: Die Reduktion der Leistungen auf das zum nackten Überleben Erforderliche. So gesehen erscheint der Beschluss als Ausdruck dessen, was Wimalasena den „Zynismus (westlicher) Menschenrechtspolitik“ nennt.<sup>46</sup>

#### V. Glaubwürdigkeitsverlust der Rechtfertigung von Sanktionen

Die Begründung des Beschlusses vom 12.5.2021 ist widersprüchlich bis ins Mark. Sie betont die Einheitlichkeit der verfassungsrechtlichen Garantie existenzsichernder Leistungen im Fall der Bedürftigkeit und weist dem Gesetzgeber zugleich den Weg für eine Reform des AsylbLG, die der verfassungswidrigen sozialen Realität der Kürzung auf Leistungen, die – wenn überhaupt – das nackte Überleben ermöglichen, einen verfassungskonformen Anstrich verleiht, ohne sie zu ändern. Das ist die eine Seite. Die andere Seite ist, dass die offensichtliche Widersprüchlichkeit des Beschlusses den Zynismus, der in ihr liegt, zugleich demaskiert. Vor gerade fünfzehn Jahren wäre es kaum zu einem solchen Beschluss gekommen. Wimalasena konstatiert 2008, dass die wsk-Rechte „überwiegend noch als bloße Programmsätze und Leitlinien, als Ausdruck eines rein politischen *good-will* angesehen“ werden.<sup>47</sup> Das war vier Jahre nach dem Görgülü-Beschluss<sup>48</sup> und vier Jahre vor dem AsylbLG-Beschluss, in dem das Bundesverfassungsgericht ausführte: „Zu den Regeln über das Existenzminimum, die in Deutschland gelten, gehört auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte [...]. Der Pakt statuiert in Art. 9 ein Recht auf Soziale Sicherheit und in Art. 15 Abs. 1 Buchstabe a das Menschenrecht auf Teilnahme am kulturellen Leben.“<sup>49</sup>

Die grundsätzliche Klärung des Status völkerrechtlicher Verträge, die Menschenrechte kodifizieren (*traité loi*) im nationalen Recht Deutschlands<sup>50</sup> durch den Görgülü-Beschluss und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010, 18.7.2012 und 23.7.2014 haben die Situation verändert: Der Entzug existenzsichernder Leistungen ist unter Rechtfertigungsdruck geraten. Die Widersprüchlichkeit des Beschlusses vom 12.5.2021 ist auch Folge dieses Rechtfertigungsdrucks. Aus dieser Perspektive gibt der Beschluss Anlass zu der Hoffnung, dass das destruktive Sanktionsregime des § 1a AsylbLG überwunden werden kann: Wenn die Sanktionen nicht mehr glaubwürdig gerechtfertigt werden können, wird sich vielleicht die Einsicht durchsetzen, dass sie mit dem Menschenwürdegrundsatz nicht zu vereinbaren sind.

46 Wimalasena, Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, KJ 2008, 2-23 <3>.

47 Wimalasena (Fn. 46), 4.

48 BVerfG, B. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04; zur Frage nach der normativen Reichweite von non-self-executing Vertragsklauseln s. Rosenow, Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, 93-98.

49 BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, Rn. 68.

50 Zur Relevanz völkerrechtlicher Verträge für das Recht auf wirtschaftliche Grundsicherung in Deutschland s. Tacheles e.V., Stellungnahme als sachverständiger Dritter im Verfahren 1 BvL 7/16 vor dem BVerfG, S. 6-13, online unter [https://tacheles-sozialhilfe.de/fa/redakteur/Aktuelles/Tacheles\\_Stellungnahme\\_an\\_BVerfG\\_25.2.2017\\_lz2.pdf](https://tacheles-sozialhilfe.de/fa/redakteur/Aktuelles/Tacheles_Stellungnahme_an_BVerfG_25.2.2017_lz2.pdf); Abfrage 24.9.2021.

Daniel Heymann/Constantin Luft/Hannah Reith\*

## Wer denken will, fliegt raus

### Eine „absolventische“ Kritik am ersten juristischen Staatsexamen

*Das Prädikatsexamen ist der vermeintliche Lackmestest der guten Juristin.<sup>1</sup> In Wahrheit handelt es sich eher um eine Feuerprobe: Warum das begehrte „VB“ Prüflinge nicht glücklich, sondern einfach nur erleichtert zurücklassen muss, beschreiben in diesem Text diejenigen, die diese Erfahrung kürzlich gemacht haben.*

„Wer nicht denken will, fliegt raus!“ Joseph Beuys war mächtig angesäuert, als er die Worte auf der documenta vor mehr als 40 Jahren seinen nur mittelmäßig motivierten Seminaristen entgegen schleuderte. Reflektiert man die gegenwärtige Gestalt der ersten juristischen Prüfung, kann man der Verlockung, diesen legendären Wutausbruch kurzerhand umzudrehen, kaum widerstehen. In weiten Teilen könnte die Devise nämlich lauten: Wer denken will, fliegt raus.

#### A. Anamnese

Ein solcher Befund gibt zweifellos Anlass zur Sorge um den Zustand der ersten Staatsprüfung und uns die Motivation, diesen Text zu verfassen. Um zu einer Diagnose und schließlich zu möglichen Therapieansätzen zu gelangen, bedarf es zunächst eines Blickes auf die „Vorgeschichte der Patientin“.

#### I. Empörung auf Wiedervorlage?

Unmut über das Staatsexamen gab es freilich schon immer:<sup>2</sup> Im ablaufenden 18. Jahrhundert war der Entstehungsprozess des Allgemeinen Preußischen Landrechts auch Aufhänger für Debatten über den Stellenwert des römischen Rechts in der juristischen Ausbildung. Die Universitäten betonten das Wissenschaftsideal der Jurisprudenz, und man warnte nachdrücklich davor, dem Staat bloße „Gedächtnishelfer“ für das geltende Recht heranzuzüchten. Etwas besser in Erinnerung sind vielleicht noch die sozialwissenschaftlichen Reformdiskussionen der 1960er. Und in jüngerer Zeit lieferte vor allem die

\* Wir danken insbesondere Leonie Brinkmann, Nora Markard, Sabrina Mühlenbein, Eva Kocher, Nils Buchholz, Matthias Casper, Max Ferber, Felix Hanschmann, Julian Krüper sowie Marcus Schnetter für wertvolle Anmerkungen, Hinweise und Kritik.

1 Im Text werden grds. wechselnd weibliche und männliche Formen verwendet; sofern nicht anders deutlich gemacht, sind damit stets alle Geschlechteridentitäten gemeint.

2 Güldemund/Keller/Schillinger, KritV 2012, 232-244.